



República de Colombia
Corte Suprema de Justicia

Sala de Casación Penal
Sala de Decisión de Tutelas n.º 2

SALA DE DECISIÓN DE TUTELAS 2

HUGO QUINTERO BERNATE

Magistrado Ponente

STP 14934-2021

Radicado 118911

Acta No.228

Bogotá, D. C., tres (3) de septiembre de dos mil veintiuno (2021).

VISTOS

Resuelve la Sala la acción de tutela interpuesta por NEDER PRIMERA JARAMILLO, a través de apoderada, contra la Sala Disciplinaria del Consejo Superior de la Judicatura, hoy Comisión Nacional de Disciplina Judicial, por la presunta vulneración de su derecho fundamental al debido proceso, «*fuero militar y juez natural*».

Al trámite fueron vinculados los Juzgados 75 de Instrucción Penal Militar y 20 Penal Municipal de Control de Garantías de Bogotá, las Fiscalías 1^a Especializada de Barrancabermeja y 49 Especializada -Unidad de Dirección Especializada de Violación de Derechos Humanos-, así como todas las partes e intervinientes en el proceso con radicado 10010102000201802611.

I. ANTECEDENTES Y FUNDAMENTOS DE LA ACCIÓN

1. De conformidad con las manifestaciones contenidas en el escrito contentivo de la acción, así como de los elementos de juicio aportados al plenario, se tiene que, como consecuencia de los hechos acaecidos el 11 de septiembre de 2016, en los que se produjo el deceso del señor Álvaro Rincón Galán, el Juzgado 75 de Instrucción Penal Militar, el día 12 del mismo mes y año, dio curso a la indagación preliminar en contra de NEDER PRIMERA JARAMILLO, adelantándose allí una serie de actos de investigación.

En la justicia ordinaria, refiere el actor, los hechos fueron conocidos por la Fiscalía 1^a Especializada de Barrancabermeja, bajo el radicado 680816000136201605342, dependencia que, el 14 de enero de 2019, «*manifestó que esta investigación era de competencia de la Justicia Penal Militar y la remitió a dicha jurisdicción*». No obstante, agrega, la Fiscalía 49 de Derechos Humanos, «*solicito (sic) audiencia (sic) colisión de jurisdicción, la cual se llevó a cabo el día 29 de agosto de 2018... ante el Juez 20 Penal Municipal de Control de Garantías de la Ciudad de Bogotá; el cual consideró que se debía realizar colisión de jurisdicción por considerar que la competencia era de la Justicia Ordinaria.*»

A través de proveído del 20 de agosto de 2020, el Consejo Superior de la Judicatura, dentro del radicado 11001010200020180261100, asignó el conocimiento del proceso adelantado contra NEDER PRIMERA JARAMILLO, por los delitos de homicidio agravado y falsedad ideológica en documento público, a la justicia ordinaria penal. Para la adopción de esta decisión, indica el demandante, no se tuvo en cuenta que los hechos ocurrieron en desarrollo de una orden operacional *«con un objetivo militar, desarrollado en el mercado (sic) del Derecho Internacional Humanitario y no se tuvo en cuenta estos aspectos, según lo contempla el artículo 221 de la Constitución Política.»*

Así, se alega que en este caso es evidente la violación directa de la Constitución, toda vez que no fue aplicado lo previsto en los artículos 221 y 214-2, lo cual resultaba procedente, ya que NEDER PRIMERA JARAMILLO, al momento de los hechos, *«se encontraba en calidad de miembro activo de la fuerza pública (soldado profesional), realizando una actividad relacionada directamente con su función constitucional y legal de acuerdo al artículo 217 de la Constitución Política, en desarrollo de la Operación Militar No 05 “SUMMANUS”».*

De igual modo, acusa la existencia de un defecto fáctico, bajo el entendido que el Consejo Superior de la Judicatura, al determinar que la orden de operaciones número 005 SUMMANU era *«“ilícita”, incurre en una vía de hecho al no realizar el análisis en DIH, y lo que es más grave al tomar esa decisión en grave perjuicio de la legalidad de sus actos, deja sin apoyo probatorio la función constitucional que estaba desarrollando el señor NEDER PRIMERA JARAMILLO, decisión que corresponde a un mero capricho. Lo anterior es un flagrante abuso y falta de competencia al realizar un “supuesto” análisis de la “ilicitud” de la orden de*

operaciones, (por falta de aplicación del DIH) además, sin tener en cuenta la calidad de la orden de operaciones como un Acto Administrativo.»

Finalmente, da cuenta del desconocimiento del precedente, pues, para emitir la decisión censurada, se desatendió lo previsto en la sentencia C-359 de 1997, lo cual condujo a que se realizara un estudio de responsabilidad, actividad que corresponde al juez de conocimiento, mas no a la autoridad a quien corresponde la definición del conflicto, criterio que cimentó con base en lo planteado en el salvamento de voto presentado por uno de los magistrados conformantes de la Sala.

2. Bajo esas circunstancias, la parte accionante acude al juez de tutela para que, en amparo de las prerrogativas fundamentales invocadas, **intervenga** en el proceso penal con radicado 1001010200020180261100 y **deje** sin efecto la providencia objeto de reproche.

II. TRÁMITE DE LA ACCIÓN

Mediante auto del 23 de agosto de 2021 la Sala admitió la demanda y dispuso correr el respectivo traslado a las autoridades mencionadas, para que ejercieran su derecho de defensa y contradicción.

El Juzgado 75 de Instrucción Penal Militar se limitó a hacer mención del acontecer procesal, referenciando algunos documentos que allegó junto a la contestación.

El Juzgado 20 Penal Municipal con Funciones de Control de Garantías de Bogotá apuntó que, una vez revisó los elementos que obran en esa instancia, pudo constatar que ese estrado no incurrió en afectación a garantías fundamentales del accionante.

La Fiscal 49 Especializada DECVDH expresó que la providencia censurada se encuentra debidamente sustentada en las evidencias, el precedente jurisprudencial y los principios rectores del Derecho Internacional Humanitario, como los de distinción, protección y el de garantía de los derechos de la población civil.

Indicó que, luego de realizar inspección judicial a la investigación que adelantaba la justicia castrense, elaboró informe sobre el concepto evaluativo, en el que resaltó, entre otras cosas, que las circunstancias de tiempo y modo en que se presentaron los hechos relacionados por los militares, presentan no sólo inconsistencias operacionales, *«sino que se evidencia claramente una serie de violaciones graves a los derechos humanos, de las cuales no se puede afirmar que la fuerza pública estaba realizando un fin constitucionalmente legítimo, sino por el contrario, son fundamento de los argumentos de la solicitud (denuncia) presentada...»*.

Destacó que no resulta dable afirmar que se omitió el concepto de objetivo militar de acuerdo a lo contemplado en el artículo 52 del Protocolo Adicional I, ya que es con fundamento en el numeral 3° de aquella norma que se califica el accionar del procesado y las irregularidades operacionales evidenciadas en los documentos, trayendo a colación, para demostración de su aseveración, el compendio denominado *«Irregularidades en el desarrollo de la operación»*, el

cual es uno de los pilares que sustentan la determinación adoptada por la autoridad demandada.

