

REPÚBLICA DE COLOMBIA



CORTE CONSTITUCIONAL SALA PLENA

Auto 504 de 2022

Referencia: Expediente CJU-937

Conflicto de jurisdicciones entre la Fiscalía Segunda de la Brigada de Homicidios de Cundinamarca y el Juzgado 144 de Instrucción Penal Militar

Magistrado Ponente:
JOSÉ FERNANDO REYES CUARTAS

Bogotá, D. C., seis (06) de abril de dos mil veintidós (2022).

La Sala Plena de la Corte Constitucional, en cumplimiento de sus atribuciones constitucionales y legales, profiere el siguiente

AUTO

I. ANTECEDENTES

1. El 1° de mayo de 2021, en hechos ocurridos en el marco de la protesta desarrollada en el municipio de Madrid (Cundinamarca), el joven Brayan Francisco Niño Araque, de 24 años de edad, fue víctima de un impacto con el disco de un gas lacrimógeno propinado, presuntamente, por un miembro de la Policía Nacional, el cual le ocasionó la muerte en la misma fecha.

2. El mismo día, agentes de policía judicial del municipio recibieron una llamada telefónica por parte de una trabajadora del Hospital Santa Matilde de Madrid informando sobre el ingreso de una persona de sexo masculino sin signos vitales con heridas provocadas, al parecer, por arma blanca¹.

3. En atención a la información recibida se llevaron a cabo tres diligencias. *Primero*, se realizó documentación fotográfica de la inspección técnica al cadáver. *Segundo*, con la documentación aportada por parte de familiares se verificó la identidad de la víctima. *Tercero*, se identificó un testigo de los hechos quien se presentó en la URI y manifestó que el joven Brayan Fernando Niño Araque “*fue lesionado en medio de las protestas*”.

4. El 02 de mayo de 2021 un técnico de la policía judicial recibió la declaración de un testigo de los hechos -en adelante el testigo-.

Según dicho testimonio el 1° de mayo de 2021 se reunieron aproximadamente 300 personas en el sector de la *glorieta de El Sosiego*. Aproximadamente a las

¹ Numero único de noticia criminal 254306000660202100634. Expediente digital, carpeta Expediente y EMP 202100634, archivo “Expediente digital 202100634 Brayan Madrid.pdf”

09:00 de la noche seis motocicletas de la policía llegan al lugar con personal del ESMAD y dispararon gases lacrimógenos a la manifestación. A su vez, una tanqueta de la policía comienza a disparar gases y aturdidores. Acorde con el testimonio, dichos artefactos fueron lanzados *“de los lados y de la parte de arriba de la tanqueta, la manifestación salió corriendo hacia el sector del sosiego, la tanqueta hacia maniobras peligrosas para estrellar gente”* (sic).

El testigo aseguró que varios manifestantes corrieron hacia el sector de la carrera 20. La tanqueta llega hasta la esquina de la carrera 20 con calle 7 y dispara tres veces gases lacrimógenos por los laterales. El testigo se cubre la cara, voltea a mirar a su lado izquierdo y ve caer al *“muchacho que posteriormente me entero que se llama Brayan y se activa el gas lacrimógeno al lado de él”*. Varias personas piden auxilio, *“la tanqueta del ESMAD se devolvió hacia donde estábamos con el muchacho en el piso y nos volvió a lanzar gases”*. Lograron mover a Brayan al respaldo de la panadería pero nuevamente pasó la tanqueta disparando a los manifestantes gases lacrimógenos. Un ciudadano traslada a Brayan en una moto hacia el hospital donde llegó sin signos vitales. Según el testimonio, la herida ocasionada a Brayan se produjo con un disco de gas que salió de la parte lateral derecha de la tanqueta.

El testigo continúa relatando que, en el hospital, tres personas vestidas de civil -uno de ellos con carnet de la policía-, le preguntaron sobre los hechos. Luego de su relato, una de las personas le asegura que *“el muchacho estaba en la estación de policía el Sosiego, yo le digo que no que él se encontraba en la carrera 20, el policía me dice que nosotros veníamos de la estación de policía y yo le recalco que nosotros nos encontrábamos en la carrera 20 y no de la estación de policía, ellos vuelven y me dicen nuevamente que estábamos en la Policía hay me exalto y me retiro”* (sic).

5. El 02 de mayo de 2021 se llevó a cabo la necropsia². Según el dictamen, la lesión fue causada *“por un elemento contundente circular de alta energía e impacto que causa fracturas conminutas que comprometen toda la órbita derecha, huesos malar, maxilar superior, huesos propios nasales derechos y fosas anterior y media de la base del cráneo, junto con contusiones hemorrágicas y destrucción parcial de lóbulos frontales y temporales de predominio derecho, hematoma subdural inferior derecho y hemorragia subaracnoidea difusa como lesiones principales (...)”*.

6. El 04 de mayo de 2021 la Procuradora 320 Judicial II Penal fue designada para actuar en calidad de Agente Especial³ del Ministerio Público dentro del proceso 254306000660202100634.

7. El 07 de mayo de 2021 el Juzgado 144 de Instrucción Penal Militar solicitó a la Fiscalía Segunda de la Brigada de Homicidios de Cundinamarca remitir la investigación adelantada dentro del proceso 254306000660202100634. En subsidio, propuso conflicto positivo de jurisdicciones⁴.

² Expediente digital, carpeta Expediente y EMP 202100634, archivo “Informe necropsia 202100634.pdf”.

³ Expediente digital, carpeta Expediente y EMP 202100634, archivo “Procuraduría 320 penal - agencia especial.pdf”.

⁴ Expediente digital, carpeta Expediente y EMP 202100634, archivo “Solicitud Penal militar a fiscalia Competencia.pdf”.

Informó que en dicho juzgado se adelanta investigación penal militar contra el mayor Carlos Javier Arenas Niño por los hechos ocurridos el 1° de mayo de 2021 en los cuales, al parecer, resultó lesionado Brayan Fernando Niño Araque, quien posteriormente falleció.

Afirmó que el fallecimiento ocurrió en un procedimiento policial y en desarrollo de la intervención de personal del Escuadrón Móvil Antidisturbios ante los desórdenes presentados durante la manifestación del 1° de mayo, que se llevaba a cabo en el municipio de Madrid - Cundinamarca específicamente en el sector de El Sosiego. Aseguró que dicha intervención fue necesaria *“para controlar desmanes y apoyar al personal de la Estación de Policía, quienes estaban siendo atacados por parte de los manifestantes”*.

Concluyó que (i) existe nexo causal entre la función desempeñada por el investigado y el hecho delictivo endilgado; (ii) para la fecha de los hechos el señor Mayor Carlos Javier Arenas Niño ostentaba la calidad de servidor público adscrito al Escuadrón Móvil Antidisturbios; y (iii) que dicho funcionario se encontraba ejerciendo actividades propias de su función e inherentes al servicio de policía en materia de control de disturbios, específicamente interviniendo para dispersar a los manifestantes que de manera violenta atacaban la estación de policía El Sosiego y que atacaban a miembros del ESMAD.

8. El 11 de mayo de 2021 la Fiscalía Segunda de la Brigada de Homicidios de Cundinamarca no accedió a la solicitud del Juzgado 144 de Instrucción Penal Militar⁵. En consecuencia, impulsó el trámite del conflicto positivo de jurisdicciones. Afirmó que la jurisdicción penal militar tiene carácter excepcional y, por ello, su campo de acción es limitado y restringido. A dicha jurisdicción solamente le corresponde juzgar a los miembros de la fuerza pública en servicio activo *por los delitos cometidos y relacionados con el servicio*. En este punto resaltó la reiterada jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia conforme a la cual *“la relación con el servicio debe surgir con claridad de las pruebas. Si existe duda, se descarta el fuero y la competencia es del juez común, pues la del extraordinario (el militar) debe estar demostrada plenamente”*⁶.

