

Auto 900/22

COMPETENCIA DE LA JURISDICCIÓN PENAL ORDINARIA-

Conocimiento de procesos que vinculen a miembros de la fuerza pública por delitos cometidos en servicio activo sin relación con el servicio

(...) para que la conducta punible sea competencia de la justicia penal militar, además de que la persona investigada debe ser un miembro activo de la fuerza pública, la conducta debe relacionarse directamente con el ejercicio de las funciones constitucionales de las fuerzas militares o la policía nacional. El nexo directo se rompe, cuando en desarrollo de una orden constitucional, su ejecución resulta, tan desviada y contraria a la finalidad superior, que se convierte en un delito común, al punto que puede adquirir la connotación de crimen de guerra o de lesa humanidad. Es decir, si en ejecución de una orden legítima, se comete una violación a los derechos humanos, o una infracción al DIH, esta conducta será conocida por la justicia ordinaria.

Referencia: Expediente CJU-235

Conflicto de Jurisdicciones entre el Juzgado Sesenta y Seis de instrucción penal militar de Florencia, Caquetá, y la Fiscalía Ciento Quince especializada de Neiva, Huila.

Magistrada Sustanciadora:
NATALIA ÁNGEL CABO

Bogotá, D.C., 30 de junio de dos mil veintidós (2022).

La Sala Plena de la Corte Constitucional, en ejercicio de sus competencias constitucionales, en particular la prevista en el numeral 11 del artículo 241 de la Constitución, profiere el siguiente

AUTO

I. ANTECEDENTES

1. El 27 de mayo de 2018, en el caserío Miramar del municipio de la Montañita, Caquetá, algunas unidades del Grupo Gaula del Ejército Nacional iniciaron una operación militar contra supuestos miembros de estructuras armadas ilegales. Lo anterior, “en desarrollo de orden de combate No. 02 Marcos al mando del T.E. TRIANA RODRIGUEZ HOLMAN ALEXANDER, dentro del plan escorpión, contra la extorsión y secuestro Plan de operaciones victoria estabilización y consolidación de la décima segunda

brigada”¹. Como resultado de la acción, perdieron la vida Juvenal Silva Manchola (civil), José Yeferson Monroy Trilleras (civil), A.C² (menor de edad), D.M.M (menor de edad), B.A.M (menor de edad), Aldibey Restrepo Martínez, Arlex Ramón Montoya, Hiller Méndez Galvis, Faber Narváez Figueroa, Osnar Ordéis Méndez Galvis, Germán Valderrama Cuervo, Leoneyder Perdomo Conde y lesionaron al menor S.R.V. Específicamente, en el informe del 30 de mayo de 2018, dirigido al comandante Gaula Militar Caquetá, se indicó:

“A partir del día 24 mayo 2018 a las 16:00 horas conduce operación antiextorsión, antisequestro y de control territorial, utilizando el método de control militar de área urbana y rural, mediante técnica de estratagema métodos de engaño y medidas de engaño de inteligencia, en el Municipio de La Montañita Caqueta, se realiza infiltración motorizado en 02 vehículos desde las instalaciones del GGCAQ en la ciudad de Florencia, a partir del día 24-mayo-2018 aproximadamente a las 20:00 hasta el área general de la vereda de Miramar del municipio de la Montañita, Caquetá posterior a esto se realiza un movimiento pedestre con la unidad hasta coordenadas N 01 10 29 W 75 05 25 ubicándose en dispositivo de seguridad hasta horas de la madrugada el día 25 de mayo del 2018 para verificarla mate monte y organizaría unidad dentro la misma.

Siendo el 25 aproximadamente 06:00 mayo 2018 se verifica la mate (sic) monte organizando la unidad dentro de esta y montando puesto de observación sobre el punto objetivo durante todo el día hasta las 18:00h, aproximadamente a las 20.00 h se fragmenta para tomar posición en el terreno de acuerdo a lo planeado, (...) aproximadamente a las 21:00 del 27 de mayo del 2018 se recibe información de inteligencia humana, que un grupo armado había pasado por el sector de Miramar por lo cual se reorganiza la unidad haciendo un movimiento pedestre desarrollando una maniobra de emboscada lineal (...). Aproximadamente a las 22:00 h se visualiza un vehículo acercándose al punto donde se encuentra organizada la unidad y se mantiene confirmación visual se establece que en el

¹ Cuaderno 5, folio 937. En desarrollo de esta orden de operación militar se pudo establecer: “*que por medio de una fuente humana se tiene conocimiento de un grupo armado organizado que se hace llamar COMANDO CONJUNTO MANUEL MARULANDA VELEZ, se moviliza entre las veredas San Antonio de Atenas, Santana de las Hermosas, El Chontaduro, La Esperanza, Las Palmas, donde vienen realizando reuniones con los moradores entre campesinos y dueños de las fincas al igual se tiene conocimiento que están citando a los dueños de las principales empresas que brindan un servicio tales como COLGAS, Planta Trituradora de Piedra TIMCO de la Vereda La Astilla, Empresa de Servicio Publico Cooctranscaquetá, para socializar con ellos el tema del cobro de vacunas de carácter obligatorio, aduce la fuente que los representantes de la Planta Trituradora TIMCO Y COOTRASNCAQUETA los han mandado a citar en varias ocasiones pero a la fecha se han negado a asistir y al parecer van a empezar a tomar represalias en su contra, manifiesta la fuente que de la empresa COLGAS asistió un representante a una citación en la Vereda la Esperanza el día domingo 04 de marzo de 2018. Se pudo establecer que el mencionado grupo al parecer es liderado por el señor JAMEZ MENDEZ, quien se encuentra recluido en la cárcel del Cunday y desde allí ordena a su hermano Edwin Méndez, quien al parecer está al mando de 40 hombres con armas largas tipo fusil AK-47, vistiendo prendas negras siendo llamado por estos hombres como Alias el Comandante, quien estaría ordenando realizar mencionadas extorsiones*” (informe de inteligencia Militar No. 01253 del Batallón de Ingenieros Liborio Mejía -Expediente digital, cuaderno 8, folios 55 a 57).

² Con fundamento en el artículo 62 del Acuerdo 02 de 2015 y en razón a que en el presente caso algunos de los fallecidos son menores de edad y que también se presentan afectaciones a otro menor de edad, la Sala advierte que, como medida de protección a su intimidad, es necesario que se suprima de esta providencia y de su futura publicación sus nombres.

vehículo vienen hombres armados inmediatamente se establece contacto armado con el enemigo, por lo cual la tropa abre fuego en uso de la legítima defensa (...), aproximadamente a las 01:00 del día 28 de mayo se escucha una persona dentro del vehículo y se visualizan movimientos en los cuales un joven manifiesta que se encuentra herido, siguiendo todos los protocolos de seguridad para las tropas se procede a sacar el joven del vehículo (...) prestándoles los primeros auxilios por parte del enfermero de combate.”

2. Según la información contenida en el expediente de la justicia penal militar, las personas que perdieron su vida se desplazaban en una camioneta, cuando, en circunstancias que son objeto de la investigación, inició un ataque de los miembros del Gaula del Ejército.

3. Fruto de la anterior actuación militar, se inició proceso penal contra “los señores T.E. BETANCOURT RAMÍREZ EDUARD GONZALO, SLP. BOLAÑOS QUINTERO MICHAEL FABIAN, SLP, RUBIANO MACIAS WILFER, SLP, TAPIA COGOLLO LUIS MIGUEL, SLP YOJA VARGAS FERNEY, SLO URIBE CORTES UBERNEY, SLP PORRAS CABALLERO MARTIN ELIAS”, quienes para el momento de los hechos era miembros activos de las fuerzas militares adscritos al Grupo Gaula de Caquetá y fueron identificados como los militares que abrieron fuego contra el grupo de personas que resultaron fallecidas la noche del 27 de mayo de 2018.

4. En escrito del 4 de febrero de 2020, dirigido al Juzgado 66 de Instrucción Penal Militar, la Fiscalía 115 Especializada de la Dirección Nacional Especializada de Violaciones de Derechos Humanos de la ciudad de Neiva solicitó la remisión de las diligencias contra los miembros del Ejército. La fiscalía argumentó que había suficiente evidencia que indicaba que el asunto debía conocerlo la justicia ordinaria. Dentro de las razones, expuso que: i) dentro de las personas muertas se encontraban varios menores de edad que habían sido reclutados ilegalmente por una estructura armada ilegal; ii) además, dos de las víctimas de la operación militar eran civiles y dicha información era de conocimiento de los miembros del Gaula del Ejército y; iii) si se examina el material de intendencia que fue utilizado, la actuación militar posiblemente vulneró el principio de proporcionalidad, pues se accionó una fuerza militar exagerada contra un grupo de personas que no ofrecieron resistencia.

5. En cuanto al primer aspecto (reclutamiento de menores de edad), la Fiscalía destacó que en el anexo de inteligencia o contrainteligencia radicado 005 del 26 de mayo de 2018, se consagró el conocimiento que se tenía de los reclutamientos a menores que está realizando el enemigo identificado como alias “EDWIN”.

Específicamente refirió que se cuenta con la “declaración del señor [R.F.J]³, padre del occiso [B.A.M] de 13 años de edad, [que] indica que para el mes de

³ Se omiten los nombres del padre del menor.

abril el señor EDWIN alias Sabajón realizó una reunión en la vereda los Alpes a la que no pudo asistir por su trabajo, que por esa época alias Sabajón reclutó a su hijo [B.A.M.] y se lo llevó para Montañita, que no hizo nada para recuperarlo porque era muy delicada la situación, que nunca volvió a saber de su hijo hasta que escuchó una noticia de que habían dado de baja a alias Sabajón y presintió que allí estaría su hijo y así fue, su hijo también había sido dado de baja, afirma que su hijo no sabía manejar armas que tan solo era un niño que se lo habían llevado en contra de su voluntad”⁴.

