

Incorporación del derecho internacional  
de los derechos humanos a nivel judicial.

Claros y oscuros

Sentencias emblemáticas

Ana Lucía Maya  
Investigadora ILSA

**SERIE DEMOCRACIA Y JUDICATURA**

ISBN: 978-958-9341-13-2

Incorporación del derecho internacional de los derechos humanos a nivel judicial.  
Claros y oscuros

Coordinación editorial y edición: Germán Burgos

Corrección de textos: Alejandra Marín

Diagramación: Gente Nueva Editorial

Portada: Alberto Parrado

Impresión: Gente Nueva Editorial

Colección Democracia y Judicatura  
Bogotá, Colombia, diciembre de 2008

Editores:

Instituto Latinoamericano de Servicios Legales Alternativos (ILSA)

Calle 38 No. 16-45, Bogotá, D.C.

Teléfonos 2880416, 2883678

[publicaciones@ilsa.org.co](mailto:publicaciones@ilsa.org.co)

**Presentación** ..... 7  
*Germán Burgos, editor*

PRIMERA PARTE

- La declaración de medidas de reparación no pecuniarias por el Consejo de Estado: avances, vacíos e insuficiencias ..... 11
- Anexo 1  
Sentencia del Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera ..... 25

SEGUNDA PARTE

- La revisión de las sentencias en el orden interno cuando existe una decisión de una instancia internacional de derechos humanos. Valoraciones sobre una sentencia de la Corte Suprema de Justicia ..... 73
- Anexo 2  
Sentencia de la Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Penal ..... 85

La Constitución de 1991 rompió una larga tradición constitucional de escasa, si no nula relevancia del derecho internacional en nuestro marco jurídico. Incorporó un importante catálogo de normas referidas a los principios del derecho internacional, las normas *jus cogens*, los derechos reconocidos por los tratados de derechos humanos multilaterales vigentes, etc. En tal sentido, la Carta Política hizo aplicables de manera directa varias normas relacionadas específicamente con derechos integrados al derecho internacional público.

La incorporación mencionada se vio enriquecida con la creación jurisprudencial del llamado “bloque de constitucionalidad” de acuerdo con el cual un conjunto de tratados, particularmente en el ámbito de los derechos humanos, reciben el mismo rango previsto para la Constitución y por tanto son de aplicación directa y permiten el análisis de constitucionalidad de las leyes, decretos y demás normas inferiores.

Con base en la Constitución y el bloque de constitucionalidad, la Corte Constitucional ha abierto un camino muy importante que ha permitido realizar avances para mejorar la defensa de los derechos de las mujeres, los niños, los trabajadores y la población desplazada.

Si bien el alcance de las decisiones de la Corte ha permeado de una u otra manera a todos los operadores judiciales, no siempre es claro cómo otras altas cortes y jueces de la República utilizan la Constitución y el bloque de constitucionalidad para incorporar el derecho internacional público de los derechos humanos al derecho interno colombiano.

Ayudar a superar ese vacío es el interés de este texto. En efecto, con el sexto libro de la serie “Democracia y Judicatura” se pretende dar a conocer y valorar críticamente dos decisiones judiciales, una del Consejo de Estado y otra de la Corte Suprema de Justicia, que han tratado de incorporar normas y decisiones de instancias del derecho internacional.

En el primer caso, el Consejo de Estado establece un diálogo con la jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos y también de la Corte Constitucional, lo que le permite adoptar y aplicar estándares garantistas en relación con la obligatoriedad de las normas internacionales de derechos humanos y las obligaciones del Estado en materia de reparación. En el segundo caso, se trata de la revisión de una sentencia como producto de la decisión de un organismo internacional, en la que la Corte Suprema hace importantes avances en materia de protección de derechos humanos. Así, recoge algunos pronunciamientos de organismos internacionales como

la Corte y la Comisión Interamericana, y retoma principios e instrumentos internacionales para elaborar un concepto de víctima incluyente y amplio, acorde con los estándares internacionales de derechos humanos.

El libro que se entrega a la comunidad de jueces, fiscales y demás interesados, forma parte de un esfuerzo dirigido a dar a conocer y promover un movimiento de judicatura democrática. En tal sentido, cuenta con el apoyo de la Agencia Canadiense de Cooperación ACDI, en el marco del proyecto Red Latinoamericana en Investigación y Educación en Derechos Humanos.

## *La declaración de medidas de reparación no pecuniarias por el Consejo de Estado: avances, vacíos e insuficiencias*

El Consejo de Estado, en sentencia del 20 de febrero de 2008, ordenó medidas de reparación no pecuniarias en un caso de violación de derechos humanos.<sup>1</sup> A pesar de que en la sentencia se avanza en el reconocimiento del derecho internacional de los derechos humanos y en el establecimiento de un diálogo entre la jurisprudencia del Consejo de Estado, de la Corte Constitucional y de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, se advierten vacíos e insuficiencias que no garantizan los derechos de las víctimas y sus familiares y no se ajustan a los estándares internacionales en la materia.

Los hechos que dieron lugar a la sentencia se refieren a la desaparición y posterior muerte de dos personas, ocurridas en inmediaciones de los municipios de Tuluá y Bolívar, entre el 27 y el 31 de enero de 1995. Estas personas habían sido detenidas y se encontraban bajo el cuidado de las autoridades de policía. El caso fue resuelto en primera instancia por el Tribunal Administrativo del Valle del Cauca, que condenó a la Nación, Ministerio de Defensa, Policía Nacional al pago de perjuicios morales y materiales a favor de los familiares de las víctimas. El Consejo de Estado modificó la sentencia y declaró responsable a la Nación, Ministerio de Defensa, Policía Nacional y al municipio de Tuluá por la muerte de estas dos personas, ordenando el pago de perjuicios morales y materiales a favor de los familiares y la adopción de medidas no pecuniarias de reparación.

El presente escrito analiza el contenido de la sentencia del Consejo de Estado de acuerdo con los siguientes aspectos: en primer lugar, se definen las medidas de reparación no pecuniarias, su alcance y contenido; en segundo término, se señala cuáles son las obligaciones del Estado de acuerdo con los estándares internacionales de derechos humanos y los vacíos de la sentencia; en tercer lugar, se analiza la competencia de los jueces administrativos en casos de violaciones a los derechos humanos, la falta de desarrollo de la jurisprudencia nacional al respecto y el criterio equívoco según el cual esta competencia se basa en la defensa de la soberanía jurídica nacional. En seguida, se hace referencia al principio de la reparación integral y a la insuficiencia de las medidas de reparación ordenadas en la sentencia y, finalmente, se exponen algunas conclusiones.

---

1 Consejo de Estado. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Tercera. Sentencia del 20 de febrero de 2008. Radicación 76001-23-25-000-1996-04058-01(16996). Consejero Ponente: Enrique Gil Botero.

## Las medidas de reparación no pecuniarias: alcance y contenido

Es necesario precisar en qué consisten las medidas de reparación no pecuniarias en casos de violaciones a los derechos humanos y cuál es su importancia en la garantía de los derechos de las víctimas y sus familiares. Para la Corte Interamericana de Derechos Humanos, la finalidad de la reparación en general consiste en hacer cesar los efectos y consecuencias de la violación,<sup>2</sup> la reparación del daño y la demanda de la plena restitución, lo que se conoce como *restitutio in integrum*, es decir, el restablecimiento de la situación anterior a la violación. Cuando ello no es posible, lo procedente es hacer una compensación en dinero y establecer otras medidas para atenuar el daño.<sup>3</sup>

Entre ellas se encuentran las de reparación no pecuniaria, incluyendo las medidas de satisfacción y garantías de no repetición, que consisten en actos u obras de alcance o repercusión pública y de compromisos para que no vuelvan a ocurrir hechos similares. Para la Corte Interamericana de Derechos Humanos, estas medidas persiguen “la recuperación de la memoria de las víctimas, el reconocimiento de su dignidad y el consuelo de sus deudos”.<sup>4</sup>

En el Sistema Universal de Protección de Derechos Humanos, las otras formas de reparación se enmarcan en un concepto de reparación integral, que constituye un derecho en sí mismo, tal como se señala en los Principios y directrices básicos sobre el derecho de las víctimas de violaciones manifiestas de las normas internacionales de derechos humanos y de violaciones al DIH a interponer recursos y obtener reparaciones, aprobados por la Asamblea General de la Organización de Naciones Unidas.<sup>5</sup>

---

2 Corte Interamericana de Derechos Humanos. Caso Goiburú y otros contra Paraguay. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 22 de septiembre de 2006. Serie C No. 153. Párr. 143; Caso de las Masacres de Ituango contra Colombia. Excepción Preliminar, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 1º de julio de 2006. Serie C No. 148. Párr. 348.

3 Corte Interamericana de Derechos Humanos. Caso de las Masacres de Ituango contra Colombia. Excepción Preliminar, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 1º de julio de 2006. Serie C No. 148. Párr. 347.

4 Corte Interamericana de Derechos Humanos. Caso Vargas Areco contra Paraguay. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 26 de septiembre de 2006. Serie C No. 155. Párr. 149.

5 De acuerdo con el principio 18, “*se debería dar a las víctimas de violaciones manifiestas de las normas internacionales de derechos humanos y de violaciones graves del derecho internacional humanitario, de forma apropiada y proporcional a la gravedad de la violación y a las circunstancias de cada caso, una reparación plena y efectiva (...) en las formas siguientes: restitución, indemnización, rehabilitación, satisfacción y garantías de no repetición*”. Organización de Naciones Unidas, *Principios y directrices básicos sobre el derecho a las víctimas de violaciones de las normas internacionales de derechos humanos y del derecho internacional humanitario a interponer recursos y obtener reparaciones*. Doc. E/CN.4/2005/59, 21 de diciembre de 2004. Estos principios fueron aprobados por la Asamblea General de Naciones Unidas (ONU AG Res. 60/147 del 16 de diciembre de 2005).

Las medidas de reparación no pecuniarias amplían el estándar de protección, contribuyen a que las víctimas sean visibles, y son una expresión de la indivisibilidad e integralidad de los derechos humanos. Sobre este último punto, por ejemplo, la Corte Interamericana ha ordenado medidas que involucran derechos económicos, sociales y culturales, como el derecho a la educación representado en la creación de programas,<sup>6</sup> la actualización profesional de las víctimas<sup>7</sup> y las becas de estudio,<sup>8</sup> entre otros. Así mismo, se ha vinculado el derecho a la salud con medidas como el tratamiento médico y psicológico para las víctimas<sup>9</sup> y para sus familiares,<sup>10</sup> así como la prestación de servicios de asistencia médica a favor de miembros de comunidades indígenas.<sup>11</sup>

### Las obligaciones del Estado de acuerdo con los estándares internacionales

Es de trascendental importancia que el Consejo de Estado señale en esta decisión que la normatividad internacional relacionada con derechos humanos prevalece en el orden interno, no sólo en el campo normativo sino también en el campo interpretativo. Para el Consejo, el fundamento de la obligación de reparación integral reside en la prevalencia, incorporación e integración normativa del derecho internacional en el derecho nacional. Además, se reconoce que la normatividad internacional de los derechos humanos hace parte del *ius cogens*, es decir, está conformada por reglas imperativas del

- 
- 6 Corte Interamericana de Derechos Humanos. Caso Gómez Palomino contra Perú. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 22 de noviembre de 2005. Serie C No. 136. Párr. 145-146.
  - 7 Corte Interamericana de Derechos Humanos. Caso García Asto y Ramírez Rojas contra Perú. Excepción Preliminar, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 25 de noviembre de 2005. Serie C No. 137. Párr. 281.
  - 8 Corte Interamericana de Derechos Humanos. Caso de los Hermanos Gómez Paquiyaui contra Perú. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 8 de julio de 2004. Serie C No. 110. Párr. 237.
  - 9 Corte Interamericana de Derechos Humanos. Caso García Asto y Ramírez Rojas contra Perú. Excepción Preliminar, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 25 de noviembre de 2005. Serie C No. 137. Párr. 281; Caso De la Cruz Flores contra Perú. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 18 de noviembre de 2004. Serie C No. 115. Párr. 168.
  - 10 Corte Interamericana de Derechos Humanos. Caso Gómez Palomino contra Perú. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 22 de noviembre de 2005. Serie C No. 136. Párr. 143; Caso Gutiérrez Soler contra Colombia. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 12 de septiembre de 2005. Serie C No. 132. Párr. 102 y 103; Caso de la masacre de Mapiripán contra Colombia. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 15 de septiembre de 2005. Serie C No. 134. Párr. 312.
  - 11 Corte Interamericana de Derechos Humanos. Caso Comunidad Indígena Sawhoyamaya contra Paraguay. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 29 de marzo de 2006. Serie C No. 146. Párr. 229 y 230.



derecho internacional aceptadas por los Estados y que no admiten acuerdo en contrario.<sup>12</sup>

Además, el Consejo reconoce que la jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos tiene incidencia en el derecho interno y que los jueces administrativos no pueden desconocer las decisiones que se hayan tomado en un caso resuelto en esa instancia internacional. Al respecto señaló que “si existe una condena internacional de la Corte Interamericana de Derechos Humanos a un Estado por la violación de uno o varios derechos humanos, y dentro del proceso se adoptó una decisión vinculante en relación con la indemnización de los perjuicios a favor de las víctimas y sus familiares, a nivel interno la Jurisdicción de lo Contencioso Administrativo –en sede de un proceso ordinario de reparación directa– deberá declarar, de oficio o a petición de parte, la cosa juzgada internacional”.<sup>13</sup>

En el presente caso, no existía un antecedente jurisprudencial internacional que obligara al Consejo a decretar medidas de reparación no pecuniarias y al hacerlo, siguiendo la jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, el Consejo de Estado otorgó un carácter vinculante a estos pronunciamientos y adoptó estándares más garantistas para la protección de los derechos de las víctimas y sus familiares.

El Consejo también precisó que el Estado tiene la posición de garante respecto de personas que se encuentran en una especial situación de sujeción e indefensión, como las personas detenidas. En esta sentencia se señala que los deberes de seguridad y protección, en las relaciones de especial sujeción respecto de reclusos, se derivan de la Constitución y de la ley, reiterando la jurisprudencia del organismo en este sentido.<sup>14</sup> Para determinar el deber especial de protección en estos casos se acude a la jurisprudencia de la Corte Constitucional, según la cual “en relación con el derecho a la vida del recluso, el Estado tiene la obligación de impedir que otros reclusos o terceros particu-

---

12 El artículo 53 de la Convención de Viena sobre el derecho de los tratados reza: “*Es nulo todo tratado que, en el momento de su celebración, esté en oposición con una norma imperativa de derecho internacional general. Para los efectos de la presente Convención, una norma imperativa de derecho internacional general es una norma aceptada y reconocida por la comunidad internacional de Estados en su conjunto como norma que no admite acuerdo en contrario y que sólo puede ser modificada por una norma ulterior de derecho internacional general que tenga el mismo carácter*”.

13 Consejo de Estado. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Tercera. Sentencia de 19 de octubre de 2007. Exp. 29273. Magistrado Ponente: Enrique Gil Botero. Citado en: Consejo de Estado. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Tercera. Sentencia del 20 de febrero de 2008. Radicación 76001-23-25-000-1996-04058-01(16996). Consejero Ponente: Enrique Gil Botero.

14 En la sentencia se cita la sentencia del 4 de octubre de 2007, expediente 15.567.

lares (obligación de protección), así como el personal Estatal –sea personal penitenciario o de otra naturaleza– (obligación de respeto) amenacen contra la vida del interno”.<sup>15</sup>

La Corte Interamericana de Derechos Humanos también ha señalado que el Estado tiene una posición de garante en casos de personas detenidas, lo que conlleva unas obligaciones especiales. Para ella, “el Estado es responsable, en su condición de garante de los derechos consagrados en la Convención, de la observancia del derecho a la integridad personal de todo individuo que se halla bajo su custodia”.<sup>16</sup>

No obstante lo anterior, es necesario hacer mayor énfasis en la obligación de garantía que, de acuerdo con la Corte Interamericana, conlleva la prevención razonable, la investigación seria y la reparación integral.<sup>17</sup> No es suficiente señalar que el Estado debe abstenerse de cometer violaciones (obligación de respeto); se debe insistir en que, además, debe prevenirlas, lo cual implica adoptar medidas que impidan que los hechos ocurran y, en caso de ya hayan ocurrido, evitar que se presenten eventos similares. Tratándose de personas que se encuentran en situación de vulnerabilidad, como las personas detenidas, el Estado conoce una situación de riesgo y está en presencia de obligaciones acentuadas, cuyo examen debe ser más riguroso. Esto implica que se deben adoptar medidas de prevención y protección para evitar razonablemente que se cometan violaciones.<sup>18</sup>

De la obligación de garantía se desprende el deber de reparación integral, pero al no atender el deber de prevención se dejan de lado medidas de reparación tendientes a asegurar esta obligación. Como se verá más adelante, en la sentencia del Consejo de Estado se aprecia que no se adoptaron las medidas de no repetición suficientes para asegurar que los hechos no volvieran a ocurrir. Adicionalmente, la reparación integral debe basarse en el reconocimiento de los derechos de las víctimas, mas no en la salvaguardia de la jurisdicción nacional, que es lo que se cuestiona a continuación.

---

15 Corte Constitucional, Sentencia T-1190 de 2003, Magistrado Ponente: Eduardo Montealegre Lynett. Citado en: Consejo de Estado. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Tercera. Sentencia del 20 de febrero de 2008. Radicación 76001-23-25-000-1996-04058-01(16996). Consejero Ponente: Enrique Gil Botero.

16 Corte Interamericana de Derechos Humanos. Caso del Penal Miguel Castro Castro, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 25 de noviembre de 2006. Serie C No. 160. Párr. 273.

17 Corte Interamericana de Derechos Humanos. Caso Velásquez Rodríguez contra Honduras. Sentencia de 29 de julio de 1988. Serie C No. 4. Párr. 175 y ss.

18 Corte Interamericana de Derechos Humanos. Caso de la Masacre de Pueblo Bello contra Colombia. Sentencia de 31 de enero de 2006. Párr. 138 a 140.

## La competencia de los jueces administrativos en casos de violaciones a los derechos humanos no puede descansar en la defensa de la soberanía jurídica nacional

De acuerdo con el artículo 16 de la Ley 446 de 1998, los jueces administrativos en cualquier proceso ante la administración de justicia deben valorar el daño conforme al principio de reparación integral. Esta competencia existe hace diez años y sólo hasta ahora está siendo aplicada por la jurisdicción contencioso administrativa. En la situación analizada, ni siquiera era necesario que el caso llegara a conocimiento del Consejo de Estado para que se ordenaran medidas no pecuniarias de reparación, porque el Tribunal Administrativo del Valle podía haberlas decretado.

Es importante que el Consejo de Estado reconociera que cuando se trata de violaciones a los derechos humanos, los jueces administrativos no deben enmarcar sus decisiones en los estrechos límites del resarcimiento económico, sino que es necesario que vayan más allá para lograr la reparación integral. Al respecto, el Consejo señala en la sentencia que

“(…) cuando se habla del análisis de hechos relacionados con la violación de derechos humanos, según los parámetros normativos y descriptivos contenidos en los preceptos de la Carta Política y en las normas internacionales que regulan la materia, el juez de lo contencioso administrativo no debe estar limitado por su función principal, es decir, la de establecer y decretar el resarcimiento económico de un perjuicio (...) debe ir mucho más allá, con el fin de que el principio de reparación integral se vea claramente materializado”.<sup>19</sup>

De acuerdo con la sentencia del Consejo de Estado, estas facultades derivan de las normas constitucionales y de la ley y de las normas del derecho internacional de los derechos humanos que, como se dijo anteriormente, prevalecen y se integran con el ordenamiento jurídico nacional.

“De allí que, la labor del juez de lo contencioso administrativo, en tratándose de los procesos que se formulen para su conocimiento, con ocasión de la vulneración o trasgresión de derechos humanos, es la de un funcionario dinámico, con amplias facultades resarcitorias y de restablecimiento, suministradas éstas por el propio ordenamiento jurídico interno e internacional, encaminadas a que se obtenga una verdadera reparación integral del daño derivada de ese quebrantamiento”.<sup>20</sup>

---

19 Consejo de Estado. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Tercera. Sentencia del 20 de febrero de 2008. Radicación 76001-23-25-000-1996-04058-01(16996). Consejero Ponente: Enrique Gil Botero.

20 Consejo de Estado. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Tercera. Sentencia del 20 de febrero de 2008. Radicación 76001-23-25-000-1996-04058-01(16996). Consejero Ponente: Enrique Gil Botero.

Según el Consejo de Estado, este dinamismo judicial deriva del principio de reparación integral –al que se hace referencia más adelante– de las obligaciones constitucionales y legales que les competen a los jueces en casos de violaciones a derechos humanos y del reconocimiento del derecho internacional en el orden interno. Con ello se reconocen no sólo los estándares internacionales, sino también la importancia de la constitucionalización del derecho y el papel del juez en el Estado social de derecho.

Sin embargo, es preocupante que el Consejo de Estado fundamente el deber de ordenar una reparación integral, lo que corresponde a los jueces administrativos cuando conocen de casos de violaciones a los derechos humanos, en la salvaguardia de la jurisdicción nacional, para evitar que los casos sean conocidos por instancias internacionales. En la sentencia objeto de análisis, este organismo señala:

“Así las cosas, los jueces de lo contencioso administrativo y los tribunales constitucionales, a nivel interno, deben procurar el pleno y completo restablecimiento de los derechos humanos de los que tengan conocimiento, como quiera que esa es su labor, con el propósito, precisamente, de evitar que los tribunales de justicia internacional de derechos humanos, en el caso concreto de Colombia, la Corte Interamericana de Derechos Humanos, como tribunal supranacional, tenga que desplazar a la justicia interna en el cumplimiento de los citados propósitos”.<sup>21</sup>

Esta posición no se ajusta a la protección de los derechos humanos, dado que no es la defensa de la soberanía jurídica nacional la que justifica la adopción de medidas de reparación integral, sino la plena satisfacción de los derechos de las víctimas y sus familiares, ya sea en el ámbito nacional o en el internacional. En casos de violaciones a los derechos humanos, la perspectiva que justifica la reparación no puede ser la de la defensa del Estado y la competencia de los jueces en el orden interno, sino la de los derechos de las víctimas y sus familiares, que han sido violados y deben ser reparados.

Adicionalmente, no se debe perder de vista que acudir a las instancias internacionales de derechos humanos es también un derecho comprendido en el acceso a la justicia. Precisamente, la existencia de los tribunales internacionales descansa en la posibilidad que tienen las víctimas y sus familiares de buscar la protección y restitución de sus derechos cuando no lo han conseguido en el ámbito interno.

---

21 Consejo de Estado. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Tercera. Sentencia del 20 de febrero de 2008. Radicación 76001-23-25-000-1996-04058-01(16996). Consejero Ponente: Enrique Gil Botero.

## La reparación integral y la insuficiencia de las medidas de reparación ordenadas en la sentencia

En la sentencia objeto de análisis se ordenaron importantes medidas de reparación no pecuniarias como: a) la declaratoria pública de responsabilidad; b) el diseño y puesta en marcha de un sistema de promoción y respeto de los derechos de las personas detenidas, que incluya la capacitación de la población en el tema; y c) la publicación de la sentencia. Sin embargo, las medidas ordenadas no son suficientes para garantizar la reparación integral, como se muestra a continuación.