Así las cosas, aseguró que no es suficiente afirmar que el presunto responsable de la conducta que se investiga es miembro en servicio activo de la Policía Nacional. Teniendo en cuenta el material probatorio infirió que la actuación del investigado *“no tiene relación directa con el servicio y se encuentra alejada de su función constitucional, esto es, el mantenimiento de las condiciones necesarias para el ejercicio de los derechos y libertades públicas”*. En concepto de la Fiscalía, en este caso se configuró *“una flagrante violación a los derechos humanos alejada por completo de la labor misional asignada a la policía nacional y desligada de la relación con el servicio asignado al escuadrón móvil antidisturbios, al que corresponde al restablecimiento del ejercicio de los derechos y libertades públicas”*.

En síntesis, a juicio de la fiscalía, el Mayor Carlos Javier Arenas Niño, al parecer, transgredió las leyes, normas y reglamentos, y desconoció los derechos

⁵ Expediente digital, carpeta Expediente y EMP 202100634, archivo “Respuesta J144IPM - CONFLICTO POSITIVO JURISDICCIONES.pdf”

⁶ Así mismo, indica la Corte Suprema de Justicia que si el delito comporta la violación grave de un derecho fundamental o del derecho internacional humanitario, siempre debe tenerse como ajeno al servicio (CSJ. SP. de 5 de abril de 2017, Rad. 40282 – CSJ. SP. de 11 de septiembre de 2019, Rad. 51675).

humanos alejándose por completo de la relación con el servicio prestado. En concreto, vulneró el derecho a la vida y el derecho a la protesta de Brayan Fernando Niño Araque mediante el uso irracional, desproporcionado e innecesario de la fuerza, conducta que no tiene relación alguna con su servicio y, en cambio, corresponde con una actividad represiva que terminó en el homicidio de un manifestante.

9. El 12 de mayo de 2021 la Fiscalía Segunda de la Brigada de Homicidios de Cundinamarca remitió el conflicto positivo de jurisdicciones a la Corte Constitucional. En su escrito el fiscal relató los hechos referidos por el testigo, destacó los hallazgos de la inspección técnica al cadáver y resaltó el informe pericial de necropsia del cual destacó que *“se trata de un adulto joven quien fallece por contusiones y destrucción encefálica parcial secundaria a trauma contundente de alta energía e impacto causado por un objeto circular. El Diagnóstico médico de la manera de muerte refiere muerte violenta tipo homicida”*.

Además, reiteró que la actuación del agente de policía desconoció la Resolución 02903 del 23 de junio de 2017 que en su artículo 7 consagra los principios para el uso de la fuerza, entre ellos, los de necesidad, proporcionalidad, legalidad y racionalidad⁷. Por otra parte, amplió los argumentos sobre el desconocimiento de varios literales del artículo 5° de la Resolución 03002 del 29 de junio de 2017, el cual dispone las acciones frente al servicio de policía para el acompañamiento en manifestaciones y control de disturbios. Finalmente, complementó su escrito inicial afirmando que la actuación del agente del ESMAD desconoció la Resolución 03514 de 2009 -manual para el servicio de policía en la atención, manejo y control de multitudes de la Policía Nacional-, pues olvidó los protocolos establecidos para el despliegue y uso de la fuerza, así como para la utilización del fusil lanza gas empleado.

10. El 3 de agosto de 2021, Human Rights Watch presentó intervención en el asunto de la referencia solicitando que el proceso penal seguido por la muerte del joven Brayan Fernando Niño Araque se remitiera en su integridad a la jurisdicción ordinaria. Para tal efecto, reiteró los estándares internacionales aplicables a la protesta social y frente al alcance de la justicia penal militar. En concreto, señaló que *“[l]a Corte Interamericana de Derechos Humanos, la máxima intérprete de la CADH, ha determinado que ‘[f]rente a situaciones que vulneren derechos humanos de civiles bajo ninguna circunstancia puede operar la jurisdicción militar’. Del mismo modo, en 2012, la Corte sostuvo que ‘los criterios para investigar y juzgar violaciones de derechos humanos ante la jurisdicción ordinaria residen no en la gravedad de las violaciones sino en su naturaleza misma y en la del bien jurídico protegido’”*.

⁷ *El uso de la fuerza era innecesario*: no se estaban presentando alteraciones del orden público, situaciones de vandalismo ni ataques violentos contra la fuerza policial. Además, no se emplearon medios disuasivos o preventivos antes de recurrir al uso de la fuerza y a pesar de haber dispersado a los manifestantes, no siendo necesario más despliegue de fuerza, ello continuó hasta herir y causar la muerte de la víctima. *La conducta no fue legal*: disparar directamente contra los ciudadanos y la población civil manifestante a corta distancia, es un acto contrario a los derechos humanos y desconoce los protocolos. *La conducta fue desproporcionada*: el personal uniformado de la policía nacional al hacer uso de armas, municiones, elementos y dispositivos menos letales, no lo hizo de manera moderada y no actuó en proporción a la gravedad de la amenaza y el objetivo legítimo que se quería lograr, que para el caso no sería otro que el restablecimiento de los derechos y libertades. *La conducta fue irracional*: se realizaron disparos de gases de forma indiscriminada contra la multitud conformada por civiles.

11. El 15 de septiembre de 2021 María Alejandra Garzón Mora⁸ presentó intervención ante la Corte Constitucional. En el relato de los hechos ratificó lo señalado por el testigo. Luego de pronunciarse sobre la grave vulneración del derecho humano a la vida de Brayan Fernando Niño Araque mencionó varios precedentes de la Corte Interamericana de Derechos Humanos y de la Corte Constitucional sobre la competencia excepcional de la justicia penal militar. Finalmente reiteró la regla según la cual “*cuando existan dudas probatorias sobre el vínculo inmediato entre la actividad del servicio y el delito el asunto debe ser conocido por la justicia ordinaria*”. En consecuencia, solicitó asignar la competencia a la justicia ordinaria.

12. El 26 de noviembre de 2021 la señora Flor del Carmen Niño Araque presentó escrito informando sobre una entrevista del Mayor Javier Arenas transmitida por la Revista Semana el 16 de mayo de 2021. Resaltó que en dicha entrevista el agente informó (i) que él se encontraba al interior de la tanqueta de donde salió el disco de gas lacrimógeno que lesionó a Brayan y (ii) que cuenta con el respaldo institucional. Así, la peticionaria manifestó la preocupación de las víctimas sobre esta última afirmación.

13. De acuerdo con el reparto efectuado por Sala Plena, en sesión del 22 de noviembre de 2021, el expediente de la referencia fue remitido para estudio al despacho del Magistrado sustanciador el 26 de noviembre de 2021⁹.

II. CONSIDERACIONES

Competencia

14. La Corte Constitucional es competente para resolver los conflictos de competencia entre jurisdicciones, de conformidad con el numeral 11 del artículo 241 de la Constitución Política, adicionado por el artículo 14 del Acto Legislativo 02 de 2015¹⁰.

Presupuestos para la configuración de un conflicto de jurisdicciones

15. Esta Corporación ha señalado que los conflictos de jurisdicciones se presentan cuando “*dos o más autoridades que administran justicia y pertenecen a distintas jurisdicciones se disputan el conocimiento de un proceso, bien sea porque estiman que a ninguna le corresponde (negativo), o porque consideran que es de su exclusiva incumbencia (positivo)*”¹¹.

16. La Corte Constitucional, de forma reiterada, ha considerado que, para que se configure un conflicto de jurisdicciones, es necesario que se den tres presupuestos¹². (i) **Presupuesto subjetivo**, el cual exige que la controversia sea suscitada por, al menos, dos autoridades que administren justicia y pertenezcan a diferentes jurisdicciones¹³. (ii) **Presupuesto objetivo**, según el cual debe

⁸ En calidad de apoderada de Flor del Carmen Niño Araque, Santiago Niño Araque y Marlin Yurany Puentes Niño familiares de Brayan Fernando Niño Araque.

⁹ Expediente digital, archivo “CJU-0000937 Constancia de Reparto.pdf”.

¹⁰ “ARTICULO 241. A la Corte Constitucional se le confía la guarda de la integridad y supremacía de la Constitución, en los estratos y precisos términos de este artículo. Con tal fin, cumplirá las siguientes funciones: [...] || 11. Dirimir los conflictos de competencia que ocurran entre las distintas jurisdicciones”.