Igualmente hizo alusión a la declaración rendida por el menor de edad sobreviviente de los hechos identificado como S.R.V, quien para la época de los hechos contaba con 15 años de edad, el que en declaración ante el Instituto Colombiano del Bienestar Familiar, indicó que “en el vehículo que se movilizaban iban con él cuatro menores de edad, que incluso uno había ingresado ese mismo día a las 5:00 pm. Narra cómo fue que llevaron a cabo su reclutamiento diciendo: ‘A mí me mandaron a llamar y me dijeron que si no iba con ellos mataban a mi mamá, entonces yo me tuve que ir con ellos’, informa de todas las lesiones que sufrió de arma de fuego el día de los hechos. Respecto a las secuelas de carácter permanente o transitorias que le quedaron informa que tiene dos disparos en la pierna derecha, fractura en la misma pierna, esquirolas en el hombro derecho y en la nalga derecha, fue operado de la pierna y estaba con muletas”⁵.

La Fiscalía valiéndose de doctrina internacional, indicó que aun cuando los menores se encuentren reclutados por grupos armados al margen de la ley, voluntaria o involuntariamente, el Estado está obligado a protegerlos, lo que implica que si una operación militar, como la ejecutada en el Caquetá, se adelanta a sabiendas de su presencia y sin tomar medidas para evitarles un daño se podría generar una vulneración al Derecho Internacional Humanitario, de la misma forma como lo hacen quienes los reclutan.

6. En cuanto a la afectación de civiles en la operación militar, la Fiscalía indicó que “dentro del expediente está establecido las calidades personales, familiares, laborales y de todo orden que rodeaban al señor JUVENAL SILVA MANCHOLA, que debieron ser de conocimiento de la tropa previo al ataque, quien era un ciudadano destacado y de bien en este lugar, comerciante, líder, dueño de una pequeña bomba de gasolina de Terpel, así mismo de un establecimiento de comercio y dueño de una camioneta reconocida en la región como de su propiedad en la cual realizó el día de los hechos que habían elecciones populares servicio de transporte a los sufragantes durante todo el día, así mismo de José Yeferson Monroy, circunstancias que debían estar observando en el estudio de inteligencia previamente realizado por parte de los miembros de las fuerzas militares que protagonizaron estos hechos, situación que se puede corroborar”⁶.

⁴ Expediente digital, cuaderno 7, folio 147.

⁵ Ibídem.

⁶ Expediente digital, cuaderno 7, folio 144.

Específicamente hizo alusión a las declaraciones de Héctor Alfonso Alcalá (amigo de Juvenal Silva)⁷, Claudia Esperanza Campos Perdomo (esposa de Juvenal Silva)⁸, Eduar Monroy Trilleras (hermano de José Yeferson Monroy)⁹, Ludivia Galinde Jiménez (presidenta de la Junta de acción comunal de la vereda Miramar)¹⁰, Héctor Toledo Llanos (miembro de la Asociación de Derechos Humanos del caserío Miramar del Caquetá)¹¹ y Edgar Monroy Valderrama (padre de José Yeferson Monroy)¹².

7. Finalmente, respecto al principio de proporcionalidad, la Fiscalía consideró importante destacar la declaración rendida por el joven sobreviviente S.R.V., ante el ICBF, quien refirió que cuando se desplazaban en la camioneta de propiedad del señor Juvenal Silva “son atacados y el primero en caer es el conductor, el vehículo se detiene por el ataque, continuaron los disparos como media hora, luego llega refuerzo aéreo quienes

⁷ Manifiesta que era amigo personal desde hace más de 20 años con señor el JUVENAL SILVA MANCHOLA, quien era un comerciante de la región tenía establecimiento de comercio, un depósito de abarrotes, y una bomba de gasolina de Terpel, era un hombre de bien, la gente lo quería mucho. Que el día de los hechos 27 de mayo de 2018 fueron las elecciones presidenciales, ese día cuando estaban en el conteo de los votos él se encontraba con el señor JUVENAL en su tienda, cuando llegan dos hombres y lo sacan y le dicen algo luego JUVENAL le cuenta que “*esa gente necesita que les haga un viaje y que él les había dicho que no, luego supo que lo habían sacado de su vivienda y que lo había acompañado JEFERSON MONROY y se habían presentado los hechos que generaron su muerte.*” (Expediente digital, cuaderno 7, folio 144).

⁸ “Refiere que reside en el caserío Miramar de la Montañita, Caquetá, desde hace 24 años, tiene tres hijos, junto con su esposo JUVENAL se dedican al comercio, hacen parte de la junta de acción comunal de la vereda Miramar, que por el sector hay presencia de grupos al margen de la ley quienes obligan a pagar las exigencias económicas o de lo contrario serían obligados a abandonar sus propiedades, indica que el día 27 de mayo de 2018 a eso de las seis de la tarde llegaron unos sujetos a su lugar de residencia buscando a su esposo JUVENAL, le pidieron que los llevara hasta la vereda Tailandia pero JUVENAL se negó porque estaba muy cansado puesto que había transportado gente a la Unión Peneya para que ejerciera su derechos al sufragio durante todo el día por ser las elecciones presidenciales, los sujetos se fueron pero regresaron a eso de las diez y media de la noche iban fuertemente armados, uno de los individuos se identificó como Edwin alias Sabajón o chichilimpio, obligaron a JUVENAL a que los transportara en su vehículo Toyota de estaca, también se llevan a JOSE YEFERSON un trabajador quien residía en su vivienda en compañía de su esposa VERONICA, afirma que a eso de las once de la noche se escuchan disparos, que alertó a todo el caserío de lo sucedido, su cuñado JUAN CARLOS SILVA MANCHOLA verificó lo sucedido y le comentó que se trataba de un combate del ejercito con las personas que se hablan llevado a JUVENAL.” (Expediente digital, cuaderno 7, folio 144).

⁹ “Refiere que su hermano no pertenecía a ningún grupo al margen de la ley, que desde hacía aproximadamente siete años trabajaba con el señor JUVENAL en el supermercado y en la gasolinera de propiedad del mencionado, con relación a los hechos lo que sabe es porque se lo comentó VERONICA la esposa de su hermano, ella dice que llegan a la casa unos tipos armados quienes ordenan al señor JUVENAL que los tiene que transportar a San Isidro y a la Unión Peneya, pero este se niega, más tarde vuelven los sujetos y es cuando lo obligan a salir de la casa para que los lleve al sitio indicado, en ese momento JEFERSON se ofrece acompañar al señor JUVENAL y posteriormente son encontrados los dos muertos en la cabina de la camioneta. Comenta de las buenas relaciones y confianza que tenía su hermano con el señor JUVENAL siendo ambas personas trabajadoras y de bien.” (Expediente digital, cuaderno 7, folio 144-145).

¹⁰ “Afirma que el día 27 de mayo de 2018 a eso de las 21:00 horas ella se encontraba afuera de su vivienda y observa que unos sujetos vestidos de camuflado y fuertemente armados llegan a la casa de JUVENAL, ella se dirige hasta donde están los sujetos, ingresa a la casa de JUVENAL quien le informa que los sujetos lo están obligando a trasportarlos de no hacerlo podrían matarlo, razón por la cual sale en compañía de un trabajador de nombre JEFERSON MONROY. Resalta las calidades personas de JUVENAL como una persona trabajadora y colaboradora y muy querida en la región, así mismo YEFERSON, a quienes conocía años atrás, y quienes no tenían vínculos con grupos armados al margen de la ley.” (Expediente digital, cuaderno 7, folio 145).

¹¹ “Informa que el señor JUVENAL era el propietario de una camioneta, el dueño del mejor supermercado del caserío, de una estación de gasolina, y prestaba mucha ayuda a la comunidad, el otro era el ayudante de JUVENAL de nombre JOSE YEFERSON MONROY, que vivía allá hacia seis años.” (Expediente digital, cuaderno 7, folio 145).

¹² “Da fe de las condiciones sociales labores y personales tanto de su hijo como de JUVENAL SILVA MANCHOLA, destacándoles como personas trabajadoras y de bien en la región.” (Expediente digital, cuaderno 7, folio 145).

también disparan contra el vehículo, que luego de esta situación sufre un desmayo y cuando despierta estaba siendo auxiliado por miembros del ejército, y es cuando observa en el vehículo varios cuerpos sin vida, indica que el vehículo que se transportaban lo abordaron frente a una cantina en donde estaba el conductor a quien no conocía, afirma que desde el 20 de mayo se encontraba en compañía de los sujetos que cayeron en el ataque, de quienes conoce a “Edwin”, que por todos eran once más dos civiles, afirma que cuando fueron atacados por miembros del ejército no lanzaron ninguna proclama, solo fueron atacados con disparos, que luego de que él reaccionó al desmayo se identificaron como miembros del GAULA Ejército Nacional, aduce que en el vehículo incluyéndose habían cuatro menores de edad”¹³.

En consecuencia, la Fiscalía precisó que “sería entonces del caso considerar en el tema concreto si la ventaja militar fue proporcional a la situación de los ocupantes del vehículo que conducía el señor JUVENAL SILVA MANCHOLA en compañía de JOSE YEFERSON, cuando se cuenta en la investigación con la declaración de un menor sobreviviente que da cuenta que el ataque fue desproporcionado respecto de quienes se movilizaban en el vehículo, y esta circunstancia se puede corroborar con los informes de protocolos de necropsia en el cual se describen las heridas de los occisos, y resulta importante resaltar el número y ubicación de lesiones mortales sufridas por el señor JUVENAL SILVA MACHOLA, quien iba en la parte de adelante desarmado y conduciendo el vehículo; así mismo, con el análisis de las trayectorias de disparo realizadas tanto al vehículo como a los occisos”¹⁴.

8. En conclusión, la fiscalía sostuvo que en la actuación militar que produjo la muerte de 12 personas, incluyendo civiles y menores de edad, y las lesiones personales a un menor de edad, se presentan “serias dudas en cuanto a si la conducta investigada se relaciona con el servicio activo”¹⁵ lo que en su criterio lleva a que la investigación deba ser conocida por la justicia penal ordinaria y no por la justicia penal militar¹⁶.