En primer lugar, el Consejo de Estado reconoce el alcance del principio de reparación integral con una definición que se ajusta al estándar internacional de la *restitutio in integrum* arriba mencionado. Se señala en la sentencia que

“la reparación integral en el ámbito de los derechos humanos supone, no sólo el resarcimiento de los daños y perjuicios que se derivan, naturalmente, de una violación a las garantías de la persona, reconocidas nacional e internacionalmente, sino que también implica la búsqueda del restablecimiento del *statu quo*, motivo por el cual se adoptan una serie de medidas simbólicas y conmemorativas, que propenden por la restitución del núcleo esencial del derecho o derechos infringidos, máxime si se tiene en cuenta que tales vulneraciones tienen origen en delitos o crímenes que son tipificados como de lesa humanidad”.<sup>22</sup>

Adicionalmente, la sentencia precisa que la declaración de medidas de reparación no significa un desconocimiento de principios procesales como el de la jurisdicción rogada o el de congruencia, o de garantías procesales como la *no reformatio in pejus*. Cuando se trata de violaciones a los derechos humanos, en relación con estos principios, según el Consejo de Estado “el ordenamiento jurídico interno debe ceder frente al internacional, en tanto este último impone la obligación a los Estados, a los diferentes órganos que lo integran –incluida la rama judicial del Poder Público– de adoptar todas las medidas tendientes a la protección y reparación de esas garantías del individuo”.<sup>23</sup>

Con esta sentencia se mejoran aspectos respecto de los cuales la jurisprudencia nacional está en mora de avanzar, más aun si se tiene en cuenta que el Estado colombiano es parte de los tratados del Sistema Interamericano de Derechos Humanos del Sistema Universal de Protección de Derechos Humana-

---

22 Consejo de Estado. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Tercera. Sentencia del 20 de febrero de 2008. Radicación 76001-23-25-000-1996-04058-01(16996). Consejero Ponente: Enrique Gil Botero.

23 Consejo de Estado. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Tercera. Sentencia del 20 de febrero de 2008. Radicación 76001-23-25-000-1996-04058-01(16996). Consejero Ponente: Enrique Gil Botero.

nos, así como del Estatuto de Roma, y que ha sido condenado en repetidas ocasiones por la Corte Interamericana de Derechos Humanos. Igualmente, si se considera que existen principios internacionales que orientan el tema de la reparación integral.<sup>24</sup>

La sentencia fue una oportunidad para decretar otras medidas que hacen parte de la reparación integral, porque de nada sirve exponer extensas motivaciones si la decisión recoge sólo algunos de los componentes, dejando de lado otros que contribuyen al reestablecimiento de los derechos de las víctimas y de sus familiares.

Dentro de las medidas ordenadas, sin embargo, no se hace referencia al deber de realizar una investigación seria e imparcial que le corresponde al Estado. Omitir órdenes relacionadas con la investigación seria implica la no satisfacción de los derechos a la verdad y a la justicia de las víctimas y sus familiares. A pesar de que en el relato de los hechos hay algunas alusiones a la investigación iniciada por la Fiscalía,<sup>25</sup> el Consejo de Estado en la parte motiva del fallo no se pregunta por ello, y en la parte resolutive no se declara ninguna medida encaminada a determinar quiénes fueron los responsables, así como los móviles de los hechos y las circunstancias en que ocurrieron.

En los casos de la masacre de Mapiripán y la masacre de Pueblo Bello contra Colombia, la Corte Interamericana de Derechos Humanos ordenó que para la investigación seria se debía activar y completar la investigación; establecer mecanismos que permitieran remover todos los obstáculos *de facto* y *de jure* que mantuvieran la impunidad; utilizar todos los medios disponibles para hacer expedita la investigación y el proceso judicial y otorgar las garantías de seguridad adecuadas a las víctimas, investigadores, testigos, defensores de derechos humanos, empleados judiciales, fiscales y otros operadores de justicia.<sup>26</sup> Ninguno de estos estándares fue tenido en cuenta en la sentencia objeto de análisis.

Aunque a lo largo de la sentencia se hace referencia a la reparación integral, no se declararon medidas de rehabilitación, como la atención médica,

---

24 Tales como los *Principios y directrices básicos sobre el derecho a las víctimas de violaciones de las normas internacionales de derechos humanos y del derecho internacional humanitario a interponer recursos y obtener reparaciones* (Doc. E/CN.4/2005/59) y el *Conjunto de principios actualizado para la protección y la promoción de los derechos humanos mediante la lucha contra la impunidad* (Doc. ONU E/CN.4/2005/102/Add.1.) de la Organización de Naciones Unidas.

25 De acuerdo con los hechos relatados en la sentencia, las diligencias de la Inspección de Policía fueron remitidas al Fiscal Primero de la Unidad Seccional Antisecuestro.

26 Corte Interamericana de Derechos Humanos. Caso de la masacre de Mapiripán contra Colombia. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 15 de septiembre de 2005. Serie C No. 134. Párr. 298 y ss; Caso de la masacre de Pueblo Bello contra Colombia. Sentencia de 31 de enero de 2006. Párr. 267 y ss.

psicológica, psiquiátrica o de servicios sociales. Por ejemplo, no se reconoce el tratamiento psicológico para los familiares de las víctimas, y a pesar de que en la sentencia se encuentra probado el sufrimiento de los familiares, éste únicamente se tiene en cuenta para la declaratoria de los perjuicios morales.

No podría objetarse que un reconocimiento de medidas no pecuniarias para los familiares de las víctimas excede las facultades del juez y el alcance de esas medidas, dado que en el derecho internacional de los derechos humanos, que conforme con lo señalado por el Consejo de Estado prevalece sobre la legislación interna, se reconoce como víctimas a los familiares. La Corte Interamericana de Derechos Humanos en algunos casos así lo ha reconocido<sup>27</sup> y ha ordenado entre las formas de reparación el tratamiento médico y psicológico para ellos.<sup>28</sup>

Así mismo, las medidas de no repetición tampoco son suficientes. El Consejo de Estado, siguiendo los lineamientos de la Comisión Nacional de Reparación, señala que las medidas de no repetición comprenden, entre otras, la disolución de los grupos al margen de la ley, lo cual es clave en un contexto de conflicto armado como el colombiano. Sin embargo, esta idea no puede llevar a un entendimiento según el cual es necesario que se presente un caso en el que estén involucrados este tipo de actores para ordenar este tipo de medidas. Por el contrario, pueden ser declaradas medidas de no repetición en cada caso concreto que implique una violación de derechos humanos. En este caso, por ejemplo, se debió ordenar la capacitación de los funcionarios públicos que se encargan de vigilar a personas detenidas en temas relacionados con los derechos humanos, el tratamiento de las personas detenidas, el manejo y uso de la fuerza, tal como lo ha ordenado la Corte Interamericana de Derechos Humanos.<sup>29</sup>

Por consiguiente, eran necesarias otras formas de reparación, como la investigación seria, la rehabilitación y la aplicación de medidas de no repetición. La decisión, a pesar de declarar medidas importantes, no refleja el extenso análisis de la reparación integral de la parte motiva de la sentencia.

---

27 Corte Interamericana de Derechos Humanos. Caso Goiburú y otros contra Paraguay. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 22 de septiembre de 2006. Serie C No. 153. Párr. 96.

28 Corte Interamericana de Derechos Humanos. Caso Gutiérrez Soler contra Colombia. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 12 de septiembre de 2005. Serie C No. 132. Párr. 102 y ss.

29 Corte Interamericana de Derechos Humanos. Caso Tibi contra Ecuador. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 7 de septiembre de 2004. Serie C No. 114. Párr. 263 y ss; Caso Montero Aranguren y otros (Retén de Catia) contra Venezuela. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 5 de julio de 2006. Serie C No. 150. Párr. 149.

Finalmente, el Consejo de Estado sostiene lo siguiente:

“En estos eventos, el reconocimiento de una indemnización económica con miras al cubrimiento de un determinado perjuicio o detrimento, en modo alguno puede catalogarse como suficiente, toda vez que la persona o conglomerado social ven afectado un derecho que, en la mayoría de los casos, es de aquellos que pertenecen a la **primera generación de derechos humanos** y, por lo tanto, por regla general, se ven cercenadas garantías de naturaleza fundamental, sin las cuales la existencia del ser humano no es plena”.<sup>30</sup> (Negritas no originales).

Es preocupante que el Consejo mantenga una perspectiva según la cual existen categorías de derechos por generaciones, pues esta visión implica el desconocimiento del carácter integral, interdependiente e indivisible de los derechos.<sup>31</sup> Además de ser un enfoque anacrónico, porque ya ha sido superado desde la perspectiva de los derechos humanos, puede llevar a una insatisfacción de los derechos de las víctimas y sus familiares. La reparación no puede basarse en este criterio dado que las violaciones a los derechos humanos no hacen distinción entre derechos civiles, económicos, sociales, políticos y culturales. Por lo demás, como se señaló anteriormente, las reparaciones son una manera de vincular derechos respecto de los cuales no se declaran violaciones, pero que merecen ser resarcidos por la gravedad de los hechos, como por ejemplo el derecho a la salud cuando se ordena el tratamiento médico y psicológico para los familiares de las víctimas.

### **A manera de conclusión**

La importancia de esta sentencia reside en el reconocimiento de medidas de reparación que van más allá de lo económico y que contribuyen a la realización de los derechos de las víctimas, con base en las obligaciones del Estado reconocidas en normas internacionales de derechos humanos. Para declarar las medidas de reparación no pecuniarias, el Consejo de Estado establece un diálogo con la jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos y también de la Corte Constitucional, lo que le permite adoptar y aplicar estándares garantistas en relación con la obligatoriedad de las normas internacionales de derechos humanos y las obligaciones del Estado en esta materia.

Las órdenes que involucran medidas de reparación no pecuniarias no pueden seguir respondiendo a la defensa de la soberanía jurídica nacional y

30 Consejo de Estado. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Tercera. Sentencia del 20 de febrero de 2008. Supra nota 2.

31 Conferencia Mundial de Derechos Humanos. Declaración y Programa de Acción de Viena. Doc. A/CONF.157/23. 12 de julio de 1993. Artículo 5.



de las facultades de los jueces en el orden interno. Por el contrario, deben basarse en la satisfacción de los derechos de las víctimas y sus familiares, lo que conduce al cumplimiento de las obligaciones del Estado.

Por otra parte, existen vacíos acerca de la comprensión de las obligaciones del Estado, en especial sobre el deber de prevención, y ello se ve reflejado en las medidas de reparación ordenadas. Es necesario que se ordenen medidas de no repetición que contribuyan a la prevención de futuras violaciones, como la capacitación de los funcionarios públicos. Se debe reconocer judicialmente como víctimas a los familiares y ordenar acciones que incluyan la reparación integral para ellos. Como medida de satisfacción hay que insistir en la investigación seria, que permita la determinación, captura y juzgamiento de los responsables, además del conocimiento de la verdad sobre los hechos ocurridos. Este es el inicio tardío del camino, y aún falta mucho por recorrer.

### **Documentos de referencia**

Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Derechos Humanos. Manual para la investigación y documentación eficaces de la tortura y otros tratos crueles, inhumanos o degradantes. “Protocolo de Estambul”. Nueva York y Ginebra, 2001.

Conferencia Mundial de Derechos Humanos. Declaración y Programa de Acción de Viena. Doc. A/CONF.157/23. 12 de julio de 1993.

Consejo de Estado. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Tercera.

- Sentencia del 20 de febrero de 2008. Radicación 76001-23-25-000-1996-04058-01(16996). Consejero Ponente: Enrique Gil Botero
- Sentencia de 19 de octubre de 2007. exp. 29273. Magistrado Ponente: Enrique Gil Botero.

Corte Constitucional. Sentencia T-1190 de 2003, Magistrado Ponente: Eduardo Montealegre Lynett.

Corte Interamericana de Derechos Humanos

- Caso Velásquez Rodríguez contra Honduras. Sentencia de 29 de julio de 1988. Serie C No. 4.
- Caso de los Hermanos Gómez Paquiyauri contra Perú. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 8 de julio de 2004. Serie C No. 110.
- Caso Tibi contra Ecuador. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 7 de septiembre de 2004. Serie C No. 114.
- Caso De la Cruz Flores contra Perú. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 18 de noviembre de 2004. Serie C No. 115.
- Caso Gutiérrez Soler contra Colombia. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 12 de septiembre de 2005. Serie C No. 132.
- Caso de la masacre de Mapiripán contra Colombia. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 15 de septiembre de 2005. Serie C No. 134.

- Caso Gómez Palomino contra Perú. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 22 de noviembre de 2005. Serie C No. 136.
- Caso García Asto y Ramírez Rojas contra Perú. Excepción Preliminar, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 25 de noviembre de 2005. Serie C No. 137.
- Caso de la masacre de Pueblo Bello. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 31 de enero de 2006. Serie C No. 140.
- Caso comunidad indígena Sawhoyamaxa contra Paraguay. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 29 de marzo de 2006. Serie C No. 146.
- Caso de las masacres de Ituango contra Colombia. Excepción Preliminar, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 1º de julio de 2006. Serie C No. 148.
- Caso Montero Aranguren y otros (Retén de Catia) contra Venezuela. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 5 de julio de 2006. Serie C No. 150.
- Caso Goiburú y otros contra Paraguay. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 22 de septiembre de 2006. Serie C No. 153.
- Caso Vargas Areco contra Paraguay. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 26 de septiembre de 2006. Serie C No. 155.
- Caso del Penal Miguel Castro Castro, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 25 de noviembre de 2006. Serie C No. 160.

#### Organización de Naciones Unidas

- *Principios y directrices básicos sobre el derecho a las víctimas de violaciones de las normas internacionales de derechos humanos y del derecho internacional humanitario a interponer recursos y obtener reparaciones.* Doc. E/CN.4/2005/59.
- *Conjunto de principios actualizado para la protección y la promoción de los derechos humanos mediante la lucha contra la impunidad.* Doc. ONU E/CN.4/2005/102/Add.1.

Anexo I

*Sentencia del Consejo de Estado*  
*Sala de lo Contencioso Administrativo*  
*Sección Tercera*

Consejero ponente:

**Enrique Gil Botero**

Bogotá, D. C, veinte de febrero de dos mil ocho

Actor: María Delfa Castañeda y otros

Demandado: Nación - Ministerio de Defensa, Policía Nacional y Otro

Referencia: ACCIÓN DE REPARACIÓN DIRECTA

Decide la Sala el recurso de apelación interpuesto por la parte demandada contra la sentencia del nueve de abril de 1999, proferida por el Tribunal Administrativo del Valle del Cauca, en la que se resolvió lo siguiente:

“PRIMERO: DECLARAR administrativamente responsable a la NACIÓN-MINISTERIO DE DEFENSA-POLICÍA NACIONAL, de la desaparición y muerte posterior de los hermanos OMAR y HENRY CARMONA CASTAÑEDA, ocurrida en inmediaciones de los municipios de Tuluá y Bolívar, en hechos ocurridos el 27 y 31 de enero de 1995, cuando se encontraban bajo custodia policiva.

“SEGUNDO: CONDENAR a la NACIÓN-MINISTERIO DE DEFENSA-POLICÍA NACIONAL, a pagar a título de PERJUICIOS MORALES SUBJETIVOS los siguientes valores a saber:

“En cuantía equivalente en moneda nacional a dos mil gramos oro para cada uno de los padres de los occisos señores OMAR CARMONA y MARÍA DELFA CASTAÑEDA DE CARMONA.

“En cuantía equivalente en moneda nacional a mil gramos de oro para cada una de las siguientes personas: Martha Cecilia Martínez Castro, compañera permanente de Omar Carmona Castañeda; Omar Andrés Carmona Martínez e Iván Fernando Carmona Martínez, como hijos reconocidos del occiso Omar Carmona Castañeda; Carolina y Lesly Jhovana Carmona Saavedra, y Lik Johanna Carmona Silvestre, como hijas extramatrimoniales reconocidas de Omar Carmona Castañeda.

“En cuantía equivalente a mil gramos de oro para cada una de las siguientes personas:

“GLADYS, RAMIRO, AMPARO Y NANCY CARMONA CASTAÑEDA, en su condición de hermanos de los occisos OMAR y HENRY CARMONA CASTAÑEDA.

“Estos valores se cancelarán de acuerdo con el precio de dicho metal que a la fecha de ejecutoria de esta sentencia certifique el Banco de la República.

“TERCERO: CONDENAR A LA NACIÓN-MINISTERIO DE DEFENSA-POLICÍA NACIONAL, a pagar a título de PERJUICIOS MATERIALES los siguientes valores.

“a) Para OMAR ANDRÉS CARMONA MARTÍNEZ, en su condición de hijo reconocido del occiso OMAR CARMONA CASTAÑEDA, la suma de tres millones cuatrocientos veintidós mil novecientos dos pesos con 15/100 m/cte (\$3.422.902,15) como indemnización consolidada y un millón novecientos treinta mil novecientos cuarenta y siete pesos con 85/100 m/cte (\$1.930.947,85) como indemnización futura para un total de cinco millones trescientos cincuenta y tres mil ochocientos cincuenta pesos m/cte (\$5.353.850.00).

“b) Para IVÁN FERNANDO CARMONA MARTÍNEZ, en su condición de hijo reconocido del occiso OMAR CARMONA CASTAÑEDA, la suma de tres millones cuatrocientos veintidós mil novecientos dos pesos con 15/100 m/cte como indemnización consolidada; y dos millones seiscientos cincuenta y dos mil cuatrocientos ochenta y nueve pesos con 20/100 m/cte (\$2.652.489,20) como indemnización futura, para un total de seis millones setenta y cinco mil trescientos noventa y un pesos con 35/100 m/cte (\$6.075.391,35).

“c) Para MARTHA CECILIA MARTÍNEZ CASTRO, en su condición de compañera permanente de Omar Carmona Castañeda, la suma de tres millones cuatrocientos veintidós mil novecientos dos pesos con 15/100 m/cte (\$3.422.902,15) como indemnización consolidada; y dos millones seiscientos cincuenta y dos mil cuatrocientos ochenta y nueve pesos con 20/100 m/cte (\$2.652.489,20) como indemnización futura, para un total de seis millones setenta y cinco mil trescientos noventa y un pesos con 35/100 m/cte (\$6.075.391.35)” (folios 180 y 181, cuaderno 1).

### **Antecedentes**

1. Mediante demanda presentada el 29 de octubre de 1996, Omar Cardona y María Delfa Castañeda de Carmona, actuando en nombre propio y en representación de la menor Gladis Carmona Castañeda; Ramiro, Amparo y Nancy Carmona Castañeda; Martha Cecilia Martínez Castro, obrando en nombre propio y en representación de sus hijos Andrés e Iván Carmona Martínez; Ana Emilsen Saavedra, quien representa a sus hijas Carolina y Lesly Jhovana Carmona Saavedra; y Nubia Silvestre Mesa, quien representa a su hija Lik Johanna Carmona Silvestre solicitaron que se declarara patrimonialmente responsable a la Nación-Ministerio de Defensa-Policía Nacional, y al municipio de Tuluá, por la muerte de sus hijos, hermanos, esposos, compañero permanente e hijos de Omar, Henry, Herney y Rodrigo Carmona Castañeda, cuyos cadáveres fueron encontrados en la población citada y el municipio de Bolívar, Valle, entre el 27 y 31 de enero de 1995.

Como consecuencia de la anterior declaración pidieron que se condenara a la demandada a pagar, por daño moral, la suma equivalente en pesos a 4.000 gramos

de oro, a cada uno de los padres, 2.000 a cada uno de los hermanos y 1.000 a la compañera permanente y cada uno de los hijos de Omar Carmona Castaño. Por concepto de prejuicios materiales, en la de modalidad de lucro cesante, la suma de \$60.000.000.00, para la compañera permanente e hijos del mismo.

En respaldo de sus pretensiones, los demandantes narraron que el 27 de enero de 1995, en Tuluá fueron retenidos Henry y Omar Carmona y un amigo suyo, Horacio Londoño Zapata, por miembros de la policía y fueron llevados a la permanencia central, sindicados de “desorden público”. A las siete de la mañana, Rodrigo y Herney, hermanos de los dos primeros, y otro amigo, Héctor Hurtado, fueron a preguntar por ellos. En el sitio fueron golpeados por sujetos vestidos de civil y a “cachazos” de revólver fueron obligados a subir a un campero Trooper, carpado, de color rojo, que partió con rumbo desconocido. A las cuatro de la tarde, los retenidos fueron remitidos a la Inspección Tercera de Policía. Estando en el sitio entraron los tripulantes del campero citado y se los llevaron a la fuerza. Lo hicieron en presencia del inspector, su secretario y “seguramente de los policías que los habían trasladado” (folio 35, cuaderno 1). El primero de los funcionarios dio respuestas evasivas y confusas al padre de aquellos, cuando éste lo cuestionó por no haber reportado oportunamente el hecho.

El 31 de enero siguiente fueron encontrados los cadáveres de Henry y Herney, cerca del puente General Santander de la población, y los de Omar y Rodrigo en jurisdicción del municipio de Bolívar. Los cuatro fueron decapitados y les amputaron las manos a la altura de las muñecas. El vehículo en el que fueron desaparecidos tenía placas BEI-260 y pertenecía a la Sijín de la policía de Tuluá.

Con su actitud, los funcionarios implicados son responsables por su complicidad, autoría o, por lo menos, omisión en la comisión de los hechos, pues no protegieron la vida y seguridad de los privados de la libertad.

2. La demanda fue admitida el ocho de noviembre de 1996 y notificada en debida forma.

El Ministerio de Defensa señaló que se atenía a lo que se probara en el proceso. Sin embargo, de los hechos de la demanda se deducía que el daño provino exclusivamente de un tercero no identificado, pues no tenía sustento alguno la afirmación según la cual los secuestradores y el automotor, en el que fueron llevados las víctimas, perteneciera a ese organismo.

El municipio de Tuluá señaló que el hecho sólo era imputable a la policía, toda vez que los inspectores no cumplían ninguna obligación de seguridad con los detenidos ni estaban encargados de su protección, así mismo, fueron miembros de la policía quienes cometieron el hecho. Explicaron que las per-

sonas que acudían a ellos a rendir indagatoria, suscribían un compromiso y recibida la declaración o firmada el acta respectiva quedaban en libertad. Sobre el caso, indicó que el inspector tercero de policía del municipio, sucedido el hecho, dio aviso inmediato a su superior en la Secretaría de Gobierno, la que hizo lo mismo con respecto al distrito de policía de la población. Anotaron que Rodrigo y Herney Carmona, así como Héctor Hurtado en ningún momento fueron detenidos por la policía y su desaparición y muerte no tuvo ninguna relación con los funcionarios del municipio.

3. Terminada la etapa probatoria, iniciada mediante auto de 12 de diciembre de 1997, y fracasada la conciliación, se corrió traslado para alegar.

El apoderado de la parte actora reiteró que la vigilancia y seguridad de los hermanos Carmona y sus dos amigos estaba a cargo de la policía, toda vez que se encontraban en poder de las autoridades en calidad de retenidos. Por lo tanto, su desaparición y muerte se debió a la inadecuada protección brindada por la demandada, como era su deber constitucional y legal. La misma situación podía predicarse respecto del municipio del Tuluá, a través del inspector implicado en el hecho.

El apoderado del Ministerio de Defensa insistió en que el hecho fue cometido por delinquentes comunes, que vestían de civil y se desplazaban en un vehículo particular. Ningún miembro de la policía participó en el rapto y posterior muerte de los ciudadanos. La policía cumplió con el deber de poner los detenidos a disposición de la inspección tercera municipal que los requirió. El suboficial encargado de ponerlos a disposición del funcionario le preguntó si lo requería y éste respondió que no, razón por la cual se retiró del sitio, por lo que cumplió con el deber asignado.

El apoderado del municipio de Tuluá nuevamente señaló que la obligación del inspector era la de interrogar a los detenidos y que la protección estaba a cargo de la policía; exigir otra cosa implicaba poner en peligro la vida de los funcionarios, quienes no estaban en capacidad de evitar un secuestro a mano armada.

El representante del Ministerio Público solicitó la prosperidad parcial de las pretensiones de la demanda, toda vez que se encontraba probado que los hermanos Omar y Henry Carmona se encontraban bajo la protección de la policía cuando se los llevaron de manera violenta y fueron posteriormente asesinados, lo que configuraba una omisión por parte de las demandadas.