¹¹ Autos 345 de 2018 y 328 de 2019.

¹² Auto 155 de 2019, reiterado, entre otros, por los autos 452 y 503 de 2019 y 129 y 415 de 2020.

¹³ En consecuencia, no habrá conflicto cuando: (a) sólo sea parte una autoridad; (b) una de las partes en colisión no ejerza funciones jurisdiccionales (Cfr. Artículos 17, 18, 37, 41 y 112 de la Ley 270 de 1996, así como 97 de la Ley 1957 de 2019).

existir una causa judicial sobre la cual se suscite la controversia, es decir, que pueda verificarse que está en desarrollo un proceso, un incidente o cualquier otro trámite de naturaleza jurisdiccional¹⁴. (iii) **Presupuesto normativo**, a partir del cual es necesario que las autoridades en colisión hayan manifestado, a través de un pronunciamiento expreso, las razones de índole constitucional o legal por las cuales se consideran competentes o no para conocer de la causa.

17. En la medida en que la Fiscalía Segunda de la Brigada de Homicidios de Cundinamarca es una de las autoridades que reclamó la competencia para conocer de la investigación, resulta pertinente que la Sala Plena reiterare el alcance de la legitimación de dicha entidad para proponer conflictos de jurisdicción. La Corte en decisiones recientes¹⁵ ha sostenido lo siguiente.

18. La Fiscalía General de la Nación es un órgano encargado de administrar justicia (Art. 116 C.Pol.) y pertenece a la Rama Judicial (Art. 249.3 de la C.Pol.). Pese a que el Acto Legislativo 03 de 2002 redujo ostensiblemente las funciones jurisdiccionales de la Fiscalía, esta Corte ha precisado que aquellas no le fueron retiradas por completo.

19. Conforme al tenor original del artículo 250 constitucional¹⁶ y previo a la reforma incorporada en el Acto legislativo 03 de 2002, la Fiscalía General de la Nación tenía asignadas funciones jurisdiccionales¹⁷, mandato que fue desarrollado en el artículo 114 de la Ley 600 de 2000. En ese sentido, dicha norma, cuya vigencia subsiste en la actualidad para hechos acaecidos con anterioridad al 1º de enero de 2005 y para altos funcionarios aforados¹⁸,

¹⁴ En este sentido, no existirá conflicto cuando: (a) se evidencie que el litigio no está en trámite o no existe, porque, por ejemplo, ya finalizó; o (b) el debate procesal se centra sobre una causa de carácter administrativo o político, pero no jurisdiccional (*cf.* Artículo 116 de la Constitución).

¹⁵ Lo dicho en este título es reiteración de lo sostenido en los autos A-704 de 2021 y A-1113 de 2021.

¹⁶ Antes de la entrada en vigencia del Acto Legislativo 03 de 2002, el artículo 250 Superior disponía: “Corresponde a la Fiscalía General de la Nación, de oficio o mediante denuncia o querrela, investigar los delitos y acusar a los presuntos infractores ante los juzgados y tribunales competentes. Se exceptúan los delitos cometidos por miembros de la Fuerza Pública en servicio activo y en relación con el mismo servicio. Para tal efecto la Fiscalía General de la Nación deberá: 1. Asegurar la comparecencia de los presuntos infractores de la ley penal, adoptando las medidas de aseguramiento. Además, y si fuere del caso, tomar las necesarias para hacer efectivos el restablecimiento del derecho y la indemnización de los perjuicios ocasionados por el delito. 2. Calificar y declarar precluidas las investigaciones realizadas. 3. Dirigir y coordinar las funciones de policía judicial que en forma permanente cumplen la Policía Nacional y los demás organismos que señale la ley. 4. Velar por la protección de las víctimas, testigos e intervinientes en el proceso. 5. Cumplir las demás funciones que establezca la ley. El Fiscal General de la Nación y sus delegados tienen competencia en todo el territorio nacional. La Fiscalía General de la Nación está obligada a investigar tanto lo favorable como lo desfavorable al imputado, y a respetar sus derechos fundamentales y las garantías procesales que le asisten.”

¹⁷ En sentencia C-558 de 1994, la Corte señaló que “a la Fiscalía General de la Nación el Constituyente le asignó la misión de investigar los delitos y acusar a los presuntos infractores ante los juzgados y tribunales competentes, con excepción de los delitos cometidos por miembros de la Fuerza Pública en servicio activo y en relación con el mismo servicio, razón por la cual se afirma que tiene el monopolio de la acción penal en la investigación de los delitos y en la acusación de los presuntos responsables. Y para cumplir con esa tarea, se le autoriza para dictar las medidas de aseguramiento necesarias con el fin de asegurar la comparecencia de los presuntos infractores de la ley penal. Y si fuere del caso, tomar todas aquellas que se requieran para hacer efectivos el restablecimiento del derecho y la indemnización de los perjuicios ocasionados por el delito; calificar y declarar precluidas las investigaciones realizadas; dirigir y coordinar las funciones de policía judicial que en forma permanente cumplen la Policía Nacional y los demás organismos que señale la ley; velar por la protección de las víctimas, testigos e intervinientes en el proceso; y cumplir las demás funciones que le señale la ley. (art. 250 C.N.) (...) Dentro de las funciones antes enunciadas existen algunas que son eminentemente jurisdiccionales, tales como la expedición de medidas de aseguramiento que restringen la libertad del investigado, como la detención, la conminación, la caución, para asegurar su comparecencia en el proceso; la facultad para resolver la situación jurídica del indagado, la potestad para calificar el mérito del sumario; la atribución de dictar resoluciones de acusación ante los jueces al presunto responsable de un hecho punible, etc., de manera que cuando los fiscales ejercen estas actividades cumplen una función jurisdiccional, y por tanto, actúan como verdaderos jueces. Siendo así, son aplicables a los fiscales los artículos 228 y 230 de la Carta, que consagran la independencia y autonomía de los jueces, quienes, en sus providencias, solamente están sometidos al imperio de la ley”.

¹⁸ Artículo 530 de la Ley 906 de 2004. Adicionalmente, se aclara que la Ley 600 de 2000 perdió vigencia paulatinamente en atención a lo dispuesto en el art. 530 de la Ley 906 de 2004, así: “Con base en el análisis de

atribuye a la Fiscalía General de la Nación la competencia jurisdiccional de asegurar la comparecencia de los presuntos infractores de la ley penal a través de medidas de aseguramiento, calificar y declarar precluidas las investigaciones realizadas, entre otras¹⁹. En uso de dichas funciones jurisdiccionales la Fiscalía tiene competencia para proponer un conflicto de jurisdicciones²⁰.

20. En sentido contrario y por regla general, en los casos donde el ente acusador actúe como sujeto procesal -funciones no jurisdiccionales- en el marco del proceso penal (Ley 906 de 2004)²¹, la Fiscalía no está facultada para proponer conflictos de competencia entre jurisdicciones²². Esto es así porque su deber constitucional de adelantar el ejercicio de la acción penal está ligado a la activación de la jurisdicción ordinaria y no a la materialización de una potestad jurisdiccional.

21. No obstante, en la sentencia SU-190 de 2021²³ la Sala Plena de esta Corporación encontró que en la etapa de investigación “(...) *existen razones constitucionales suficientes, a partir de las cuales es posible concluir que, aún en tales condiciones, la Fiscalía General de la Nación cuenta con la facultad de promover conflictos de jurisdicción*”²⁴ con la justicia penal militar.

Así, para la Corte, habilitar la competencia de la Fiscalía, en estos casos, (i) garantiza los principios de celeridad y de economía procesal porque permite que el debate sobre la autoridad competente para examinar el caso sea planteado y resuelto desde la investigación. En adición a ello (ii) materializa el acceso y la eficacia de la administración de justicia en tanto “*permite que los medios de convicción sean empleados en el juicio, efectivamente, a partir de la investigación en el marco de la cual fueron concebidos y recaudados*”²⁵.

22. La regla relativa a la habilitación de la Fiscalía para proponer conflictos de jurisdicción fue objeto de precisión mediante Auto 704 de 2021, al indicar que se requería, además de que se tratara de un asunto en etapa de investigación en la justicia penal militar, que pudiera estarse frente a graves violaciones de derechos humanos.