9. La tesis de la Fiscalía General de la Nación fue acompañada por el concepto de la Procurador 15 Judicial II Penal¹⁷, quien en documento dirigido al mismo juzgado penal de instrucción criminal sostuvo que: “el comportamiento investigado de los militares indiciados es un acto propio del servicio pero abiertamente desviado e irrespetuoso de los derechos humanos, pues como se dijo, basados en prueba testimonial y técnica, no se dio combate

¹³ Expediente digital, cuaderno 7, folio 147.

¹⁴ *Ibidem*.

¹⁵ Expediente digital, cuaderno 7, folio 158.

¹⁶ Además señaló: “Las anteriores circunstancias nos llevan a pensar que, los militares estando emboscados y contando con entrenamiento en Control de Área, mientras no tuvieran un objetivo claro, no había lugar para hacer notar su presencia, si contaban a su favor con el factor sorpresa. Sin embargo las extrañas circunstancias en que resultaron ultimados los occisos entre ellos dos civiles desarmados y cuatro menores de edad; evidencia que la muerte no se generó como resultado de un enfrentamiento y que por el contrario pudo tratarse de un evento desafortunado que pudo haberse evitado con un planeamiento expedito pero estratégico, encaminado a obligar al supuesto enemigo a rendirse o a que depusiera las armas, y no a avivar en la tropa el tener que llegar a los límites inevitables del enfrentamiento, dado que las Fuerzas Militares contaban inmediatamente con los medios tecnológicos que bien podrían haber sido dispuestos precisamente para minimizar daños y perjuicios.”

¹⁷ Expediente digital, cuaderno 7, folio 159.

alguno, el uso de las armas no fue legítimo y en defensa propia sino un ataque indiscriminado de presuntos delincuentes, por ello es que debe actuar la jurisdicción ordinaria penal, como ya se solicitó”¹⁸.

10. En providencia del 5 de febrero de 2020, el Juzgado 66 de Instrucción Penal Militar resolvió la solicitud de la Fiscalía General de la Nación dirigida a que se remitiera el proceso penal a la justicia ordinaria. Sostuvo que las conductas investigadas son competencia de la justicia penal militar, pues se satisfacen los requisitos funcionales y subjetivos para que sea la justicia castrense la que adelante la investigación y sanción. El juzgado indicó que: “la patrulla militar actuó amparada bajo una orden fragmentaria No. 02 Marcos Caquetá, de fecha 24 de mayo de 2018, enmarcada en la orden de operaciones de estabilización Victoria, de la décima segunda brigada para el 5 destacamento orgánico del grupo Gaula Militar”¹⁹.

11. En efecto, a juicio del juzgado de instrucción penal militar, se trata de una actuación judicial que se adelanta contra miembros activos de las fuerzas militares, quienes en cumplimiento de la orden de operaciones Marcos 2 de fecha de 24 de mayo de 2018, les quitaron la vida a 12 personas e hirieron a un menor de edad. Además, en criterio de la autoridad judicial penal existe evidencia que muestra que la operación militar se desplegó sobre un objetivo lícito, pues se encontró en poder de las personas que perdieron la vida, material de intendencia y radios de comunicación. En concreto señaló:

“Y ello es así, por cuanto de las pruebas decantadas en el proceso se extrae que ocurrieron el día 27 de mayo de 2018, en el caserío Miramar jurisdicción de la Montañita Caquetá, en cumplimiento de una orden Fragmentaria NO. 2 Marcos Caquetá, siendo neutralizados 12 integrantes de este grupo a quien se le incauto fusilería de largo alcance, munición y radios motorola T400.”²⁰

12. Más adelante, la providencia afirmó que: “A los insurrectos en su poder se le fue encontrado, armamento de largo alcance, radios, adicional a esto 8 iban con uniformes de policía y uno con uniforme del Ejército. // Dicho en otros términos, el Despacho entiende que citada unidad táctica con el fin de atacar un objetivo militar o blanco lícito (...)”²¹.

13. Igualmente, el juzgado indicó que, de los elementos materiales probatorios se concluye que, la actividad militar cumplida por tropas del Grupo Gaula Caquetá, el día 27 de mayo de 2018, es conexas al servicio constitucionalmente encargado. El juez explica que la muerte de los insurgentes del grupo armado ilegal participes directos de las hostilidades no se da con ocasión de una conducta punible de los militares que genere una nueva relación de riesgo. Además, señaló “[r]especto al criterio objetivo o funcional, es menester acudir a las circunstancias de tiempo, modo y lugar que rodearon el deceso de las 12

¹⁸ Expediente digital, cuaderno 7, folio 164.

¹⁹ Expediente digital, cuaderno 7, folios 161-162.

²⁰ Expediente digital, cuaderno 7, folio 170.

²¹ Expediente digital, cuaderno 7, folio 171.

personas y el menor herido, a quien esta Instructora categoriza desde ya como partícipe directo en las hostilidades y miembros del grupo armado ilegal GAO RESIDUAL LOS CHICHILIMPIOS, al mando de OSNAR ORDELY MÉNDEZ GALVIS ‘alias Edwin’²².

14. Finalmente, el Juzgado Penal Militar sostuvo que una orden militar es un acto administrativo complejo que goza de presunción de legalidad, motivo por el cual, se presume legal la actuación de la unidad militar. En igual sentido, indicó que, los resultados de la actividad militar, esto es la muerte de 12 personas, guarda relación de conexidad con la ejecución de las funciones constitucionales encargadas a las fuerzas militares, pues no se trató de una actuación ilegal de la unidad del Gaula, sino a la ejecución de una orden militar.

15. En consecuencia, el Juzgado 66 de la Justicia Penal Militar no accedió a la petición de la Fiscalía General de la Nación y envió las diligencias al Consejo Superior de la Judicatura, Sala Jurisdiccional Disciplinaria, para que allí se dirimiera el presente conflicto positivo de jurisdicciones.

16. En cumplimiento de lo dispuesto en el artículo 241.11 de la Constitución, el Consejo Superior de la Judicatura remitió a esta Corporación el presente asunto a fin de que resolviera el conflicto jurisdiccional objeto de examen. El 25 de mayo de 2021, el asunto fue repartido y entregado formalmente el 1° de junio siguiente.

II. CONSIDERACIONES DE LA CORTE CONSTITUCIONAL

Competencia

1. A la Sala Plena de la Corte Constitucional le corresponde “dirimir los conflictos de competencia que ocurran entre las distintas jurisdicciones”, de conformidad con el artículo 241, numeral 11, de la Constitución Política.

Presupuestos para la configuración de un conflicto de jurisdicciones.

2. La jurisprudencia ha reiterado que el conflicto de jurisdicciones se configura cuando dos o más autoridades, que administran justicia y pertenecen a distintas jurisdicciones, se disputan el conocimiento de un proceso²³, bien porque consideran que²⁴: i) a ninguna le corresponde el conocimiento (conflicto negativo)²⁵ o; ii) el proceso es de su exclusivo conocimiento (conflicto positivo)²⁶.

3. Asimismo, esta Corporación ha indicado que, para que se dé un conflicto de jurisdicciones, es necesario que se cumplan tres presupuestos, a

²² Expediente digital, cuaderno 7, folio 172.

²³ C. Const., sentencia de unificación SU-190 de 2021; autos A- 348 de 2019, A- 231 de 2020, A- 041 de 2021.

²⁴ C. Const., autos A- 231 de 2020, A- 041 de 2021.

²⁵ C. Const., sentencia de unificación SU- 190 de 2021; auto A- 198 de 2020

²⁶ C. Const., sentencia de unificación SU- 190 de 2021; auto A- 198 de 2020.

saber²⁷: i) subjetivo, es decir, la controversia debe suscitarse, al menor, por dos autoridades que administran justicia y pertenezcan a diferentes jurisdicciones; ii) objetivo, según el cual debe existir una causa judicial sobre la cual suscite la controversia o, en otras palabras, que pueda verificarse que está en desarrollo de un proceso, un incidente o cualquier otro trámite de naturaleza jurisdiccional y; iii) normativo, es decir, que las autoridades en conflicto hayan manifestado, mediante pronunciamiento expreso, las razones de índole constitucional o legal por las cuales se consideran competentes o no para conocer el asunto.

Alcance del presupuesto subjetivo frente a la legitimación de la Fiscalía General de la Nación para ser parte de conflictos de jurisdicción ante la Jurisdicción Penal Militar²⁸

4. Frente al presupuesto subjetivo, la Corte Constitucional se ha pronunciado específicamente sobre la posibilidad de que la Fiscalía General de la Nación pueda promover conflictos interjurisdiccionales. En concreto, en la sentencia SU-190 de 2021²⁹, precisó que aun cuando desde una perspectiva orgánica la Fiscalía pertenece a la Rama Judicial, desde el punto de vista funcional cumple tanto con funciones jurisdiccionales como no jurisdiccionales. Respecto de la primera hipótesis (cumple funciones jurisdiccionales), se ha advertido que en ese tipo de escenario, resulta claro que tiene la facultad de provocar y ser parte de conflictos de competencias entre jurisdicciones.

5. En torno al segundo escenario (no cumple funciones jurisdiccionales) la Corte ha admitido la facultad excepcional de esta autoridad para promover o aceptar directamente conflictos frente a la Jurisdicción Penal Militar y, por lo tanto, para ser parte de estos. Lo anterior tiene sustento en que el órgano de persecución penal: i) ostenta la naturaleza de una entidad que administra justicia de acuerdo con la Constitución Política; ii) el ejercicio de la acción penal que constitucionalmente le fue encomendado se encuentra ligado necesariamente a la jurisdicción ordinaria; y iii) el reconocimiento de dicha facultad, en el contexto referido, propende por la satisfacción de importantes principios inmanentes a nuestro ordenamiento jurídico-constitucional, tales como los de celeridad, economía procesal, eficacia y acceso a la administración de justicia.

6. Sin embargo, de acuerdo con lo precisado en el auto 704 de 2021, la legitimación de la Fiscalía para proponer conflictos de competencia en el marco de la Ley 906 de 2004³⁰ se ha circunscrito a casos en que los conflictos de competencia suscitados entre la jurisdicción ordinaria y la jurisdicción penal militar versen sobre posibles graves violaciones a los derechos humanos. De no ser el caso, entonces, no se entendería configurado el

²⁷ C. Const., sentencia de unificación SU- 190 de 2021; autos A- 198 de 2020, A- 231 de 2020, A- 041 de 2021.