### **Sentencia de primera instancia**

El tribunal, en la sentencia mencionada, condenó a la Nación por la desaparición y muerte de Omar y Henry Carmona Castañeda en los términos transcritos al inicio de esta providencia. Se hallaba acreditado que los dos

retenidos estaban bajo la custodia de la policía, y quedarían en libertad sólo una vez declararan ante la inspección tercera de policía de Tuluá, lo que implicaba la presencia obligatoria de ésta para proteger la vida de aquéllos, lo que no hicieron, pues al despacho oficial penetraron individuos que se identificaron como miembros de ese cuerpo armado y se los llevaron de forma arbitraria y violenta. Por lo tanto, era clara la omisión en el deber de protección de los detenidos. Respecto de los otros dos hermanos, Rodrigo y Herney Carmona Castañeda, no se demostró que estuvieran bajo tutela de la policía, por lo que negó las pretensiones de la demanda en relación con éstos. El municipio de Tuluá fue absuelto, toda vez que la responsabilidad era exclusiva de la policía.

### **Recurso de apelación**

1. El Ministerio de Defensa interpuso recurso de apelación contra la anterior providencia. En la sustentación del mismo perseveró en el argumento según el cual se trataba del hecho exclusivo de un tercero. Las víctimas fueron secuestradas por personas vestidas de civil, que en ningún momento se identificaron como miembros de la Policía Nacional, y que ingresaron a la inspección, local que no pertenecía a la institución sino al municipio demandado. El único deber de los agentes de la policía era llevar a los retenidos al sitio, dejarlos con el inspector y preguntarle si permanecían custodiándolos; éste contestó negativamente, pues rendida la indagatoria los mismos quedarían en libertad. La policía cumplió las órdenes de la autoridad judicial, que en el presente caso correspondía al inspector, el cual hacía sus veces. Por las razones anotadas no se configuraba la omisión imputada a la demandada. Además, el tribunal no tuvo en cuenta los autos inhibitorios, de la justicia penal militar y del disciplinario interno, por los hechos objeto del proceso.

2. El recurso fue concedido el 14 de julio de 1999 y admitido el cinco de octubre siguiente. En el traslado para alegar, las partes y el Ministerio Público guardaron silencio.

### **Consideraciones**

Corresponde a la Sala decidir el recurso de apelación interpuesto por la Nación-Ministerio de Defensa-Policía Nacional, en el proceso de la referencia, contra la sentencia del nueve de abril de 1999, proferida por el Tribunal Administrativo del Valle del Cauca, para lo cual se analizará el daño antijurídico y la posibilidad de imputarlo a los demandados en el caso concreto. Sobre el hecho que se le atribuye en el proceso, obran las siguientes pruebas:

1. El 31 de enero de 1995, en los municipios de Tuluá y Bolívar, Valle del Cauca, fueron encontrados los cadáveres, decapitados y con las manos ampu-

tadas, de los hermanos Omar, Rodrigo, Henry y Herney Carmona Castañeda. Así lo acreditan los registros civiles de defunción de la registraduría especial de Tuluá y de la notaría única de Bolívar, como también los protocolos de necropsia de las unidades de Tuluá y Roldadillo, del Instituto de Medicina Legal (folios 25 a 28, cuaderno 1, 53 a 62, cuaderno 2).

2. El 27 de enero de 1995, en Tuluá, fueron detenidos Omar y Henry Castañeda Carmona y Horacio Londoño Zapata, por miembros de la Policía Nacional. La razón de tal situación fue la denuncia presentada por el propietario del establecimiento “Fama la Hogareña” ante esa autoridad. En el momento de la captura, el primero se encontraba levemente herido en el brazo derecho; se les decomisaron dos motocicletas, no estaban armados y fueron identificados y puestos a disposición del Inspector Permanente Central de turno. La información se encuentra en el acta que los puso a disposición, remitida por el comandante de la sección de vigilancia de la estación de policía de Tuluá. En las tres actas, sobre derechos del capturado, la razón de la detención fue “riña y escándalo, perturbación del orden público” (folios 12 a 14, cuaderno 2).

3. De otra parte, al tener conocimiento de la detención de aquéllos, Herney y Rodrigo Carmona Castaño y un amigo, fueron a la Estación de Policía a preguntar por ellos y allí fueron raptados. Así lo señaló María Angélica Atehortúa Aguirre:

“Yo vivía en Tuluá por la calle 15 N° 15-22 y todos los días por la mañana, me voy con la ventica porque vendo cigarrillos, ropa y entonces me encontré con una compañera, con Claudia Patricia, y nos fuimos y ella me dijo que la pretendían, que Omar le mandaba saludes y ella estaba recién llegada a vivir en ese sector por donde nosotros vivíamos. Entonces *ese día en la mañana nos dimos cuenta de que habían cogido a los muchachos, a dos amigos y dos hermanos*; los cogieron que porque estaban haciendo revoltijo y dijo ella: ¿por qué no vamos y les decimos a los papás? fuimos y les dijimos a ellos para que fueran allá a la Permanencia. *Dos hermanos y un amigo que fueron con nosotros a la inspección, ellos se arrimaron a la inspección y nosotros nos quedamos al frente; arrimaron a preguntar por los muchachos, no supimos qué les dijeron allá. Había unos agentes de policía y nosotros estábamos al frente poniendo cuidado cuando llegó un carro y unos hombres vestidos de civil y los golpearon con un arma y los sacaron a empellones y se los llevaron, entonces la una a la otra nos preguntamos que sería que se los llevaron, y miramos el carro y era un carrito rojo carpadito, como en el carro en el que funcionaban los de la Sijín, nosotros miramos la placa y le dije a la compañera que fuéramos a la casa, entonces nos dijeron que a los muchachos se los iban a llevar a la Inspección Tercera. Nosotras al fin nos pusimos a vender y luego nos fuimos a la casa y me dijo la compañera vamos a la Inspección Tercera a averiguar por los muchachos a ver si los habían*



llevado allá o qué habían hecho con ellos, cuando llegó el mismo carro rojo y se los llevaron, no supimos ni para dónde, no nos atrevimos a preguntar nada. Cuando a la semana los encontraron muertos y decapitados” (folios 3 a 5, cuaderno 2) (destaca la Sala).

Claudia Patricia Sánchez Hoyos, nombrada por la anterior, confirmó lo sucedido:

“Más o menos para el año de 1994 yo vivía en Palmira y me fui a vivir en Tuluá, me fui a trabajar ventas, yo llegué a vivir al barrio Rubén Cruz Vélez, entonces así fue que conocí a Omar Carmona; pasaba por casa de él, él me molestaba, pero yo nunca le hice caso, y *entonces cuando al tiempo la amiga mía me comentó que había oído que lo tenían detenido, ella me convidó a la casa del muchacho a averiguar si era verdad que estaba detenido; nos salió el papá, don Omar, llamaba igual que el muchacho, al momento salió otro hermano que se llamada Rodrigo, y él me dijo que iba a ir a averiguar, iba él con otro hermano y con otro muchacho que no sé cómo se llamaba. Entonces le dije a mi amiga que si los acompañábamos, nosotros nos fuimos para donde ellos los tenían en la Permanente a averiguar por ellos, mi amiga y yo nos quedamos en la acera del frente y ellos ahí o afuerita, no sé qué hablarían ellos. Vimos cuando llegó un carro rojo, era un Trooper de matrícula BEI -260, entonces nosotros vimos que los que venían en ese jeep que estaban vestidos de civil, golpearon a los muchachos que iban con nosotras y los subieron al Trooper y se los llevaron. Yo me asusté y le dije a mi amiga que nos fuéramos, qué hacíamos ahí. Nosotras nos fuimos y fuimos a la casa a avisarle al papá, que se habían llevado a estos muchachos. Como el 28 (sic) de enero fuimos a la inspección como tipo tres de la tarde a averiguar por los muchachos, entonces nosotros estábamos afuera cuando llegó una patrulla de la policía, cuando llegaron y los bajaron ahí a Omar el que me molestaba, Henry y el amigo, y el carro se fue o sea la patrulla; como tipo cuatro de la tarde llegó otra vez el mismo carro Trooper rojo donde iban los hombres de civil y que se habían llevado ese día a los que iban conmigo, los subieron a ellos ahí en ese carro. Nosotras nos fuimos... *Sí había agentes de la policía uniformados y ellos no hicieron nada para impedir que los hombres que andaban de civil y se transportaban en el carro rojo golpearan y se los llevaran. Ellos, los agentes de policía uniformados, se quedaron tranquilos, por eso la gente hablaba y rumoraba que eso eran cosas de la policía*” (folio 6 a 8, cuaderno 3) (destaca la Sala).*

4. En la tarde, los detenidos Omar y Henry Carmona y un amigo fueron remitidos al inspector tercero de policía de Tuluá, quien así se lo solicitó al comandante del tercer distrito de policía. En la comunicación, aquél manifestó que los detenidos fueran remitidos “con las debidas seguridades del caso, con el fin de escucharlos en diligencia de indagatoria, en las horas de la tarde del día de hoy” (folio 17, cuaderno 2) (folios 11 a 18, cuaderno 2).

5. El cabo segundo de la Policía Nacional, Rosember Jurado Areiza, encargado de transportar a los detenidos a la inspección, en declaración jurada ante el juzgado 87 de instrucción penal militar del departamento de policía Valle, manifestó:

“Cuando llamaron (sic) de la Central para que hiciéramos presentación en la Permanente Central, ya que debíamos de llevar tres personas a la Inspección Tercera para que les tomaran una versión, la consigna era solamente llevarlos allá. Cuando los llevamos a la Inspección Tercera de Policía, *el señor inspector nos dijo que los dejáramos, entonces yo le dije aque (sic) me diera una constancia, entonces el señor inspector nos dio una constancia, posteriormente de allí nos trasladamos a la Escuela de Policía Simón Bolívar...* Yo llegué a la permanente tipo cuatro y diez de la mañana... se corrige de la tarde más o menos y esperamos que ellos firmaran en el libro los metimos en la panel y los llevamos a la Inspección Tercera por el flujo de vehículos, nosotros nos esperamos, porque yo le pregunté al inspector, que si esperavamos (sic) o nos íbamos, *entonces él nos contestó que solamente les iba a tomar una versión y que podíamos ir, allí fue cuando le pedí una constancia...* Nosotros llegamos, no se veía ningún vehículo, peronas (sic), pues la única persona que yo vi dentro de la inspección es a unas personas que les estaban entregando un papel... durante el trayecto no fuimos interceptados por nadie ni hablamos con nadie, de la permanente a la Inspección Tercera hay aproximadamente diez cuadras... Hasta la fecha [27 de enero de 1995] no tengo conocimiento qué suerte hayan tenido los retenidos que dejé en la Inspección Tercera de Policía, solamente sé que se los llevaron porque nos enteramos por la sala de radio y también nos dieron la orden que pasáramos por la Inspección Tercera y habláramos con el inspector para ver qué había pasado, pero cuando pasamos por allí, ya la Inspección se encontraba cerrada, entonces esto lo informamos a la central de radio” (folio 123, cuaderno 1) (destaca la Sala).

En efecto, obra en el expediente la siguiente constancia, fechada el 27 de enero de 1995, suscrita por el inspector Mario de Jesús Grajales, titular de la Inspección Tercera Municipal de Tuluá:

“Se deja constancia que en el día de hoy se recibieron en este Despacho los retenidos HENRY CARMONA CASTAÑEDA, OMAR CARDONA CASTAÑEDA y HORACIO LONDOÑO ZAPATA, los que provienen de la Permanencia Central, por la Contravención Especial de Policía de Lesiones Personales y otros” (folio 18, cuaderno 2) (original en mayúscula).

6. En el momento de la recepción de las diligencias de indagatoria a Henry Cardona Castañeda y a Horacio Londoño Zapata, según las actas parciales que obran a folios 19 y 20 de cuaderno 2, entraron unos hombres armados al sitio y se los llevaron. El citado Mario de Jesús Grajales lo relató de la siguiente forma:

“... cuando nosotros los inspectores manejábamos la Ley 23 de 1991, conocíamos de infinidad de contravenciones y nos tocaba iniciar los procesos y llevarlos a la culminación. Fue así como en el año 94 (sic), no recuerdo la fecha exacta, nos llegó un caso de lesiones personales y riña callejera, donde había varios retenidos; la idea era que una vez la persona era colocada a nuestra disposición se le tomara la diligencia de indagatoria y de una vez se dejaba en libertad, si en ese instante no había méritos para dejarlo detenido. Entonces en esa fecha se trasladó desde la Permanencia hasta el despacho mío a las personas dejadas a nuestra disposición; estábamos en la diligencia cuando de un momento a otro llegaron varias personas portando armas de fuego en la mano y sin mediar palabra procedieron a esposar a quienes rendían diligencia, unos señores de apellidos Carmona, eran tres, los esposaron y se los llevaron... pues debido al susto, al temor que en ese momento me dio, me quedé pasmado, luego procedí a dar aviso de manera personal a mi jefe, doctor Victoria, quien era Secretario de Gobierno en ese momento pues tuve que hacerlo de esa manera ya que allí no existe línea telefónica; como no lo encontré a él, hablé con su asistente, quien al parecer le dio aviso, luego de esto me dirigí al comando de Policía donde rendí una declaración sobre lo sucedido, más o menos eso fue lo que ocurrió. PREGUNTADO POR EL JUZGADO: Aclárenos lo manifestado por usted: “... la idea era que una vez la persona era colocada a nuestra disposición le tomara la diligencia de indagatoria y de una vez se dejaba en libertad...” CONTESTÓ: *La Ley 23 así lo establecía y las personas relacionadas en esa (sic) informe las iba a dejar en libertad luego de la diligencia, puesto que la contravención por la cual habían sido retenidas así lo permitía, la tendencia general era que en las Inspecciones se indagaba a los retenidos por contravenciones y se les dejaba en libertad.* PREGUNTADO: Díganos cuántas personas ingresaron a su Despacho y procedieron a esposar a los retenidos. CONTESTÓ: Hasta el sitio donde está ubicada la oficina del Inspector entraron dos personas, no vi a nadie más... Las dos persona que yo vi iban de civil, me acuerdo que tenían cachuchas, a uno de ellos le vi una pistola grande niquelada que la portaba en la mano de manera amenazante, el otro señor portaba revólver igualmente en la mano y en tono amenazante, a la vez que también les vi esposas niqueladas con las que procedieron a sujetar a los retenidos. No se pudo exigir ningún documento puesto que eso fue en segundos, en instantes y por la manera tan sorpresiva en que llegaron, el susto mío fue tremendo, pues, quedé como en las nubes. A mi persona no me manifestaron que fueran o no autoridad, lo que sí fue que un tipo de esos se dirigió hasta mí, sin decirme nada; esposaron a los retenidos y se fueron. PREGUNTADO: *Díganos si ustedes tenían en ese momento vigilancia por parte de la policía.* CONTESTÓ: *No, no teníamos vigilancia de la policía, ni en ese momento, ni en ningún otro caso, ellos dejaban los retenidos y se iban, eso sucedió ese día, llevaban los retenidos en la patrulla y luego se fueron.* PREGUNTADO: *Díganos si ustedes solicitaron, especialmente usted como Inspector, protección.* CONTESTÓ: *Sí, desde antes se solicitó a la Alcaldía que en las inspecciones se necesitaba cuerpo*

*armado para la seguridad de los Despachos, y posteriormente con mayor razón, al parecer y según la respuesta que nos daban en la policía, decían que no había personal disponible para esos menesteres... En ninguna inspección existe seguridad o servicio de policía y servicio telefónico... en este momento existe en la permanencia, en la Inspección Tercera, antes de los hechos no había teléfono en ninguna de las inspecciones. PREGUNTADO: ¿Ustedes los inspectores tienen arma de dotación oficial? CONTESTÓ: No, y así tuviera arma en un caso como el sucedido, no serviría para nada” (folio 19 y 20, cuaderno 1) (destaca la Sala).*

Rafael Ángel Guevara, funcionario de la misma inspección, también presencié el hecho:

“Pues en enero de hace tres años creo, cuando cumplía mis funciones de secretario en la Inspección Tercera de Policía Municipal se presentó un hecho que consistió en que estando practicando unas diligencias de descargos a tres hermanos de apellido Carmona, no recuerdo el nombre de ellos, en las horas de la tarde, llegaron unas personas hasta las instalaciones de la Inspección manifestando que eran de la Sijín de Buga y que se llevaban a estos tres señores para reseñas o para investigación, no recuerdo bien las palabras. Los pararon, los esposaron y los sacaron de la inspección, afuera había un vehículo o dos vehículos, no sé precisar porque no tengo visión a la calle, ese fue el hecho. Ya después el inspector Mario Grajales me ordenó que nos viniéramos de inmediato a informar de esta situación al señor Secretario de Gobierno; se comunicó con el comando de policía a donde nos trasladamos a rendir versión, más o menos en resumen lo que pasó. PREGUNTADO: Díganos si usted se acuerda de cuántos hombres entraron a las dependencias de la Inspección: CONTESTÓ: Sin seguridad, seis o siete iban armados, recuerdo revólveres, unos tres por ahí con pasamontañas, los otros a cara pelada, y con gritos en forma de amedrentamiento. PREGUNTADO: Dice usted en su versión que ellos dijeron ser de la Sijín de Buga, díganos si el inspector o usted solicitaron identificación a dichas personas. CONTESTÓ: Yo no, el inspector creo que no, no estoy seguro, porque este personal entró armado y no dieron tiempo de tratar de identificar de quién se trataba, fue una acción muy rápida y para mí (sic) me pareció una cosa como normal, ya que tenían esposas, brazaletes, y todo lo que usa la policía en ese tiempo... El inspector Mario Grajales se encontraba recibiendo la versión a uno de ellos, yo me encontraba en otro despacho recibéndole la versión a otro y el tercero de ellos se encontraba en la banqueta esperando que el inspector terminara para tomarle su versión. Recuerdo que estaba terminando los generales de ley y le había hecho la pregunta para que iniciara el relato de los hechos sucedidos cuando entraron intempestivamente las personas que posteriormente se llevaron a estos señores; estos señores habían sido llevados a la Inspección por una patrulla, se encontraban sindicados de lesiones personales, me parece, donde uno de ellos era el herido en un brazo si no estoy mal, no recuerdo bien, *la idea del Inspector era recepcionar la versión libre y dejarlos en libertad porque eso era excarcelable, según*

*los cargos que le hacían a ellos y como era viernes pues tendrían que quedarse, sábado, domingo hasta el lunes, entonces por eso los iba a dejar el Inspector en libertad... cuando entró en vigencia la Ley 23 todos los retenidos que dejaban a disposición de las inspecciones de policía, una vez rendida (sic) su testimonio se les hacía firmar un acta de compromiso y se les dejaba inmediatamente en libertad. Eso ordenaba la ley, por este motivo la policía llevaba a los retenidos, me imagino, le hacía la pregunta al funcionario, en este caso el inspector de policía y éste le manifestaría que quedarían en libertad, en el caso que nos ocupa no sé con seguridad si el inspector cuando le presentaron a los retenidos que si les dijo, porque ellos se fueron... en conclusión es que la policía dejaba a los retenidos y se iba. PREGUNTADO: Díganos qué medidas de seguridad tenía para el momento de los hechos la inspección Tercera de Policía. CONTESTÓ: No, ninguna clase de medidas de seguridad, ya que en ese local nos robaron hasta tres veces, armas de ninguna clase, las puertas de madera podridas, ni teléfono. PREGUNTADO: Díganos si en ocasiones la fuerza pública les prestaba alguna seguridad en casos diferentes a los expresados en la Ley 23 que usted dice. CONTESTÓ: Siempre dejaban a los retenidos y no se quedaban prestando seguridad alguna” (folio 10 a 12, cuaderno 3) (destaca la Sala).*

7. Over de Jesús Ramírez Ramírez, empleado de la Alcaldía de Tulúa, confirmó lo anterior:

“Yo me desempeño como asistente en la Secretaría de Gobierno, soy la persona más inmediata al Secretario de Gobierno. En el año de 1995 aproximadamente en el mes de enero, no recuerdo exactamente el día, la hora creo que era (sic) las cuatro de la tarde, tuve conocimiento por intermedio del doctor Mario de Jesús Grajales, que se desempeñaba como Inspector de Policía de la Inspección Segunda de esta ciudad, de que en esa Inspección se estaba indagando a unas personas, no recuerdo cuántas ni el nombre de ellos, sé (sic) de apellido Carmona y los cuales se encontraban detenidos en la Comisaría Permanente municipal; no sé el motivo tampoco, y en el momento según el inspector cuando los estaba indagando, fueron sacados de esa dependencia por varias personas armadas. Me enteré de este caso porque el doctor Mario Grajales llamó inmediatamente sucedió al despacho de la Secretaría de Gobierno, para comunicarle al Secretario de Gobierno de ese entonces, el doctor Jesús Ernesto Victoria, y el doctor Victoria no se encontraba en la oficina en ese momento, entonces yo lo localicé por teléfono y le comenté lo sucedido, eso es todo... El doctor Jesús Ernesto Victoria como Secretario de Gobierno inmediatamente se presentó en la oficina y se apersonó de lo sucedido, no sé qué diligencias haría él, en cuanto a la policía” (folios 9 y 10, cuaderno 3).

Jesús Ernesto Victoria Valderruten, superior inmediato del inspector tercero de policía, confirmó lo dicho por él:

“Siendo yo Secretario de Gobierno en 1995, a finales de enero, en la Inspección Tercera de Policía municipal fueron llevadas a indagatoria tres

personas de las cuales correspondían a unos hermanos Carmona y en el momento que ellos estaban rindiendo su declaración ante el inspector Mario Grajales y su secretario Rafael Guevara, entraron intempestivamente a este despacho unas supuestas personas que se hacían pasar por la Sijin y los sacaron abruptamente del despacho sin rumbo desconocido (sic), con rumbo desconocido. Posteriormente, por la gravedad de este hecho, a los dos o tres días siguientes me enteré que habían sido ultimados y fueron encontrados sus cadáveres cerca del río Cauca. Obviamente este hecho de mayor gravedad por las consecuencias entró en su proceso de investigación y ante la información requerida, pues se iniciaron los procesos debidos para averiguar a través de la ley y la justicia a quién le corresponde este caso (sic) el procedimiento de investigación de este hecho. Como Secretario de Gobierno hicimos (sic) lo pertinente para avisar a la policía y su comando a través del mismo Inspector de Policía y cuando telefónicamente llamé al comando el mismo día de los hechos, a través de mi secretario o asistente del despacho, la policía ya tenía conocimiento de este caso. Esto en resumen fue lo que pasó... Pues hasta la fecha lo único que conozco es que la Fiscalía comenzó y continuó la investigación de estos hechos, sin conocer yo en detalle cómo va este procedimiento... En principio fue telefónicamente [se comunicó con la policía] porque yo recuerdo que cuando Mario Grajales fue a avisar a mi despacho, yo no me encontré en él, sino a través de mi asistente Hoover (sic) Ramírez se procedió a comunicarse con el Comando para dar aviso de este hecho. Posteriormente cuando yo llegué a mi despacho y pude yo comunicarme con el comando de policía este comando ya estaba enterado y estaban haciendo las pesquisas de rigor... Una vez enterado, el comando de la policía y la Fiscalía de estos hechos, la Inspección de Policía a la que corresponde este caso coordinó con estas entidades la información del caso obviamente, pues sin intermediación del Secretario de Gobierno. O sea que yo como Secretario de Gobierno tuve información, pero no mi intervención porque no era de mi competencia... *Las medidas de seguridad durante el tiempo que estuve yo de Secretario de Gobierno, para las inspecciones, eran que las remitían el comando de policía a través de algunos agentes, uno o dos agentes para acompañar a los sindicatos a rendir declaración. Esto se limitaba solamente a que los llevaban y los dejaban en el despacho de las inspecciones y la policía se iba, pero que exista permanentemente policía en las inspecciones no es la costumbre por la falta de unidades para estos despachos... Internamente hubo un procedimiento administrativo con respecto a este caso donde yo percaté (sic) que por la ausencia permanente de policía en las inspecciones de policía y por la falta de teléfono en la misma Inspección la comunicación inmediata se torna difícil porque hay que recurrir a los vecinos o a alguien para efectos de información inmediata... En reiteradas ocasiones directamente con el comandante de la estación de policía se habló de este caso a sabiendas de que el Estado colombiano en muchas de sus dependencias no puede ofrecer el amparo ni la protección por la falta de unidades de policía y, por supuesto, también a sabiendas de que este es un país que en los últimos años vivimos una permanente*

*zozobra por la violencia que se genera en el país, donde todo el mundo pide escoltas y eso es muy difícil. Una de mis primeras preocupaciones cuando fui Secretario de Gobierno y actualmente es que se genere más vigilancia y protección de las inspecciones de policía... Durante esos días de la investigación de los hechos prestó [la Policía Nacional] toda su atención y protección hasta que el caso pasó a la entidad correspondiente que fue la Fiscalía. Las inspecciones siguieron su rumbo normal y obviamente la prestación de la vigilancia y protección es ocasional y desconozco si ya hayan instalado teléfonos en las inspecciones de policía”* (folios 13 y 14, cuaderno 3) (destaca la Sala).