Por su parte, la Fiscal 1^a Especializada de Barrancabermeja señaló que no es la llamada a salvaguardar los derechos del promotor del amparo, por lo que solicitó su desvinculación.

En el mismo sentido se pronunció el Procurador 237 Judicial Penal I, quien informó que se ha notificado de algunos actos procesales que nada tienen que ver con el trámite de colisión de competencias que aquí se trata, por lo que no le es posible ahondar en el tema.

Los demás vinculados al trámite constitucional guardaron silencio dentro del término establecido para la contestación del escrito.

III. CONSIDERACIONES DE LA CORTE

1. Conforme a las previsiones establecidas en el Decreto 333 de 2021, modificatorio del Decreto 1069 de 2015, esta Sala es competente para conocer de la acción de tutela promovida en contra del Consejo Superior de la Judicatura, hoy Comisión Nacional de Disciplina Judicial.

2. El artículo 86 de la Constitución Política establece que toda persona tiene derecho a promover acción de tutela ante los jueces con miras a obtener la protección inmediata de sus derechos fundamentales cuando, por acción u

omisión, le sean vulnerados o amenazados por cualquier autoridad pública o por particulares, en los casos previstos de forma expresa en la ley, siempre que no exista otro medio de defensa judicial o, si existe, cuando se utiliza como mecanismo transitorio para evitar un perjuicio irremediable.

3. Vistos los antecedentes que obran al interior de este expediente, corresponde a la Corte determinar si frente a la providencia del 20 de agosto de 2020, adoptada por la extinta Sala Jurisdiccional Disciplinaria del Consejo Superior de la Judicatura, que dirimió el conflicto positivo de competencias suscitado en la investigación adelantada por el homicidio de Álvaro Rincón Galán, se configuran los requisitos de procedibilidad de la acción de tutela contra providencias judiciales y, por ende, si debe concederse el amparo invocado por NEDER PRIMERA JARAMILLO.

4. En múltiples pronunciamientos, esta Corporación ha hecho mención de los requisitos generales y específicos de procedibilidad de la acción de amparo contra providencias judiciales, destacando que los segundos han sido reiterados en pacífica jurisprudencia a partir de la sentencia C-590/05. Estos son: (i) defecto orgánico¹; (ii) defecto procedimental absoluto²; (iii) defecto fáctico³; (iv) defecto material o

¹ “que se presenta cuando el funcionario judicial que profirió la providencia impugnada, carece, absolutamente, de competencia para ello”.

² “cuando el juez actuó completamente al margen del procedimiento establecido”.

³ “cuando el juez carece del apoyo probatorio que permita la aplicación del supuesto legal en el que se sustenta la decisión”.

sustantivo⁴; (v) error inducido⁵; (vi) decisión sin motivación⁶; (vii) desconocimiento del precedente⁷; y (viii) violación directa de la Constitución.

Desde la aludida sentencia de constitucionalidad ampliamente referida, la procedencia de la tutela contra una providencia emitida por un juez de la República se habilita, únicamente, cuando superado el filtro de verificación de los requisitos generales (relevancia constitucional, inmediatez, subsidiariedad y que no se trate de decisiones emitidas en trámites de igual naturaleza), se configure, al menos uno de los defectos específicos antes mencionados.

Descendiendo al *sub-lite*, al aplicar los anteriores postulados al caso concreto, en lo que hace referencia a la trascendencia constitucional del asunto, es claro que la controversia en estudio cumple este requisito, pues versa sobre la posible vulneración del núcleo básico del derecho fundamental al debido proceso del Soldado Profesional NEDER PRIMERA JARAMILLO.

Respecto a la *subsidiariedad* se ha de señalar que este presupuesto se encuentra satisfecho, toda vez que, contra el auto proferido por la Sala Jurisdiccional Disciplinaria del

⁴ “se decide con base en normas inexistentes o inconstitucionales o que presentan una evidente y grosera contradicción entre los fundamentos y la decisión”.

⁵ “cuando el juez o tribunal fue víctima de un engaño por parte de terceros y ese engaño lo condujo a la toma de una decisión que afecta derechos fundamentales”.

⁶ “que implica el incumplimiento de los servidores judiciales de dar cuenta de los fundamentos fácticos y jurídicos de sus decisiones en el entendido que precisamente en esa motivación reposa la legitimidad de su órbita funcional”.

⁷ “cuando la Corte Constitucional establece el alcance de un derecho fundamental y el juez ordinario aplica una ley limitando sustancialmente dicho alcance”.

Consejo Superior de la Judicatura, que aquí se censura, no proceden recursos.

También se entiende cumplida la exigencia relacionada con la presentación oportuna de este mecanismo excepcional, en tanto la petición de amparo se formuló un mes después de haber sido comunicada la providencia demandada, esto es, el 22 de julio de 2021⁸, de manera que la protección constitucional se está solicitando dentro de un término razonable.

De otra parte, no se está cuestionando una sentencia de tutela, pues la queja se orienta a controvertir una decisión proferida en sede de conflicto de jurisdicciones, al interior del proceso penal con radicado 11001010200020180261100.

5. Pues bien, superados los requisitos generales anotados, aunque el accionante se queja de la existencia de supuestos yerros específicos en la decisión adoptada por la accionada (violación directa de la Constitución, defecto fáctico y desconocimiento del precedente), los mismos no se advierten por esta Corporación, luego de revisar la providencia cuestionada y cotejarla frente al direccionamiento legal y jurisprudencial que regula la materia.

⁸ De acuerdo con lo revelado por el promotor del resguardo, el Consejo Superior de la Judicatura «nunca» le comunicó la decisión, y sólo cuando la defensa acudió al Juzgado de Instrucción Penal Militar, para revisar el proceso, esto el 15 de febrero de 2021, encuentra que se había «remitido una decisión de la colisión de jurisdicción sin firmas y con un salvamento de voto que no correspondía». Por tal motivo, el día 17 siguiente, con el fin de obtener copias debidamente suscritas de la decisión y del salvamento de voto, envió solicitud a la respectiva relatoría, de la cual no tuvo respuesta. El 12 de mayo y el 16 de junio reitera la petición, obteniendo efectiva respuesta hasta el 22 de julio pasado.

Para fundamento del criterio esbozado se empezará por señalar que, en el aparte considerativo de su providencia, la Sala Jurisdiccional Disciplinaria, después de hallar acreditada la calidad de miembro de la fuerza pública del Soldado Profesional NEDER PRIMERA JARAMILLO, se encaminó a analizar el nexo existente entre la conducta desplegada por el procesado y los actos imputados, adentrándose a determinar, de cara a las pruebas que reposan en el investigativo, si los hechos ocurridos el 11 de septiembre de 2016, en los cuales resultó muerto el señor Álvaro Rincón Galán, guardan relación o no con el servicio.