²⁸ Reiteración de los autos 1168 (CJU-384) y 1163 (CJU-281).

²⁹ Sentencia SU-190 de 2021.

³⁰ “[P]or la cual se expide el Código de Procedimiento Penal”.

conflicto por ausencia del factor subjetivo. Con todo, frente a tal escenario el delegado de la Fiscalía podría acudir ante un juez penal con función de control de garantías con el fin de solicitar que, a través de audiencia innominada, dicha autoridad reclame o niegue la competencia de la jurisdicción ordinaria para conocer del asunto.

La noción de graves violaciones a Derechos Humanos³¹

7. Los derechos humanos tienen un carácter interdependiente e indivisible entre sí, al punto de que cada violación o menoscabo a un derecho humano es igualmente importante en términos de su garantía y protección. Sin embargo, la comunidad internacional de derechos humanos ha advertido que algunas violaciones a derechos humanos requieren un tratamiento especial y diferenciado, en razón de la gravedad de su menoscabo. Estas han sido catalogadas bajo el estándar de “graves violaciones a derechos humanos”³².

8. La Corte entiende que no existe una definición unívoca del concepto de graves violaciones de derechos humanos en la jurisprudencia nacional ni en los diferentes instrumentos y fuentes del derecho internacional. Así se ha reconocido por la jurisprudencia constitucional³³ y por sectores de la doctrina especializada³⁴. Sin embargo, en aras de dotar de contenido dicho estándar, la Corte Constitucional, con apoyo en la jurisprudencia de los tribunales internacionales de derechos humanos, los instrumentos internacionales sobre la materia y los documentos de órganos oficiales de derechos humanos, se ha ocupado: i) de las conductas susceptibles de predicarse dentro de esta categoría, mediante la enunciación del “listado” de aquellas actuaciones consideradas tradicionalmente como graves violaciones de derechos humanos y ii) de los delitos que tipifican graves violaciones a los derechos humanos y que pueden implicar, a su vez, graves infracciones al derecho internacional humanitario³⁵.

9. Así pues, primero, la jurisprudencia de esta Corporación³⁶ ha destacado que en la actualidad las graves violaciones a los derechos humanos reconocidas por la comunidad internacional son, por lo menos, las ejecuciones extrajudiciales³⁷, la desaparición forzada³⁸, la tortura³⁹, el establecimiento o mantenimiento de personas en estado de esclavitud, la servidumbre o trabajo

³¹ Reiteración de los autos 1168 (CJU-384) y 1163 (CJU-281).

³² Cfr. Corte IDH. Caso Barrios Altos Vs. Perú. Fondo, 2001 y Caso Vera Vera y otra vs. Ecuador. Excepción preliminar, fondo, reparaciones y costas, 2011.

³³ Sentencia C-579 de 2013 y Sentencia C-007 de 2018.

³⁴ Medina, Cecilia. (1988). *The Battle of Human Rights: Gross, Systematic Violations and the Inter – American System*. Dordrecht: Martinus Hilhoff Publishers; Handbook of International Human Rights Terminology, Board of Regents of the University of Nebraska, Nebraska, 2004. Ver también, Academia de Derecho Internacional Humanitario y Derechos Humanos de Ginebra. *What amounts to ‘a serious violation of international human rights law’? An analysis of practice and expert opinion for the purpose of the 2013 Arms Trade Treaty*. Ginebra: Academia de Ginebra, 2014.

³⁵ Sentencia C-579 de 2013.

³⁶ Sentencia C-579 de 2013; Sentencia C-007 de 2018; Sentencia C-080 de 2018.

³⁷ Corte IDH. Caso Barrios Altos Vs. Perú. Fondo, 2001.

³⁸ Corte IDH. Caso Molina Theissen vs. Guatemala. Reparaciones y costas, 2004.

³⁹ Corte IDH. Caso Ibsen Cárdenas e Ibsen Peña vs. Bolivia. Fondo, reparaciones y costas, 2010.

forzoso⁴⁰, las masacres⁴¹, la detención arbitraria y prolongada⁴², el desplazamiento forzado⁴³, la violencia sexual contra las mujeres⁴⁴ y el reclutamiento forzado de menores de edad⁴⁵.

10. En segundo término, a partir de la obligación del Estado de investigar, juzgar y sancionar las graves infracciones al Derecho Internacional Humanitario y las violaciones a los derechos humanos, se ha establecido que los delitos de lesa humanidad⁴⁶, algunos crímenes de guerra⁴⁷ y el genocidio⁴⁸ implican conductas constitutivas de graves violaciones a los derechos humanos. Dentro de la enunciación de las actuaciones que configuran la tipificación de cada una de las conductas referidas, existen igualmente algunos elementos característicos que, en el marco de su contexto, permiten predicar la existencia de una grave violación, a saber: i) la sistematicidad o generalidad en el caso de los crímenes de lesa humanidad; ii) la intención de destruir a un grupo en lo referente al genocidio y iii) el nexo con el conflicto armado, internacional o no, de los crímenes de guerra⁴⁹.

11. Ahora bien, aunque no de manera exclusiva, definitiva o necesariamente concurrente entre sí, se han considerado como algunas criterios que *prima facie* permiten establecer la existencia de graves violaciones de derechos humanos, las siguientes: i) la naturaleza del derecho afectado⁵⁰, ii) la magnitud y/o sistematicidad de la lesividad ocasionada por la violación⁵¹; iii) el grado de

⁴⁰ Corte IDH. Caso Trabajadores de la Hacienda Brasil Verde vs. Brasil. Excepción preliminar, fondo, reparaciones y costas, 2016.

⁴¹ Corte IDH. Caso Masacre de la Rochela vs. Colombia. Fondo, reparaciones y costas, 2007; Caso Masacre de las dos erres vs. Guatemala, Excepción preliminar, fondo, reparaciones y costas, 2009 el cual es referido, entre muchos otros, en la Sentencia C-579 de 2013.

⁴² Corte IDH. Caso Barrios Altos vs. Perú. Fondo, 2001.

⁴³ Corte Constitucional. Sentencia T-025 de 2004.

⁴⁴ Corte IDH. Caso Penal Miguel Castro Castro vs. Perú, Fondo, reparaciones y costas, 2006.

⁴⁵ Al respecto, entre otros, ver Protocolo II adicional a los Convenios de Ginebra de 1949; Corte Penal Internacional, Caso Lubanga, 2012. *Cfr.* Sentencia C-579 de 2013.

⁴⁶ Corte IDH. Caso Almonacid Arellano y otros vs. Chile. Excepciones preliminares, fondo, reparaciones y costas, 2006. Entendidos como aquellos que “*causa[n] sufrimientos graves a la víctima o atentar contra su salud mental o física; inscribirse en el marco de un ataque generalizado y sistemático; estar dirigidos contra miembros de la población civil y ser cometido por uno o varios motivos discriminatorios especialmente por razones de orden nacional, político, étnico, racial o religioso*” (Sentencia C-1076 de 2002). Así mismo, ver Artículo 7 del Estatuto de Roma.

⁴⁷ *Cfr.* Sentencia C-1076 de 2002, donde se indicó que se trata de “*ciertas violaciones graves del derecho de los conflictos armados que los Estados decidieron sancionar en el ámbito internacional*”, por ejemplo, de acuerdo con el Estatuto de Roma, Artículo 8. Sobre la diferencia entre crimen de lesa humanidad y crimen de guerra, esta Corporación ha sostenido que “[*l]a conducta será, en términos del Estatuto de Roma un crimen de guerra si se realiza en el marco de un conflicto armado y en relación con el mismo; mientras que será un crimen de lesa humanidad cuando las conductas típicas formen parte de un ataque, generalizado o sistemático, dirigido contra la población civil, dentro de la política de un Estado o una organización y con conocimiento del mismo*” (Sentencia C-007 de 2018).

⁴⁸ Según el Código Penal Colombiano, Ley 599 de 2000, Artículo 101: “*El que con el propósito de destruir total o parcialmente un grupo nacional, étnico, racial, religioso o político, por razón de su pertenencia al mismo, ocasionare la muerte de sus miembros*”, o cuando con el mismo propósito se cometiere cualquiera de los siguientes actos: “*1. Lesión grave a la integridad física o mental de miembros del grupo. 2. Embarazo forzado. 3. Sometimiento de miembros del grupo a condiciones de existencia que hayan de acarrear su destrucción física, total o parcial. 4. Tomar medidas destinadas a impedir nacimientos en el seno del grupo. 5. Traslado por la fuerza de niños del grupo a otro grupo.*” Al respecto, ver también, Sentencia C-578 de 2002.

⁴⁹ Sentencia C-579 de 2013.

⁵⁰ *Cfr.* Corte IDH. Caso Goiburú y otros vs. Paraguay, fondo, reparaciones y costas, 2006.

⁵¹ La sistematicidad ha sido una característica en la calificación de una conducta como grave violación de derechos humanos en la jurisprudencia de la Corte IDH. Sin embargo, su tratamiento no ha sido constante al

vulnerabilidad de la víctima⁵²; iv) el impacto social del menoscabo⁵³; v) si los derechos humanos conculcados se encuentran internacionalmente protegidos y, a su vez, si las conductas constituyen delitos conforme al derecho internacional⁵⁴.

12. Se reitera que las conductas y crímenes que fueron listados con anterioridad no constituyen un catálogo cerrado ni taxativo de actuaciones susceptibles de ser calificadas como posibles graves violaciones de derechos humanos. Ello, precisamente en razón del carácter y naturaleza dinámicas de las graves violaciones de derechos humanos, su contenido, características y alcances se hallan en permanente construcción, a partir de los pronunciamientos de los tribunales internacionales, los instrumentos y los documentos de órganos oficiales de derechos humanos. En consecuencia, las consideraciones que anteceden constituyen una aproximación a la noción de graves violaciones de derechos humanos, cuya comprensión, inicial y abierta a la dinámica propia del concepto, está encaminada al desarrollo de algunos parámetros de carácter enunciativo que permitan determinar la legitimidad de la Fiscalía General de la Nación para promover o participar en un conflicto de jurisdicción ante la Jurisdicción Penal Militar.