8. Las diligencias de la Inspección Tercera de Policía fueron remitidas al Fiscal Primero de la Unidad Seccional Antisecuestro de Tuluá (folio 21, cuaderno 2).

El 27 de febrero de 1995, la Auditoría Principal de Guerra del Comando del Departamento de Policía Valle, profirió auto inhibitorio en la investigación disciplinaria por la desaparición y muerte de Omar y Henry Carmona Castañeda y Henry Londoño Zapata, toda vez que en la investigación penal ningún miembro de la institución había sido sindicado de la desaparición y que las víctimas habían sido puestas a disposición de la Inspección Tercera de Policía, lo que hizo cesar cualquier obligación de la institución respecto de las mismas (folios 123 a 126, cuaderno 1).

9. De acuerdo con las anteriores pruebas, se encuentra establecido que en la madrugada del 27 de enero de 1995, en Tuluá, fueron detenidos por la policía Omar y Henry Carmona Castañeda y otra persona, por denuncia de un comerciante de la población; inmediatamente fueron llevados a la estación de Policía. En la mañana, sus hermanos Rodrigo y Herney Carmona Castaño fueron a preguntar por ellos, cuando se encontraban en frente de la estación, hombres armados los subieron a un vehículo, y desde ese momento su paradero se ignoró.

En horas de la tarde, los tres detenidos fueron remitidos, en una patrulla, a la Inspección Tercera de Policía del municipio, entregados allí al inspector, éste firmó una constancia en la que manifestó recibirlos, por la contravención de lesiones personales. Cuando estaban iniciando la diligencia de indagatoria de dos de ellos, llegaron al despacho hombres armados, esposaron a los tres retenidos y se los llevaron con destino desconocido.

Tres o cuatro días después, las pruebas no son precisas, fueron encontrados los cadáveres de los cuatro hermanos, decapitados y con las manos amputadas a la altura de las muñecas. Todo indica con precisión que los autores del crimen fueron los mismos, ya que Omar fue encontrado con Herney, en Tuluá, y Rodrigo con Henry, en Bolívar.

Debe anotarse que por tratarse de la apelación presentada por una de las demandadas, Nación-Ministerio de Defensa-Policía Nacional, no es posible pronunciarse sobre el secuestro y muerte de Rodrigo y Herney Carmona Castañeda, toda vez que aquella fue absuelta por ese hecho.

Sin embargo, extraña a la Sala la ausencia absoluta de consideración y valoración de las declaraciones de las dos testigos presenciales de ese hecho, puesto que respecto de Omar y Henry Carmona Castañeda, revelan circunstancias previas a su rapto y posterior homicidio, de suma gravedad. En efecto, es diferente entregar a tres detenidos, por una patrulla policial en una inspección de policía y que se presente un hecho intempestivo de secuestro, y otra condición muy diferente, el que habiendo desaparecido, horas antes, tres personas íntimamente relacionadas con los detenidos, éstos hubieran sido entregados a la inspección haciendo caso omiso de cualquier medida de seguridad.

El dicho de las dos testigos de las primeras desapariciones, resulta coherente entre sí y se autoconfirmaría, a lo que se debe agregar, como se dijo, que los autores materiales del hecho serían los mismos, respecto de las cuatro víctimas.

Tal como lo relatan las declarantes mencionadas, el secuestro de Rodrigo, Herney y su amigo se presentó a la entrada de la estación de policía, en horas de la mañana, en presencia de uniformados; allí se encontraban privados de la libertad Omar, Henry y otra persona, quienes fueron secuestrados en horas de la tarde, después de haber sido remitidos de la estación a la Inspección Tercera de Policía. No se conoce de ninguna medida de las entidades demandadas que afectara o reforzara las condiciones de seguridad de los retenidos, a pesar de los hechos ocurridos en la mañana. Más aún, éstas se mostraron indiferentes frente a lo sucedido a las tres primeras víctimas, y de otro lado, no aportaron ningún medio de prueba que desvirtuara las imputaciones formuladas por la desaparición y muerte de estas personas, cuando está plenamente acreditado que no fueron dos sino cuatro los asesinados de la familia Carmona Castañeda.

Sin duda, la responsabilidad de la Policía se ve comprometida al omitir medidas de protección de los detenidos y hacer entrega de ellos a la Inspección Tercera, cuando los hechos de la mañana del 27 de enero de 1995 indicaban un serio peligro que finalmente se concretó en el daño por el que se demanda. Razón por la cual se confirmará en este aspecto la sentencia apelada.

Sin embargo, en el proceso obra constancia de entrega de los detenidos por parte de la policía a la Inspección Tercera del municipio demandado, así lo aseveran el agente de policía que lo hizo, el funcionario encargado de ese despacho y la constancia de recibo firmada por él. También es claro que en el momento del secuestro de Omar y Henry Carmona Castaño, ellos se



encontraban privados de la libertad; así lo confirma la constancia aludida, y lo expresado por el inspector tercero y su secretario, cuando señalaron que finalizada la indagatoria, las víctimas quedarían en libertad, tal como lo disponía el artículo cuarto de la Ley 23 de 1991.<sup>1</sup>

Lo anterior lleva a clarificar dos circunstancias, una, que en el momento del secuestro Omar y Henry Carmona Castaño se encontraban privados de la libertad, y la otra, que su protección estaba también a cargo de las autoridades del municipio de Tuluá. Lo que permite concluir que el hecho es imputable, además, al ente territorial demandado, toda vez que los detenidos habían sido dejados a su cargo.

En efecto, si bien los funcionarios del municipio se quejaron de la falta de protección de las inspecciones de policía, ello no es disculpa para justificar su carencia, toda vez que los alcaldes son jefes de policía en su respectivo municipio, de acuerdo con el artículo 39<sup>2</sup> del Código Nacional de Policía y, además, como lo precisó la sentencia C-212 de 1994,<sup>3</sup> los inspectores de

- 
- 1 “ARTÍCULO 4º. Dentro de la diligencia de indagatoria el procesado o su defensor podrán solicitar la práctica de las pruebas que consideren necesarias. El funcionario decretará únicamente, y en el mismo acto, las que considere procedentes, y ordenará de oficio las que estime necesarias para el esclarecimiento de los hechos investigados, las cuales se practicarán dentro de los ocho (8) días hábiles siguientes.
  - 2 “Cumplida la exposición, el procesado será dejado en libertad firmando un acta de compromiso de presentación ante el funcionario cuando se le solicite, so pena de que se ordene su captura, salvo cuando aparezca demostrado que en su contra se ha proferido en otro proceso adelantado por la comisión de delito o contravención, medida de aseguramiento de detención o caución que se encuentre vigente, o que ha sido condenado por las mismas causas dentro de los dos (2) años anteriores, caso en el cual se le dictará auto de detención sin derecho a excarcelación, siempre que haya declaración de testigo que ofrezca serios motivos de credibilidad, o un indicio grave de que es responsable contravencionalmente.
  - 3 “Contra este auto sólo procede el recurso de apelación en el efecto devolutivo, el cual será resuelto de plano”.

Lo mismo decía el decreto 800 de 1991, reglamentario de la ley:

“ARTÍCULO 4º. Si practicadas diligencias preliminares, el funcionario se percatare inequívocamente de que el hecho no ha existido, que no constituye contravención especial, o que la acción no podía iniciarse ni proseguirse por haberse extinguido o caducado, o por ser ilegítimo el querellante, o por haberse conciliado o desistido, así lo declarará en auto suficientemente motivado, contra el cual procede el recurso de apelación por parte del querellante, su apoderado o el Agente del Ministerio Público. El recurso se concederá en el efecto suspensivo, pero si hubiere capturado será puesto en libertad de inmediato.

“ARTÍCULO 33. La indagatoria se recibirá libre de juramento y, concluida, el procesado será dejado en libertad, luego de firmar acta de compromiso de presentación ante el Despacho cuando se le solicite, so pena de ordenar su captura en caso de incumplimiento, salvo en los casos previstos en el artículo siguiente”.

Artículo 39 del decreto 1355 de 1975: “Los Gobernadores, como agentes del Gobierno Nacional, dirigirán y coordinarán en el Departamento el servicio nacional de policía y lo relativo a la policía local.

policía fueron investidos, transitoriamente, de facultades de captura y detención de personas por vía del artículo cuarto de la Ley 23 de 1991, por lo que su labor se asimilaba a la de un funcionario judicial, únicos autorizados por el artículo 28 de la Constitución Política para dictar ese tipo de medidas.

El deber de protección de las personas privadas de la libertad, respecto del derecho a la vida, no admite excepciones, así lo ha determinado la Corte Constitucional, en sentencia T-1190 del cuatro de diciembre de 2003 donde se señaló:

“3. La privación de la libertad de una persona la coloca en una situación de indefensión, que genera obligaciones de protección por parte de quien adopta la medida o acción restrictiva de la libertad. No importa que se trate de particulares o del Estado, y que la restricción sea lícita o ilícita.

“Esta particular condición de indefensión, en la medida en que impide por completo la satisfacción de las necesidades del privado de libertad por los medios a su disposición en condiciones de generalidad, implica que las obligaciones de protección no necesariamente son de medio.<sup>4</sup> En este sentido, la responsabilidad no se deriva de una relación causal naturalística entre la privación de la libertad y los daños o peligros a los que se ve sometida la persona, sino que tiene como base el mero deber

“Los Alcaldes, como agentes del Gobernador, son jefes de policía en el Municipio”.

La sentencia, respecto del citado artículo cuarto de la ley 23 de 1991, señaló: “La primera parte del artículo 4º estatuye lo pertinente a la práctica de pruebas, asegurando que tanto el procesado como su defensor puedan solicitar las que consideren necesarias. Ello también se ajusta a las reglas del debido proceso exigidas en la Constitución.

“La segunda parte de la norma señala que, cumplida la exposición, el procesado será dejado en libertad firmando un acta de compromiso de presentación ante el funcionario cuando se le solicite, so pena de que se ordene su captura, salvo cuando aparezca demostrado que en su contra se ha proferido en otro proceso adelantado por la comisión de delito o contravención, medida de aseguramiento de detención o caución que se encuentre vigente, o que ha sido condenado por las mismas causas dentro de los dos (2) años anteriores, caso en el cual se le dictará auto de detención sin derecho a excarcelación, siempre que haya declaración de testigo que ofrezca serios motivos de credibilidad, o un indicio grave de que es responsable contravencionalmente.

“Los aludidos mandatos son exequibles en la medida en que regulan lo pertinente a la libertad del procesado y a las medidas que habrán de adoptarse cuando incumpla los compromisos de presentación que contrae, así como las aplicables al evento en que se haya proferido en su contra, dentro de otro proceso, medida de aseguramiento. A juicio de la Corte, estamos ante la definición por el legislador de trámites procesales que hacen compatible la libertad de la persona con los requerimientos propios de la administración de justicia.

“Ha de advertirse, desde luego, que de conformidad con los principios esbozados respecto de la tajante prohibición constitucional de formas privativas de la libertad decretadas por autoridades administrativas, la orden de captura y auto de detención a que se refiere el precepto únicamente podrá ser impartida por los inspectores penales de policía, los inspectores de policía o los alcaldes mientras dure la vigencia del artículo 28 transitorio de la Constitución pues, desaparecido éste al darse los supuestos normativos que contempla, tan sólo las autoridades judiciales estarán habilitadas para ordenar tales captura y detención”.

4 Corte Constitucional, sentencia T-590 de 1998.

de custodia y protección que se desprende de colocar a la persona en una situación restrictiva de su libertad.

“Lo anterior implica que el custodio tiene la obligación de adoptar todas las medidas necesarias para garantizar el mayor disfrute posible de los derechos constitucionales de la persona privada de la libertad. Tratándose del Estado, supone la obligación de garantizar condiciones de dignidad del recluso. Garantía que únicamente se cumple si tales condiciones son efectivamente realizadas; es decir, no basta la adopción de medidas programáticas, sino que han de traducirse en realidad. Así, tal como lo ha señalado esta corporación, no pueden aducirse problemas presupuestales, sino que el Estado tiene la obligación de *realizar* el trato digno. Se trata pues, de una obligación de respeto.

(...)

“En relación con el derecho a la vida del recluso, el Estado tiene la *obligación de impedir* que otros reclusos o terceros particulares (obligación de protección), así como el personal Estatal –sea personal penitenciario o de otra naturaleza– (obligación de respeto) amenacen contra la vida del interno.<sup>5</sup> Dicha obligación apareja la de verificar y, si es del caso, enfrentar efectivamente las amenazas contra la vida de los reclusos.<sup>6</sup> Esto apareja la obligación de adoptar medidas generales de seguridad interna dentro del centro de reclusión, así como la de trasladar a los internos cuando resulta imprescindible para proteger su vida. Empero, cuandoquiera que se supera el umbral de riesgo ordinario para el derecho a la vida de los reclusos y se presentan situaciones de amenaza contra determinados grupos de reclusos, el Estado tiene el deber de adoptar las medidas necesarias que *aseguren* que dichas amenazas no se hagan efectivas. Se trata, por lo tanto, de obligaciones de resultado”.<sup>7</sup>

La anterior jurisprudencia resulta congruente con lo dicho por la Sala, respecto del fundamento de la responsabilidad patrimonial de la administración, cuando se trata de daños causados a personas detenidas en lugares oficiales:

“En determinados eventos, sin embargo, el Estado asume una obligación específica de protección y seguridad, en virtud de la cual se hace responsable de los perjuicios que sufren las personas. Es el caso de los retenidos, quienes por encontrarse en una situación de particular sujeción frente al Estado en virtud de la cual ven limitados sus derechos y libertades y la autonomía para responder por su propia integridad, deben gozar del pleno amparo de las autoridades frente a los posibles daños y peligros que los amenacen.

“Las obligaciones que asumen las autoridades de la República frente a los retenidos son de dos clases: 1) de hacer, esto es, de prever y controlar los peligros que pueda sufrir una persona retenida desde el momento mismo

5 Corte Constitucional, sentencia T-265 de 1999.

6 *Ibidem*. En igual sentido, Corte Constitucional, sentencia T-208 de 1999.

7 Corte Constitucional, sentencia T-590 de 1998.

en que se produce la privación material de la libertad, hasta el momento en que ella es devuelta a la sociedad y 2) de no hacer, referida a la abstención de cualquier conducta que pueda vulnerar o poner en peligro los derechos que no hayan sido limitados con la medida cautelar.

“En síntesis, la retención como ejercicio legítimo del poder punitivo del Estado que afecta algunos derechos de las personas, en sí misma no es una actividad que genere responsabilidad patrimonial derivada de los perjuicios consustanciales a la retención misma, dado que esta es una carga que los ciudadanos deben soportar, daño jurídico y por ende no encuadrable dentro del supuesto general que consagra el artículo 90 de la Carta Política, salvo, claro está, cuando el ejercicio de dicho poder se desborda, v. gr. en los supuestos de retención injusta (art. 68, Ley 270 de 1996). Pero así como el ciudadano debe asumir la carga derivada de la restricción de sus derechos, en la medida en que esa retención es una actividad que redunde en beneficio de la comunidad, el Estado se obliga a garantizarle una eficaz protección y seguridad, para lo cual éste goza de posibilidades reales, pues posee también el monopolio de la fuerza y los poderes de coerción que le permiten afrontar tales riesgos.

“En este orden de ideas, considera la Sala que las obligaciones de abstenerse de causar cualquier limitación a los derechos de las personas que no estén implicados dentro de la medida cautelar, así como las de prever y controlar cualquier acto que redunde en perjuicio de los retenidos son de resultado, pues la probabilidad de lograr la eficacia en el cumplimiento de la obligación es alta.

“Lo anterior significa que si el Estado no devuelve al ciudadano en las mismas condiciones en que lo retuvo, debe responder patrimonialmente por los perjuicios que éste haya sufrido durante el tiempo de la retención, aunque haya puesto en funcionamiento todos los recursos de que dispone para proteger al retenido y evitarle la causación de cualquier daño, salvo que haya intervenido una causa extraña, pues frente al retenido la obligación del Estado no es un comportamiento sino la realización efectiva de un resultado determinado.

“Frente a las obligaciones de resultado el deudor responde de manera objetiva y por tanto, sólo se exonera si acredita una causa extraña, esto es, fuerza mayor, culpa exclusiva de la víctima o el hecho de un tercero”.<sup>8</sup>

---

8 Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, sentencia del 12 de febrero de 2004, expediente 14.955 (R-0654), actores: Jorge E. Zapata Roldán y otros. En el mismo sentido ver sentencia del 24 de junio de 2004, expediente 14.950 (R-0301). Para la explicación en profundidad de esa obligación de resultado ver la sentencia del 24 de junio de 1998, expediente 14.406.

La Sala ha realizado la misma consideración, al señalar la absoluta compatibilidad entre la jurisprudencia de la Corte Constitucional de las llamadas relaciones de especial sujeción<sup>9</sup>, entre el Estado y las personas privadas de la libertad, y las llamadas obligaciones de resultado, en lo que tiene que ver

- 9 La Corte Constitucional ha definido y determinado en numerosos fallos las consecuencia de tales relaciones, en sentencia T-687/03, del ocho de agosto de 2003, entre otras, señaló lo siguiente:

*“Doctrina constitucional acerca de las relaciones de especial sujeción.*

“De la existencia, identificación y régimen de las llamadas ‘relaciones especiales de sujeción’ entre los reclusos y el Estado (las autoridades penitenciarias), la Corte ha extraído importantes consecuencias jurídicas que la Sala procederá a reiterar en función de la ilustración del caso bajo estudio.

“De la jurisprudencia de la Corte Constitucional, la Sala identifica seis elementos característicos que procederá a relacionar así: las relaciones de especial sujeción implican (i) la subordinación de una parte (el recluso), a la otra (el Estado); (ii) esta subordinación se concreta en el sometimiento del interno a un régimen jurídico especial (controles disciplinarios y administrativos especiales y posibilidad de limitar el ejercicio de derechos, incluso fundamentales). (iii) Este régimen en cuanto al ejercicio de la potestad disciplinaria especial y a la limitación de los derechos fundamentales debe estar autorizado por la Constitución y la ley. (iv) *La finalidad del ejercicio de la potestad disciplinaria y de la limitación de los derechos fundamentales es la de garantizar los medios para el ejercicio de los demás derechos de los internos (mediante medidas dirigidas a garantizar disciplina, seguridad y salubridad) y lograr el cometido principal de la pena (la resocialización).* (v) Como consecuencia de la subordinación, surgen ciertos derechos especiales (relacionados con las condiciones materiales de existencia: alimentación, habitación, servicios públicos, salud) en cabeza de los reclusos, los cuales deben ser especialmente garantizados por el Estado. (vi) *Simultáneamente el Estado debe garantizar de manera especial el principio de eficacia de los derechos fundamentales de los reclusos (sobre todo con el desarrollo de conductas activas).*

“Como lo puede apreciar la Sala, entre las consecuencias jurídicas más importantes de la existencia de las relaciones especiales de sujeción, están: (i) la posibilidad de limitar el ejercicio de algunos derechos fundamentales de los reclusos (intimidación, reunión, trabajo, educación). (ii) *La imposibilidad de limitar el ejercicio de algunos derechos fundamentales (vida, dignidad humana, libertad de cultos, debido proceso, habeas data, entre otros).* (iii) *El deber positivo en cabeza del Estado de asegurar el goce efectivo tanto de los derechos no fundamentales como de los fundamentales, en la parte que no sea objeto de limitación cuando la misma procede, y en su integridad frente a los demás, debido a la especial situación de indefensión o de debilidad manifiesta en la que se encuentran los reclusos.* (iv) El deber positivo en cabeza del Estado de asegurar todas las condiciones necesarias que permitan a su vez condiciones adecuadas para la efectiva resocialización de los reclusos.

*“En este sentido, del perfeccionamiento de la “relación de especial sujeción” entre los reclusos y el Estado, surgen verdaderos deberes jurídicos positivos del Estado. Tales deberes se encuentran estrechamente ligados a la garantía de la funcionalidad del sistema penal, que viene dada por la posibilidad real de la resocialización de los reclusos, a partir del aislamiento en condiciones calificadas de seguridad y de existencia vital de la población carcelaria. Deberes positivos de cuyo cumplimiento depende la legitimidad del sistema penal y, ante cuya inadvertencia, este último resulta convertido en una mera sombra de los valores y principios propios del Estado social de derecho.”*

En el mismo sentido ver las sentencias: T-596/92, T-065/95, C-318/95, T-705/96, T-1190/03, T-490/04, T-881/02 y T-134/05.

con la Sección Tercera del Consejo de Estado. En sentencia del 27 de abril de 2006 se precisó:

“De acuerdo con lo dicho hasta el momento, las relaciones de especial sujeción que nacen entre las personas privadas de la libertad y el Estado, implican que algunos de sus derechos queden sometidos a ciertas restricciones. Sin embargo, otros derechos fundamentales no pueden ser limitados ni suspendidos; el total sometimiento al Estado, que la Corte Constitucional ha identificado como un estado de indefensión o debilidad manifiesto, implica que el Estado tiene el deber de respetarlos y garantizados plenamente; es decir, que todo agente estatal debe abstenerse de conducta alguna que los vulnere y debe prevenir o evitar que terceros ajenos a dicha relación lo hagan.

“En esa situación se encuentran los derechos a la vida y a la integridad personal de las personas privadas de la libertad, dado que su seguridad depende por completo de la administración y ésta debe garantizarla. En efecto, la llamada por la doctrina obligación de seguridad, se concreta en el deber que tienen las autoridades de evitar que las personas detenidas o presas sufran algún daño, durante el tiempo que permanezcan en tal condición o, dicho de otra forma, el Estado tiene el deber de preservarlas de los daños que con ocasión de su situación pueda ocurrirles. La misma obligación comprende la de “custodia y vigilancia” pues se busca la garantía de la seguridad personal del detenido. Las autoridades estatales tienen a cargo el deber de tomar las medidas necesarias para evitar cualquier atentado contra la vida o integridad personal de los detenidos o presos.<sup>10</sup>

“En efecto, el carácter particular de esta situación implica que corresponde al Estado garantizar la seguridad de las personas privadas de la libertad y la asunción de todos los riesgos que, en esa precisa materia, se creen como consecuencia de tal circunstancia. Bajo esta óptica, demostrada la existencia de un daño antijurídico causado, en su vida o en su integridad corporal, a quien se encuentra privado de la libertad puede concluirse que aquél es imputable al Estado, salvo en los casos en que éste haya ocurrido por una causa extraña, cuya demostración corresponderá a la parte demandada”.<sup>11</sup>

Ahora bien, precisará la Sala en esta oportunidad, que ni se trata de obligaciones de seguridad, ni de resultado, en lo que “se concreta en el deber que tienen las autoridades de evitar que las personas detenidas o presas sufran algún daño (...) la misma obligación comprende la de ‘custodia y vigilancia’ pues se busca la garantía de seguridad personal del detenido”, como se ha venido reiterando por la Corporación, toda vez que al margen de la distinción, dada su naturaleza

10 En el mismo sentido ver sentencia de la Sala del 27 de noviembre de 2002, expediente: 13760 (R-01010), actores: Efraín Hernández Ramírez y otros.