23. De igual forma, en el Auto 1113 de 2021 la Sala Plena reiteró que la Fiscalía tiene competencia excepcional para proponer un conflicto de jurisdicciones. En esa oportunidad, la Sala Plena destacó, entre otras cosas, (i) que no existe un

los criterios anteriores, el sistema se aplicará a partir del 1o. de enero de 2005 en los distritos judiciales de Armenia, Bogotá, Manizales y Pereira. Una segunda etapa a partir del 1o. de enero de 2006 incluirá a los distritos judiciales de Bucaramanga, Buga, Cali, Medellín, San Gil, Santa Rosa de Viterbo, Tunja y Yopal. En enero 1o. de 2007 entrarán al nuevo sistema los distritos judiciales de Antioquia, Cundinamarca, Florencia, Ibagué, Neiva, Pasto, Popayán y Villavicencio. Los distritos judiciales de Barranquilla, Cartagena, Cúcuta, Montería, Quibdó, Pamplona, Riohacha, Santa Marta, Sincelejo y Valledupar, y aquellos que llegaren a crearse, entrarán a aplicar el sistema a partir del primero (1o.) de enero de 2008.”

¹⁹ Cfr. artículo 114 de la ley 600 de 2000

²⁰ En Auto 636 de 2021 la Sala Plena reconoció la competencia de la Fiscalía para provocar un conflicto de jurisdicción considerando que los hechos por los cuales se originó la causa penal se regían por la Ley 600 de 2000, norma que le daba a la Fiscalía funciones jurisdiccionales.

²¹ Corte Constitucional sentencia SU-190 de 2021. En esa ocasión, la Sala Plena estudió una acción de tutela que interpuso Yenny Alejandra Medina, madre de Dilan Mauricio Cruz Medina, en contra de la Sala Jurisdiccional Disciplinaria del Consejo Superior de la Judicatura. La causa que dio origen a la acción de tutela fue una sentencia proferida por el accionado en que resolvió un conflicto de competencia entre la jurisdicción ordinaria y la jurisdicción penal militar -en el marco de investigaciones adelantadas por el fallecimiento de su hijo presuntamente por miembros del ESMAD-, en favor de esta última.

²² Corte Constitucional, sentencia SU-190 de 2021.

²³ Ibidem.

²⁴ Ibidem

²⁵ Ibidem.

“*catálogo cerrado*” de graves violaciones de derechos humanos en atención al carácter dinámico de su construcción²⁶; y (ii) que las graves violaciones a los derechos humanos “*no requieren, para que lo sean, ser masivas ni sistemáticas, razón por la que un delito aislado o que no sea producto de un plan o política, puede constituir una grave violación a los derechos humanos. Por último, esas graves violaciones se pueden presentar en todo tiempo y lugar, aún sin relación con el conflicto armado*”²⁷.

En tal sentido, precisó algunas de las características -no exclusivas o necesariamente concurrentes- que permiten establecer la existencia de graves violaciones de Derechos Humanos: (a) la naturaleza del derecho afectado; (b) la magnitud y sistematicidad de la lesividad ocasionada por la violación; (c) el grado de vulnerabilidad de la víctima; (d) el impacto social del menoscabo; (e) si los Derechos Humanos conculcados se encuentran internacionalmente protegidos y constituyen delitos conforme al derecho internacional; y (f) si el menoscabo implica el deber para el Estado de investigar, juzgar y sancionar a sus responsables.

La facultad de la fiscalía para proponer conflictos de jurisdicción bajo las condiciones antes descritas aplica en doble vía: tanto para solicitar la competencia asumida por la justicia penal militar como para negarse a entregar la competencia a dicha jurisdicción. Lo relevante para el cumplimiento del presupuesto subjetivo es que, en cualquiera de las dos situaciones, la fiscalía trabe el conflicto positivo de jurisdicción de forma clara.

24. En síntesis, por regla general, la Fiscalía General de la Nación solamente está facultada para proponer conflictos entre jurisdicciones cuando actúa en ejercicio de la función jurisdiccional²⁸ que la Constitución y/o la ley le atribuyen. No obstante, excepcionalmente, la jurisprudencia de esta Corte ha reconocido la posibilidad de que la Fiscalía suscite este tipo de controversias jurisdiccionales, siempre y cuando se cumplan dos condiciones: (i) que la disputa se predique respecto de la jurisdicción penal militar en etapa de investigación, y (ii) que se advierta una posible grave violación de Derechos Humanos.

En el caso concreto se cumplen los presupuestos para la configuración de un conflicto de jurisdicciones

25. ***Presupuesto subjetivo.*** El conflicto se presenta entre el Juzgado 144 de Instrucción Penal Militar²⁹ y la Fiscalía Segunda de la Brigada de Homicidios de Cundinamarca³⁰.

²⁶ Corte Constitucional, sentencias C-579 de 2013, C-007 de 2018 y C-017 de 2018.

²⁷ Corte Constitucional, C-080 de 2018.

²⁸ Esto es, cuando de manera expresa la Constitución o la ley lo prevén, o cuando el mismo texto superior ha atribuido a determinado órgano, la decisión en una materia de expresa reserva judicial.

²⁹ En el expediente obra prueba de la manifestación del Juzgado 144 de Instrucción Penal Militar contenida en el oficio No. 0436. Expediente digital, carpeta Expediente y EMP 202100634, archivo “Solicitud Penal militar a fiscalia Competencia.pdf”.

³⁰ Asimismo, se acreditó la manifestación de la Fiscalía Segunda de la Brigada de Homicidios de Cundinamarca, que mediante oficio del 11 de mayo de 2021. Expediente digital, carpeta Expediente y EMP 202100634, archivo “Respuesta J144IPM - CONFLICTO POSITIVO JURISDICCIONES.pdf” El 12 de mayo de 2021 la Fiscalía Segunda de la Brigada de Homicidios de Cundinamarca remitió el conflicto de jurisdicciones a la Corte Constitucional, reiterando en su escrito los argumentos que sustentan su competencia.

26. De acuerdo con las consideraciones expuestas, la Sala Plena considera que, en el presente caso, la Fiscalía es competente para presentar el conflicto de jurisdicción y, en consecuencia, se acredita el presupuesto subjetivo.

27. Primero, se constata una controversia en etapa de investigación en relación con la jurisdicción penal militar, en particular con el Juzgado 144 de Instrucción Penal Militar.

28. Segundo, la situación fáctica podría involucrar una grave violación a los Derechos Humanos. En efecto, (i) el derecho afectado es el derecho humano a la vida, especialmente protegido por la Constitución y los instrumentos internacionales; (ii) se trató del homicidio de un ciudadano que se encontraba, al parecer, en ejercicio de su derecho constitucional a la protesta; (iii) lo que se debate es si tal resultado fue o no consecuencia del uso excesivo de la fuerza por parte de un integrante del ESMAD; (iv) la situación que enfrentó Brayan Fernando Niño Araque se dio en un marco de vulnerabilidad pues, al parecer, el impacto que acabó con su vida provino de un agente de policía dotado de elementos con aptitud de causar lesiones si impactan directamente el cuerpo del afectado; (v) el fallecimiento de un manifestante en situaciones como las descritas en este caso, generan un impacto social significativo, pues podría afectar el ejercicio de la protesta³¹; y (vi) evidentemente el Estado tiene la obligación de investigar, juzgar y sancionar a sus responsables.

29. Lo indicado, puntualiza la Corte, no implica de ninguna manera adelantar una valoración respecto de la conducta o la posible responsabilidad penal de los investigados, pues dicha competencia será del resorte exclusivo del juez natural que, en el marco del debate probatorio al que haya lugar, determinará con mayor certeza si hay o no lugar a tal calificación en la conducta imputada.