13. Ahora bien, debe tenerse en cuenta que, en el caso de conflicto de jurisdicciones, la aplicación de los anteriores criterios no conducen a prejuzgar las conductas objeto de investigación o juzgamiento; la única finalidad de ella es resolver la controversia asociada al juez (la jurisdicción) competente, sin afectar el principio de juez natural ni las facultades de las autoridades para proteger los derechos involucrados.

Estudio de los presupuestos para la configuración de un conflicto de jurisdicciones en el presente asunto

punto de que dicho órgano ha reconocido que la inexistencia de un patrón generalizado o masivo no necesariamente descalifica una práctica como una grave vulneración de derechos humanos. Al respecto, pueden consultarse, entre otros, Corte IDH. Caso Bueno Alves vs. Argentina. Fondo, reparaciones y costas, 2007; Caso Tiu Tojín vs. Guatemala. Fondo, reparaciones y costas, 2017; Caso Vera Vera y otra vs. Ecuador. Excepción preliminar, fondo, reparaciones y costas, 2011; Caso Fernández Ortega y otros vs. México, Excepción preliminar, fondo, reparaciones y costas 2010. Así mismo, en la Sentencia C-080 de 2018 esta Corporación indicó que las graves violaciones a los derechos humanos (i) no tienen que ser masivas o sistemáticas, (ii) pueden presentarse en todo tiempo y lugar y (iii) además, no necesariamente deben estar relacionadas con el conflicto armado.

⁵² Cfr. Corte IDH. Caso Penal Miguel Castro Castro vs. Perú, Fondo, reparaciones y costas, 2006.

⁵³ Cfr. Corte IDH. Caso Masacre de las dos erres vs. Guatemala. Excepción preliminar, fondo, reparaciones y costas, 2009. Al respecto, la comprensión de los criterios analizados puede ser ampliada a partir del estudio realizado por Academia de Derecho Internacional Humanitario y Derechos Humanos de Ginebra. *What amounts to 'a serious violation of international human rights law'? An analysis of practice and expert opinion for the purpose of the 2013 Arms Trade Treaty*. Ginebra: Academia de Ginebra, 2014, P. 34, en el cual se efectúa una sistematización de diferentes parámetros empleados implícitamente por distintos organismos internacionales a efectos de calificar una conducta como grave violación de derechos humanos.

⁵⁴ Así mismo, como otra característica para predicar una conducta como grave violación de derecho humanos también podría considerarse si el menoscabo implica el deber reforzado para el Estado de investigar, juzgar y sancionar a sus responsables. Sobre el punto, pueda consultarse la Sentencia C-080 de 2018, así como 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." Oficina del Alto Comisionado de la ONU. 60/147 Resolución aprobada por la Asamblea General el 16 de diciembre de 2005. Sin embargo, tal parámetro no resulta conclusivo por sí mismo en la medida en que ya esta Corporación ha precisado que dichas obligaciones se corresponden con "todas las violaciones a los derechos humanos." (Sentencia C-579 de 2013).

14. Como se expuso previamente, para que se configure un conflicto jurisdiccional, se deben cumplir los presupuestos subjetivo, objetivo y normativo. En ese orden, procede la Corte a constatar la configuración de los precitados presupuestos.

15. Sobre el presupuesto subjetivo: De acuerdo con las consideraciones previamente reseñadas, la Fiscalía General de la Nación está legitimada, excepcionalmente, para suscitar conflictos siempre que concurren dos supuestos, a saber: i) que el conflicto se presente en relación con la jurisdicción penal militar, y ii) el caso involucre, *prima facie*, hechos en los que pueden existir graves violaciones de derechos humanos.

16. La Sala Plena considera que en la presente causa la Fiscalía 115 Especializada de la Dirección Nacional Especializada de Violaciones de derechos humanos de la ciudad de Neiva, se encuentra legitimada para proponer el conflicto de competencia entre jurisdicciones en tanto concurren los supuestos descritos, a saber: i) se trata de una controversia en relación con la jurisdicción penal militar, y ii) por otro lado, se estima que, *prima facie*, de los elementos de juicio que obran en el expediente, los hechos objeto de investigación podrían estar relacionados con eventuales graves violaciones de derechos humanos.

17. En este punto, la Corte considera necesario aclarar que las consideraciones que fundamentan esta apreciación no implican adelantar una valoración respecto de la conducta o la posible responsabilidad penal de los investigados, pues dicha competencia es exclusiva del juez natural.

18. Del material probatorio obrante, se destaca que los militares procesados actuaron bajo la orden fragmentaria No. 02 Marcos Caquetá, de fecha de 24 de mayo de 2018, donde resultaron muertas personas civiles, así como menores de edad reclutados ilícitamente y lesionado otro menor de edad, lo cual puede derivar en el desconocimiento de los principios de distinción, precaución y proporcionalidad, que constituyen valores axiales del Derecho Internacional Humanitario.

19. La Corte Constitucional en la sentencia C-291 de 2007, se refirió *al* principio de distinción, indicando que tal y como lo definió la Corte Internacional de Justicia, este principio busca “la protección de la población civil y de objetos civiles, y establece la distinción entre combatientes y no combatientes; los Estados nunca pueden hacer a los civiles objeto de ataques, y en consecuencia nunca pueden utilizar armas que sean incapaces de diferenciar entre objetivos civiles y militares”.

20. Además, en dicha sentencia se advirtió que la obligación general de distinguir entre civiles y combatientes es un deber básico de las partes a todo conflicto armado no internacional, en el sentido de diferenciar entre los civiles y los combatientes, a efectos de preservar a las personas civiles y sus bienes.

En tal medida se enfatizó que es obligación de las partes en un conflicto el esforzarse por distinguir entre objetivos militares y personas o bienes civiles.

21. Además, la Corte refirió que este principio está plasmado en tratados internacionales aplicables a conflictos armados internos y vinculantes para Colombia, forma parte del derecho internacional humanitario consuetudinario, y tiene en sí misma el rango de *ius cogens*. Así, en el Protocolo II adicional a los Convenios de Ginebra, se incluyen las subreglas específicas de prohibición de ataques contra la población civil y prohibición de actos o amenazas de violencia destinadas a producir terror entre la población civil. En el mismo sentido, la “Convención sobre la prohibición del empleo, almacenamiento, producción y transferencia de minas antipersonal y sobre su destrucción de 1997” (ratificada por Colombia mediante Ley 454 de 2000) dispone en su preámbulo que las Partes se han basado, entre otras, en “el principio de que se debe hacer una distinción entre civiles y combatientes”.

22. También la jurisprudencia internacional, se ha referido a este punto. Específicamente, la Sala de Apelaciones del Tribunal Penal para la Antigua Yugoslavia, indicó: “La Sala de apelaciones hace referencia al Artículo 51(2) del Protocolo Adicional I y al Artículo 13(2) del Protocolo Adicional II, los cuales disponen que ‘No serán objeto de ataque la población civil como tal, ni las personas civiles.’ La protección de los civiles refleja un principio de derecho internacional consuetudinario que es aplicable en conflictos armados internos e internacionales, y la prohibición de ataques contra civiles, delineada en los anteriores Protocolos, refleja el estado actual del derecho internacional consuetudinario” (Caso del Fiscal vs. Tihomir Blaskic, sentencia de la Sala de Apelaciones del 29 de junio de 2004). Por su parte, la Corte Internacional de Justicia, en la Opinión Consultiva de 1996 sobre la Legalidad o el Uso de las Armas Nucleares, lo clasificó como el primero de “los principios cardinales (...) que constituyen la esencia del derecho humanitario”, y precisó que el principio de distinción es una regla “fundamental” que debe ser observada por todos los Estados, independientemente de que hayan ratificado o no las convenciones que las contienen, ya que constituye uno de los principios “intransgredibles”, y de naturaleza consuetudinaria, del Derecho Internacional Humanitario.

23. Ahora bien, la referida sentencia C-291 de 2007 se hizo alusión al concepto de “civil” de cara al principio de distinción. Al respecto se indicó que “el término ‘civil’ se refiere a las personas que reúnen las dos condiciones de i) no ser miembros de las fuerzas armadas u organizaciones armadas irregulares enfrentadas y ii) no tomar parte en las hostilidades, sea de manera individual como “personas civiles” o “individuos civiles”, o de manera colectiva en tanto “población civil”. La definición de “personas civiles” y de “población civil” es similar para los distintos propósitos que tiene en el Derecho Internacional Humanitario en su aplicación a los conflictos armados internos – por ejemplo, se ha aplicado jurisprudencialmente la misma definición de “civil” para efectos de caracterizar una determinada conducta, en casos concretos, como un crimen de guerra o como un crimen de lesa humanidad”.

24. En cuanto al principio de precaución, en la sentencia ya mencionada se estableció que este se manifiesta en distintas reglas específicas, que son igualmente consuetudinarias y se aplican a los conflictos armados internos, donde se destacan: “(i) la obligación de las partes en conflicto de hacer todo lo posible para verificar que los objetivos que van a atacar son objetivos militares⁵⁵, (ii) la obligación de las partes en conflicto de tomar todas las precauciones posibles al elegir los medios y métodos bélicos que van a usar, para así evitar o minimizar el número de muertos, heridos y daños materiales causados incidentalmente entre la población civil⁵⁶ y proteger a los civiles de los efectos de los ataques⁵⁷, (iii) la obligación de las partes en conflicto de dar aviso en la medida en que las circunstancias lo permitan, con la debida anticipación y por medios efectivos, de cualquier ataque que pudiera afectar a la población civil⁵⁸, (iv) el deber de optar, cuando se pueda elegir entre varios objetivos militares que representen una ventaja similar, por aquél cuyo ataque represente menos peligro para las personas y bienes civiles⁵⁹, (v) la obligación de las partes en un conflicto de retirar a la población civil, al máximo grado posible, de la vecindad de los objetivos militares⁶⁰, y (vi) el deber de evitar ubicar objetivos militares en o cerca de áreas densamente pobladas⁶¹. El incumplimiento de estas obligaciones por una de las partes, no exime a las otras de cumplir con sus propios deberes según el principio de distinción⁶²”.