11 Consejo de Estado, Sección Tercera, sentencia del 27 de abril de 2006, expediente: 20.125 (R-0135), actores: Jaime Idarraga y otros. Consejero Ponente: Alier Hernández Enríquez.

artificiosa, lo cierto e indiscutible desde la perspectiva de la clasificación es que ella solo tendría sentido en el ámbito contractual, pues se refieren a las obligaciones. En efecto, la doctrina ha dicho: “2. En relación con la cuestión anterior, se ha criticado duramente que la distinción entre obligaciones de medios y de resultado resulte aplicable en sede de responsabilidad extracontractual ya que, por tratarse precisamente de una clasificación de las obligaciones, sólo tendría sentido defenderla en el ámbito contractual”.<sup>12</sup>

Es así como desde la perspectiva de análisis que ocupa, en el presente caso, a la Sala, la relaciones de especial sujeción respecto de las personas privadas de la libertad, encuentran su *ratio* y fundamento, simple y llanamente en la Constitución y la ley. Y es esa la razón que justifica la existencia de las autoridades, tal como lo dispone el inciso segundo del artículo segundo de la Constitución Política, al señalar: “Las autoridades de la República están instituidas para proteger a todas las personas residentes en Colombia, en su vida, honra, bienes, creencias, y demás derechos y libertades, y para asegurar el cumplimiento de los deberes sociales del Estado y de los particulares”.

En este entendimiento, se recoge el criterio de argumentación que atrás se señaló, para por el contrario, relieves la importancia de los deberes y contenidos de la Constitución y la ley frente al ciudadano en el campo al que se contrae la situación fáctica *sub examine*.

Debe anotarse que, tanto en las relaciones de especial sujeción respecto de reclusos, como en los deberes de seguridad y protección de las personas que dimanen de la Constitución y la ley, la Corte Constitucional<sup>13</sup> y la Sección Tercera del Consejo de Estado,<sup>14</sup> han determinado que el Estado se encuentra en posición de garante.<sup>15</sup>

12 Luna Yerga, Álvaro, *La prueba de la responsabilidad civil médico sanitaria*, Ed. Thomson-Civitas, 2004, p. 93.

13 La Corte, en sentencia T-687/03, determinó: “En el presente asunto, es claro que sobre la Dirección de la Penitenciaría de Acacías, pesaba el deber positivo de velar por la protección del derecho a la salud del interno Jairo Benavides. En este caso la Sala considera que, al configurarse la relación de especial sujeción, el Estado asume la posición de garante institucional de los derechos del interno, especialmente los de la vida, la integridad física y la salud. Por lo tanto, asume el deber constitucional de adelantar conductas positivas que le permitan a este una condición existencial acorde con las posibilidades ordinarias de goce de dichos derechos fundamentales”.

14 En sentencia del cuatro de octubre de 2007, expediente: 15.567, la Sala estableció: “... En ese contexto, es claro que la administración pública incumplió el deber de protección y cuidado que se generó una vez el señor Tobón Rueda comunicó el peligro que corría su vida e integridad física como resultado de los frecuentes acantonamientos que efectuó el Ejército Nacional en terrenos de su propiedad, motivo por el cual, se puede señalar que aquél asumió posición de garante frente a la integridad del ciudadano. “Por posición de garante debe entenderse aquella situación en que coloca el ordenamiento jurídico a un determinado sujeto de derecho, en relación con el cumplimiento de una específica obligación de intervención, de tal suerte que cualquier desconocimiento de ella

Lo anterior lleva a concluir a la Sala, en aplicación del título de imputación anteriormente descrito, que, en el presente caso, debe modificarse la sentencia apelada, en el sentido de declarar solidariamente responsable a la Nación-Ministerio de Defensa-Policía Nacional, y al municipio de Tuluá, Valle del Cauca, por la muerte de Omar y Henry Carmona Castañeda, quienes fueron

acarrea las mismas y diferentes consecuencias, obligaciones y sanciones que repercuten para el autor material y directo del hecho.

“Así las cosas, la posición de garante halla su fundamento en el deber objetivo de cuidado que la misma ley –en sentido material– atribuye, en específicos y concretos supuestos, a ciertas personas para que tras la configuración material de un daño, estas tengan que asumir las derivaciones de dicha conducta, siempre y cuando se compruebe fáctica y jurídicamente que la obligación de diligencia, cuidado y protección fue desconocida”.

- 15 La Corte Constitucional en la sentencia SU-1184/01, precisó los argumentos para sostener tal posición: “17. *Un miembro de la fuerza pública puede ser garante cuando se presenten cualquiera de los dos fundamentos de la responsabilidad explicados: creación de riesgos para bienes jurídicos o surgimiento de deberes por la vinculación a una institución estatal.*

“a) *Los peligros para los bienes jurídicos pueden surgir no sólo por la tenencia de objetos (una lámpara de gas, una teja deteriorada) armas (una pistola, una dinamita), animales (un perro desafiante), sino también de personas que se encuentran bajo nuestra inmediata subordinación. En efecto, en las relaciones de jerarquía, el superior con autoridad o mando, tiene el deber de tomar medidas especiales (deberes de seguridad en el tráfico) para evitar que personas que se encuentran bajo su efectivo control, realicen conductas que vulneren los derechos fundamentales. V. g., si el superior no evita –pudiendo hacerlo– que un soldado que se encuentra bajo su inmediata dependencia cometa una tortura, o una ejecución extrajudicial, o en general un delito de lesa humanidad, por ser garante se le imputa el resultado lesivo del inferior y no el simple incumplimiento a un deber funcional.*

“*El derecho penal internacional consuetudinario, desde el famoso caso Yamashita, en el cual se condenó en 1945 a un general del ejército japonés por ‘... omitir ilícitamente y faltar a su deber como comandante de controlar las operaciones de los miembros bajo su mando, permitiéndoles cometer atrocidades brutales y otros crímenes graves contra la población de Estados Unidos, de sus aliados y dependencias, particularmente las Filipinas...’, ha venido reconociendo que el miembro de la fuerza pública que ostenta autoridad o mando debe adoptar medidas especiales para evitar que las personas que se encuentran bajo su efectivo control o subordinación, realicen conductas violatorias de los derechos humanos. Jurisprudencia que se ha reiterado en los diversos Tribunales Penales Internacionales, desde Núremberg hasta los ad-hoc para la ex Yugoslavia y Ruanda. Doctrina que se plasmó normativamente en el art. 28 del Estatuto de Roma.*

“b) El Estado puede ser garante (competencia institucional) cuando se trata de ciertos deberes irrenunciables en un Estado social y democrático de derecho. Por ejemplo, es irrenunciable la protección de la vida e integridad de todos los habitantes del territorio y la defensa de la seguridad interior y exterior de la nación. *Como el Estado no puede responder directamente en el campo penal, el juicio recae en el titular de la función correspondiente. Por ende, para que el miembro de la fuerza pública sea garante, se requiere que en concreto recaiga dentro de su ámbito de competencia (material, funcional y territorial) el deber específico de proteger los derechos constitucionales de los ciudadanos de la República.* En consecuencia, si un miembro de la fuerza pública que tiene dentro de su ámbito de responsabilidad el deber de resguardar un sector de la población amenazada por grupos al margen de la ley, no inicia la acción de salvación cuando ostenta los medios materiales para hacerlo, se le imputan los resultados lesivos (las graves violaciones a los derechos humanos) que estos cometan en contra de los habitantes”.



secuestrados el 27 de enero de 1995, cuando se encontraban privados de la libertad, a órdenes de las dos entidades, y fueron posteriormente asesinados.

10. Ahora bien, dados los supuestos fácticos que rodean el asunto objeto de análisis, resulta pertinente precisar el contenido y alcance de los parámetros del artículo 16 de la Ley 446 de 1998, según los cuales, para la valoración de los daños dentro de cualquier proceso que se adelante ante la administración de justicia, en la ponderación y determinación de aquellos irrogados a las personas y a las cosas, se atenderán los postulados de “reparación integral”, “equidad”, así como los criterios técnicos actuariales.

En similar sentido, el artículo 8 de la Ley 975 de 2005,<sup>16</sup> determinó el contenido y alcance del derecho a la reparación, en los siguientes términos:

“El derecho de las víctimas a la reparación comprende las acciones que propendan por la restitución, indemnización, rehabilitación, satisfacción; y las garantías de no repetición de las conductas.

“Restitución es la realización de las acciones que propendan por regresar a la víctima a la situación anterior a la comisión del delito.

“La indemnización consiste en compensar los perjuicios causados por el delito.

“La rehabilitación consiste en realizar las acciones tendientes a la recuperación de las víctimas que sufren traumas físicos y psicológicos como consecuencia del delito.

“La satisfacción o compensación moral consiste en realizar las acciones tendientes a restablecer la dignidad de la víctima y difundir la verdad sobre lo sucedido.

“Las garantías de no repetición comprenden, entre otras, la desmovilización y el desmantelamiento de los grupos armados al margen de la ley.

“Se entiende por reparación simbólica toda prestación realizada a favor de las víctimas o de la comunidad en general que tienda a asegurar la preservación de la memoria histórica, la no repetición de los hechos victimizantes, la aceptación pública de los hechos, el perdón público y el restablecimiento de la dignidad de las víctimas.

“La reparación colectiva debe orientarse a la reconstrucción sico-social de las poblaciones afectadas por la violencia. Este mecanismo se prevé de manera especial para las comunidades afectadas por la ocurrencia de hechos de violencia sistemática.”

Como se aprecia, el Estado colombiano reconoce claramente el derecho que le asiste a toda persona a deprecar, de parte de la organización pública, o de cualquier particular que haya ocasionado una determinada lesión a la

---

16 Por la cual se dictan disposiciones para la reincorporación de miembros de grupos armados organizados al margen de la ley, que contribuyan de manera efectiva a la consecución de la paz nacional, y se dictan otras disposiciones para acuerdos humanitarios.

persona o a cosas, la correspondiente reparación integral del perjuicio, la cual deberá garantizarse en términos de equidad.

En esa perspectiva, el Estado, a nivel interno, se ve claramente comprometido a verificar la reparación integral de los daños que padezcan los asociados, principio del derecho resarcitorio que se ve igualmente reflejado en el ámbito internacional.

Por lo tanto, la coexistencia del principio general del derecho referido a la “reparación integral del daño” debe ser objeto de estudio, con el fin de determinar cuál es el alcance de este postulado normativo en el marco internacional, específicamente, en el relativo al Sistema Interamericano de Derechos Humanos –de ahora en adelante SIDH–, y cómo se proyecta en el contexto del derecho interno colombiano.

Corresponderá, por consiguiente, definir a partir de este paralelo, cuál debe ser el papel del juez de lo contencioso administrativo en la aplicación de dichos axiomas, cómo debe armonizar el principio de “reparación integral” en el ámbito interno y qué tanta influencia y fuerza vinculante proyecta en el derecho nacional este canon reconocido por el derecho internacional de los derechos humanos.

Es necesario, por tanto, abordar el estudio de la aplicación concreta del principio de reparación integral en el ordenamiento jurídico interno, así como la forma en la que el mismo se relaciona y desarrolla a partir del ejercicio de la función jurisdiccional del Estado, específicamente a partir del concepto de resarcimiento del daño.

Toda reparación parte de la necesidad de verificar la materialización de una lesión a un bien jurídico tutelado, o de una violación a un derecho o a un interés legítimo que, consecuencialmente, implica la concreción de un daño que, igualmente, debe ser valorado como antijurídico, en la medida en que quien lo sufre no está obligado a soportarlo, como quiera que el ordenamiento jurídico no se lo impone.

Así las cosas, según lo expuesto, es posible arribar a las siguientes conclusiones:

- Toda violación a un derecho humano genera la obligación ineludible de reparar integralmente los daños derivados de dicho quebrantamiento.
- No todo daño antijurídico reparable (resarcible), tiene fundamento en una violación o desconocimiento a un derecho humano y, por tanto, si bien el perjuicio padecido debe ser reparado íntegramente, dicha situación no supone la adopción de medidas de justicia restaurativa.

Como se aprecia, en la primera hipótesis, se enfrenta una situación en la cual el operador judicial interno, dentro del marco de sus competencias,<sup>17</sup> debe establecer a cabalidad la reparación integral del daño sufrido, en tanto, en estos eventos, según los estándares normativos vigentes (Ley 446 de 1998 y 975 de 2005), se debe procurar inicialmente por la *restitutio in integrum* del perjuicio y de la estructura del derecho trasgredido, para que, constatada la imposibilidad de efectuar en toda su dimensión la misma, pueda abordar entonces medios adicionales de reparación como la rehabilitación, satisfacción, medidas de no repetición y, adicionalmente, el restablecimiento simbólico, entre otros aspectos.

En otros términos, cuando se habla del análisis de hechos relacionados con la violación de derechos humanos, según los parámetros normativos y descriptivos contenidos en los preceptos de la Carta Política y en las normas internacionales que regulan la materia, el juez de lo contencioso administrativo no debe estar limitado por su función principal, es decir, la de establecer y decretar el resarcimiento económico de un perjuicio cuya valoración económica y técnica es posible en términos actuariales, sino que debe ir mucho más allá, con el fin de que el principio de reparación integral se vea claramente materializado, para lo cual debe aplicar el conjunto de normas que le brindan suficientes instrumentos dirigidos a que se pueda materializar un efectivo restablecimiento integral del daño.

En esa dirección, en reciente oportunidad, la jurisprudencia constitucional puntualizó:

“No puede en consecuencia la entidad accionada negar a las víctimas del conflicto armado interno la asistencia que demandan, fundada en las circunstancias en que se produjo la vulneración, porque, cualquiera fuere la modalidad utilizada por los actores, el derecho internacional humanitario proscrib e impone la restitución de todo acto de violencia contra la vida y la persona, contra la dignidad personal, la toma de rehenes y las ejecuciones sin sentencia previa, pronunciada por tribunal competente y con sujeción a las garantías constitucionales.

“*Se observa, entonces, que, para efecto de aplicar las normas del derecho internacional humanitario, no interesa que la vulneración se haya producido o no en combate, ataque, acto terrorista o masacre.*”

---

17 En este punto resulta pertinente señalar que, a diferencia del marco internacional de los derechos humanos, en Colombia no existe ningún tipo de autoridad que pueda, de manera independiente y autónoma, adoptar todas y cada una de las medidas tendientes a la reparación integral del daño. Por ello, en el ámbito interno, es necesario a efectos de obtener la verdadera concreción de la justicia restaurativa de derechos humanos trasgredidos, obtener la coordinación y convergencia de las diversas entidades encargadas de la efectiva materialización de las medidas de reparación (v. gr. Procuraduría, Fiscalía, Jurisdicción Ordinaria, Jurisdicción Constitucional, Jurisdicción Contencioso Administrativa, Comisión Nacional de Reparación y Reconciliación, Acción Social (programa presidencial), etc.

“Esta Corte, al resolver sobre qué debe entenderse por desplazado por la violencia, en función del Registro Único de Población Desplazada, ha considerado que las víctimas no requieren del ‘reconocimiento oficial para la configuración del desplazamiento forzado en un caso concreto’, toda vez que la realidad del desplazamiento desborda ‘la afirmación de su configuración por parte de las autoridades’” (destaca la Sala).<sup>18</sup>

Y más adelante, en la misma providencia, el tribunal constitucional precisó:

“(…) El primero entre los treinta y ocho Principios que conforman la directriz de apoyo a los Estados, para la adopción de medidas eficaces de lucha contra la impunidad, elaborada de conformidad con la actualización ordenada por la Resolución 2004/72,<sup>19</sup> expedida por la Comisión de Derechos Humanos establece:

“La impunidad constituye una infracción de las obligaciones que tienen los Estados de investigar las violaciones, adoptar medidas apropiadas respecto de sus autores, especialmente en la esfera de la justicia, para que las personas sospechosas de responsabilidad penal sean procesadas, juzgadas y condenadas a penas apropiadas, de garantizar a las víctimas recursos eficaces y la reparación de perjuicios sufridos, de garantizar el derecho inalienable a conocer la verdad y de tomar todas las medidas necesarias para evitar la repetición de dichas violaciones”.

“Señala el Principio Diecinueve de la directriz a que se hace mención i) que los Estados emprenderán investigaciones rápidas, minuciosas, independientes e imparciales de las violaciones de los derechos humanos y el derecho internacional humanitario y ‘adoptarán medidas apropiadas respecto de los autores, especialmente en la esfera de la justicia penal, para que sean procesados, juzgados y condenados debidamente’; y ii) que, sin perjuicio de la responsabilidad estatal en la materia, se adoptarán medidas complementarias para garantizar la participación de las víctimas y de toda persona u organización no gubernamental ‘interesada (...) como partes civiles o como personas que inician un juicio en los Estados, cuyo derecho penal contemple esos procedimientos’.

---

18 Corte Constitucional, sentencia T-563 de 2005. Magistrado Ponente: Marco Gerardo Monroy Cabra. En igual sentido, ver las sentencias T-227 de 1997, Magistrado Ponente: Alejandro Martínez Caballero; T-1094 de 2004, Magistrado Ponente: Manuel José Cepeda Espinosa; y T-175 de 2005, Magistrado Ponente: Jaime Araújo Rentería.

19 La Comisión de Derechos Humanos pidió al Secretario General designar un experto independiente que: i) actualizara el Conjunto de Principios para la protección y promoción de los derechos humanos mediante la lucha contra la impunidad conforme la evolución del derecho y las prácticas internacionales en la materia; ii) que partiera del estudio independiente sobre el tema, elaborado en cumplimiento de la Resolución 2003/72 –Luis Joinet, 1997–; y iii) que recogiera las opiniones recibidas de los Estados y de las organizaciones intergubernamentales y no gubernamentales. El escrito fue confiado a la profesora Diane Orentlicher y presentado como Add.1 conjuntamente con el informe E/CN.4/2005/102.

*“Los Principios prevén, además, medidas contra la prescripción i) con miras a que ésta no opere, tanto respecto de la investigación, como de las penas, en tanto ‘no existan recursos eficaces contra esa infracción’ y ii) que la misma no se invoque dentro del marco de ‘las acciones civiles o administrativas entabladas por las víctimas para obtener reparación’ (Principios 22 y 23).*

“En lo que tiene que ver con la reparación de los daños, la directriz distingue el derecho de las víctimas y sus derechohabientes a ser indemnizados por los perjuicios causados, del derecho de los Estados a repetir contra los autores, de manera que, con independencia de los resultados de la investigación, toda persona afectada en su vida, honra, bienes, derechos y libertades, por hechos sucedidos dentro del marco del conflicto armado interno, puede exigir ‘medidas de restitución, indemnización, rehabilitación y satisfacción según lo establece el derecho internacional’, sin perjuicio del derecho del Estado de dirigirse contra los responsables de la vulneración (artículo 2°, CP, Principio 34).

“Siendo así, ante la decisión de la Fiscalía General de la Nación de abstenerse de emprender la investigación que demanda la ocurrencia de hechos criminales, dentro del marco del conflicto armado –desconociendo el derecho de las víctimas a conocer la verdad y a que los autores de la violación sean procesados, juzgados y condenados–, la Red de Solidaridad Social no puede, de contera, condicionar la reparación a la expedición de una certificación –sobre los ‘móviles ideológicos y políticos’– que solo podrían haber expedido las autoridades judiciales, una vez culminado el truncado enjuiciamiento.

“Lo anterior, toda vez que la exigencia de requisitos que las víctimas no pueden cumplir y que sólo el Estado en cuyo territorio ocurren las vulneraciones debe asumir, para condicionar el acceso a los programas de restitución, indemnización, rehabilitación y satisfacción, vulnera el derecho fundamental de las víctimas a la reparación y hace imperativa la intervención del juez constitucional para su restablecimiento” (resalta la Sala).<sup>20</sup>

Debe colegirse, por tanto, que el principio de reparación integral, entendido éste como aquel precepto que orienta el resarcimiento de un daño, con el fin de que la persona que lo padezca sea llevada, al menos, a un punto cercano al que se encontraba antes de la ocurrencia del mismo, debe ser interpretado y aplicado de conformidad con el tipo de daño producido, es decir, bien que se trate de uno derivado de la violación a un derecho humano, según el reconocimiento positivo del orden nacional e internacional o que se refiera a la lesión de un bien o interés jurídico que no se relaciona con el sistema de derechos humanos.

En esa perspectiva, la reparación integral en el ámbito de los derechos humanos no sólo supone el resarcimiento de los daños y perjuicios que se

---

20 Corte Constitucional, sentencia T-188 de 2007, Magistrado Ponente: Álvaro Tafur Galvis.

derivan, naturalmente, de una violación a las garantías de la persona, reconocidas nacional e internacionalmente, sino que también implica la búsqueda del restablecimiento del *statu quo*, motivo por el cual se adoptan una serie de medidas simbólicas y conmemorativas, que propenden por la restitución del núcleo esencial del derecho o derechos infringidos, máxime si se tiene en cuenta que tales vulneraciones tienen origen en delitos o crímenes que son tipificados como de lesa humanidad.<sup>21</sup>

La anterior conclusión se impone, a todas luces, como quiera que, en estos eventos, el reconocimiento de una indemnización económica con miras al cubrimiento de un determinado perjuicio o detrimento, en modo alguno puede catalogarse como suficiente, toda vez que la persona o conglomerado social ve afectado un derecho que, en la mayoría de los casos, es de aquellos que pertenecen a la primera generación de derechos humanos y, en consecuencia, por regla general, se ven cercenadas garantías de naturaleza fundamental, sin las cuales la existencia del ser humano no es plena.

En esa dirección, el juez de lo contencioso administrativo debe asumir una posición dinámica frente a las nuevas exigencias que le traza el ordenamiento jurídico interno, así como el internacional, toda vez que la protección de los derechos humanos se ha convertido en un aspecto de regulación positiva que ha desbordado las barreras tradicionalmente fijadas por los Estados en su defensa acérrima del principio de soberanía nacional. Este nuevo cambio de paradigma, en el cual el sujeto y la sociedad son el eje fundamental del Estado (social y democrático de derecho), hacen que todo el ordenamiento jurídico internacional tenga directo interés en la materialización real y efectiva de los derechos y garantías de los cuales es titular el ser humano.

La imbricación de los ordenamientos internos de derechos humanos con los supranacionales ha sido expuesta por la más calificada doctrina europea, en los siguientes términos:

“El juez contencioso administrativo queda comprometido a introducir en su actividad jurisdiccional de tutela de los derechos fundamentales y libertades públicas las enseñanzas derivadas de la doctrina persuasiva del Tribunal Europeo de Derechos Humanos, porque a este Tribunal, como ha subrayado expresivamente el magistrado Delgado Barrio, le corresponde la tarea propia de los vasos comunicantes, en el mantenimiento de un nivel común de reconocimiento de los derechos humanos y libertades fundamentales...”

---

21 Sobre el particular, se puede consultar: Estatuto de Roma (Por medio del cual se establece la Corte Penal Internacional), ratificado por Colombia mediante la Ley 742 de 2002, la cual fue objeto de revisión automática de constitucionalidad por parte de la Corte Constitucional, a través de la sentencia C-578 de 2002.

“(…) La colaboración fructífera entre la jurisdicción contencioso administrativa, el Tribunal Constitucional, y el Tribunal Europeo de los Derechos Humanos, si se hace perceptible en ambas direcciones motivará que el Tribunal Europeo funcionalmente desempeñe su papel de modo asistencial y subsidiario, como último recurso de amparo, ante el celo desplegado por los tribunales nacionales en incorporar su doctrina; y logrará que el efecto de irradiación que se deriva de su jurisprudencia llegue más allá del ámbito jurisdiccional, incidiendo en el perfeccionamiento de la legislación de desarrollo de los derechos fundamentales y en la actividad de la administración”.<sup>22</sup>

Así mismo, la Corte Permanente de Justicia Internacional (ONU), acerca del concepto de reparación integral, puntualizó:

“Constituye un principio del derecho internacional que la infracción de un compromiso entraña la obligación de reparación en forma debida. Por lo tanto, la reparación es el complemento indispensable del incumplimiento de una convención y no es necesario expresar esto en la propia convención. Las diferencias relativas a la reparación, que puedan obedecer al incumplimiento de una convención, son en consecuencia diferencias relativas a su aplicación.