Previo a proseguir, es necesario recordar que, de conformidad con lo reglado en el artículo 221 de la Constitución Política, *«De las conductas punibles cometidas por los miembros de la Fuerza Pública en servicio activo, y en relación con el mismo servicio, conocerán las cortes marciales o tribunales militares, con arreglo a las prescripciones del Código Penal Militar. Tales Cortes o Tribunales estarán integrados por miembros de la Fuerza Pública en servicio activo o en retiro.»*.

De otra parte, la Ley 1407 de 2010⁹, establece en sus artículos 1º, 2º y 3º lo siguiente:

ARTÍCULO 1o. FUERO MILITAR. *De los delitos cometidos por los miembros de la Fuerza Pública en servicio activo, y en relación con el mismo servicio, conocerán las Cortes Marciales o los Tribunales Militares, con arreglo a las disposiciones de este Código. Tales Cortes o Tribunales estarán integrados por miembros de la Fuerza Pública en servicio activo o en retiro.*

⁹ Código Penal Militar.

ARTÍCULO 2o. DELITOS RELACIONADOS CON EL SERVICIO. *Son delitos relacionados con el servicio aquellos cometidos por los miembros de la Fuerza Pública en servicio activo dentro o fuera del territorio nacional, cuando los mismos se deriven directamente de la función militar o policial que la Constitución, la ley y los reglamentos les ha asignado.*

ARTÍCULO 3o. DELITOS NO RELACIONADOS CON EL SERVICIO. *No obstante lo dispuesto en el artículo anterior, en ningún caso podrán relacionarse con el servicio los delitos de tortura, genocidio, desaparición forzada, de lesa humanidad o aquellos que atenten contra el Derecho Internacional Humanitario entendidos en los términos definidos en convenios y tratados internacionales ratificados por Colombia, ni las conductas que sean abiertamente contrarias a la función constitucional de la Fuerza Pública y que por su sola comisión rompan el nexo funcional del agente con el servicio.*

En relación con el contexto normativo anotado, la jurisprudencia de la Corte Constitucional (sentencia C-358 de 1997), ha indicado:

“La Corte precisa: 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. Es decir, lo que esta Corporación afirma no es que los delitos de lesa humanidad no constituyen actos del servicio, pues es obvio que en un Estado de derecho jamás un delito - sea o no de lesa humanidad - representa una conducta legítima del agente. 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.

“c) que la relación con el servicio debe surgir claramente de las pruebas que obran dentro del proceso. *Puesto que la justicia penal militar constituye la excepción a la norma ordinaria, ella será competente solamente 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. (Negrilla de la Corte)*

Así pues, al amparo de la normatividad en cita, reseñada también en la providencia discutida, tras abordar el desarrollo de su competencia, la Judicatura demandada pudo establecer que el militar investigado, para el momento en que se produjo el deceso de Álvaro Rincón Galán, *«se encontraba en desarrollo de la Orden de Operaciones "SAMMANUS", que tenía como objetivo neutralizar a Tibaldo Manuel Ozuna alias el "NIÑO" cabecilla del frente Héroes y Mártires de Santa Rosa del ELN, es decir que, se encontraba en servicio activo y la labor que desempeñaba en principio está directamente ligada con la función asignada.»*

Avanzando en el estudio, advirtió que el señor Rincón Galán, de conformidad con la denuncia formulada por la ONG CREDHOS, fue muerto por miembros del Ejército Nacional, adscritos a la Fuerza de Tarea Conjunta Marte, el 11 de septiembre de 2016, en la vereda Patio Bonito, Punto Cuatro Vientos, Finca La Cabaña del corregimiento de Vallecito de San Pablo de Bolívar.

De igual modo, encontró la Colegiatura que la persona abatida se encontraba en su vivienda en compañía de su esposa y sus cuatro hijos menores de edad, y que *«fue atacada por miembros del ejército cuando tenía en sus brazos a uno de sus hijos, para luego ingresar en la vivienda y realizar, al parecer otras irregularidades»*.

A juicio del fallador, dicha situación *«amerita un estudio con mayor rigor, del cual se logra concluir símiles consideraciones ultimadas por la representante de la Jurisdicción Ordinaria Penal, puesto que las irregularidades en el desarrollo de la operación*

«SAMMANUS» son palpables». Para cimentación de su inferencia, trajo a colación las manifestaciones presentadas por la Dirección Especializada contra Violaciones a Derechos Humanos de la Fiscalía General de la Nación, en el Oficio No. 0480518 del 25 de mayo de 2018, referenciado como «CONCEPTO EVALUATIVO DE ALVARO RINCON GALAN»¹⁰, plasmando *in extenso* el siguiente aparte de aquél¹¹:

1. Irregularidades en el desarrollo de la operación

De acuerdo al Oficio No. 002629/MDN-CGFM-JEMC-CCOES-BRICO-BATLAASJ-29, de fecha 14 de septiembre de 2016, suscrito por Mayor CARLOS ALBERTO CUELLAR DELGADO, ejecutivo y segundo comandante Batallón de Lanceros, mediante el cual presenta "INFORME RESULTADO OPERACIONAL", se anota:

"El día 11 de septiembre de 2016 aproximadamente a las 06:50 horas se realiza reporte con Leopardo 6 y envían coordenadas N 07°36'5.0" W 074°05'52.3", así mismo se informa que se observó en la casa objetivo una señora y un niño... se observó un individuo sin camisa con una toalla al hombro", (subrayado nuestro)

El objetivo esta errado, porque, en primer lugar las coordenadas difieren, pues las del informe de inteligencia y la de la orden de operaciones es: N 07°36'4" (sic) W 074°06'06", teniendo presente que no son exactas, sino: aproximadas: "cerca de la construcción (vivienda) ubicada en las coordenadas 07°36'14" W 074°06'06" a 1.500 FT, en la vereda Cuatro Vientos, jurisdicción del municipio de San Pablo" y, en segundo lugar, la casa objetivo se identifica como: "de igual forma se debe tener en cuenta que en la construcción funciona una tienda la cual es frecuentada por civiles que no participan en las hostilidades"¹², (subrayado nuestro).

Ninguna de las dos características anteriores refiere la tropa al momento de, supuestamente, identificar la "casa objetivo".

- Adicionalmente el orientador de terreno observó al objetivo y ofreció un 70% de probabilidad que era el objetivo, "TIBALDO MANUEL OZUNA PARDO..."

¹⁰ Copia de este documento se allegó junto a la respuesta presentada por la Fiscal 49 Especializada DECVDH, al descorrer el traslado de la acción.

¹¹ Transcribe lo consignado a partir del folio 3 del impreso hasta el 7 del mismo.

¹² Anexo "A" de inteligencia a la orden de operaciones No. 025, de fecha 10 de septiembre de 2016 suscrita por el Teniente Coronel GONZALO LUQUE OCHOA.