30. **Presupuesto objetivo.** El Juzgado 144 de Instrucción Penal Militar informó que en su despacho se adelanta la investigación penal militar contra el Mayor Carlos Javier Arenas Niño por los hechos ocurridos el 1º de mayo de 2021 donde, al parecer, resultó lesionado Brayan Fernando Niño Araque, quien posteriormente falleció. Por su parte, en la Fiscalía Segunda de la Brigada de Homicidios de Cundinamarca cursa la investigación penal radicada con el número único de noticia criminal 254306000660202100634, con ocasión de los mismos hechos. En esos términos, se cumple el presupuesto objetivo.

31. **Presupuesto normativo.** La Sala encuentra que las autoridades argumentaron su competencia invocando razones constitucionales y legales. Como se reseñó en los antecedentes de la presente providencia, el Juzgado 144 de Instrucción Penal Militar consideró que los hechos materia de investigación ocurrieron en el marco del cumplimiento de las funciones que desempeñaba el mayor Carlos Javier Arenas Niño como miembro activo de la Policía Nacional. Por ello, afirmó, su juez natural es la jurisdicción penal castrense en atención al artículo 221 superior.

³¹ La Corte Interamericana de Derechos Humanos tomó nota de lo indicado por el ex Relator de Naciones Unidas sobre el derecho de reunión y asociación. Aseguró *“que como sucede con otros derechos con una dimensión social, la violación de los derechos de los participantes en una reunión o asamblea por parte de las autoridades, “tienen graves efectos inhibitorios [chilling effect] sobre futuras reuniones o asambleas”, en tanto las personas pueden optar por abstenerse para protegerse de estos abusos, además de ser contrario a la obligación del Estado de facilitar y crear entornos propicios para que las personas pueden disfrutar efectivamente de su derecho de reunión”*. Corte IDH. Caso Mujeres Víctimas de Tortura Sexual en Atenco Vs. México. Excepción Preliminar, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 28 de noviembre de 2018. Serie C No. 371.

Por su parte, la Fiscalía Segunda de la Brigada de Homicidios de Cundinamarca argumentó que el conocimiento del proceso correspondía a la justicia ordinaria. Esto en atención a que la actuación del agente de policía, al parecer, transgredió las leyes, normas y reglamentos, y desconoció los derechos humanos alejándose por completo de la relación con el servicio prestado. En concreto, los hechos reseñados presuntamente vulneraron el derecho a la vida y el derecho a la protesta de Brayan Fernando Niño Araque mediante el uso irracional, desproporcionado e innecesario de la fuerza, conducta que no tiene relación alguna con su servicio y, en cambio, corresponde con una actividad represiva que terminó en el homicidio de un manifestante.

32. Atendiendo los fundamentos anteriores, la Sala advierte que **se configuró un conflicto positivo** de jurisdicciones entre la Fiscalía Segunda de la Brigada de Homicidios de Cundinamarca y el Juzgado 144 de Instrucción Penal Militar, frente al proceso penal seguido en contra del mayor Carlos Javier Arenas Niño en los términos explicados con anterioridad. Por tanto, procede a resolver si en el presente asunto se configuran los supuestos de activación del fuero militar a fin de resolver el conflicto antes referido.

El fuero penal militar y la competencia de la Justicia Penal Militar y Policial. Reiteración de la jurisprudencia³²

33. La Constitución Política establece que, como regla general, el juez natural para sancionar a quienes cometen una conducta punible son las autoridades judiciales que conforman la jurisdicción ordinaria penal. Sin embargo, también dispone en el artículo 221 que “[d]e 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”.

34. La Corte ha reconocido que el fuero penal militar encuentra pleno respaldo constitucional y, en tanto excepción a la regla de competencia para conocer y juzgar delitos, su campo de acción es limitado y restringido³³. El fuero, a la luz de la jurisprudencia constitucional, solo puede justificarse en atención a circunstancias concretas y particularísimas, mas no a partir de formulaciones abstractas, pues ello implicaría un trato desigual inaceptable frente a los demás ciudadanos³⁴. La configuración del fuero, en suma, es absolutamente excepcional y restringida³⁵. Por ello esta Corporación ha insistido en la necesidad de conceptualizar los elementos indispensables para su configuración y, por esa vía, diferenciar entre los actos que ejecuta el miembro de la fuerza pública en ejercicio de las actividades propias de su cargo y aquellos que son llevados a cabo como cualquier persona dotada de capacidad de actuar delictivamente³⁶.

35. En tal sentido, la Corte ha sostenido que los delitos que se investigan y se sancionan a través de la Jurisdicción Penal Militar y Policial no pueden ser

³² La base argumentativa de este acápite se retoma a partir del A-488 de 2021, expediente CJU 936, reiterada en el Auto 576 de 2021, expediente CJU 938. Ver, entre otras, las Sentencias C-252 de 1994, C-399 de 1995, C-358 de 1997, C-878 de 2000, C-361 de 2001, C-676 de 2001, SU-1184 de 2001, C-172 de 2002, C-407 de 2003, C-737 de 2006, C-533 de 2008, C-373 de 2011, C-084 de 2016 y SU-190 de 2021.

³³ Cfr. Sentencia C-372 de 2016.

³⁴ Cfr. Sentencia C-430 de 2019 en la que se reitera la Sentencia C-086 de 2016.

³⁵ Cfr. Sentencia C-086 de 2016.

³⁶ Cfr. Sentencia C-1214 de 2001.

ajenos a la esfera funcional de la fuerza pública. Sobre el particular, ha hecho hincapié en que ante tal jurisdicción solo son justiciables los miembros de las fuerzas militares y de policía **en servicio activo, cuando cometan delitos que tengan relación con el servicio**. Es decir, además de un *elemento subjetivo* (ser miembro de la fuerza pública en servicio activo), la configuración del fuero requiere de la concurrencia de un *elemento funcional*, esto es, que el delito cometido tenga relación con el mismo servicio³⁷. A este respecto, se ha señalado que “*la exigencia de que la conducta punible tenga una relación directa con una misión o tarea militar o policiva legítima, obedece a la necesidad de preservar la especialidad del derecho penal militar y de evitar que el fuero militar se expanda hasta convertirse en un puro privilegio estamental*”³⁸.

36. Nótese que, al tenor de los referidos pronunciamientos, para que un delito sea de competencia de la justicia penal militar, esto es, para que exista un vínculo claro entre (i) la conducta desviada y (ii) el servicio, “*el hecho punible debe surgir como una extralimitación o un abuso de poder ocurrido en el marco de una actividad ligada directamente a una función propia del cuerpo armado*”³⁹. De modo que tal vínculo se disolverá en el evento en que, *ab initio*, el agente tenga marcados propósitos criminales, pues en este caso “*el ejercicio de funciones militares constituye un mero disfraz o fachada para la actividad delictiva*”⁴⁰.

37. Así las cosas, el referido elemento funcional hace que el fuero penal militar esté circunscrito exclusivamente “*a las misiones institucionales de las fuerzas militares y de policía, legal y constitucionalmente definidas [y] a las órdenes dictadas con estricta sujeción a esos propósitos previstos por el ordenamiento jurídico (...), siempre que estos respondan precisamente al cumplimiento de los fines superiores asignados a esas instituciones armadas*”⁴¹. Por tal razón, aun cuando en la comisión del ilícito los agentes de la fuerza pública utilicen elementos -indumentaria, tecnología o vehículos, entre otros-, generalmente usados en tareas institucionales, si la actividad en concreto se encuentra totalmente desarticulada de una función legítimamente considerada, el resultado punible, producto de esa conducta, no será un delito de competencia de la jurisdicción penal militar, sino que tendrá carácter común. En este caso será objeto de investigación y juzgamiento por las autoridades ordinarias⁴².

38. La Sala ha reiterado que, en el evento en que deba resolverse un conflicto de jurisdicción entre la justicia ordinaria y la penal militar, debe (i) analizarse el contexto fáctico en el que se cometió el acto delictivo y (ii) contrastar la conducta efectivamente desplegada y la operación o el acto propio del servicio. Bajo esa perspectiva, solo si a partir del material probatorio no existen dudas acerca de la concurrencia de los elementos subjetivo y funcional y, con ello, del fuero penal militar, el proceso deberá ser asignado a la Justicia Penal Militar⁴³. Por el contrario, cuando pueda advertirse que el agente se apartó o rompió con el servicio que le correspondía prestar y, por esa vía, adoptó un tipo de comportamiento radicalmente distinto al jurídicamente esperado, el conocimiento de la causa penal tendrá que estar en cabeza de la justicia

³⁷ Cfr. Sentencia C-358 de 1997.