“(…) El principio esencial que consagra el concepto real de hecho ilícito (principio que parece establecido por la práctica internacional y en particular por los laudos de los tribunales arbitrales) es que la reparación debe, en toda la medida de lo posible, hacer desaparecer las consecuencias del hecho ilícito y restablecer la situación que, con toda probabilidad, habría existido de no haberse cometido el hecho”.<sup>23</sup>

Por el contrario, la reparación integral que opera en relación con los daños derivados de la lesión a un bien jurídico tutelado, diferente a un derecho humano, se relaciona, específicamente, con la posibilidad de indemnizar plenamente todos los perjuicios que la conducta vulnerante ha generado, sean éstos del orden material o inmaterial. Entonces, si bien en esta sede el juez no adopta medidas simbólicas, conmemorativas, de rehabilitación, o de no repetición, dicha circunstancia, *per se*, no supone que no se repare íntegramente el perjuicio. Lo anterior, por cuanto en estos eventos el daño antijurídico no implica la afectación personal de un derecho o una garantía relacionada con el núcleo esencial del ser humano y con su posibilidad de vivir e interrelacionarse en términos de respeto absoluto a la dignidad del individuo, sino que tiene su fundamento en el aminoramiento patrimonial

22 Sánchez Cruzat, José Manuel, *Derecho administrativo y Tribunal Europeo de Derechos Humanos*, Ed. Civitas, 1996, pp. 145 y 146.

23 Corte Permanente de Justicia Internacional, caso *Factory of Chorzów*, Merits, 1928, Serie A, No. 17, p. 47. Citada por Crawford, James, *Los artículos de la Comisión de Derecho Internacional sobre responsabilidad internacional del Estado*, Ed. Dykinson, p. 245.

padecido (v. gr. la destrucción de una cosa como un vehículo, una lesión a causa de una falla de la administración, etc.).

En ese contexto, resulta imprescindible diferenciar dos escenarios en el interior del derecho de la reparación, los cuales pueden ser expresados en los siguientes términos: i) de un lado, los relativos al restablecimiento de daños antijurídicos derivados de violaciones a derechos humanos y, por el otro, ii) los referentes al resarcimiento de daños antijurídicos emanados de lesiones a bienes o intereses jurídicos que no se refieran a derechos humanos. La anterior distinción permitirá establecer, en el marco del derecho interno, qué efectos genera el pronunciamiento de un organismo o un tribunal internacional que juzgue los hechos en los cuales se controvierta la responsabilidad del Estado por violaciones a derechos humanos y, adicionalmente, servirá para determinar, en el caso de las acciones constitucionales, con qué potestades cuenta el juez nacional para hacer cesar la amenaza o vulneración del correspondiente derecho.

La anterior relación fue desarrollada recientemente por esta misma Sala, a efectos de verificar las incidencias que tiene una decisión de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, a nivel del derecho interno, en los siguientes términos:

“Por consiguiente se puede afirmar, sin ambage alguno, que si existe una condena internacional de la Corte Interamericana de Derechos Humanos a un Estado por la violación de uno o varios derechos humanos, y dentro del proceso se adoptó una decisión vinculante en relación con la indemnización de los perjuicios a favor de las víctimas y sus familiares, a nivel interno la Jurisdicción de lo Contencioso Administrativo –en sede de un proceso ordinario de reparación directa– deberá declarar, de oficio o a petición de parte, la cosa juzgada internacional, como quiera que no le es viable al órgano jurisdiccional de carácter nacional desconocer la decisión proferida en el marco internacional, más aún cuando la Corte Interamericana define de manera genérica toda la responsabilidad del Estado, y no sólo se circunscribe al aspecto puntual del perjuicio”.<sup>24</sup>

En lo que respecta a la competencia a nivel del Sistema Interamericano de Derechos Humanos, la condena que haga la Corte Interamericana de Derechos Humanos se hace con efectos de fuerza vinculante frente al ordenamiento interno y, por consiguiente, es imperativo que las autoridades nacionales acaten, en todos los ámbitos, los efectos de ese pronunciamiento.

De allí que la labor del juez de lo contencioso administrativo, al tratarse de los procesos que se formulen para su conocimiento, con ocasión de la vulne-

24 Consejo de Estado, Sección Tercera, sentencia de 19 de octubre de 2007, exp. 29273, Magistrado Ponente: Enrique Gil Botero.



ración o trasgresión de derechos humanos, es la de un funcionario dinámico, con amplias facultades resarcitorias y de restablecimiento, suministradas éstas por el propio ordenamiento jurídico interno e internacional, encaminadas a que se obtenga una verdadera reparación integral del daño derivada de ese quebrantamiento. En ese orden de ideas, la jurisprudencia contencioso administrativa debe acompasarse con los lineamientos que le son trazados por los principios y la regulación contenida en la Constitución Política y en el ordenamiento jurídico, como quiera que dichas disposiciones prevalecen sobre cualquier otra norma o regla de derecho vigente, en los términos del artículo 93 de la Carta Política, en tanto se dispone que: “Los tratados y convenios internacionales ratificados por el Congreso, que reconocen los derechos humanos y que prohíben su limitación en los estados de excepción, prevalecen en el orden interno. Los derechos y deberes consagrados en esta Carta se interpretarán de conformidad con los tratados internacionales sobre derechos humanos ratificados por Colombia...”

En ese contexto, y si es claro que prevalece la regulación internacional que reconoce y regula derechos humanos, a nivel normativo e interpretativo, frente al sistema interno, es ostensible que el juez de lo contencioso administrativo cuenta con diversas herramientas e instrumentos dirigidos a asegurar la reparación integral derivada del quebrantamiento de derechos humanos, cuando quiera que sean sometidas a su consideración, con miras al resarcimiento del perjuicio. Por tanto, es deber del juez, en estos eventos, no limitarse a decretar indemnizaciones monetarias —a partir de la aplicación de bases y criterios actuariales—, por el contrario, su obligación es integrar las medidas con que cuenta a partir del ordenamiento jurídico interno en su plenitud, como del internacional, con miras a que el restablecimiento derivado de una vulneración a los derechos humanos sea materializado.

Así las cosas, los jueces de lo contencioso administrativo y los tribunales constitucionales, a nivel interno, deben procurar el pleno y completo restablecimiento de los derechos humanos de los que tengan conocimiento, como quiera que esa es su labor, con el propósito, precisamente, de evitar que los tribunales de justicia internacional de derechos humanos, en el caso concreto de Colombia, la Corte Interamericana de Derechos Humanos, como tribunal supranacional, tenga que desplazar a la justicia interna en el cumplimiento de los citados propósitos.

Por consiguiente, resulta perfectamente viable, en aplicación del principio de “reparación integral”, como se ha visto, que el juez de lo contencioso administrativo adopte medidas pecuniarias y no pecuniarias, en idéntico o similar sentido a las que la jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos ha decantado, entre las cuales encontramos:

- a) La restitución o *restitutio in integrum*, es el restablecimiento de las cosas a su estado normal o anterior a la violación; es la forma perfecta de reparación, y sólo en la medida en que dicha restitución no resulte accesible procede acordar otras medidas reparatorias.<sup>25</sup>
- b) La indemnización por los perjuicios materiales sufridos por las víctimas de un caso en particular, la cual comprende el daño material (daño emergente, lucro cesante) y el daño inmaterial.<sup>26</sup>
- c) La rehabilitación: comprende la financiación de la atención médica y psicológica o psiquiátrica o de los servicios sociales, jurídicos o de otra índole.<sup>27</sup>
- d) Satisfacción: son medidas morales de carácter simbólico y colectivo, que comprenden los perjuicios no materiales, como por ejemplo, el reconocimiento público del Estado de su responsabilidad, actos conmemorativos, bautizos de vías públicas, monumentos, etc.<sup>28</sup>
- e) Garantías de no repetición: son aquellas medidas idóneas, de carácter administrativo legislativo o judicial, tendientes a que las víctimas no vuelvan a ser objeto de violaciones a su dignidad, entre las cuales cabe mencionar aquellas encaminadas a disolver los grupos armados al margen de la ley, y la derogación de leyes, entre otras.<sup>29</sup>

Como corolario de lo anterior, para la Sala, la reparación integral propende por el restablecimiento efectivo de un daño a un determinado derecho o interés jurídico y, por lo tanto, en cada caso concreto, el juez de la órbita nacional deberá verificar con qué potestades y facultades cuenta para lograr el resarcimiento del perjuicio, bien a través de medidas netamente indemnizatorias o, si los supuestos fácticos lo permiten (trasgresión de derechos humanos en sus diversas categorías), mediante la adopción de medidas o disposiciones de otra naturaleza, como las ya enunciadas, entre otras.

Debe resaltarse, por ende, el papel que desempeña el juez en el Estado social de derecho, toda vez que es el llamado a servir, en términos del profesor Zagrebelsky,<sup>30</sup> como conector entre el Estado y la sociedad, en tanto el ordenamiento jurídico le confiere, de acuerdo con la naturaleza de la controversia

---

25 Corte Interamericana de Derechos Humanos. Voto razonado del juez Sergio García Ramírez en la sentencia de reparaciones del Caso Bámaca Velásquez. Sentencia de 22 de febrero de 2002.

26 Corte Interamericana de Derechos Humanos. Caso Aloeboetoe y otros. Sentencia de Reparaciones. Párr. 50.

27 Corte Interamericana de Derechos Humanos. Caso masacre de Pueblo Bello. Párr. 273.

28 Corte Interamericana de Derechos Humanos. Caso Las Palmeras contra Colombia. Sentencia del 6 de diciembre de 2001. Párr. 68.

29 *Ibidem*.

30 Zagrebelsky, Gustavo, *El derecho dúctil*, Ed. Trotta, Madrid, 2001.

puesta a su consideración, una gama amplísima de posibilidades tendientes a la realización de una verdadera justicia material, en donde independientemente del origen del daño o la lesión del interés o del derecho, en todos los casos, la persona tenga la garantía de que la reparación del perjuicio será integral, y fundamentada en criterios de justicia.

Ahora bien, debe precisarse que los anteriores planteamientos, en modo alguno desconocen los principios de jurisdicción rogada y de congruencia (art. 305, CP),<sup>31</sup> toda vez que frente a graves violaciones de derechos humanos (v. gr. crímenes de lesa humanidad), el ordenamiento jurídico interno debe ceder frente al internacional, en tanto este último impone la obligación a los Estados, a los diferentes órganos que los integran –incluida la rama judicial del Poder Público–, de adoptar todas las medidas tendientes a la protección y reparación de esas garantías del individuo.

Por ende, el principio de reparación integral cobra mayor fuerza en aquellos eventos en los cuales el juez de lo contencioso administrativo debe decidir asuntos relacionados con presuntos desconocimientos de las garantías fundamentales del ser humano, por cuanto en tales supuestos el ordenamiento jurídico interno e internacional lo dota de una serie de herramientas e instrumentos para procurar el restablecimiento de los derechos.

La anterior óptica no implica, en ningún sentido, el desconocimiento de los postulados de índole procesal trazados por el legislador, sino que, por el contrario, representa la correcta y adecuada armonización de las reglas jurídicas del sistema interno con los principios y normas que protegen al ser humano a nivel internacional, la mayoría de las cuales han sido suscritas y ratificadas por Colombia.

De otra parte, las medidas que puede adoptar el juez, dirigidas a la reivindicación de los derechos humanos transgredidos en un determinado caso, no desconocen la garantía fundamental de la *no reformatio in pejus* (relacionado íntimamente con el de congruencia), en tanto no suponen la modificación o el desconocimiento de los límites trazados por la *causa petendi* de la demanda, sino que dichas medidas conmemorativas, simbólicas, o de no repetición de la conducta, suponen una labor pedagógica e instructiva encaminada a sensibilizar a las entidades públicas y a toda la población acerca de la importancia del respeto de las garantías fundamentales del individuo.

En efecto, el fundamento específico del principio de la reparación integral se encuentra en el señalamiento que efectúa la propia Carta Política, en

---

31 La sentencia deberá estar en consonancia con los hechos y las pretensiones aducidos en la demanda y en las demás oportunidades que este código contempla, y con las excepciones que aparezcan probadas y hubieren sido alegadas si así lo exige la ley.  
“No podrá condenarse al demandado por cantidad superior o por objeto distinto del pretendido en la demanda, ni por causa diferente a la invocada en ésta”.

el artículo 93, en donde se reconoce, de manera expresa, que todo tipo de tratado, convención o protocolo internacional que sea ratificado por Colombia, en el que se reconozcan y protejan los derechos humanos, prevalecen en el orden interno. Así las cosas, una vez se incorporan al derecho interno, a través de la celebración y ratificación, los tratados internacionales sobre derechos humanos prevalecen sobre la legislación nacional, tanto así que tales garantías y prerrogativas no pueden ser suspendidas ni siquiera en vigencia de los denominados estados de excepción.<sup>32</sup>

Sobre el particular, la doctrina, ha señalado:

“De tal manera, que ser responsable de los derechos humanos significa encontrarse obligado a garantizarlos en su dimensión integral, esto es, civiles y políticos, económicos, sociales y culturales, de la solidaridad y de los pueblos, etc., en razón de su unidad ontológica: universalidad, interdependencia, indivisibilidad.

“2.5.3. El Estado moderno es el único ente dotado de una compleja estructura de poder, sujeta a reglas y controles, y que dispone de medios y recursos para el cumplimiento efectivo y duradero de las obligaciones en materia de derechos humanos. Y en el cumplimiento de estos compromisos tiene el Estado fincada su legitimidad.

“2.5.4. Por principio de derecho internacional, el carácter subordinante del Estado sobre cualquier otro poder interno tiene como consecuencia que se constituya en el único sujeto jurídico con plena capacidad para obligarse y responder por todas las personas que tiene bajo su jurisdicción.

“Así pues, para la aplicación de la noción de derechos humanos en una relación entre sujetos es condición necesaria que uno de ellos sea el Estado. De esta manera, el concepto mismo estaría caracterizado, más que por su contenido, por los sujetos de la relación que describe”.<sup>33</sup>

Entonces, es claro que ese conjunto normativo internacional,<sup>34</sup> a partir del contenido del artículo 93 antes citado, se integra en el ordenamiento jurídico interno y, por consiguiente, tiene plena vigencia a nivel nacional. La gran mayoría de ese conjunto de preceptos hace parte del denominado *ius*

32 Determina el numeral 2 del artículo 214 de la Constitución: “No podrán suspenderse los derechos humanos ni las libertades fundamentales. En todo caso se respetarán las reglas del derecho internacional humanitario...”

33 Pazos, Ramiro de Jesús, “El problema de la responsabilidad en las violaciones a los derechos humanos frente al derecho internacional”, en *Pensamiento Jurídico – Revista de Teoría del Derecho y Análisis Jurídico*, Ed. Universidad Nacional de Colombia, pp. 151 y ss.

34 V. gr., Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre (Bogotá, 1948), Convención Americana sobre Derechos Humanos (San José de Costa Rica, 1970), Declaración Universal de los Derechos Humanos (Nueva York, 1948), Documentos de la organización de las Naciones Unidas relativos a los derechos de la mujer, Declaración de los derechos del niño (1959), Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos (Nueva York, 1966).

*cogens*, es decir, se trata de reglas imperativas aceptadas por los Estados y que no admiten acuerdo en contrario, según lo determinado por el artículo 53 de la Convención de Viena de 1969, sobre derecho de los tratados.

En ese contexto, las disposiciones legales nacionales deben ceder y, de otra parte, ser armonizadas, claramente, a los postulados contenidos en el denominado “derecho de los derechos humanos”, en tanto los postulados de legitimidad y reconocimiento internacional se estructuran sobre la base del respeto y materialización que un sujeto de derecho internacional brinde en relación con los derechos humanos.

Así las cosas, con el fin de proteger y restablecer los derechos humanos, las autoridades oficiales en Colombia y, concretamente, las pertenecientes a la rama judicial del Poder Público, cuentan con amplias facultades otorgadas por el propio ordenamiento jurídico, principalmente por la Constitución Política, toda vez que es un imperativo categórico adoptar todas las medidas posibles dirigidas a la satisfacción de las garantías básicas del ser humano, en especial las de naturaleza fundamental (primera generación), como quiera que el propio texto constitucional reconoce que son de aplicación inmediata (art. 85, CP), sin que sea necesario ningún tipo de regulación y reglamentación para que sean adoptadas las medidas para su protección y promoción.

De ese modo, es claro que, mediante la ponderación del contenido del artículo 16 de la Ley 446 de 1998 con las demás disposiciones contenidas en el ordenamiento jurídico colombiano, el juez puede arribar a decisiones que respeten plenamente las garantías fundamentales y procesales de las entidades o personas demandadas, sin que ello suponga que aquél pueda hacer caso omiso de conductas y violaciones a derechos humanos, posición que está claramente proscrita por los lineamientos del derecho internacional que los protege y, adicionalmente, por el orden jurídico interno.

Como corolario de lo anterior, debe puntualizarse que en todas aquellas situaciones en las cuales el juez se enfrente a un evento de flagrante quebrantamiento de derechos humanos, el sistema jurídico interno debe ceder frente a los postulados contenidos en la Carta Política y en el orden internacional, para dar paso a medidas e instrumentos que permitan la protección efectiva y material de aquéllos.<sup>35</sup>

---

35 “La positivización de los derechos humanos ha hecho entonces más dúctil y más maleables el razonamiento judicial, de suerte que la justicia se ha vuelto más ‘gradual’. Hoy en día, muchas de las decisiones judiciales sobre derechos humanos dependen en gran medida del grado de afectación de los derechos y valores en conflicto, según las circunstancias del caso específico, por lo cual la mayoría de las distinciones relevantes en estos casos son más diferencias de grado, de intensidad, que rígidas oposiciones cualitativas.

Entonces, es esa amplia gama normativa imperativa la que brinda ese haz de instrumentos a los funcionarios judiciales, bien a nivel interno o internacional, con el propósito de que restablezcan los derechos vulnerados y, adicionalmente, reparen de manera integral los daños derivados de tales transgresiones.<sup>36</sup>

Por consiguiente, el criterio de la reparación integral, fundamentado en la importancia y relevancia que ostentan los derechos humanos en el ámbito interno e internacional, debe ceñirse a los parámetros y postulados de justicia restaurativa que han sido delineados, recientemente, en el ámbito interno, por la Comisión Nacional de Reparación y Reconciliación, entre los que vale la pena destacar los siguientes:

“(…) b. Que las reparaciones sean coherentes y complementarias con los otros componentes de la justicia transicional, es decir, con el esclarecimiento de la verdad, la reconstrucción de la memoria histórica, la aplicación de la justicia y las reformas institucionales, ya que sólo de esa manera se logrará el objetivo último de las reparaciones, que incluye la dignificación de las víctimas.

“c. Que las reparaciones mantengan la integralidad interna, es decir, que logren un adecuado balance entre medidas individuales y colectivas, así como entre medidas materiales y simbólicas, ya que es la única manera de asegurar que las víctimas se sientan realmente reparadas. Así mismo,

---

“(…) La gradualidad de la justicia constitucional se expresa también en el hecho de que ni los tribunales ni los documentos constitucionales y de derechos humanos determinan a priori y en forma absoluta las soluciones a los potenciales conflictos, sino que la propia práctica jurisprudencial y las diluciones que ella suscita permiten ir ajustando progresivamente los criterios de decisión”. Uprimny, Rodrigo, “La universalidad de los derechos humanos: conflictos entre derechos, conceptos de democracia, e interpretación jurídica”, en *Pensamiento Jurídico – Revista de Teoría del Derecho y Análisis Jurídico*, Universidad Nacional de Colombia, pp. 98 y ss.

36 “En cuanto a la reparación, la Corte [se refiere a la Corte Interamericana de Derechos Humanos] ha señalado que ésta requiere, siempre que sea posible, la restitución in integrum, es decir, la plena restitución o restablecimiento de la situación anterior de la violación. De no ser posible, ‘cabe al tribunal internacional determinar una serie de medidas para, además de garantizar los derechos conculcados, reparar las consecuencias que las infracciones produjeron, así como establecer el pago de una indemnización como compensación por los daños ocasionados’ (ver Corte Interamericana de Derechos Humanos, caso Trujillo Oroza y caso Cantoral Benavides).

“De este modo, se ha reconocido que la reparación debe ser integral, lo cual se traduce en distintas medidas tendientes a hacer desaparecer los efectos de las violaciones cometidas; no se trata de un enriquecimiento para la víctima o sus sucesores. La reparación depende, por tanto, del daño ocasionado en el plano material y en el inmaterial, y es importante estudiar el tema desde la perspectiva de la víctima en cada caso, es decir, mirar cómo se puede restituir a la persona afectada en sus derechos fundamentales, cómo puede el derecho restablecer la situación, no sólo patrimonialmente, sino integralmente, mirando a la persona como un todo”. Gómez Méndez, María Paula y Montoya Salamanca, Alexandra, *Verdad, justicia y reparación*. Colombia ante la Corte Interamericana de Derechos Humanos, Ed. Fundación Social - Instituto Interamericano de Derechos Humanos, 2007, p. 43.

el concepto de reparación integral implica que las medidas de reparación contemplen la restitución, la indemnización, la rehabilitación, la satisfacción y las garantías de no repetición.

“d. Que la reparación sea adecuada, en el sentido de que las medidas de reparación deben estar acordes y se proporcionales con [las lesiones cometidas a los derechos humanos].

“e. Que las reparaciones sean efectivas, es decir, que se cumplan efectivamente en la realidad.

“(...) g. Que la reparación sea proporcional al daño cometido y esté acorde con los perjuicios causados”.<sup>37</sup>

Bajo los anteriores planteamientos, para la Sala, ponderados los principios de reparación integral –por razones de violaciones a derechos humanos–, con los procesales de la *no reformatio in pejus* y de congruencia, es claro que estos últimos tienen que ceder frente al primero, toda vez que el Estado colombiano, así como sus autoridades, no pueden sustraerse del deber jurídico superior, reiterado en diversos instrumentos, doctrina y jurisprudencia internacional, en donde se establece la obligatoriedad de reparar *in integrum* los daños que se deriven de la violación de derechos humanos, conclusión que se ve reforzada si se tiene en cuenta que en el ordenamiento jurídico interno prevalece el derecho sustancial sobre el formal, sin que ello implique el desconocimiento al debido proceso de las entidades o personas demandadas, quienes sabrán que, en tratándose de la solicitud de reparación de daños derivados del desconocimiento del sistema universal o americano de derechos humanos, es procedente adoptar todas las medidas conducentes a garantizar el restablecimiento de los mismos.

Es por tanto el juez quien debe velar por que toda la serie de medidas que gravitan en el ordenamiento vernáculo como en el internacional, sean efectivamente aplicadas a nivel interno, de tal manera que se satisfagan efectivamente las garantías y derechos de los cuales es titular la persona, entendida esta última como el eje central de la estructura político-jurídica definida como el Estado social de derecho.

11. Examinados los anteriores aspectos en torno al concepto de reparación *in integrum*, y como quiera que, en el caso concreto, la Sala se encuentra frente a un evento de clara trasgresión de derechos humanos, concretamente, de rango fundamental, procede a determinar la valoración de los perjuicios económicos a que haya lugar, así como las eventuales medidas adicionales de reparación que sean procedentes, en orden a garantizar la satisfacción de los derechos y garantías desconocidas por las entidades públicas demandadas.

37 Comisión Nacional de Reparación y Reconciliación. “Recomendación de criterios de reparación y de proporcionalidad”, Bogotá, 2007, pp. 24 y 25.

11.1. Respecto de la indemnización de los perjuicios solicitados por los demandantes, se tiene que de la unión de María Delfa Castañeda y Omar Carmona, nacieron: Omar, Herney, Henry, Rodrigo, Ramiro, Nancy, Amparo y Gladis Carmona Castañeda. A su vez, Omar Andrés e Iván Fernando Carmona Martínez son hijos de Omar Carmona Castañeda y Martha Cecilia Martínez Castro. Carolina y Lezly Carmona Saavedra son hijas del mismo padre y de Ana Emilsen Saavedra. Lo mismo pasa con Lik Johanna Carmona Silvestre, hija del mismo padre y de Nubia Silvestre Mesa. De acuerdo con registros civiles de nacimiento de la Notaría Primera de Tuluá (folios 11 a 24 cuaderno 1).