No obstante lo anterior, la tropa a las 16.49 horas llega al objetivo previa coordinación de maniobra coordinada tierra aire, con los soldados ANIBAL BARBOSA NAVARRO y NEDER PRIMERA JARAMILLO, avanzan hacia el inmueble y, según lo informado por el segundo soldado en mención, lanza la voz de alto a uno de los presuntos integrantes del ELN, que en ese momento salía corriendo de la casa, desenfundando una pistola en clara señal de intención hostil hacia el soldado, quien en uso de su arma dispara, pero un hombre se cruza en la línea de tiro del soldado, el cual resulta impactado de "manera accidental" falleciendo con posterioridad, quien es identificado como ALVARO RINCON GALÁN.

En este orden de ideas, se sostiene por parte de los miembros del ejército, siguiendo la versión del soldado NEDER PRIMERA JARAMILLO, que la muerte de ALVARO RINCON GALÁN, fue de manera accidental.

Argumento que desvirtúa el Informe Pericial de Necropsia No. 2016010168001000616, de fecha 12/08/2016, suscrito por la médico Forense OLGA CAROLINA OCHOA DE ARMAS, donde se reporta: "La necropsia médico legal demuestra la presencia de 3 heridas causadas por proyectil de arma de fuego, una en el brazo izquierdo con orificio de entrada y salida, otra en hemitórax izquierdo sin orificio de salida y otra en el glúteo izquierdo sin orificio de salida".

*En efecto, **son tres (3) las heridas recibidas por la víctima**, en diferentes partes del cuerpo, adicionalmente, **el lugar donde quedó la víctima, esto es, en la puerta de la casa** como se aprecia en las fotografías aportadas en informe de campo de fecha 12/09/2016, suscrito por OSCAR JAVIER MARLES MURILLO, indican claramente que **a la víctima se le disparó en la puerta de la casa, máxime cuando así lo indica la marca del impacto sobre la madera de la casa**, de acuerdo a imagen 11 Plano medio y, por último, **no se puede dejar de lado, el hecho, que el soldado NEDER PRIMERA JARAMILLO hacía parte de un equipo de tiradores del alta precisión TAP 2.***

En conclusión la versión de NEDER PRIMERA JARAMILLO no corresponde a la evidencia documental en informes fotográficos y en la misma acta de necropsia, sin desconocer, por su puesto las versiones de los familiares y vecinos de la víctima.

2. Irregularidades en la información, sobre el mismo lugar, esto es, sobre las mismas coordenadas se presenta información que no es unificada, pese a que se proporciona, al parecer, por una misma fuente:

- En efecto, de acuerdo al informe ejecutivo de fecha 08/09/2016, suscrito por WILSON LOPEZ TREJOS y OSCAR JAVIER MARLES MURILLO, la información hace referencia a dos viviendas ubicadas en coordenadas N 07° 36'14.78" W 74 °06'06.74" y N 07 °36'15.04"

W 74 ° 06'22.54", al parecer se encontraría "el señor ANSELMO RIOS BOHORQUEZ "Alias CHEMO", CABECILLA DE LA COMISIÓN DEL Frente Héroes y mártires de Santa Rosa del Frente de guerra Darío Ramírez Castro del ELN, aportando un informe de inteligencia, que solo hace referencia a un objetivo, como es alias CHEMO. Como fundamento de lo anterior, se solicita la orden de allanamiento y registro.

- Por ello, la Orden de allanamiento y registro de fecha 09/09/2016, suscrita por la Fiscalía 32 DIÑATE de Bucaramanga, donde los inmuebles de registro y allanamiento a dos viviendas ubicadas en coordenadas N 07° 36'14.78" W74°06'06.74" y N07°36'15.04" W 74 °06'22.54", DE LA VEREDA Cuatro Vientos del municipio de San Pablo Bolívar. Con la finalidad "SE HACE NECESARIO ORDENAR Y EJECUTAR LA DILIGENCIA DE ALLANAMIENTO Y REGISTRO SOBRE LOS INMUEBLES ANTES DESCRITOS CON LA FINALIDAD DE UBICAR Y CAPTURAR EN SITUACIÓN DE FLAGRANCIA AL PRESUNTO SUBVERSIVO ALIAS CHEMO CABECILLA DE LA COMISIÓN DEL FRENTE HÉROES Y MÁRTIRES DE SANTA ROSA DEL FRENTE DE GUERRA DIARIO RAMÍREZ CASTRO DEL ELN, QUIEN AL PARECER SE ENCUENTRA OCULTO EN DICHS PREDIOS EN COMPAÑÍA DE POR LO MENOS CUATRO SUBVERSIVOS MAS, PORTANDO ARMAS DE CORTO Y LARGO ALCANCE"

- De otra parte, en el anexo "A" de inteligencia a la orden de operaciones No. 025 de fecha 10-septiembre -2016-SUMANUS, hace referencia que la información se obtiene de fuente humana, se relaciona como el sitio donde TIBALDO MANUEL OZUNA PARDO alias NINO cabecilla del Frente Héroes y Mártires de Santa Rosa, "se encuentra ubicado cerca de la construcción (vivienda) ubicada en las coordenadas N 07 ° 36'14" W 74 °06'06" a 1.500 FT, en la vereda Cuatro Vientos, jurisdicción del municipio de San Pablo", (subrayado nuestro).

Como se aprecia, se relacionan las coordenadas N 07° 36'14" W 74 °06'06", como el sitio donde se ubicaría a TIBALDO MANUEL OZUNA PARDO alias NIÑO cabecilla del Frente Héroes y Mártires de Santa Rosa, según el anexo de inteligencia, no obstante, no se hace ninguna referencia ANSELMO RIOS BOHORQUEZ "Alias CHEMO", cabecilla de la comisión del Frente Héroes y mártires de Santa Rosa del Frente de guerra Darío Ramírez Castro del ELN, que corresponde a la información aportada por la fuente humana en informe de inteligencia código DIPOGEOOME0220 de fecha 08-09-2016 ante la Fiscalía 32 DIÑATE de Bucaramanga.

Adicionalmente, en el informe Anexo "A" de inteligencia, no solo se relacionan las coordenadas N 07 °36'14" W 74 ° 06'06", como el sitio donde se ubicaría a TIBALDO MANUEL OZUNA PARDO alias NIÑO, sino que se indica que: "lugar donde se encuentran 02 civiles, de igual forma se debe tener en cuenta que en la

construcción funciona una tienda la cual es frecuentada por civiles que no participan en las hostilidades".

Dado lo anterior y, realizando una comparación entre el informe ejecutivo de fecha 08/09/2016, suscrito por WILSON LOPEZ TREJOS y OSCAR JAVIER MARLES MURILLO y el anexo "A" de inteligencia a la orden de operaciones No. 025 de fecha 10-septiembre -2016-SUMANUS, suscrito por el Teniente Coronel GONZALO LUQUE OCHOA, al parecer, éste último, esto es el Anexo "A" de inteligencia, se manipula la información relacionando a otro supuesto integrante del grupo ilegal, en este caso a TIBALDO MANUEL OZUNA PARDO alias NIÑO y, así justifica la emisión de la orden de operaciones.