⁵⁵ Sistematización del CICR, **Norma 16**: “Las partes en conflicto deberán hacer todo lo que sea factible para verificar que los objetivos que prevén atacar son objetivos militares”, aplicable a conflictos armados internos e internacionales.

⁵⁶ Sistematización del CICR, **Norma 17**: “Las partes en conflicto deberán tomar todas las precauciones factibles en la elección de los medios y métodos de guerra para evitar, o reducir en todo caso a un mínimo, el número de muertos y de heridos entre la población civil, así como los daños a los bienes de carácter civil, que pudieran causar incidentalmente.”, aplicable a conflictos armados internos e internacionales.

⁵⁷ Sistematización del CICR, **Norma 22**: “Las partes en conflicto deberán tomar todas las precauciones factibles para proteger de los efectos de los ataques a la población civil y los bienes de carácter civil que estén bajo su control.”, aplicable a conflictos armados internos e internacionales.

⁵⁸ Sistematización del CICR, **Norma 20**: “Las partes en conflicto deberán dar aviso con la debida antelación y por medios eficaces de todo ataque que pueda afectar a la población civil, salvo si las circunstancias lo impiden”, norma aplicable a conflictos armados internos e internacionales.

⁵⁹ Sistematización del CICR, **Norma 21**: “Cuando se pueda elegir entre varios objetivos militares para obtener una ventaja militar similar, se optará por el objetivo cuyo ataque presente previsiblemente menos peligro para las personas civiles y los bienes de carácter civil”, aplicable a conflictos armados internos e internacionales.

⁶⁰ Según el Tribunal Penal para la Antigua Yugoslavia, “las partes en un conflicto están en la obligación de retirar a los civiles, al máximo grado posible, de la vecindad de objetivos militares” [Traducción informal: “the parties to a conflict are under an obligation to remove civilians, to the maximum extent feasible from the vicinity of military objectives”. Caso del **Fiscal vs. Stanislav Galic**, sentencia del 5 de diciembre de 2003]. En el mismo sentido, ver la Norma 24 de la Sistematización del CICR: “En la medida de lo factible, las partes en conflicto deberán alejar a las personas civiles y los bienes de carácter civil que estén bajo su control de la proximidad de objetivos militares”.

⁶¹ Según el Tribunal Penal para la Antigua Yugoslavia, “las partes en un conflicto están en la obligación de (...) evitar situar objetivos militares dentro o cerca de áreas densamente pobladas” [Traducción informal: “the parties to a conflict are under an obligation (...) to avoid locating military objectives within or near densely populated areas”. Caso del **Fiscal vs. Stanislav Galic**, sentencia del 5 de diciembre de 2003]. Ver en el mismo sentido la Norma 23 de la Sistematización del CICR: “En la medida de lo factible, las partes en conflicto evitarán situar objetivos militares en el interior o cerca de zonas densamente pobladas.”

⁶² En términos del Tribunal Penal para la Antigua Yugoslavia, “el incumplimiento de esta obligación por una parte no releva a la parte atacante de su deber de cumplir los principios de distinción y proporcionalidad al lanzar un ataque” [Traducción informal: “the failure of a party to abide by this obligation does not relieve the attacking side of its duty to abide by the principles of distinction and proportionality when launching an attack”. Caso del **Fiscal vs. Stanislav Galic**, sentencia del 5 de diciembre de 2003].

25. Finalmente, respecto del principio de proporcionalidad la Corte ha explicado que este exige a las partes en un conflicto armado abstenerse de llevar a cabo una operación militar cuandoquiera que se pueda prever que de ésta resulten daños a la población civil o a bienes de carácter civil que sean excesivos en relación con la ventaja militar concreta y directa que se anticipa⁶³.

26. Ahora bien, frente al reclutamiento de los menores de edad por parte de grupos al margen de la ley, en la sentencia C-069 de 2016 se recordó que el ordenamiento jurídico adopta medidas especiales de protección en favor de los menores de edad. Allí se hizo alusión a la situación de especial protección en que se encuentran los menores de edad en un escenario de conflicto armado, por ser esta una situación que incrementa los riesgos de afectación de sus derechos, sobre todo cuando los menores son insertados o incorporados al conflicto como miembros de los distintos grupos armados. El orden jurídico internacional como el nacional, ha adoptado medidas destinadas a evitar o, al menos, mitigar los efectos negativos que el conflicto puede causar sobre ellos, siendo obligación de los Estados parte, respetar los preceptos del Derecho Internacional Humanitario que sean aplicables al conflicto armado y que sean pertinentes a los menores de edad. De igual manera, la norma hace énfasis en la obligación impuesta a los Estados para evitar que los menores hagan parte de los grupos armados involucrados y no participen directamente en las hostilidades, debiendo también adoptar todas las medidas posibles para proteger a los menores de edad afectados por un conflicto armado⁶⁴.

27. En este contexto, en la citada sentencia C-069 de 2016, se indicó que “el interés superior del menor se manifiesta en el sentido que, más allá de protegerle de las afectaciones naturales que un conflicto armado alcanza para la población en general, y para ellos en su condición especial, además, no deben ser objeto de reclutamiento en cualquiera de los grupos participantes”. En consecuencia, cualquier menor sometido a esta situación sufre de una afectación que debe ser prevenida, y, en tal caso, reparada por el Estado.

⁶³ En la sentencia C-291 de 2007, se indicó que este principio se formuló de manera sintética así en el caso **Galic** del Tribunal Penal para la Antigua Yugoslavia: “Una vez se ha constatado el carácter militar de un objetivo, los comandantes deben considerar si se puede esperar que el impacto de este objetivo cause pérdidas incidentales de vida, heridas a civiles, daños a objetivos civiles o una combinación de los mismos, que resulten excesivos en relación con la ventaja militar concreta y directa que se anticipa. Si se espera que resulten tales bajas, el ataque no debe ser realizado”. [Traducción informal: “Once the military character of a target has been ascertained, commanders must consider whether striking this target is “expected to cause incidental loss of life, injury to civilians, damage to civilian objectives or a combination thereof, which would be excessive in relation to the concrete and direct military advantage anticipated.” If such casualties are expected to result, the attack should not be pursued.” Caso del **Fiscal vs. Stanislav Galic**, sentencia del 5 de diciembre de 2003.

⁶⁴ Al respecto, conviene advertir que aun cuando inicialmente el artículo 38 de la Convención sobre los Derechos del Niño (incorporada al derecho interno mediante la Ley 12 de 1991), había establecido los 15 años como la edad mínima para permitir cualquier participación de los menores en hostilidades y en todas las formas de reclutamiento en las fuerzas armadas y en los distintos grupos armados, dicho mandato fue revisado por la Asamblea General de las Naciones Unidas, quien adoptó el “Protocolo Facultativo de la Convención sobre los Derechos del Niño relativo a la participación de los niños en conflictos armados”, en el cual se decidió que la edad mínima para reclutar o utilizar en hostilidades a menores es la de 18 años (arts. 3º y 4º). En todo caso, el Estado colombiano, al momento de ratificar la “Convención sobre los derechos del Niño”, hizo una reserva sobre el contenido de dicho instrumento, en virtud de la cual debía entenderse que la edad mínima para que una persona pueda participar en las hostilidades del conflicto armado es de 18 años.

28. En la referida providencia, la Sala Plena fue enfática en señalar que “en plena correspondencia con el derecho internacional, la jurisprudencia constitucional ha puesto de presente que al Estado colombiano se le atribuyen deberes especiales para con las víctimas de reclutamiento forzado, anotando, que a ellos se suma la obligación de asegurar una desmovilización resocializadora, rehabilitadora, educativa y protectora, lo cual se garantiza, entre otros, con los programas de reintegración social y económica⁶⁵”. En tal medida, el Estado cuenta con la obligación reforzada de proteger a los menores de edad que se encuentran reclutados por grupos al margen de la ley, por lo que si conoce de su presencia en una operación que acarree un enfrentamiento militar, debe adoptar todas las medidas tendientes a evitarles un daño.

29. En suma, el Estado en sus operaciones militares tiene la obligación de velar por la protección de la población civil, por lo que debe propender por diferenciar entre objetivos civiles y militares. Lo anterior a fin de minimizar el número de muertos, heridos y daños materiales causados incidentalmente a la población civil. En consecuencia, el Estado debe abstenerse de llevar a cabo una operación militar cuandoquiera que se pueda prever que de esta resulten daños a la población civil. Aunado a lo expuesto, en casos de reclutamiento forzado en menores de edad, corresponde al Estado tomar todas las medidas para evitarles un daño, al entenderlos como víctimas del conflicto.

30. En este contexto, la Sala Plena advierte en el presente caso, de manera preliminar, un posible desconocimiento de los principios axiales del derecho internacional humanitario y una eventual configuración de una grave violación a los derechos humanos. Ello es así por cuanto: i) las fuerzas militares habían logrado la infiltración en el municipio de la Montañita, a efectos de conocer los movimientos de los grupos al margen de la ley⁶⁶; ii) de acuerdo con el informe de inteligencia, un vehículo había abandonado dicho municipio con personas armadas⁶⁷, sin advertir que allí se encontraban civiles reconocidos por la comunidad⁶⁸ y menores de edad reclutados por grupos armados ilegales

⁶⁵ Sobre el punto se pueden consultar, entre otras, las Sentencias C-203 de 2005, 240 de 2009 y 253A de 2012.

⁶⁶ En el informe operacional se consignó: “A partir del día 24 mayo 2018 a las 16:00 horas conduce operación antiextorsión antisequestro y de control territorial, utilizando el método de control militar de área urbana y rural, mediante técnica de estratagema métodos de engaño y medidas de engaño de inteligencia, en el Municipio de La Montañita Cagueta, se realiza infiltración motorizado en 02 vehículos desde las instalaciones del GGCAQ en la ciudad de Florencia”. Y continúa “aproximadamente a las 21:00 del 27 de mayo del 2018 se recibe información de inteligencia humana, que un grupo armado había pasado por el sector de Miramar por lo cual se reorganiza la unidad haciendo un movimiento pedestre desarrollando una maniobra de emboscada lineal”.