Sobre la condición de compañera permanente de Martha Cecilia Martínez Castro de Omar Carmona Castañeda, la señora Mabel Erigid Pérez Parra declaró al respecto:

“... [Omar Carmona] tenía tres mujeres. En ellas dejó tres hijos en total, uno en cada una, los cuales se llaman Carolina, Lesly Johana y Lik Johana. En Martha, su señora, tiene dos hijos varones que se llaman Iván Fernando y Omar Andrés... Omar le ayudaba a la mamá de él y sostenía a Martha Cecilia a la cual conocí como su señora, la que tiene dos hijos... Él era muy afectivo con sus hijos y su señora Martha Cecilia y sus hijos Omar e Iván Fernando y el respondía como pobre, les tenía sus cosas, prácticamente Martha dependía de él, era muy afectivo con ellos, para mí se veía una familia muy unida” (folios 68 y 69, cuaderno 2).

Luis Eduardo Alvarán Vanegas, sobre el mismo punto, dijo:

“El finado Omar Carmona Castañeda vivía con Martha Cecilia Martínez, ellos vivían en unión libre, y tuvo dos niños que se llaman Omar Andrés y (sic) Iván Fernando Carmona y todo esto lo sé porque Omar nos contaba y que estaba contento de haber tenido dos hijos varones y esto me lo decía cuando estábamos trabajando...” (folio 70, cuaderno 2).

En los mismos términos testificó Sandra Patricia Ballesteros Morales (folios 71 y 72, cuaderno 2).

11.2. Establecido el parentesco con los registros civiles, la Sala da por probado el perjuicio moral en los actores con ocasión de la muerte de su hijo, padre y hermano, por cuanto las reglas de la experiencia hacen presumir<sup>38</sup>

---

38 Sobre el carácter de la presunción bajo las reglas de la experiencia, el tratadista Gustavo Humberto Rodríguez manifestó: “La presunción como regla de experiencia. – La acción humana va siempre acompañada de conocimiento. El hombre conoce la realidad en la cual actúa, por medio de dos instrumentos: *la experiencia y la ciencia*. Con la experiencia conoce empíricamente, objetivamente, llevando por la observación a que se ve impelido por la acción. Con la ciencia sistematiza sus conocimientos, profundiza críticamente en ellos, los verifica y los explica metódicamente. El análisis empírico lo lleva a formular juicios de experiencia; el científico lo conduce a expresar juicios científicos, que serán absolutos mientras la misma



que el óbito de un pariente cercano causa un profundo dolor y angustia en quienes conforman su núcleo familiar, en atención a las relaciones de cercanía, solidaridad y afecto, además de la importancia que dentro del desarrollo de la personalidad del individuo tiene la familia como núcleo básico de la sociedad.

En efecto, científicamente, ese tipo de pérdidas es conocida como duelo, que se caracteriza por tener un componente de aflicción o dolor, el cual la doctrina médica ha definido en cuanto a su contenido y alcance en los siguientes términos:

“El duelo (la pérdida de alguien a quien la persona siente cercana y el proceso de ajustarse a ésta) afecta prácticamente todos los aspectos de la vida de un sobreviviente. A menudo, el duelo acarrea un cambio de estatus y de papel (por ejemplo, de esposa a viuda o de hijo o hija a huérfano). También tiene consecuencias sociales y económicas (la pérdida de amigos y en ocasiones de ingreso). En primer lugar se presenta la aflicción, que es la respuesta emocional experimentada en las primeras fases del duelo.

“La aflicción, al igual que la muerte, es una experiencia personal. La investigación actual ha cuestionado las nociones previas de un solo patrón ‘normal’ de aflicción y un programa ‘normal’ de recuperación. El hecho de que una viuda hablara con su difunto marido era considerado como una señal de perturbación emocional, que ahora se reconoce como una conducta común y útil (Luna, 1993b). Aunque algunas personas se recuperan con bastante rapidez después del duelo, otras nunca lo hacen”.<sup>39</sup>

Las reglas de la experiencia y la práctica científica<sup>40</sup> han determinado que en la generalidad, cuando se está ante la pérdida de un ser querido, se siente aflicción, lo que genera el proceso de duelo. Razón por la cual la Sala

---

ciencia no los desvirtúa. A su vez, los juicios o reglas de la experiencia, en virtud de ese carácter meramente empírico o práctico, solo expresan un conocimiento inconcluso o de probabilidad. *La experiencia es un conjunto de verdades de sentido común, dentro de las cuales hay muchos grados que lindan con el científico...*” (resalta la Sala). Rodríguez, Gustavo Humberto, *Presunciones. Pruebas Penales Colombianas*, Tomo II, Ed. Temis, Bogotá, 1970, pp. 127 y ss. Quiceno Álvarez Fernando, *Indicios y Presunciones. Compilación y Extractos*, Editorial Jurídica Bolivariana, 2002.

39 Papalia, Diane E.; Wendkos Olds, Rally y Duskin Feldman, Ruth, *Desarrollo humano*. Ed. Mc Graw Hill, novena edición. Méjico D.F., 2004. pp. 766 y s.s.

40 Fernández Liria, B. Rodríguez Vega, *Intervenciones sobre problemas relacionados con el duelo para profesionales de Atención Primaria: El proceso del duelo*, Universidad Autónoma de Madrid, <http://www.medicinadefamiliares.cl/Protocolos/DUELO%201.pdf>. Aunque es difícil establecer inequívocamente relaciones causa-efecto, numerosos estudios han relacionado las pérdidas de diverso tipo con alteraciones de la salud. Hoy se acepta generalmente que en torno a un tercio de los pacientes que acuden a las consultas de Atención Primaria presentan problemas de salud mental que requerirían algún tipo de tratamiento y, aproximadamente una cuarta parte del total presenta problemas que podrían considerarse relacionados con algún tipo de pérdida”.

reitera la posición asumida por la Corporación en la sentencia de 17 de julio de 1992 <sup>41</sup> donde, sobre el particular y con fundamento en la Constitución, se analizó el tópico, así:

“En punto tocante con perjuicios morales, hasta ahora se venían aceptando que estos se presumen para los padres, para los hijos y los cónyuges entre sí, mientras que para los hermanos era necesario acreditar la existencia de especiales relaciones de fraternidad, o sea, de afecto, convivencia, colaboración y auxilio mutuo, encaminados a llevar al fallador la convicción de que se les causaron esos perjuicios resarcibles. Ocurre sin embargo, que la Constitución Nacional que rige en el país actualmente, en su artículo 2º, señala que Colombia como Estado social de derecho que es, tiene como fines esenciales el de servir a la comunidad, promover la prosperidad general y garantizar la efectividad de los principios, derechos y deberes consagrados en la misma; también el de facilitar la participación de todos en las decisiones que los afecte y en la vida económica, política, administrativa y cultural de la Nación; al igual que defender la independencia nacional, mantener la integridad territorial y asegurar la convivencia pacífica y la vigencia de un orden justo.

“Por su parte, el artículo 42 de la Carta Política establece que el Estado y la sociedad tienen como deber ineludible el de garantizar la protección integral de la familia, núcleo fundamental de la sociedad, que ‘se constituye por vínculos naturales y jurídicos, por la decisión libre de un hombre y una mujer de contraer matrimonio o por la voluntad responsable de conformarla’. Y agrega que ‘cualquier forma de violencia en la familia se considera destructiva de su armonía y unidad, y será sancionada conforme a la ley. Los hijos habidos en el matrimonio o fuera de él, adoptados o procreados naturalmente o con asistencia científica tienen iguales derechos y deberes’”.

“La ley no ha definido taxativamente las personas que integran la familia que goza de la especial protección del Estado y de la sociedad en general. Así las cosas, podría adoptarse como criterio interpretativo el concepto amplio de la familia, como aquellos parientes próximos de una persona a los que se refiere el artículo 61 del Código Civil, que es del siguiente tenor:

“En los casos en que la Ley dispone que se oiga a los parientes de una persona, se entenderá que debe oírse a las personas que van a expresarse y en el orden que sigue:

“1º Los descendientes legítimos;

“2º Los ascendientes legítimos;

“3º El padre y la madre naturales que hayan reconocido voluntariamente al hijo, a falta de descendientes o ascendientes legítimos;

“4º El padre y la madre adoptantes, o el hijo adoptivo, a falta de parientes de los números 1º, 2º y 3º;

---

41 Radicado 6750, actores: Luis María Calderón Sánchez y otros. Consejero Ponente: Daniel Suárez Hernández.

“5º Los colaterales legítimos hasta el sexto grado, a falta de parientes de los números 1º, 2º, y 4º;

“6º Los hermanos naturales, a falta de los parientes expresados en los números anteriores;

“7º Los afines legítimos que se hallen dentro del segundo grado, a falta de los consanguíneos anteriormente expresados.

“Si la persona fuera casada, se oír también, en cualquiera de los casos de este artículo a su cónyuge; y si alguno o algunos de los que deben oírse, no fueren mayores de edad o estuvieren sujetos a la potestad ajena, se oír en su representación a los respectivos guardadores, o a las personas bajo cuyo poder y dependencia estén constituidos”.

“También resulta procedente tomar como familia lo que los tratadistas definen como familia nuclear, esto es, la integrada por los parientes en primer grado a que alude el artículo 874, ordinal 3º ibídem, que reza:

“La familia comprende (además del habitador cabeza de ella) a la mujer y a los hijos; tanto los que existen al momento de la constitución, como los que sobrevienen después, y esto aún cuando el usuario o habitador no esté casado, ni haya reconocido hijo alguno a la fecha de la constitución”.

“La familia para fines de las controversias indemnizatorias, está constituida por un grupo de personas naturales, unidas por vínculos de parentesco natural o jurídico, por lazos de consanguinidad, o factores civiles, dentro de los tradicionales segundo y primer grados señalados en varias disposiciones legales en nuestro medio.

“Así las cosas, la Corporación varía su anterior posición jurisprudencial, pues no hay ninguna razón para que en un orden justo se continúe discriminando a los hermanos, víctimas de daños morales, por el hecho de que no obstante ser parientes en segundo grado, no demuestran la solidaridad o afecto hasta hoy requeridos, para indemnizarlos. *Hecha la corrección jurisprudencial, se presume que el daño antijurídico inferido a una persona, causado por la acción u omisión de las autoridades públicas, genera dolor y aflicción entre sus parientes hasta el segundo grado de consanguinidad y primero civil, ya sean ascendientes, descendientes o colaterales.*

“Como presunción de hombre que es, la administración está habilitada para probar en contrario, es decir, que a su favor cabe la posibilidad de demostrar que las relaciones filiales y fraternales se han debilitado notoriamente, se han tornado inamistosas o, incluso que se han deteriorado totalmente. En síntesis, la Sala tan solo aplica el criterio lógico y elemental de tener por establecido lo anormal y de requerir la prueba de lo anormal. Dicho de otra manera, lo razonable es concluir que entre hermanos, como miembros de la célula primaria de toda sociedad (la familia), exista cariño, fraternidad, vocación de ayuda y solidaridad, por lo que la lesión o muerte de algunos de ellos afectan moral y sentimentalmente al otro u otros. La conclusión contraria, por excepcional y por opuesta a la lógica de lo razonable, no se puede tener por establecida sino en tanto y cuanto existan medios

*probatorios legal y oportunamente aportados a los autos que así la evidencien*".<sup>42</sup> (Resaltado de la Sala).

Así las cosas, como la demandada no desvirtuó la presunción de la aflicción causada a los demandantes por la pérdida de su padre, hijo y hermano, pariente en primer y segundo grado de consanguinidad, de acuerdo con los registros civiles allegados al proceso, la Sala da por probado el daño moral con fundamento en la presunción judicial o de hombre que constituye un criterio de valoración mas no un medio de prueba. En el derecho americano a dichas presunciones judiciales se les llama "inferencias"; la presunción es un razonamiento que está basado enteramente en la lógica y la experiencia, por ello no se puede confundir con el indicio ya que este es un hecho, ni con ningún otro medio de prueba.

La misma consideración hace la Sala respecto de la señora Martha Cecilia Martínez Castro, compañera permanente de Omar Carmona Castañeda, en virtud de las declaraciones citadas que acreditan tal condición.

Conforme a lo expresado en sentencia del seis de septiembre de 2001, esta Sala ha abandonado el criterio según el cual se consideraba procedente la aplicación analógica del artículo 106 del Código Penal de 1980, para establecer el valor de la condena por concepto de perjuicio moral; ha considerado que la valoración de dicho perjuicio debe ser hecha por el juzgador en cada caso según su prudente juicio, y ha sugerido la imposición de condenas por la suma de dinero equivalente a cien salarios mínimos legales mensuales, en los eventos en que aquél se presente en su mayor grado.<sup>43</sup>

Por lo anterior, se condenará a los demandados a pagar a los padres de los hermanos Carmona Castañeda la suma equivalente en pesos a 200 salarios mínimos legales mensuales, para cada uno de ellos; y a los hermanos y la compañera permanente e hijos del primero el equivalente a 100 salarios de la misma índole.

11.3. En cuanto a los perjuicios materiales, debe precisarse que en la sentencia apelada sólo fueron concedidos a la compañera permanente de Omar Carmona Castaño, Martha Cecilia Martínez Castro y a sus dos hijos Omar Andrés e Iván Fernando Carmona Martínez. De acuerdo con ello, la Sala se limitará a actualizar las sumas reconocidas en la sentencia impugnada.

42 Posición que ha sido reiterada por la Sala Plena de lo Contencioso Administrativo en sentencia de 30 de marzo de 2004. S 736, Actor: Nelly Tejada. Consejero Ponente: Camilo Arciniegas Andrade. "Del parentesco cercano con la víctima se infiere el padecimiento moral que su muerte inflige a los suyos. El parentesco es indicio vehemente del daño moral". Y recientemente por la Sección Tercera, en sentencia de 30 de agosto de 2007. Expediente 15.724, actor: Oswaldo Pérez Barrios. Consejero Ponente: Ramiro Saavedra Becerra.

43 Consejo de Estado, Sección Tercera, sentencia del 6 de septiembre de 2001, expediente 13.232-15.646.

Aplicando la fórmula utilizada reiteradamente para actualizar la renta, se tiene que la renta actualizada (Ra) es igual a la renta histórica multiplicada por el índice de precios al consumidor del mes anterior a esta sentencia, dividido por el vigente en el mes de la providencia de primera instancia.

Demandante	Lucro cesante primera instancia	Ra= Rh*176,26 (octubre 2007)/105,74 (abril de 1999)
Martha Cecilia Martínez Castro	\$ 6.075.391,35	\$ 10.126.842,00
Omar Andrés Carmona Martínez	\$ 5.353.850,00	\$ 8.924.132,00
Iván Fernando Carmona Martínez	\$ 6.075.391,35	\$ 10.126.842,00

11.4. Ahora bien, como quiera que no es posible retrotraer los efectos de la conducta desplegada por la administración, lo que desencadenó la violación a los derechos humanos de los señores Omar y Henry Carmona Castañeda, esto es, efectuar una reparación *in integrum*, la Sala adoptará una serie de medidas no pecuniarias, dirigidas a materializar, al menos en forma cercana, un efectivo restablecimiento de los daños y perjuicios causados con la desaparición y muerte de los mencionados hermanos Carmona Castañeda, las cuales se concretan en lo siguiente:

11.4.1. El señor Director General de la Policía Nacional y el señor Alcalde del municipio de Tuluá presentarán públicamente, en una ceremonia en la cual estén presentes los familiares de los hermanos Cardona –demandantes en este proceso–, excusas por los hechos acaecidos entre el 27 y 31 de enero de 1995, en la población de Tuluá, relacionados con la desaparición forzada y posterior muerte de los mismos.

11.4.2. En similar sentido, el Comando de Policía de Tuluá (Valle del Cauca), a través de su personal asignado en dichas instalaciones, diseñará y pondrá en marcha un sistema de promoción y respeto por los derechos de las personas privadas de la libertad, mediante charlas en diversos barrios y centros educativos de tal ciudad, y con entrega, de ser posible, de material didáctico, en el cual la población tenga conciencia de los derechos humanos de los cuales es titular cada individuo.

11.4.3. La presente sentencia será publicada en un lugar visible en el Comando de Policía de Tuluá, por el término de seis (6) meses, y en las Inspecciones de Policía de dicha entidad territorial, de tal forma que toda persona que visite dicha estación tenga la posibilidad de acceder al contenido de la misma.

En mérito de lo expuesto, el Consejo de Estado, en Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la ley,

**Falla:**

**PRIMERO. MODÍFICASE** la sentencia del nueve de abril de 1999, proferida por el Tribunal Administrativo del Valle del Cauca, la cual quedará así:

1º) **DECLÁRASE** a la Nación - Ministerio de Defensa - Policía Nacional y al municipio de Tuluá, Valle del Cauca, patrimonialmente responsables por las muertes de Omar y Henry Carmona Castaño, ocurridas entre el 27 y el 31 de enero de 1995, en esa población.

2º) **CONDÉNASE** a la Nación - Ministerio de Defensa - Policía Nacional y al municipio de Tuluá, Valle del Cauca, a pagar, por concepto de perjuicios morales, a María Delfa Castañeda y Omar Carmona, la suma de doscientos (200) salarios mínimos legales mensuales, a cada uno de ellos. A Ramiro, Nancy, Amparo y Gladis Carmona Castañeda, Omar Andrés e Iván Fernando Carmona Martínez, Martha Cecilia Martínez Castro, Carolina y Lezly Carmona Saavedra y Lik Johanna Carmona Silvestre, la suma de cien (100) salarios mínimos legales mensuales, a cada uno de ellos.

3º) **CONDÉNASE** a la Nación - Ministerio de Defensa - Policía Nacional y al municipio de Tuluá, Valle del Cauca, a pagar, por concepto de perjuicios materiales, en la modalidad de lucro cesante, a Martha Cecilia Martínez Castro la suma de diez millones ciento veintiséis mil ochocientos cuarenta y dos pesos (\$10.126.842,00); a Omar Andrés Carmona Martínez la suma de ocho millones novecientos veinticuatro mil ciento treinta y dos pesos (\$8.924.132,00); y a Iván Fernando Carmona Martínez la suma de diez millones ciento veintiséis mil ochocientos cuarenta y dos pesos (\$10.126.842,00).

4º) **CONDÉNASE** a la Nación - Ministerio de Defensa - Policía Nacional y al municipio de Tuluá, Valle del Cauca, a la reparación de la violación de los derechos humanos de los señores Omar y Henry Carmona Castañeda, para lo cual, de conformidad con la parte motiva de esta providencia, deberán adoptar las siguientes medidas de naturaleza no pecuniaria:

1) El señor Director General de la Policía Nacional presentará públicamente, en una ceremonia en la cual estén presentes los familiares de los hermanos Cardona –demandantes en este proceso–, excusas por los hechos acaecidos entre el 27 y 31 de enero de 1995, en la población de Tuluá, relacionados con la desaparición forzada y posterior muerte de los mismos.

2) En similar sentido, el Comando de Policía de Tuluá (Valle del Cauca), a través de su personal asignado en dichas instalaciones, diseñará y pondrá en marcha un sistema de promoción y respeto por los derechos de las personas, mediante

charlas en diversos barrios y centros educativos de dicha ciudad, y con entrega, de ser posible, de material didáctico, en el cual la población tenga conciencia de los derechos humanos de los cuales es titular cada individuo.

3) La parte resolutive de la presente sentencia será publicada en un lugar visible en el Comando de Policía de Tuluá, por el término de seis (6) meses, de tal forma que toda persona que visite dicha estación tenga la posibilidad de acceder al contenido de la misma.

5º) **DENIÉGANSE** las demás pretensiones de las demandas.

**SEGUNDO.** Dese cumplimiento a lo dispuesto en los artículos 176 y 177 del Código Contencioso Administrativo, para lo cual se expedirá copia de la sentencia de segunda instancia, conforme al artículo 115 del Código de Procedimiento Civil.

**TERCERO.** Ejecutoriada esta providencia, **devuélvase** el expediente al Tribunal de Origen, y remítase copia íntegra y auténtica de la misma, con destino al Director General de la Policía Nacional y al señor Alcalde Municipal de Tuluá (Valle).

**CÓPIESE, NOTIFÍQUESE, CÚMPLASE Y PUBLÍQUESE**

ENRIQUE GIL BOTERO  
Presidente de la Sala

MAURICIO FAJARDO GÓMEZ

RUTH STELLA CORREA PALACIO  
Ausente

MYRIAM GUERRERO DE ESCOBAR

RAMIRO SAAVEDRA BECERRA  
Impedido

## *La revisión de las sentencias en el orden interno cuando existe una decisión de una instancia internacional de derechos humanos. Valoraciones sobre una sentencia de la Corte Suprema de Justicia*

La Corte Suprema de Justicia, en sentencia del 1º de noviembre de 2007, dejó sin efecto las sentencias absolutorias de primera y segunda instancia, proferidas en el caso de un agente de policía por el homicidio culposo de una menor, a partir de una acción de revisión promovida por la Procuraduría<sup>1</sup>. Esta acción de revisión se basa en el numeral 4 del artículo 192 de la Ley 906 de 2004, que establece la procedencia de dicha acción cuando exista una decisión de una instancia internacional de supervisión y control de derechos humanos en la que se haya determinado el incumplimiento de la obligación de investigación seria e imparcial que le corresponde al Estado.

Los hechos que dieron lugar a la sentencia se refieren al asesinato de una menor por parte de un agente de policía el 21 de marzo de 1998 en el sector de Patio Bonito, en el sur de la ciudad de Bogotá. Los agentes de policía llegaron al lugar y la menor huyó en compañía de otros jóvenes, pensando que se trataba de “milicias” de grupos armados, mientras que los policías pensaron que se trataba de una pandilla y el agente de policía le disparó a la menor. El policía fue absuelto por la jurisdicción penal militar. El caso fue conocido por la Comisión Interamericana de Derechos Humanos, que declaró la responsabilidad del Estado y solicitó, entre otras medidas, que se llevara a cabo una investigación seria e imparcial de lo ocurrido. Ante esa decisión, la Procuraduría instauró la acción de revisión ante la Corte Suprema de Justicia.

En esta parte, se analiza el contenido de la sentencia de la Corte Suprema. Para ello, en primer lugar se explica el contenido de la causal de revisión y la relación con las decisiones de la Comisión Interamericana; en segundo término, se señalan los aspectos positivos de la sentencia, como el reconocimiento de la noción de bloque de constitucionalidad y el concepto ampliado de víctima; en tercer lugar, se hace una crítica a la sentencia acerca del debate sobre el contenido de la causal de revisión. Finalmente, se exponen algunas conclusiones.

---

1 Corte Suprema de Justicia, sentencia del 1º de noviembre de 2007. Magistrado Ponente: Sigifredo Espinosa Pérez. Revisión N° 26.077.