3. Misión u objetivo de la operación cuestionable: *De acuerdo a la Orden de Operaciones No. 005 "SAMMANUS", de fecha 1006:00-SEPT-16, suscrita por MM. CARLOS ALBERTO CUELLAR DELGADO, Ejecutivo y segundo comandante BATLA, donde se ordena en el ítem MISION: "La (sic) Batallón de Lanceros realiza operación de reconocimiento especial empleando la técnica de reconocimiento de área con empleo de tiradores de alta precisión y una inserción vertical mediante técnica de rappel por parte del esfuerzo de apoyo a partir del día 10/09/16 hora H sobre el área objetivo (07°36'14.00" - 74° 06'06.00"), vereda Cuatro Vientos, municipio de San Pablo (Bolívar) con el fin de ubicar y neutralizar el de clave "HYDRA" para desarticular la estructura de mando y control del Frente Héroes y Mártires de Santa Rosa del ELN".*

La maniobra, debía realizarse en cinco (5) fases, a saber:

Primera Fase: *Movimientos necesarios: Recepción de la información de inteligencia, 9 de agosto de 2016, toma de decisiones, se dispone el movimiento aéreo desde Bogotá hacia Barrancabermeja, donde se embarcan 24 hombres, ubicándolos en Barrancabermeja, Rionegro y Bucaramanga.*

Segunda Fase: *Inserción -Infiltración. El equipo TAP 2 de la compañía D, del Batallón de Lanceros inicia infiltración motorizado por la ruta Barrancabermeja-Curumuta hasta las coordenadas (07°27'50" 73°54'21"), de allí vía fluvial hasta el municipio de San Pablo Bolívar coordenadas (07°28'07" -73°55'51"), para luego retomar el desplazamiento motorizado por la ruta San Pablo-vereda No te pases (San Pablo-Bolívar), hasta el punto de inserción en coordenadas N 07°36'57" - W 74°03'45") y, de allí en movimiento táctico terrestre de infiltración hasta el área objetivo en coordenadas (07°36'14.00" 74°06'06.00)".*

Fase tres: *Acciones en el objetivo. Se realizarán los procedimientos operacionales de ubicación del blanco posterior, con empleo de la técnica de asecho al PVT, "con el fin de tener el mejor ángulo para realizar el tiro TAP y lograr la neutralización, consolidación objetivo "HYDRA", Cabecilla. De igual manera*

posteriormente realizar los registros sobre el área, se hacen cierres y bloqueos de las posibles vías de ingreso al área y asegurar los puntos críticos para garantizar la ventaja táctica... "

Fase cuatro- Consolidación y procedimientos jurídicos. *"Esta fase se inicia una vez efectuada las acciones en el objetivo, con el apoyo de policía judicial se procede a efectuar la consolidación y explotación del extinto en el área objetivo "SUMMANUS"..."*

Fase quinta- Extracción (...)"

Luego de consignar la anterior argumentación que, como se indicó atrás, se halla inmersa en documento elaborado por una delegada de la Fiscalía¹³, el fallador consideró:

"Por consiguiente, las dudas que surgen de la posición del cadáver, los lugares de impacto en el cuerpo y las declaraciones cuestionables sobre los hechos, como la información que reposa en los informes, son interrogantes que solo puede arrojar la prueba que se recaude en la investigación, sin tener en cuenta que conforme lo ha señalado la jurisprudencia constitucional en caso de duda la competencia es de la justicia ordinaria- (...)

*"El mismo carácter excepcional impone que se cumpla con rigor los presupuestos para trasladar la competencia a la justicia castrense, lo que implica que exista certeza que la conducta fue cometida por miembros de la fuerza pública en servicio activo y que la conducta investigada tenga relación directa con el mismo servicio, **pues si existen dudas sobre la procedencia de aplicar la excepción a la competencia atribuida por la Constitución Política a la Fiscalía General de la Nación en el artículo 250, la actuación penal debe ser adelantada por la jurisdicción común, por ser la regla general.** (...)*

"También están excluidos del fuero penal militar los delitos de tortura, genocidio y la desaparición forzada, de lesa humanidad o aquellos que atenten contra el Derecho Internacional Humanitario entendidos en los términos definidos en convenios y tratados internacionales ratificados por Colombia, violencia sexual, ni las conductas que sean abiertamente contrarias a la función constitucional de la Fuerza Pública y que por su sola comisión rompan el nexo funcional del agente con el servicio, por tratarse de conductas que, como lo señaló la Corte Constitucional en la citada sentencia, en nada se relacionan con el servicio y, que, como tales,

¹³ Cfr. El documento lo suscribe la Fiscal 49 Especializada DECVDH.

impiden a la jurisdicción penal militar conocer de ellas cuando se presenten, así como todas aquellas conductas que sean abiertamente contrarias a la función constitucional de la Fuerza Pública y que por su sola comisión rompan el nexo funcional del agente con el servicio, han de entenderse excluidas del campo de competencia de esta jurisdicción especial. (Ley 522 de 1993, artículo 3, Ley 1407 de 2010, artículo 3 y Ley 1719 de 2014, artículo 20).

*“De tal manera que la "duda" de que se ha ocupado la Corte Constitucional para precisar que al existir debe adscribirse el asunto a la Jurisdicción ordinaria Penal, 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, por tal motivo y al no contarse con los insumos probatorios para lograr determinar con exactitud el nexo causal, esta Colegiatura adscribirá el conocimiento de las presentes diligencias a la Jurisdicción Ordinaria Penal, representada en este caso por la **FISCALIA 49 ESPECIALIZADA - UNIDAD DE DIRECCIÓN ESPECIALIZADA DE VIOLACIÓN DE DERECHOS HUMANOS**”.*

De acuerdo con lo plasmado, no se observa vulneración al debido proceso por parte de la Sala Disciplinaria del Consejo Superior de la Judicatura, al haber dirimido el conflicto positivo de competencia disponiendo la remisión de la actuación penal a la Fiscalía 49 Especializada - Unidad de Dirección Especializada de Violación de Derechos Humanos.

Claro es para la Corte que ninguna circunstancia permite concluir que se trató de una decisión irrazonable o arbitraria, ya que la autoridad justificó la remisión del proceso a la aludida fiscalía, en el hecho de haber constatado la existencia de irregularidades en el desarrollo de la operación «SAMMANUS», derivando de ello la duda sobre las circunstancias en que se produjo la muerte de Álvaro Rincón Galán, por lo que, al ser la jurisdicción penal militar de carácter excepcional y especial, el conocimiento de la

investigación y el juzgamiento del mencionado delito debía ser atribuido a la jurisdicción penal ordinaria.