⁶⁷ En el informe operacional se expuso: “Aproximadamente a las 22:00 h se visualiza un vehículo acercándose al punto donde se encuentra organizada la unidad y se mantiene confirmación visual se establece que en el vehículo vienen hombres armados inmediatamente se establece contacto armado con el enemigo, por lo cual la tropa abre fuego en uso de la legítima defensa”.

⁶⁸ En relación con este aspecto se destaca lo expuesto por la Fiscalía, respecto a los civiles que resultaron muertos en la operación militar. En efecto se manifestó: “dentro del expediente están establecidas las calidades personales, familiares, laborales y de todo orden que rodeaban al señor JUVENAL SILVA MANCHOLA, que debieron ser de conocimiento de la tropa previo al ataque, quien era un ciudadano destacado y de bien en este lugar, comerciante, líder, dueño de una pequeña bomba de gasolina de Terpel, así mismo de un establecimiento de comercio y dueño de una camioneta reconocida en la región como de su propiedad en la cual realizo el día de los hechos que habían elecciones populares servicio de transporte a los sufragantes durante todo el día, así mismo de José Yeferson Monroy, circunstancias que debían estar

(práctica común de dicho grupo ilegal)⁶⁹; y iii) el ejercicio militar se lanzó desde una posición de ventaja⁷⁰ y presuntamente fue realizado sin una voz previa de alerta que llevara a mitigar el resultado de la operación y, en consecuencia, acarrear un menor peligro para los civiles y los menores de edad reclutados por el grupo ilegal⁷¹.

31. Así las cosas, la Corte encuentra satisfecho el presupuesto subjetivo y, en consecuencia, se verifica una colisión entre la jurisdicción ordinaria, representada hasta el momento por Fiscalía 115 Especializada de la Dirección Nacional de Violaciones de Derechos Humanos de la ciudad de Neiva, Huila y la jurisdicción penal militar, representada por el Juzgado Sesenta y Seis de instrucción penal militar de Florencia, Caquetá.

32. En relación con el requisito objetivo, la Sala también verifica que se trata de una disputa para conocer de un trámite de índole judicial, pues se trata del ejercicio de la acción penal contra miembros activos de las Fuerzas Militares, quienes ejecutaron una orden de patrullaje y operación táctica. Es decir, la actuación que se discute es una actuación de índole estrictamente judicial.

33. Por último, frente al presupuesto normativo, la Sala constata que las dos autoridades presentaron argumentos por los cuáles, cada una de ellas, considera que tiene jurisdicción para ejercer la acción penal contra los oficiales, suboficiales y soldados profesionales vinculados al proceso penal. En criterio del Juzgado 66 de Instrucción Penal Militar, la actuación de los miembros del Ejército está cobijada por el artículo 221 superior, toda vez que la muerte de las personas se debió a la ejecución de una orden de combate legal y cuya presunción de legalidad no ha sido cuestionada. Por el contrario, para la Fiscalía 115 Delegada Especializada de la Dirección Nacional de Violaciones de Derechos Humanos, se trata de una violación a los principios del Derecho Internacional Humanitario.

observando en el estudio de inteligencia previamente realizado por parte de los miembros de las fuerzas militares que protagonizaron estos hechos, situación que se puede corroborar”.

⁶⁹ La Fiscalía destacó que en el anexo de inteligencia o contrainteligencia radicado 005 del 26 de mayo de 2018, se consagró el conocimiento que se tenía de los reclutamientos a menores que está realizando el enemigo identificado como alias “EDWIN”.

⁷⁰ En el informe operacional se expuso: “Aproximadamente a las 22:00 h se visualiza un vehículo acercándose al punto donde se encuentra organizada la unidad y se mantiene confirmación visual se establece que en el vehículo vienen hombres armados inmediatamente se establece contacto armado con el enemigo, por lo cual la tropa abre fuego en uso de la legítima defensa”.

⁷¹ En declaración rendida por S.R.V., menor de edad sobreviviente de la operación militar se señaló: “son atacados y el primero en caer es el conductor, el vehículo se detiene por el ataque, continuaron los disparos como media hora, luego llega refuerzo aéreo quienes también disparan contra el vehículo, que luego de esta situación sufre un desmayo y cuando despierta estaba siendo auxiliado por miembros del ejército, y es cuando observa en el vehículo varios cuerpos sin vida, indica que el vehículo que se transportaban lo abordaron frente a una cantina en donde estaba el conductor a quien no conocía, afirma que desde el 20 de mayo se encontraba en compañía de los sujetos que cayeron en el ataque, de quienes conoce a “Edwin”, que por todos eran once más dos civiles, afirma que cuando fueron atacados por miembros del ejército no lanzaron ninguna proclama, solo fueron atacados con disparos, que luego de que él reaccionó al desmayo se identificaron como miembros del GAULA Ejército Nacional, aduce que en el vehículo incluyéndose habían cuatro menores de edad”.

34. Superado el análisis de los presupuestos de configuración de los conflictos de jurisdicciones, procede la Corte a dirimir la presente controversia. Previo a ello, se reiterará la jurisprudencia constitucional acerca del fuero penal militar y la competencia de la justicia penal militar y policial.

Sobre la competencia de la justicia penal militar y la justicia penal ordinaria

35. El artículo 221 de la Constitución establece el fuero penal militar como una excepción a la regla general, conforme a la cual, las conductas punibles son investigadas y sancionadas por la justicia penal ordinaria. En esa medida, la jurisdicción penal militar debe ser comprendida como una excepción que solo se activa en tanto se cuente con plena certeza de la concurrencia de los requisitos necesarios⁷². Conforme con la disposición superior, las conductas punibles cometidas por los miembros de la fuerza pública en servicio activo las conocerán las cortes marciales o tribunales penales militares, con arreglo a las prescripciones del Código Penal Militar. Mas adelante, la norma constitucional indica que “en la investigación y juzgamiento de las conductas punibles de los miembros de la Fuerza Pública, en relación con un conflicto armado o un enfrentamiento que reúna las condiciones objetivas del Derecho Internacional Humanitario, se aplicarán las normas y principios de este”.

36. En desarrollo de esta prescripción constitucional, la Sala Plena de la Corte ha indicado que⁷³ el fuero penal militar está integrado por dos elementos, así: i) un elemento relativo a la calidad del sujeto activo de la conducta, que consiste en que se trate de miembro de la fuerza pública en servicio activo, y ii) un elemento funcional que consiste en la relación de los delitos con el servicio que presta la fuerza pública.

37. En relación con el elemento funcional, las sentencias C-084 y C-374 de 2016 indicaron que, para que la justicia penal militar sea competente es necesario que el delito que se va a investigar tenga relación directa con el servicio, es decir, es una exigencia que la conducta punible tenga una conexión directa con el cumplimiento de una función legítima, lo que significa, a su vez, “que si el comportamiento típico es consecuencia del desarrollo de una tarea propia del servicio, pero la misma es cumplida de forma distorsionada, desviada, la acción perderá cualquier relación con la labor legal y será como cualquier otro delito común, objeto de conocimiento de la jurisdicción ordinaria”.

⁷² En la C- 372 de 2016 se indicó: “De este modo, aun cuando la propia constitución tenga previsto, como regla general, que el juez natural para investigar y juzgar a los autores o partícipes de las conductas punibles son las autoridades judiciales que hacen parte de la jurisdicción penal ordinaria, la circunstancia de que también contemple la existencia de cortes marciales o tribunales militares, constitutivos de la denominada justicia penal militar, comporta sin lugar a dudas una excepción a esa regla general y, por tanto la implementación de un régimen penal de naturaleza especial que, bajo un determinado contexto, investiga y juzga las conductas delictivas cometidas por los miembros de la fuerza pública en servicio activo y en relación directa con el servicio”.

⁷³ Cfr. T- 590 A de 2014, C-372 de 2016 y C-084 de 2016.

38. En la sentencia C-084 de 2016 se reiteró ampliamente el precedente constitucional sobre el factor funcional del fuero penal militar, y se concluyó que: “recapitulando, se puede sostener que el delito de connotación propiamente militar tiene una entidad material y jurídica propia, esta drásticamente limitado a aquellas conductas que guardan una relación directa, próxima, evidente con la función militar o policial. Se trata de actos realizados en el marco de las misiones institucionales adscritas constitucional y legalmente a las Fuerzas Militares y a la Policía Nacional, y en desarrollo de órdenes proferidas con estricta sujeción a los fines superiores asignados a esas instituciones. (...) Así, el hecho punible debe surgir como una extralimitación o abuso de poder ocurrido en el marco de una actividad ligada directamente a una función propia del cuerpo armado. El vínculo entre el delito y la actividad propia del servicio debe ser próximo y directo y no puramente hipotético y abstracto. Mientras tanto, el delito común compota que el agente se aparta, genera una ruptura con el servicio que le corresponde prestar, al adoptar un tipo de comportamiento distinto del aquel que se le impone y por ello el juzgamiento de los resultados antijurídicos no puede en modo alguno ser objeto de conocimiento de la justicia penal militar, sino de la justicia ordinaria”.

39. Por consiguiente, tal como lo ha indicado la jurisprudencia de la Corte desde la sentencia SU-1184 de 2001, “la justicia penal militar carece de competencia para investigar y juzgar conductas punibles que entrañen un grave abuso del poder o un grave quebrantamiento de las leyes o costumbres de la guerra. En ese sentido, ha reconocido que existen comportamientos que son ajenos al servicio como ocurre con las graves violaciones a los derechos humanos o al derecho internacional humanitario”⁷⁴.