³⁸ Ibidem.

³⁹ Cfr. Sentencia SU-1184 de 2001.

⁴⁰ Ibidem.

⁴¹ Cfr. Sentencia C-084 de 2016.

⁴² Ibidem.

⁴³ Cfr. Sentencia SU-190 de 2021, en la que se reitera, entre otras, las Sentencias C-358 de 1997, C-878 de 2000, SU-1184 de 2001.

ordinaria. En este último caso no se trata de una extralimitación o abuso de poder ocurrido en el marco de una actividad ligada directamente a una función propia del cuerpo armado, sino de un delito común⁴⁴.

39. En esa misma línea, la Sala de Casación Penal de la Corte Suprema de Justicia ha expuesto que el nexo entre el delito y la actividad propia del servicio debe ser próximo y directo, mas no hipotético y abstracto. Es decir, el exceso o la extralimitación deben darse dentro de la realización de una tarea íntimamente relacionada con las funciones de la fuerza pública, de suerte que si tal vínculo estrecho no existe, o persisten dudas sobre su efectiva configuración, *“el juzgamiento de los resultados antijurídicos no puede en modo alguno ser objeto de conocimiento de la jurisdicción penal militar, sino de la justicia ordinaria”*⁴⁵. Según dicho tribunal para que el asunto sea de conocimiento de la citada Justicia Penal Militar y Policial, es imprescindible que el agente de la fuerza pública haya iniciado *“una actuación válida, legítima, propia de sus funciones, comportamiento que en manera alguna puede ser reprochable, solo que en el curso de la actuación, se cuestiona por desviarla, extralimitarse o abusar, constituyéndose en objeto de investigación penal, pero siempre en el entendido de que estos procederes tenían una correspondencia, un vínculo, con la tarea específica propia del servicio correspondiente”*⁴⁶.

40. Es relevante indicar que la jurisprudencia de la Sala Jurisdiccional Disciplinaria del Consejo Superior de la Judicatura sostuvo que para reconocer la configuración del fuero penal militar, era indispensable constatar que las conductas delictivas cometidas por los miembros de la fuerza pública tuviesen una estrecha y próxima relación con el servicio, análisis que no podía perder de vista el carácter excepcional y restringido de esta institución.⁴⁷ En ese sentido, la Sala Jurisdiccional Disciplinaria fue clara al precisar que el concepto de servicio militar o policial tiene una entidad material y jurídica propia, *“que se patentiza en las tareas, objetivos, menesteres y acciones que resulta necesario emprender con miras a cumplir la función constitucional y legal que justifica la existencia de la fuerza pública”*⁴⁸.

Caso Concreto

41. El presente conflicto de jurisdicción se suscitó con ocasión de los hechos ocurridos el 1º de mayo de 2021 en el municipio de Madrid (Cundinamarca) y que produjeron el deceso de Brayan Francisco Niño Araque. Según el testimonio que reposa en el expediente, en el marco de una protesta el 1º de mayo se reunieron aproximadamente 300 personas. Dicha protesta fue disuelta por personal del ESMAD quien disparó gases lacrimógenos a la manifestación. Luego de ello, desde una tanqueta de la policía se dispararon más gases lacrimógenos y aturdidores. Según las pruebas que reposan en el expediente, el joven Niño Araque, de 24 años de edad, fue víctima de un impacto con el disco de un gas lacrimógeno disparado desde una tanqueta y propinado,

⁴⁴ Cfr. Sentencia C-084 de 2016, en la que se reiteran las Sentencias C-358 de 1997, C-878 de 2000 y C-533 de 2008.

⁴⁵ Ver, entre otras las siguientes providencias: Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Penal. Sentencia SP14201 del 14 de octubre de 2015 (Rad. 37748). Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Penal. Sentencia SP3747 del 11 de septiembre de 2019 (Rad. 51675).

⁴⁶ Cfr. Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Penal. Sentencia SP4758 del 25 de noviembre de 2020 (Rad. 57228).

⁴⁷ Consejo Superior de la Judicatura, Sala Disciplinaria. Providencia del 1 de julio de 2016 (Rad. 11001-01-02-000-2016-00923-00).

⁴⁸ Consejo Superior de la Judicatura, Sala Disciplinaria. Providencia del 30 de septiembre de 2015 (Rad. 11001-01-02-000-2015-02355-00),

presuntamente, por un miembro de la Policía Nacional, el cual le ocasionó la muerte.

42. Según la necropsia⁴⁹ la lesión fue causada “*por un elemento contundente circular de alta energía e impacto que causa fracturas conminutas que comprometen toda la órbita derecha, huesos malar, maxilar superior, huesos propios nasales derechos y fosas anterior y media de la base del cráneo, junto con contusiones hemorrágicas y destrucción parcial de lóbulos frontales y temporales de predominio derecho, hematoma subdural inferior derecho y hemorragia subaracnoidea difusa como lesiones principales (...)*”.

43. Como se indicó en los antecedentes de esta providencia, las autoridades involucradas -la Fiscalía Segunda de la Brigada de Homicidios de Cundinamarca y el Juzgado 144 de Instrucción Penal Militar- plantearon su decisión de conocer del proceso penal seguido en contra del mayor Carlos Javier Arenas Niño. Para definir la autoridad que debe continuar con el trámite y juzgamiento del caso, procede la Sala a examinar los factores requeridos para la configuración del fuero penal militar.

44. **Elemento subjetivo.** De conformidad con lo aportado en el expediente, se encuentra demostrado que, para la fecha de los hechos, el señor Mayor Carlos Javier Arenas Niño ostentaba la calidad de servidor público, en servicio activo, adscrito al Escuadrón Móvil Antidisturbios. De esta forma, el elemento subjetivo se advierte acreditado.

45. **Elemento funcional.** El elemento funcional se refiere a la existencia de un nexo próximo y directo entre la conducta punible y el servicio prestado por la Fuerza Pública. La Sala encuentra necesario precisar que el análisis efectuado en este acápite tiene como única finalidad la determinación del cumplimiento de este presupuesto de cara a establecer la procedencia del fuero penal militar, sin que de ninguna manera se pretenda adelantar algún juicio de valor sobre la responsabilidad del procesado, lo cual corresponde, exclusivamente, a la jurisdicción a la que se asigne el conocimiento de este asunto.

46. En atención al material probatorio recaudado, la Corte concluye que no existe evidencia concluyente sobre el vínculo entre la actividad del servicio y el delito investigado. Esa conclusión se funda en la existencia de dudas significativas sobre (i) si la intensidad de la reacción del agente de policía obedeció a los fines que orientan su intervención y (ii) la necesidad de intervención. En consecuencia, en aplicación del precedente (SU-190 de 2021), el asunto debe ser conocido por la justicia ordinaria, asignando así la competencia para su conocimiento a la Fiscalía General de la Nación, que es la entidad titular de la acción penal, con la función de investigar y acusar ante los jueces ordinarios. A continuación, se sustenta esta conclusión.

- (i) **Primero. No es claro que la intensidad de la reacción del agente de la Policía Nacional obedeciera a los fines que orientan su intervención**

⁴⁹ Expediente digital, carpeta Expediente y EMP 202100634, archivo “Informe necropsia 202100634.pdf”.

47. La Corte ha reiterado que, para la acreditación del presupuesto funcional, se debe examinar si la actuación policial se ejecutó con estricta sujeción a los propósitos previstos por el ordenamiento jurídico⁵⁰.

(a) Dudas sobre el uso adecuado de los gases lacrimógenos

48. En concreto, para el acompañamiento y manejo de protestas, existen protocolos que indican la forma de utilización de los gases lacrimógenos porque si bien, en principio no se trata de armas letales, su uso directo contra la población civil está prohibida al aumentar su capacidad letal.