Y es que, contrario a la inferencia presentada por el impetrante, «no 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...»¹⁴. En este sentido, «no todo lo que se realice como consecuencia material del servicio o con ocasión del mismo puede quedar comprendido dentro del derecho penal militar, pues el comportamiento reprochable debe tener una relación directa y próxima con la función militar o policiva.»¹⁵

Además, en esa línea de pensamiento, no se trataba de adelantar un juicio prematuro de responsabilidad como critica la parte actora, sino del examen acucioso del desarrollo de los hechos con sustento en las circunstancias que le antecedieron, especialmente las directrices contenidas en la orden de operación, elementos necesarios para definir la competencia en este caso, máxime cuando, a voces de la sentencia SU-1184/01, «No basta (...) una simple relación temporal o espacial entre el delito cometido y la función desarrollada, como en aquellos casos en que con ocasión o a causa del servicio se desvía en forma esencial la actividad inicialmente legítima para realizar conductas punibles que desbordan la misión constitucional asignada»

¹⁴ Cfr. Corte Constitucional sentencia T-590A/14.

¹⁵ Cfr. C.C. sentencia C-358 de 1997.

Tal criterio fue aún más explicado por la Corte Constitucional, al señalar que «*el fuero no supone una inmunidad frente a la jurisdicción ordinaria para los encargados de mantener el orden público, en aquellos eventos en que, genéricamente, aquellos cometan delitos y se hallen en servicio activo. El elemento fundamental y más relevante exigido para el fuero viene dado por la circunstancia de que la conducta punible en cuestión haya sido realizada en relación o en desarrollo del servicio. Este elemento esencial del fuero merece, sin embargo, un análisis más detenido. El presupuesto consiste en que la conducta punible tenga una conexión directa con el cumplimiento de una función legítima. **Si el comportamiento típico es consecuencia del desarrollo de una tarea propia del servicio, pero la misma es cumplida de forma distorsionada o desviada, la acción perderá cualquier relación con la labor legal y será, como cualquier delito común, objeto de conocimiento de la jurisdicción ordinaria***»¹⁶ (Negrillas propias de la Sala).

Por manera que, para agotar un ejercicio de la naturaleza que plantea el Alto Tribunal, es imperioso abordar el estudio del caso concreto, con sus pormenores, tal y como hizo la extinta Sala Jurisdiccional Disciplinaria, por lo que no hay duda en cuanto a que su actuación se enmarcó en el derrotero jurisprudencial reseñado.

En este orden, acertado es concluir que la decisión criticada está ajustada a la ley, la jurisprudencia y el caso específico, sin que constituya una vía de hecho en los términos propuestos por el accionante, como que, de igual manera, no puede aducirse, con grado de acierto, la

¹⁶ Cfr. Corte Constitucional sentencia C-084 de 2016.

existencia de algún defecto capaz de configurar una causal de procedibilidad del amparo.

Lo anterior, por cuanto se aprecia que la Sala Disciplinaria realizó un análisis exhaustivo y detallado del asunto puesto a su consideración y de las pruebas aportadas, así como una interpretación coherente y estructurada de las normas aplicables al caso concreto, determinando que la actuación era de competencia de la jurisdicción ordinaria, de donde se puede concluir que no se desconoció el principio del juez natural y con ello el debido proceso.

Recuérdese que la simple discrepancia o desacuerdo con el contenido de una decisión no habilita la interposición de la acción de tutela, porque este mecanismo excepcional no fue diseñado como una instancia adicional.

Dentro de la autonomía que se garantiza y reconoce a los funcionarios judiciales, está la de interpretar las normas para resolver el caso concreto, y esa labor permite que la comprensión que lleguen a tener distintos jueces sobre una misma norma sea diversa, y que unas interpretaciones sean mejor recibidas que otras. De manera que la razonabilidad de la argumentación presentada resulta relevante al momento de hacer la valoración respectiva.

Por lo mencionado, se constata que la decisión censurada se encuentra dentro del marco de los principios

de libre apreciación probatoria y autonomía propios de la actividad judicial.

Pese a lo definido, no puede dejar pasar por alto la Corte que en uno de los apartes del “concepto evaluativo víctima ALVARO RINCÓN GALÁN” suscrito por la Fiscal 49 Especializada DECVDH, valorado como prueba por la Sala demandada, se expuso:

“De lo anterior es una evidencia irrefutable que la orden de operaciones estaba dirigida a matar a sangre fría al objetivo "HYDRA", quien de acuerdo al anexo de inteligencia "A", a la orden de operaciones No. 025, correspondía a una persona natural individualizada e identificada como Tibaldo Manuel Ozuna alias el "NIÑO" cabecilla del Frente Héroes y Mártires de Santa Rosa del ELN, quien ubica al objetivo en: "cerca de la construcción (vivienda) ubicada en las coordenadas de referencia N 07036'14" W 074006'06" a 1.500FT, en la vereda Cuatro Vientos Jurisdicción del municipio de San Pablo Bolívar... ”

“Lo cuestionable de esta orden de operaciones No. 005 "SAMMANU", de fecha 1006:00-SEPT-16, suscrita por MY. CARLOS LABERTO CUELLAR DELGADO, Ejecutivo y segundo comandante BATLA, es ilegítima al no existir en el ordenamiento constitucional colombiano instaurada la pena de muerte y menos aún los ataques selectivos a personas”.

En torno a ello, esta Colegiatura considera necesario señalar que, en el marco de un conflicto armado interno, resulta viable el empleo de diversas formas o estrategias de combate -métodos-, así como el uso de diferentes elementos

o artefactos -medios- para la ejecución de ataques contra los subversivos o combatientes.

Para desarrollo de lo expuesto, evóquese, en comienzo, que la jurisprudencia constitucional (Cfr. C.C. sentencia SU.1184/01) ha dispuesto que:

Cuando la guerra es inevitable, el Estado tiene el deber de morigerar sus efectos¹⁷. Frente a los asociados, tiene el deber de evitar, en lo posible, que sean víctimas del conflicto¹⁸, a efectos de que puedan disfrutar de sus derechos.

En este orden de ideas, las fuerzas militares, así como la Policía Nacional, tienen una posición de garante derivada de su obligación de cumplir deberes irrenunciables en un Estado social de derecho. El artículo 217 de la Constitución dispone que es función de las fuerzas militares garantizar el orden constitucional. Dicho orden no se limita a preservar la estructura democrática del país, sino que comprende el deber de participar activa y eficazmente (C.P. art. 209) en la defensa de los derechos constitucionales de los asociados. Tales derechos constituyen los bienes respecto de los cuales el Estado tiene el deber –irrenunciable- de proteger.