40. De lo anterior, se concluye que, para que la conducta punible sea competencia de la justicia penal militar, además de que la persona investigada debe ser un miembro activo de la fuerza pública, la conducta debe relacionarse directamente con el ejercicio de las funciones constitucionales de las fuerzas militares o la policía nacional. El nexo directo se rompe, cuando en desarrollo de una orden constitucional, su ejecución resulta, tan desviada y contraria a la finalidad superior, que se convierte en un delito común, al punto que puede adquirir la connotación de crimen de guerra o de lesa humanidad. Es decir, si en ejecución de una orden legítima, se comete una violación a los derechos humanos, o una infracción al DIH, esta conducta será conocida por la justicia ordinaria. Entre las funciones constitucionales del Ejército Nacional, se encuentran el respeto irrestricto del Derecho Internacional Humanitario. Por lo anterior, como ya se indicó, la ejecución de una orden militar que desatienda el DIH, implica que los resultados punibles no serán investigados y sancionados por la justicia penal militar.

III. CASO CONCRETO

41. Verificado que existe un conflicto positivo de jurisdicciones entre la

⁷⁴ Cfr. C-084 de 2016.

justicia penal militar y la jurisdicción ordinaria, especialidad penal, corresponde aplicar las reglas jurisprudenciales relacionadas con los requisitos para la activación del fuero penal militar. Frente al factor subjetivo, se confirma en el expediente que, la acción penal se ejerce contra miembros activos del Ejército Nacional, pues se trata de un oficial y varios soldados profesionales.

42. En relación con el factor funcional, a juicio de la Sala, asiste razón a la Fiscalía 115 especializada. En efecto, al examinar el material probatorio se encuentra que, la operación militar del 27 de mayo de 2018, que llevó a la muerte de 12 personas, si bien se produjo en cumplimiento de una orden fragmentaria No. 02 Marcos Caquetá, de fecha de 24 de mayo de 2018, enmarcada dentro de la orden de operaciones de estabilización Victoria, de la Décima Segunda Brigada para el 5° destacamento orgánico del grupo Gaula, se generan dudas sobre la conexidad con el servicio, pues, sus resultados implicaron la muerte de personas civiles, de tres menores de edad reclutados ilícitamente⁷⁵ y las lesiones de otro menor de edad.

43. Es decir, resultaron afectadas personas que debería estar ajenas a las hostilidades o sobre las cuales debería limitarse el uso de la fuerza con el fin de, si era el caso, en especial frente a los menores de edad, rescatarlos de la condición de reclutados ilícitamente por una estructura armada ilegal.

44. Ello es así, teniendo en cuenta que en la orden de operaciones de control territorial Marcos No. 5 del grupo Gaula militar de Caquetá, se encuentra que, una de las órdenes precisas fue:

“Identidad real de las personas que componen el dispositivo enemigo; Proteger en forma permanente la población civil sus bienes y los recursos del Estado en un área determinada; Ejecutar correctamente las maniobras tendientes a proteger a la población civil y cumplir con la misión otorgada a los GAULA en la Ley 282 de 1996 y Resolución No. 001 de 2000”⁷⁶.

45. En el mismo sentido, la orden de combate indicaba que se debía “dar estricta aplicación a la Ley 282 de 1996 y resolución No. 001 de 2000, las normas de DD-HH y al Derecho Internacional Humanitario, cumpliendo así los fines esenciales del Estado consagrados en el artículo 2° de la Constitución”. Por otro lado, si se examina el informe del oficial del Ejército responsable de la operación se lee que:

“(…) aproximadamente a las 22:00 h se visualiza un vehículo acercándose al punto donde se encuentra organizada la unidad y se mantiene confirmación visual se establece que en el vehículo vienen hombres armados inmediatamente se establece contacto armado con el enemigo, por lo cual la tropa abre fuego en uso de la legítima defensa en

⁷⁵ Cuaderno original No. 4 Folio 602.

⁷⁶ Folio 7 del cuaderno No. 1.

coordenadas LN 01 10 16 LW 75 05 22 se establece dispositivo de seguridad perimétrica con las unidades, aproximadamente a las 01:00 del día 28 de mayo se escucha una persona dentro del vehículo y se visualizan movimientos en los cuales un joven manifiesta que se encuentra herido, siguiendo todos los protocolos de seguridad para las tropas se procede a sacar el joven del vehículo con la intervención del señor CP Bolaños Quintero Michael Fabián, el SLP Tapia Cogollo Luis y el SLP Peña Wilmer prestándoles los primeros auxilios por parte del enfermero de combate SLP Tapia Cogollo Luis al joven que posterior se identifica como [S.R.V] siendo menor de edad informando inmediatamente al comando superior se reorganiza el dispositivo de seguridad con las unidades debido a las condiciones de la noche y por seguridad de las propias tropas y se espera que amanezca para hacer registros sobre el sector, aproximadamente a las 06:00 horas del 28 de mayo del 2018 se empiezan hacer registros perimétricos con el propósito de proteger las propias tropas y se imparten ordenes con el fin de acordonar la escena de los hechos, en los registros se encuentra un sujeto inconsciente herido aproximadamente a 200 mts en un barranco con signos vitales sobre coordenadas LN 01 10 17 LW 75 05 25 se le presta los primeros auxilios y se establece punto extracción sobre coordenadas LN 01 10 16 LW 75 05 20, el sujeto Leoneider Perdomo horas después pierde la vida y se informa al comando superior”

46. Además, de los informes periciales se desprende un posiblemente uso excesivo y desproporcionado de la fuerza, tal como lo advirtió la Fiscalía 115 delegada.

“(…) de acuerdo al acta de gasto de munición generada en desarrollo de la operación MARCOS FRAGMENTARIA 002, aparecen firmando el acta 18 militares con un gasto de munición así: de 7 granadas de humo de varios colores, gastaron 593 cartuchos de munición de fusil galil 5.56, gastaron 191 cartuchos de munición 7.62, gastaron 15 cartuchos munición 9 mm, resaltando que en el listado de personal que envía el T.E. TRIANA RODRIGUEZ HOLLMAN Comandante del destacamento Unidad Operativa GGCQ de fecha 24 de mayo de 2018 no está incluido el militar ARIAS LONDOÑO JUAN dentro del reporte, ni tampoco en el listado de personal enviado de fecha 07 de junio de 2018 al Comandante del Gaula Militar Caquetá My MILLER ROLANDO SIERRA CAICEDO.”⁷⁷

47. Citado lo anterior, para la Corte del expediente del conflicto de jurisdicciones se evidencia que: i) la unidad militar abrió fuego toda vez que, como se indica en el informe del oficial al mando, el carro en el que se transportaban las personas que perdieron la vida, nunca disparó contra el grupo Gaula. Así se lee cuando se explica que: “se establece que en el vehículo vienen hombres armados inmediatamente se establece contacto armado con el enemigo, por lo cual la tropa abre fuego en uso de la legítima

⁷⁷ Folio 923 del cuaderno No. 5.

defensa”; ii) existen piezas probatorias que permiten observar, al menos a título de hipótesis que, del vehículo no se disparó una sola bala, y, por el contrario, fue la unidad militar la que, al parecer, inició el ataque y; (iii) el ataque pudo haber implicado un uso excesivo de la fuerza, pues se hizo despliegue de un importante material de intendencia contra un objetivo que aparentemente no presentó resistencia.

48. Además, como lo indica el oficial al mando de la operación, la unidad militar contaba con información de inteligencia recaudada de la región, por lo cual, era esperable que conocieran que en el vehículo se transportaban niños reclutados ilícitamente, y civiles. Al respecto, esta Corporación recuerda que el Derecho Internacional Humanitario exige de los actores armados, incluidas las fuerzas armadas de los Estados parte, que hagan el uso necesario y proporcional del armamento, motivo por el cual, en presencia de civiles y niños reclutados ilícitamente, el DIH exige que el objetivo sea rescatar y separar de las hostilidades a los civiles, no aplicar la fuerza militar contra ellos.

49. Por estas razones, a juicio de la Corte Constitucional, la jurisdicción ordinaria debe adelantar la investigación contra los miembros del Ejército Nacional que participaron en el operativo de 27 de mayo de 2018 y que llevó a la muerte de Juvenal Silva Manchola (civil), José Yeferson Monroy Trilleras (civil), A.C (menor de edad), D.M (menor de edad), B.A.M (menor de edad), Aldibey Restrepo Martínez, Arlex Ramón Montoya, Hiller Méndez Galvis, Faber Narváez Figueroa, Osnar Ordéis Méndez Galvis, Germán Valderrama Cuervo, Leoneyder Perdomo Conde y lesionaron al menor S.R.V.

50. Finalmente, la Sala Plena considera indispensable advertir que las conclusiones a las que llega la Corte Constitucional se relacionan únicamente con los elementos que permiten resolver el conflicto de jurisdicciones, en esa medida, no constituyen algún tipo de prejuzgamiento respecto a la responsabilidad de personas particulares.

IV. DECISIÓN

En mérito de los fundamentos expuestos, la Sala Plena de la Corte Constitucional,

RESUELVE:

PRIMERO.- DIRIMIR el conflicto positivo de jurisdicciones suscitado entre la Fiscalía 115 especializada de la Dirección Nacional Especializada de Violaciones de Derechos Humanos y el Juzgado 66 de Instrucción Penal Militar, y **DECLARAR** que la Fiscalía 115 especializada de la Dirección Nacional Especializada de Violaciones de Derechos Humanos es la autoridad competente para adelantar la investigación penal de la referencia de conformidad con lo expuesto en la presente providencia.

SEGUNDO.- REMITIR por medio de la Secretaría General de la Corte Constitucional el expediente CJU-235 a la Fiscalía 115 Especializada de la Dirección Nacional Especializada de Violaciones de Derechos Humanos para lo de su competencia y comunique la presente decisión al Juzgado 66 de Instrucción Penal Militar.

Notifíquese, comuníquese y cúmplase.

CRISTINA PARDO SCHLESINGER
Presidenta

NATALIA ÁNGEL CABO
Magistrada

DIANA FAJARDO RIVERA
Magistrada

JORGE ENRIQUE IBÁÑEZ NAJAR
Magistrado

ALEJANDRO LINARES CANTILLO
Magistrado

ANTONIO JOSÉ LIZARAZO OCAMPO
Magistrado

PAOLA ANDREA MENESES MOSQUERA
Magistrada

GLORIA STELLA ORTIZ DELGADO
Magistrada

JOSÉ FERNANDO REYES CUARTAS
Magistrado

MARTHA VICTORIA SÁCHICA MÉNDEZ
Secretaria General