49. En este sentido, el Decreto 003 del 5 de enero de 2021⁵¹ determinan las pautas a seguir en el control de manifestaciones y se fijan los parámetros para el uso de la fuerza como *“último recurso físico para proteger la vida e integridad física de las personas, incluida la de ellos mismos, sin mandamiento previo y escrito, para prevenir, impedir o superar la amenaza o perturbación de la convivencia y la seguridad pública (...)”*⁵². Además, se exige que cualquier actuación de los policiales *“se realizará con la observancia plena de los principios de necesidad, gradualidad, proporcionalidad y racionalidad en el marco del mandato constitucional, legal y reglamentario”*⁵³.

50. Por su parte, la Resolución 03002 de 2017 establece que, ante situaciones de conflicto o amenaza a la convivencia y seguridad, en coordinación con los gestores de convivencia y ministerio público, se deberán agotar las instancias de persuasión, dialogo, mediación y gestión del conflicto con los participantes ante posibles disturbios, minimizando el riesgo de confrontación. El uso de la fuerza es el último recurso en este tipo de eventos⁵⁴.

Además, refiere que en caso de disturbios o graves alteraciones a la convivencia y seguridad, el comandante de la unidad informara a las autoridades departamentales, distritales o municipales según corresponda, para tomar las medidas orientadas a controlar la situación, de tal manera que se proceda a proteger y garantizar los derechos fundamentales de todas las personas tanto de los que participan en la manifestación como de los que no lo hacen, incluso de quienes se ven implicados en hechos violentos⁵⁵. La intervención policial en estas situaciones debe estar enfocada en controlar, disuadir o dispersar el foco de violencia, procurando, cuando las circunstancias lo permitan garantizar la continuidad del ejercicio del derecho a la manifestación. En todo caso, se debe procurar gestionar el conflicto.

51. A juicio de la Corte, persisten dudas acerca del cumplimiento de las condiciones de uso de los fusiles lanza gas por parte del agente investigado. Según informó la Fiscalía, los fusiles lanza gas son *“un arma portátil con capacidad de expulsar un cartucho de agente químico hasta una distancia de 150 metros, dependiendo del ángulo o plataforma de tiro o de lanzamiento que se utilice. La plataforma de lanzamiento puede ser parabólico, rasante o rastrero, según la distancia que se pretende alcanzar”*. Advirtió, además, que *“[i]ndependientemente de la plataforma de lanzamiento siempre se debe*

⁵⁰ Cfr. Sentencia C-084 de 2016.

⁵¹ Por medio del cual se estableció el estatuto de reacción, uso y verificación de la fuerza legítima del estado y protección del derecho a la protesta pacífica ciudadana.

⁵² Artículo 4, literal b. Cfr. Resolución 2903 del 23 de junio de 2017.

⁵³ Artículo 27. Cfr. Resolución 2903 del 23 de junio de 2017.

⁵⁴ Artículo 15 literal m.

⁵⁵ Artículo 15 literal o.

calcular que los disparos no caigan directamente sobre la multitud, ya que estas caen a una alta velocidad y a altas temperaturas. Así mismo, en sus recomendaciones de seguridad para el uso de este fusil señala que se debe utilizar hacia multitudes que se encuentren a más de 30 metros de distancia, nunca apuntar directamente hacia una persona y siempre apuntar a un mínimo de tres metros de distancia del objetivo”.

52. A partir de la entrevista del testigo se puede evidenciar que, en principio, (i) el disparo se realizó desde la tanqueta; (ii) esta estaba muy cerca de Brayan Fernando Niño Araque y (iii) los disparos se dirigieron directamente hacia la población. Por su parte, medicina legal informó que la herida se causó con (iv) un arma contundente de alta energía.

53. Conforme a lo anterior es posible inferir que la actuación del agente investigado pudo desconocer las recomendaciones de seguridad y los protocolos de lanzamiento de estos artefactos, incrementando el riesgo de causar la muerte a los civiles de forma desproporcionada e irracional, desdibujando por completo la relación de su conducta con el servicio. La Sala advierte que, aunque, en principio, los disparos de gas lacrimógeno pueden ser catalogados como dispositivos de menor letalidad, dirigirlos de forma directa contra la población civil con el conocimiento de que es posible causar su muerte y/o heridas graves, se trata de un comportamiento *-prima facie-* ajeno a los principios que gobiernan la intervención de la fuerza pública.

54. Al respecto, de las pruebas obrantes en el proceso no es posible afirmar que el indiciado haya acatado a cabalidad las recomendaciones de seguridad y los protocolos de lanzamiento para la utilización del fusil lanza gas; por el contrario subsisten dudas frente su actuación, pues hay evidencia de que pudo haberlo dirigido directamente a la población civil a una corta distancia y desde el interior de la tanqueta en que se movilizaba. Ello, en principio, se opondría a lo dispuesto en el manual para el servicio de policía en la atención, manejo y control de disturbios. Además, aunque *-según el testimonio-* los primeros gases lograron dispersar a los manifestantes, el agente de policía continuó disparando y uno de los cilindros, al parecer, impactó en el rostro de la víctima. Bajo tales supuestos, no es clara la relación de su conducta con el servicio.

(ii) Segundo. No es clara la finalidad que tuvo la intervención de la fuerza pública

55. La Sala Plena considera que de las pruebas hasta ahora aportadas al proceso, existen serias dudas sobre la finalidad del uso de la fuerza porque (a) el relato del juez militar explicando las razones que exigieron la intervención del ESMAD no es concordante con el testimonio, y (b) no es posible afirmar con plena certeza que la manifestación que integraba Brayan Fernando Niño Araque alteraba el orden público⁵⁶.

(b) Dudas sobre las razones que imponían al ESMAD hacer uso de la fuerza por alteración del orden público

⁵⁶ Se define disturbio como el accionar de turbas cuya conducta colectiva ha dado un giro hacia la violencia, el vandalismo, la destrucción y el caos y el escuadro móvil anti disturbios está encaminado al control de dichas condiciones y restablecimiento del goce de los derechos y libertades. De acuerdo con las pruebas, *“los disparos efectuados por el indiciado desde la tanqueta del ESMAD iniciaron inmediatamente a la llegada de la misma a la glorieta donde se encontraban concentrados los manifestantes de forma pacífica y a pesar de haberlos dispersado continuó desplegando la fuerza con disparos adicionales que causaron la muerte a la víctima en este asunto”.*

56. La Corte ha constatado que existen relatos diversos sobre lo ocurrido ese día. En efecto, el juez penal militar asegura que el mayor investigado estaba cumpliendo con sus funciones, esto es, impidiendo que los manifestantes continuaran atacando la estación de policía El Sosiego⁵⁷ y a los miembros del ESMAD. Sin embargo, según el testimonio que reposa en el expediente, Brayan Fernando Niño Araque no se encontraba en la estación de policía y la manifestación que integraba se ubicaba unas cuadras más allá de dicha estación -glorieta de El Sosiego-.

57. La divergencia de relatos genera en la Sala serias dudas sobre las razones que motivaron la actuación del ESDAM y que terminaron con el fallecimiento de Brayan Fernando Niño Araque.

(c) Dudas sobre la grave alteración al orden público

58. Según el relato de la jurisdicción castrense, la intervención del agente obedeció a los disturbios violentos presentados en la estación de policía de El Sosiego y que era necesario enfrentar. Por su parte, el testigo asegura que se trataba de una manifestación pacífica asentada en el sector de la glorieta de El Sosiego.

59. Así las cosas, en este proceso existen dudas acerca de que dicho grupo de manifestantes agrupado en la glorieta haya desplegado hechos de vandalismo o daños en el sector y, en consecuencia, que el uso de la fuerza del agente investigado fuera necesario.

60. Al respecto, vale la pena recordar que en la sentencia SU-190 de 2021 la Corte Constitucional enfrentó una cuestión similar a la aquí presentada. En esa oportunidad, la Sala Plena evidenció elementos de juicio divergentes relacionados con el hecho de si existieron, o no ataques previos violentos por parte de los manifestantes contra el ESMAD. Para la Corte, era tarea de la jurisdicción penal militar “*demostrar de forma clara e inequívoca, que ello fue así*”. No obstante, las pruebas que reposaban en el expediente no permitían establecer con “*la nitidez requerida que la reacción de la Policía Nacional, en la cual se inscribe la conducta del capitán investigado, haya sido emprendida para contrarrestar una manifestación que había adquirido carácter violento*”.