*Respecto de dicho deber, las fuerzas armadas ocupan un lugar primordial. En efecto, parte esencial del respeto por los derechos constitucionales se edifica sobre la obligación del Estado en proteger a los titulares de tales derechos contra las violaciones a los mismos por los particulares. La defensa de los derechos no se limita a la abstención estatal en violarlos. Comporta, como se ha indicado, enfrentar a los agresores de tales derechos. La existencia de fuerzas armadas se justifica por la necesidad de asegurar, más allá del mandato normativo, la eficacia de los derechos. **El uso de la fuerza es obligatoria –claro está, conforme al ordenamiento jurídico y, especialmente, utilizándose de manera proporcional y en cuanto sea***

¹⁷ *Idem.* “9. Ahora bien, el principio de dignidad humana y el derecho a la paz no sólo imponen el deber de prevenir la guerra sino que, en caso de un conflicto inevitable, obligan al Estado a morigerar sus efectos. Así como no toda guerra es legítima, no todo medio utilizado puede admitirse como legítimo. La humanización de la guerra, lo ha señalado la Corte, constituye una proyección del derecho a la paz”.

¹⁸ Esta obligación no sólo se desprende de las disposiciones del Derecho Internacional Humanitarios. Tiene un claro apoyo en el artículo 2 de la Constitución.

necesario (prohibición del exceso)- frente a quienes no tienen intención de respetar los derechos de las personas y no están dispuestas a cumplir el mandato normativo. Dicho uso de la fuerza únicamente está legitimado para las fuerzas armadas del Estado, pues la estructura social deposita en ellas el monopolio del uso de las armas y, por lo mismo, la tarea de defender, mediante su utilización, los derechos. (Negrilla ajena al texto original)

Es claro, entonces, que las actuaciones de las fuerzas militares y el uso de la fuerza deben sujetarse a las directrices constitucionales y legales del orden nacional que regulan su función.

Además, en los lineamientos que emanan de la normatividad internacional ratificada por Colombia, se han establecido una serie de reglas a seguir durante el desarrollo del conflicto armado interno e internacional.

Dicha normatividad, de manera especial, tiende hacia la protección de la población civil, y establece, de igual modo, las formas y los elementos que pueden ser utilizados en desarrollo de la guerra.

Esos dispositivos reglamentarios dispuestos para la regulación de las situaciones de beligerancia se traducen en los Convenios de Ginebra del 12 de agosto de 1949, tratados que alcanzaron su desarrollo a través de los Protocolos I y II de 1977, relativos a la protección de las víctimas de los conflictos armados internacionales y de los conflictos armados sin carácter internacional, respectivamente.

De hecho, la Corte Constitucional en sentencia C-574 de 1992, mediante la cual revisó de manera oficiosa el Protocolo Adicional a los Convenios de Ginebra del 12 de Agosto de 1949, relativo a la protección de las víctimas de los conflictos armados internacionales (Protocolo I), consideró que los principios del derecho internacional humanitario plasmados en los Convenios de Ginebra y en sus dos Protocolos, por el hecho de constituir un catálogo ético mínimo aplicable a situaciones de conflicto **nacional o internacional**, ampliamente aceptado por la comunidad internacional, hacen parte del *ius cogens*, de manera que los cuatro Convenios de Ginebra de 1949 y sus Protocolos adicionales I y II de 1977 constituyen pura y simplemente, la expresión formal y por escrito, esto es, la codificación de los principios ya existentes en el derecho internacional consuetudinario. Por tanto, la ratificación produce la importante consecuencia de zanjar definitivamente toda controversia que pudiera existir, en torno a la obligatoriedad del derecho internacional humanitario.

Entonces, para lo que aquí interesa resolver, en sus artículos 49 y 57, el protocolo I en cita, instaura lo siguiente:

Artículo 49 - Definición de ataques y ámbito de aplicación

- 1. Se entiende por ataques los actos de violencia contra el adversario, sean ofensivos o defensivos.*
- 2. Las disposiciones del presente Protocolo respecto a los ataques serán aplicables a todos los ataques en cualquier territorio donde se realicen, inclusive en el territorio nacional que pertenezca a una Parte en conflicto, pero que se halle bajo el control de una Parte adversa.*

3. *Las disposiciones de la presente Sección se aplicarán a cualquier operación de guerra terrestre, naval o aérea que pueda afectar en tierra a la población civil, a las personas civiles y a los bienes de carácter civil. Se aplicarán también a todos los ataques desde el mar o desde el aire contra objetivos en tierra, pero no afectarán de otro modo a las normas de derecho internacional aplicables en los conflictos armados en el mar o en el aire.*

4. *Las disposiciones de la presente Sección completan las normas relativas a la protección humanitaria contenidas en el IV Convenio, particularmente en su Título II, y en los demás acuerdos internacionales que obliguen a las Altas Partes contratantes, así como las otras normas de derecho internacional que se refieren a la protección de las personas civiles y de los bienes de carácter civil contra los efectos de las hostilidades en tierra, en el mar o en el aire. (...)*

Artículo 57 - Precauciones en el ataque

1. *Las operaciones militares se realizarán con un cuidado constante de preservar a la población civil, a las personas civiles y a los bienes de carácter civil.*

2. *Respecto a los ataques, se tomarán las siguientes precauciones:*

a) *quienes preparen o decidan un ataque deberán:*

i) *hacer todo lo que sea factible para verificar que los objetivos que se proyecta atacar no son personas civiles ni bienes de carácter civil, ni gozan de protección especial, sino que se trata de objetivos militares en el sentido del párrafo 2 del artículo 52 y que las disposiciones del presente Protocolo no prohíben atacarlos;*

ii) *tomar todas las precauciones factibles en la elección de los medios y métodos de ataque para evitar o, al menos, reducir todo lo posible el número de muertos y de heridos que pudieran causar incidentalmente entre la población civil, así como los daños a los bienes de carácter civil;*

iii) *abstenerse de decidir un ataque cuando sea de prever que causará incidentalmente muertos o heridos en la población civil, daños a bienes de carácter civil, o ambas cosas, que serían excesivos en relación con la ventaja militar concreta y directa prevista;*

b) *un ataque será suspendido o anulado si se advierte que el objetivo no es militar o que goza de protección especial, o que es de prever que el ataque causará incidentalmente muertos o heridos entre la población civil, daños a bienes de carácter civil, o ambas cosas, que serían excesivos en relación con la ventaja militar concreta y directa prevista;*

c) se dará aviso con la debida antelación y por medios eficaces de cualquier ataque que pueda afectar a la población civil, salvo que las circunstancias lo impidan.

3. Cuando se pueda elegir entre varios objetivos militares para obtener una ventaja militar equivalente, se optará por el objetivo cuyo ataque, según sea de prever, presente menos peligro para las personas civiles y los bienes de carácter civil.

4. En las operaciones militares en el mar o en el aire, cada Parte en conflicto deberá adoptar, de conformidad con los derechos y deberes que le corresponden en virtud de las normas de derecho internacional aplicables en los conflictos armados, todas las precauciones razonables para evitar pérdidas de vidas en la población civil y daños a bienes de carácter civil.

5. Ninguna de las disposiciones de este artículo podrá interpretarse en el sentido de autorizar ataque alguno contra la población civil, las personas civiles o los bienes de carácter civil.