61. Así las cosas, en el presente asunto la conclusión debe ser la misma adoptada en el precedente citado. En efecto, el Juzgado 144 de Instrucción Penal Militar no demostró con la nitidez requerida si existieron ataques previos violentos o no. En otras palabras, no existe certeza respecto del elemento a partir del cual se explicaría el uso de la fuerza en la conducta desplegada y su conexidad con el acto del servicio.

Conclusión

62. La jurisprudencia ha señalado que cuando no es clara la situación en la que se concreta el hecho delictivo, la competencia debe asignarse a la jurisdicción ordinaria, al no poderse demostrar plenamente la configuración de la excepción

⁵⁷ Según la información de la página web de la Policía Nacional la Estación El Sosiego queda ubicada en la Carrera 22 N° 6-10.

al principio del juez natural general⁵⁸. En concreto, en la sentencia C-358 de 1997, la Corte aseguró 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”*⁵⁹.

63. Así las cosas, se itera que, si hay duda sobre el vínculo directo del delito con el servicio, exigencia constitucional para que tenga aplicación el fuero penal militar, resulta imperativa la aplicación de la regla general de competencia en cabeza de la jurisdicción ordinaria, porque solo cuando haya certeza sobre los elementos del fuero procede su excepcional aplicación.

64. En consideración de lo expuesto, la Sala Plena encuentra que el presupuesto funcional no se encuentra acreditado. No existen elementos de prueba suficientes que permitan dar crédito a las circunstancias de hecho señaladas por el juez penal militar, esto es, la supuesta violencia ejercida por los manifestantes a la estación de policía El Sosiego y a los miembros del ESMAD, lo que aparentemente buscaba repeler el oficial con su actuación.

Adicionalmente, las pruebas obrantes en este proceso dejan serias dudas sobre si la intensidad de la fuerza ejercida por el agente del ESMAD responde a los fines de la Policía Nacional, esto es, el *“mantenimiento de las condiciones necesarias para el ejercicio de los derechos y libertades públicas, y para asegurar que los habitantes de Colombia convivan en paz”*.

65. En atención a lo expuesto, la Sala asignará el conocimiento de las diligencias a la jurisdicción ordinaria representada en este caso por la Fiscalía

⁵⁸ Sentencias C-358 de 1997, C-878 de 2000, C-1149 de 2001, C-533 de 2008, T-590A de 2014, C-084 de 2016, entre otras. Sobre el carácter estrictamente limitado de la justicia penal militar, también pueden consultarse los siguientes pronunciamientos de la Sala de Casación Penal de la Corte Suprema de Justicia: sentencias de 22 de mayo de 2013, rad. 36657; de 6 de octubre 2004, radicado 5.904; de 15 de abril de 2004, radicado 13.742; de 2 de junio de 2004, radicado 13.813; de 31 de marzo de 2004, radicado 18.174; de 2 octubre de 2003, radicado 18.643; de 24 de julio de 2003, radicado 16.295; de 2 de octubre de 2003, radicado 18.729; de 13 de febrero de 2003, radicado 15.705; de 21 de febrero del 2001, radicado 12.308; de 18 de julio del 2001, radicado 11660; de 26 de marzo de 1996, radicado 8827; de 7 de julio de 1993, radicado 7187; de 14 de diciembre de 1992, radicado 6750. De igual forma, la extinta Sala Jurisdiccional Disciplinaria del Consejo Superior de la Judicatura sostuvo esta postura en la providencia de 02 de diciembre de 2020, rad. 11001010200020200104800, entre otras.

⁵⁹ Sentencia C-358 de 1997. En este pronunciamiento, este tribunal reseñó la tesis fijada por la Sala de Casación Penal de la Corte Suprema de Justicia, en el auto del 23 de agosto de 1989, a saber: *“Los delitos de carácter común son los que usualmente, por su naturaleza, dan lugar a perplejidades en cuanto a deducir el fuero de carácter militar. Es corriente, en un principio, considerar los mismos como ajenos a la función castrense. Pero este general y apriorístico criterio, no resulta de fatal aplicación. Cuando esta clase de infracción aparezca como realizada dentro del ejercicio de un servicio de carácter militar, a no dudarlo, debe discernirse el fuero. Pero la función castrense debe aparecer nítida, esto es, que no se dude que se estaba en su desempeño legítimo y que, como consecuencia de su aplicación, que inicialmente no envolvía la comisión de hecho delictivo alguno, ocurrió eventualmente el hecho criminoso. || Estos aspectos son de sumo interés y establecen nota distintiva fundamental para apreciar la cobertura y alcance del fuero militar. Si se llega a la función, con el propósito de ejercerlas con fines delictivos y en desarrollo de éstos se cumple aquélla, es indubitante que se está frente a una actividad criminoso que no puede cobijar el fuero para que sea la justicia castrense la que conozca de tal comportamiento. Pero sí por el contrario se está dentro de una sana y recta aplicación de la función militar y en cumplimiento de la misma se origina y desarrolla la conducta punible, por lo mismo que ésta tiene con aquélla un vínculo sustancial, debe inferirse la vigencia y reconocimiento del cuestionado fuero.”*

Segunda de la Brigada de Homicidios de Cundinamarca, a quien se remitirá de inmediato el expediente, para que continúe con el trámite correspondiente.

III. DECISIÓN

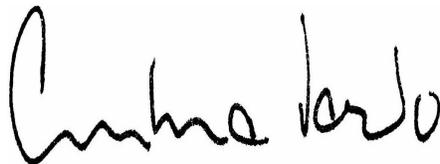
En mérito de lo expuesto, la Sala Plena de la Corte Constitucional, administrando justicia en nombre del pueblo y por mandato de la Constitución,

RESUELVE:

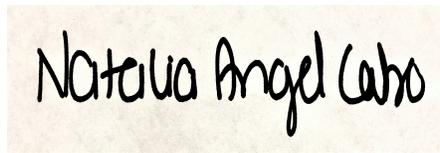
Primero: DIRIMIR el conflicto de jurisdicciones presentado entre la Fiscalía Segunda de la Brigada de Homicidios de Cundinamarca y el Juzgado 144 de Instrucción Penal Militar, y **DECLARAR** que corresponde a la jurisdicción ordinaria el conocimiento del proceso penal adelantado en contra del mayor Carlos Javier Arenas Niño por el presunto homicidio de Brayan Francisco Niño Araque, conforme a lo expuesto en esta providencia.

Segundo: REMITIR el expediente CJU-937 a la Fiscalía Segunda de la Brigada de Homicidios de Cundinamarca para lo de su competencia y, para que comunique la presente decisión al Juzgado 144 de Instrucción Penal Militar y a los sujetos procesales dentro del asunto.

Notifíquese, comuníquese y cúmplase.



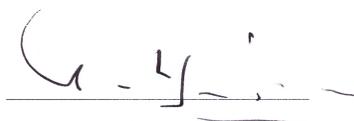
CRISTINA PARDO SCHLESINGER
Presidenta



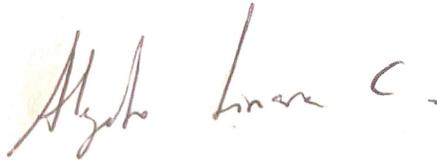
NATALIA ÁNGEL CABO
Magistrada



DIANA FAJARDO RIVERA
Magistrada



JORGE ENRIQUE IBÁÑEZ NAJAR
Magistrado



ALEJANDRO LINARES CANTILLO
Magistrado



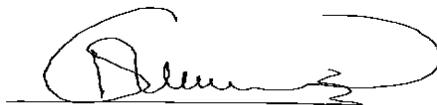
ANTONIO JOSÉ LIZARAZO OCAMPO
Magistrado



PAOLA ANDREA MENESES MOSQUERA
Magistrada



GLORIA STELLA ORTIZ DELGADO
Magistrada



JOSE FERNANDO REYES CUARTAS
Magistrado



MARTHA VICTORIA SÁCHICA MÉNDEZ
Secretaria General