Las anteriores reglas, de acuerdo con el objetivo de los Convenios de Ginebra, de los cuales se derivaron los Protocolos I y II, están destinadas a limitar la barbarie de la guerra entre naciones (CI) o los conflictos internos (CNI)¹⁹ y, en concreto, protegen a las personas que no participan en las hostilidades y a los que ya no pueden seguir participando en los combates.

¹⁹ Sobre el particular la CIDH consideró que «los conflictos armados pueden ser internacionales (cuando uno o más Estados recurren al uso de la fuerza armada contra otro Estado), o no internacionales cuando las hostilidades se libran entre las fuerzas armadas de un Estado y grupos armados organizados no estatales, o entre estos grupos, y éstas alcanzan cierto nivel de intensidad y los grupos participantes cuentan con cierto grado de organización». (Corte Interamericana de Derechos Humanos y Comité Internacional de la Cruz Roja Cuadernillo de Jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos No. 17: Interacción entre el Derecho Internacional de los Derechos Humanos y el Derecho Internacional Humanitario, 2021).

Lo anterior, porque las reglas de la guerra que se derivan del Protocolo I son aplicables a los conflictos internos, pues, como lo consideró la Corte Constitucional en Sentencia C-225 de 1995, mediante la cual revisó la constitucionalidad del Protocolo II, «*la ausencia de una determinada regla específica en el Protocolo II relativa a la protección a la población civil o **a la conducción de las hostilidades no significa**, en manera alguna, que el Protocolo esté autorizando tales conductas a las partes enfrentadas*» (Negrilla fuera de texto).

En efecto, las normas de los protocolos y de los otros convenios de derecho internacional humanitario que sean compatibles con la naturaleza de los conflictos no internacionales se deben, en general, considerar aplicables a los mismos, incluso si ellas no aparecen en el Protocolo II, puesto que las normas codificadas en este campo aparecen como una expresión convencional de principios de ius cogens que se entienden automáticamente incorporados al derecho interno colombiano.

Sobre el particular, también debe aclararse que el derecho humanitario en manera alguna legitima la guerra, pues lo que busca es garantizar que las partes en contienda adopten las medidas para proteger a la persona humana. Las normas humanitarias, lejos de legitimar la guerra, aparecen como una proyección de la búsqueda de la paz, que es en el constitucionalismo colombiano un derecho y un deber de obligatorio cumplimiento, lo cual confiere nuevas bases constitucionales al Protocolo II. Esto, obviamente, no significa que las normas humanitarias sólo se puedan y

deban aplicar en escenarios de una eventual negociación, pues ellas son obligatorias *per se* para las partes en un conflicto armado (interno o internacional).

En resumidas cuentas, para que pueda establecerse que un acto de la fuerza pública en el marco del conflicto armado colombiano (Conflicto No Internacional) se reviste de legitimidad, en los casos cuya consecuencia sea la muerte de un combatiente de la contraparte, resulta indispensable que la actuación se haya adelantado de manera proporcional, en procura de los derechos fundamentales de los asociados y con apego a los cánones del Derecho Internacional Humanitario que demarcan límites en las actuaciones bélicas del Estado desarrolladas en el marco del conflicto armado interno.

En tal orden, es desacertado descalificar la actuación de las fuerzas legítimas del Estado por los mecanismos o las vías utilizadas en determinada ejecución militar o, en concreto, por «*no existir en el ordenamiento constitucional colombiano instaurada la pena de muerte y menos aún los ataques selectivos a personas*», toda vez que la legitimidad de una operación desarrollada en el marco del conflicto, en la cual puede darse de baja a un combatiente enemigo, además de que no configura la aplicación de la pena de muerte, que fue abolida de antaño por las normas nacionales e internacionales, emana del cumplimiento de los lineamientos descritos en el Derecho Internacional Humanitario, del cual se derivan las prácticas y elementos permitidos en desarrollo de una confrontación

bélica como la que ha vivido el Estado colombiano durante décadas con las extintas FARC-EP o el ELN.

En ese sentido, puede decirse que, en el denominado derecho de la guerra, en una situación de conflicto, es perfectamente legítimo emboscar al enemigo, bombardearlo e, incluso, darlo de baja, sin que ello se traduzca en la implantación de la pena de muerte como desatinadamente lo concibe la fiscalía delegada atrás referida.

Corolario de todo lo expuesto, la acción no está llamada a prosperar y, por lo mismo, la Sala negará el amparo invocado.

En mérito de lo expuesto, la CORTE SUPREMA DE JUSTICIA, SALA DE CASACIÓN PENAL, SALA SEGUNDA DE DECISIÓN DE TUTELAS, administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la ley,

RESUELVE

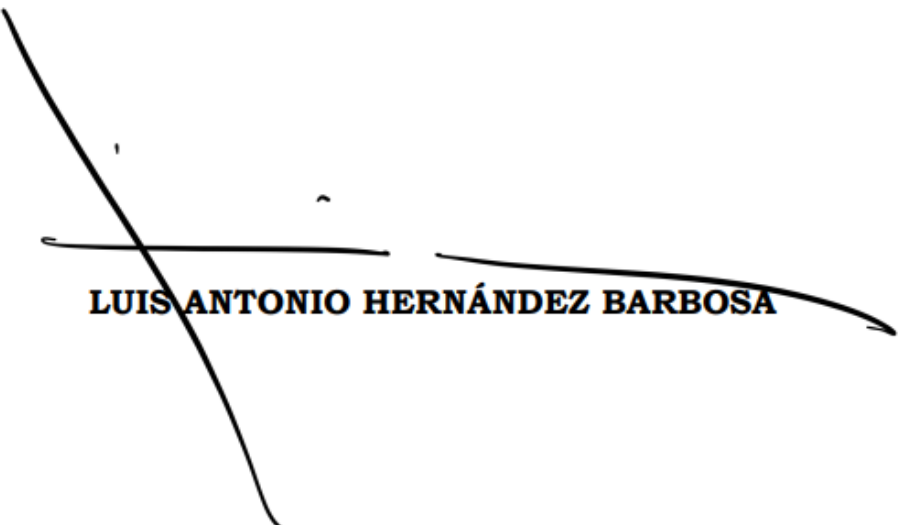
Primero. NEGAR la protección constitucional invocada por el ciudadano NEDER PRIMERA JARAMILLO, a través de apoderada, conforme a las anteriores motivaciones.

Segundo. NOTIFICAR esta providencia, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 30 del Decreto 2591 de 1991.

Tercero. De no ser impugnada esta sentencia, **REMITIR** la actuación a la Corte Constitucional para su eventual revisión.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE.


HUGO QUINTERO BERNATE


LUIS ANTONIO HERNÁNDEZ BARBOSA

Radicación 110010230000202101198

Número Interno 118911

Tutela de Primera Instancia

Neder Primera Jaramillo



FABIO OSPITIA GARZÓN

NUBIA YOLANDA NOVA GARCÍA

Secretaria

Sala Casación Penal 2021