## **La importancia de la causal de revisión referida a la existencia de una decisión de una instancia de supervisión y control de derechos humanos**

La acción de revisión procede contra sentencias ejecutoriadas, cuando se presentan unas causales específicas, como la aparición de hechos nuevos, o la demostración de que el fallo se fundamentó en pruebas falsas, o de que fue determinado por el delito de un juez o un tercero. La causal de revisión de las sentencias cuando existe una decisión de una instancia internacional de supervisión y control de derechos humanos, en la que se determine el incumplimiento de la obligación de investigación seria e imparcial, fue introducida en la Ley 906 de 2004 (Por la cual se expide el Código de Procedimiento Penal), en el sistema penal acusatorio, en los siguientes términos:

“Cuando después del fallo absolutorio en procesos por violaciones de derechos humanos o infracciones graves al derecho internacional humanitario, se establezca mediante decisión de una instancia internacional de supervisión y control de derechos humanos, respecto de la cual el Estado colombiano ha aceptado formalmente la competencia, un incumplimiento protuberante de las obligaciones del Estado de investigar seria e imparcialmente tales violaciones. En este caso no será necesario acreditar existencia de hecho nuevo o prueba no conocida al tiempo de los debates”.<sup>2</sup>

El antecedente inmediato de esa norma es la sentencia C-004 de 2003 que tras analizar las causales de la revisión contenidas en el anterior Código de Procedimiento Penal, Ley 600 de 2000, señaló que:

“... procede la acción de revisión contra la preclusión de la investigación, la cesación de procedimiento y la sentencia absolutoria, en procesos por violaciones de derechos humanos o infracciones graves al derecho internacional humanitario, incluso si no existe un hecho nuevo o una prueba no conocida al tiempo de los debates, siempre y cuando una decisión judicial interna o una decisión de una instancia internacional de supervisión y control de derechos humanos, aceptada formalmente por nuestro país, constaten un incumplimiento protuberante de las obligaciones del Estado colombiano de investigar en forma seria e imparcial las mencionadas violaciones”.<sup>3</sup>

La existencia de una causal de revisión como la introducida por la Ley 906 de 2004, en el Código de Procedimiento Penal, permite al Estado colombiano comenzar las investigaciones o reabrir las cuando se han visto comprometidos los derechos de las víctimas de violaciones a los derechos

---

2 La expresión “absolutorio” fue declarada inexecutable por la Corte Constitucional en la sentencia C-979 de 2005. Magistrado Ponente: Jaime Córdoba Triviño.

3 Corte Constitucional, sentencia C-004 de 2003, Magistrado Ponente: Eduardo Montealegre Lynnet.

humanos e infracciones al derecho internacional humanitario, cuando así lo ha determinado una instancia internacional de derechos humanos. Esta norma hace un reconocimiento de las decisiones de esas instancias y es una forma de garantizar que se cumpla en el derecho interno la obligación de investigar seria e imparcialmente las violaciones.<sup>4</sup>

El deber de investigar seria e imparcialmente las violaciones a los derechos humanos deriva de la obligación de garantía que le corresponde al Estado, la cual implica, a su vez, el cumplimiento de las obligaciones internacionales que imponen la suscripción de tratados internacionales y las decisiones que con base en ellos toman los organismos de control encargados de realizar la vigilancia de dichos tratados. Sobre la obligación de investigar, la Corte Interamericana señala:

“El Estado está, por otra parte, obligado a investigar toda situación en la que se hayan violado los derechos humanos protegidos por la Convención. Si el aparato del Estado actúa de modo que tal violación quede impune y no se restablezca, en cuanto sea posible, a la víctima en la plenitud de sus derechos, puede afirmarse que ha incumplido el deber de garantizar su libre y pleno ejercicio a las personas sujetas a su jurisdicción. Lo mismo es válido cuando se tolere que los particulares o grupos de ellos actúen libre o impunemente en menoscabo de los derechos humanos reconocidos en la Convención”.<sup>5</sup>

Por su parte, el *Conjunto de principios actualizado para la protección y la promoción de los derechos humanos mediante la lucha contra la impunidad*, señala que el Estado tiene la obligación de emprender investigaciones rápidas, minuciosas, independientes e imparciales de las violaciones de los derechos humanos e infracciones al derecho internacional humanitario y la obligación de adoptar medidas tendientes a que los autores de los delitos sean procesados, juzgados y condenados debidamente, especialmente en la esfera del derecho penal.<sup>6</sup>

La causal de revisión relacionada con la existencia de una decisión internacional, en la que se haya demostrado el incumplimiento de la obligación de investigar seria e imparcialmente, se refiere genéricamente a “una instancia internacional de supervisión y control de derechos humanos, respecto de la

4 Otro de los mecanismos establecidos en la legislación interna es la Ley 288 de 1996 (Por medio de la cual se establecen instrumentos para la indemnización de perjuicio a las víctimas de violaciones de derechos humanos en virtud de lo dispuesto por determinados órganos internacionales de derechos humanos).

5 Corte Interamericana de Derechos Humanos. Caso de la masacre de Mapiripán contra Colombia. Sentencia de 15 de septiembre de 2005. Serie C No. 134. Párr. 233.

6 ONU, *Conjunto de principios actualizado para la protección y la promoción de los derechos humanos mediante la lucha contra la impunidad*, Documento ONU E/CN.4/2005/102/Add.1, principio 19.

cual el Estado colombiano ha aceptado formalmente la competencia”, sin restringir el alcance a los organismos judiciales internacionales, como sería la Corte Interamericana de Derechos Humanos, sino abriendo la posibilidad de incluir a otros organismos, cuya naturaleza no es estrictamente judicial como la Comisión Interamericana de Derechos Humanos, en el caso del Sistema Interamericano de Derechos Humanos, o el Comité de Derechos Humanos, en el caso del Sistema Universal de Protección de Derechos Humanos.

Particularmente, la Comisión Interamericana de Derechos Humanos tiene como función principal promover la observancia y la defensa de los derechos humanos (arts. 33 y 41, Convención Americana sobre Derechos Humanos) y entre sus funciones específicas se encuentra la de actuar respecto de las peticiones presentadas por cualquier persona o grupo de personas, o entidad no gubernamental legalmente reconocida en uno o más Estados miembros de la Organización, que contengan denuncias o quejas de violación de esta Convención por un Estado parte (arts. 44 y ss., Convención Americana sobre Derechos Humanos).

En el presente caso, la causal de revisión promovida por la Procuraduría se basa en una decisión de la Comisión Interamericana, que consideró que la investigación llevada a cabo por la jurisdicción penal militar y la no apertura en la jurisdicción ordinaria de un proceso que permitiera el esclarecimiento de los hechos, no resultan mecanismos adecuados y eficaces para determinar la responsabilidad penal de los agentes involucrados e imponer las sanciones correspondientes. Al respecto, la Comisión señaló:

“Por su parte, se ha comprobado que los mecanismos empleados no han resultado adecuados y eficaces para determinar la responsabilidad penal de los agentes involucrados e imponer las sanciones debidas. La CIDH concluye que a la luz de las pruebas ya referidas, el Estado colombiano violó la obligación de respetar el derecho a la vida de Leydi Dayán Sánchez, establecida en el artículo 4, en consonancia con el artículo 1(1) y 19 de la Convención, al no haber creado las condiciones necesarias para garantizar su ejercicio, no haber impedido violaciones de este derecho en las circunstancias del fallecimiento de la niña, y dada la falta de una investigación judicial efectiva por parte de un tribunal penal competente e imparcial”.<sup>7</sup>

La Comisión Interamericana cuestionó la inexistencia de un tribunal independiente e imparcial que escuchara a los familiares de las víctimas y que permitiera llevar a cabo una investigación seria de los hechos acaecidos,

---

<sup>7</sup> Comisión Interamericana de Derechos Humanos. Informe N° 5/06 del 28 de febrero de 2006. Citado en Corte Suprema de Justicia, sentencia del 1° de noviembre de 2007. Magistrado Ponente: Sigifredo Espinosa Pérez. Revisión N° 26.077.

lo que quiere decir que en el caso estudiado no existieron garantías de tipo procesal en el derecho interno.<sup>8</sup>

Con base en esa decisión, la Procuraduría presentó la acción de revisión, con fundamento en el numeral 4 del artículo 192 de la Ley 906 de 2004. La Corte Suprema de Justicia decidió dejar sin efecto las sentencias absolutorias de primera y segunda instancia y remitió el proceso a la Fiscalía General de la Nación. En esta sentencia se dan importantes avances en aspectos de exigibilidad de los derechos de las víctimas de violaciones a los derechos humanos e infracciones al derecho internacional humanitario y de reconocimiento del derecho internacional en el derecho interno, los cuales se explican a continuación.

### **Exigibilidad de los derechos de las víctimas: reconocimiento del bloque de constitucionalidad y una definición del concepto de víctima acorde con los estándares internacionales**

Lo primero que hay que señalar es que la Corte retoma el concepto de bloque de constitucionalidad para determinar que la causal de revisión era aplicable en el momento de los hechos aun sin encontrarse vigente. Aunque los hechos ocurrieron en 1998 y el Código de Procedimiento fue expedido en el 2004, en virtud del bloque de constitucionalidad se entiende que normas como la Convención Americana sobre Derechos Humanos hacen parte de la legislación interna. Para la Corte Suprema, “las disposiciones contenidas en los instrumentos internacionales que han sido aprobados y ratificados por Colombia, en este caso la normatividad contenida en la Convención Americana sobre Derechos Humanos, estaban vigentes para el 21 de marzo de 1998, fecha en la que ocurrió la muerte violenta de la menor”.

---

8 Las recomendaciones de la Comisión fueron las siguientes:

- “1. Realizar una investigación imparcial y efectiva ante la jurisdicción ordinaria con el fin de juzgar y sancionar a los responsables por la muerte de Leydi Dayán Sánchez Tamayo.
2. Reparar a los familiares de la víctima en forma integral por las violaciones a la Convención Americana establecidas en el presente informe.
3. Efectuar un reconocimiento público de la responsabilidad estatal de las violaciones a la Convención Americana establecidas en el presente informe.
4. Adoptar medidas de capacitación, vigilancia y aplicación de la ley para garantizar que los agentes del Estado autorizados para emplear armas de fuego, hagan uso de aquéllas en estricto cumplimiento de los principios de necesidad, excepcionalidad y proporcionalidad, particularmente en situaciones que involucren la presencia de niños y niñas, los cuales requieren especiales medidas de protección.
5. Adoptar las medidas necesarias para evitar que en el futuro se produzcan hechos similares, conforme al deber de prevención y garantía de los derechos fundamentales reconocidos en la Convención Americana, así como dar pleno cumplimiento a la doctrina desarrollada por la Comisión y la Corte Interamericanas sobre el empleo exclusivo de la justicia penal militar respecto de los delitos de función”. Comisión Interamericana de Derechos Humanos. Informe No 5/06 del 28 de febrero de 2006.

Lo anterior implica una relectura de principios clásicos del derecho penal como la favorabilidad, el *non bis in idem* y la cosa juzgada, lo que tiene relación directa con la noción de seguridad jurídica, haciendo ceder estos principios frente a los derechos de las víctimas y sus familiares, con base en la obligación del Estado de llevar a cabo investigaciones serias e imparciales en casos de violaciones a los derechos humanos e infracciones al derecho internacional humanitario.

Por otra parte, la sentencia hace un reconocimiento de los derechos de las víctimas, incluso se habla de una forma de obligación acentuada de investigación en cabeza del Estado al señalar que:

“Los derechos de las víctimas, por lo tanto, adquieren una importancia trascendental que es directamente proporcional a la gravedad del hecho punible, en la medida en que entre mas grave haya sido el daño social, mayor consideración debe brindárseles a quienes lo padecen. Ese mayor impacto conlleva a que el compromiso del Estado en las labores investigativa y sancionatoria, comporte mayores niveles de exigencia”.<sup>9</sup>

Además, para construir el concepto de víctima y explicar el alcance de la decisión se acude a fuentes internacionales, tales como informes de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos, la *Declaración sobre los Principios fundamentales de justicia para las víctimas de delitos y del abuso del poder*, los *Principios y directrices básicos sobre el derecho de las víctimas de violaciones graves de los derechos humanos y las libertades fundamentales* (Principios de Bassiouni) y las reglas del Estatuto de Roma. Esto le permite concluir a la Corte que no sólo son víctimas las personas que sufren directamente la violación sino los familiares de las víctimas o personas a cargo que tengan relación inmediata con la víctima directa, y las personas que, como consecuencia de la violación, sufren daños individualmente o colectivamente, sin tener en cuenta que se identifique, aprehenda, enjuicie o condene al perpetrador de las violaciones.

Adicionalmente, la Corte reconoce el rango constitucional que tiene el concepto de víctima en el orden interno, establecida en la función que le corresponde al Fiscal de velar por la protección de las víctimas, de acuerdo con el artículo 250 numeral 4 y la obligación general de asegurar el goce efectivo de los derechos de las personas que se desprende del artículo 2 de la Constitución Política.

También hay una determinación importante de la comprensión de los derechos de las víctimas al señalar que estos derechos no están circunscritos a la reparación del daño patrimonial, sino que es necesario asegurar los derechos

9 Corte Suprema de Justicia, sentencia del 1º de noviembre de 2007. Magistrado Ponente: Sigifredo Espinosa Pérez. Revisión N° 26.077.

a la verdad y a la justicia, “el primero, en cuanto implica el derecho a que se determine la naturaleza, condiciones y modo en que ocurrieron los hechos y a que se descubran los responsables de tales conductas. Y, el segundo, en cuanto abarca la obligación del Estado a investigar lo sucedido, a perseguir a los autores y, de hallarlos responsables, a condenarlos”.<sup>10</sup>

Estos argumentos conducen a la Corte a fundamentar la procedencia de la causal de revisión, elaborando una mejor comprensión de los hechos del caso, en la que se tienen en cuenta las obligaciones que corresponden al Estado para garantizar los derechos humanos.

### **Prohibición de acudir a la justicia penal militar en casos de violaciones a los derechos humanos e infracciones al derecho internacional humanitario**

Una de las conclusiones más destacadas de la sentencia es que los hechos del caso no podían ser resueltos por la jurisdicción penal militar, dado que no se trataba de hechos relacionados con el servicio. La Corte Suprema fundamenta su afirmación en el postulado de la Corte Constitucional según el cual el fuero penal militar es una excepción a la jurisdicción ordinaria, que como tal sólo tiene aplicación cuando se constata que los hechos corresponden a las funciones propias del servicio y, al ser una excepción, es de interpretación restrictiva para su aplicación.<sup>11</sup>

La Corte Suprema acude además a la jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, que contiene estándares más garantistas en la materia y permite comprender mejor la relación entre la excepcionalidad de la justicia penal militar, los derechos de las víctimas y la obligación del Estado de investigar seria e imparcialmente las violaciones a los derechos humanos. Según la Corte Interamericana, la jurisdicción penal militar se estableció para mantener el orden y la disciplina dentro de las fuerzas armadas en hechos relacionados con el ejercicio de sus funciones y bajo ciertas circunstancias. Cuando la justicia penal militar conoce de hechos que debiera conocer la jurisdicción ordinaria, se afectan los derechos al juez natural y al debido proceso, y en esa medida se afecta también la independencia e imparcialidad de la justicia.<sup>12</sup>

10 Corte Suprema de Justicia, sentencia del 1º de noviembre de 2007. Magistrado Ponente: Sigifredo Espinosa Pérez. Revisión N° 26.077.

11 Corte Constitucional, sentencia C-358 de 1997. Magistrado Ponente: Eduardo Cifuentes.

12 La Corte Suprema recoge lo señalado en las siguientes decisiones de la Corte Interamericana: sentencias del 18 de agosto de 2000 (Caso Cantoral Benavides - Perú); 6 de diciembre de 2001 (Caso Las Palmeras - Colombia); 5 de junio de 2004 (Caso 19 Comerciantes - Colombia); 25 de noviembre de 2004 (Caso Lori Berenson Mejía - Perú); 15 de septiembre de 2005 (Caso de la masacre de Mapiripán - Colombia); 22 de noviembre de 2005 (Caso Palamara Iribarne - Chile); 31 de enero de 2006 (Caso de la Masacre de Pueblo Bello - Colombia);

El caso en mención fue conocido por la justicia penal militar, cuya decisión fue la absolución del implicado. No obstante, nunca se demostró que la muerte de la menor constituía una consecuencia necesaria de los actos propios del servicio del agente de policía. Al dar al caso este tipo de tratamiento, el Estado no sólo favoreció la violación de las garantías fundamentales de la justicia, sino que además afectó la seriedad e imparcialidad de la investigación; adicionalmente y en consecuencia, facilitó que se vulneraran los derechos de las víctimas a la verdad, la justicia y la reparación.

La Corte Suprema coincide con el informe de la Comisión Interamericana al afirmar que la víctima se encontraba indefensa, que no estaba cometiendo ningún delito y que no ofreció ninguna resistencia. “Simplemente la menor, como se evidencia en la foliatura, corrió en compañía de sus amigos, sorprendidos por el ruido que produjo la irrupción policial en el lugar y ante la imposibilidad, dada la oscuridad reinante, de distinguir quiénes eran los recién llegados”.<sup>13</sup> Por ello el policía no debía dispararle, y tampoco desentenderse de las consecuencias de sus actos. Por demás, el agente negó los hechos en las primeras declaraciones.

El reconocimiento del bloque de constitucionalidad para hacer exigibles los tratados internacionales, el concepto de víctima asumido en la sentencia acorde con los estándares internacionales y la prohibición de la jurisdicción penal militar en casos de violaciones a los derechos humanos, constituyen un importante desarrollo en la protección de los derechos de las víctimas y, en esa medida, son un avance en la garantía del acceso a la justicia, bajo condiciones de independencia e imparcialidad.

No obstante, la Corte hace una interpretación restrictiva de la causal de revisión y el alcance de las decisiones de la Comisión Interamericana, desconociendo la naturaleza de la causal, su importancia en el derecho interno y los efectos de ésta para el cumplimiento de las obligaciones del Estado, como se señala a continuación.

### **El análisis de la causal de revisión por la Corte Suprema y las recomendaciones de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos**

De nada sirve que Colombia sea parte de tratados internacionales y que las víctimas puedan acudir a los mecanismos de protección que estos tratados

---

26 de septiembre de 2006 (Caso Almonacid Arellano y otros - Chile); 29 de noviembre de 2006 (Caso La Cantuta - Perú); 11 de mayo de 2007 (caso de la masacre de La Rochela); 4 de junio de 2007 (Caso Escué Zapata - Colombia); y 4 de julio de 2007 (Caso Zambrano Vélez y otros - Ecuador).

13 Corte Suprema de Justicia, sentencia del 1o de noviembre de 2007. Magistrado Ponente: Sigifredo Espinosa Pérez. Revisión N° 26.077.

contemplan, si no se hacen efectivos en el ámbito interno los mecanismos para el cumplimiento de las obligaciones internacionales del Estado. Aunque es facultad de este último determinar la forma en que se cumplen los tratados y decisiones en el derecho interno, esta facultad está limitada por las obligaciones internacionales, entre ellas, la de investigar seria e imparcialmente las violaciones, la cual está comprendida en la obligación de garantía de los derechos humanos, como se anotó anteriormente.

En el caso del Sistema Interamericano de Protección de Derechos Humanos, en lo que tiene que ver con las decisiones de la Corte y la Comisión no existen mecanismos coercitivos en cabeza de estos órganos para hacerlas cumplir, por ello esa obligación recae en el deber de los Estados de adoptar medidas en el derecho interno para garantizar su cumplimiento.

Como ya se dijo, una de las medidas adoptadas en el derecho interno colombiano para garantizar el cumplimiento de decisiones internacionales de derechos humanos es el establecimiento en el derecho penal de la causal de revisión que permite iniciar o reabrir las investigaciones, cuando una instancia de supervisión y control de derechos humanos ha determinado que el Estado ha faltado al deber de investigar seria e imparcialmente las violaciones a los derechos humanos.

A pesar de la claridad de la causal de revisión, la Corte Suprema insiste en que su función no puede ser eminentemente pasiva o de legitimación de una instancia internacional, sin antes revisar que se hayan afectado los derechos dentro del proceso penal para poder desvirtuar la cosa juzgada. Para la Corte, “el Informe y la mencionada recomendación que contiene, en tanto acto jurídico unilateral internacional, tienen como única virtualidad la de propiciar la revisión por parte de la Corte, pero no la de declarar inválida la actuación, sin que previamente la Sala haya verificado si hubo algún tipo de violación en el desarrollo del proceso”.<sup>14</sup>

La Corte concluye que le corresponde a ella definir si faltó seriedad e imparcialidad en la investigación, no por la decisión de la Comisión sino gracias a su recomendación, que la habilita para revisar el proceso, dado que las recomendaciones no son vinculantes:

“En consecuencia, la definición de si se cumple o no la causal que demanda revisar el proceso, no surge, en estricto sentido, como lo dispone el artículo 192 de la Ley 906 de 2004, en su numeral cuarto, de que esa instancia internacional haya establecido mediante una decisión que, en efecto, se violaron las garantías de seriedad e imparcialidad en la investigación, sino producto de que la Corte Suprema de Justicia, una vez habilitada la

14 Corte Suprema de Justicia, sentencia del 1o de noviembre de 2007. Magistrado Ponente: Sigifredo Espinosa Pérez. Revisión N° 26.077.



posibilidad de examinar el procedimiento, gracias a la recomendación de la Comisión Interamericana, encuentre que en verdad ello ocurrió así, pues, en caso contrario, dada la carencia de efecto vinculante de la dicha recomendación, a la Sala no le corresponde más que avalar el proceso seguido en nuestro país<sup>15</sup>.

Lo anterior implica desconocer la naturaleza misma de la norma que consagra la causal del numeral 4, del artículo 192 de la Ley 906 de 2004, que establece que cuando existe una decisión de instancia internacional en donde se señala el incumplimiento de la obligación de investigar seria e imparcialmente las violaciones, procede la revisión, sin que sea necesario que la Corte Suprema entre a determinar si la decisión internacional es o no acertada. En otras palabras, la Corte establece una limitante de la causal al entrar a revisar si efectivamente se violaron las garantías fundamentales. Para la Corte, no es la norma ni la recomendación de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos la que habilita la revisión, sino el análisis que realiza ella misma, estableciendo un requisito inexistente.

Afortunadamente, en este caso concreto, la Corte coincide con la Comisión Interamericana al afirmar que se violaron las garantías fundamentales por haber operado la jurisdicción penal militar. Pero si la Corte hubiese opinado lo contrario, se dejaría sin piso una decisión internacional, a pesar de existir en Colombia una norma que establece una causal de revisión que permite la reapertura o el inicio de las investigaciones por violaciones a los derechos humanos e infracciones al derecho internacional humanitario cuando el Estado ha faltado a su deber de investigar seria e imparcialmente las violaciones.

Cuando se hace referencia a las garantías procesales en la decisión de una instancia internacional en materia de derechos humanos, se trata de las garantías relacionadas con los derechos de las víctimas. En Colombia existe una norma que, sin entrar a debatir sobre la vinculatoriedad de las decisiones y sin hacer distinciones en la naturaleza de las instancias internacionales, establece la procedencia de la causal de revisión para posibilitar el cumplimiento de las obligaciones del Estado en el orden interno, que no puede ser limitada o interpretada restrictivamente.

### **A manera de conclusión**

La sentencia de la Corte Suprema de Justicia hace importantes avances en materia de protección de derechos humanos. Así, recoge algunos pronunciamientos de organismos internacionales como la Corte y la Comisión Interamericana, principios e instrumentos internacionales para elaborar un

15 Corte Suprema de Justicia, sentencia del 1o de noviembre de 2007. Magistrado Ponente: Sigifredo Espinosa Pérez. Revisión N° 26.077.

concepto de víctima incluyente y amplio, acorde con los estándares internacionales de derechos humanos.

La sentencia llega a la conclusión de revisar la decisión proferida en el derecho interno que absolvió al agente de policía por la muerte de una menor, para realizar la investigación de los hechos a través de la jurisdicción ordinaria, cuestionando así la independencia e imparcialidad de la jurisdicción penal militar y la no competencia de los jueces penales militares cuando se trata de violaciones a los derechos humanos e infracciones al derecho internacional humanitario. Se destaca la afirmación sobre el alcance limitado y de interpretación restrictiva de la justicia penal militar, establecida exclusivamente para hechos relacionados con el servicio, debiéndose probar en cada caso concreto la procedencia de acudir a dicha jurisdicción penal militar.

Sin embargo, la Corte limita el alcance de la causal de revisión, interpretándola restringidamente y restándole importancia al grado de obligatoriedad de la decisión de la Comisión Interamericana, para concluir que es necesario que la Corte constate la violación de garantías fundamentales, lo cual es una limitante para la garantía de derechos humanos y un obstáculo para el cumplimiento de las obligaciones del Estado en el derecho interno.

### Documentos de referencia

Corte Constitucional. Sentencia C-358 de 1997. Magistrado Ponente: Eduardo Cifuentes.

Corte Constitucional. Sentencia C-004 de 2003. Magistrado Ponente: Eduardo Montealegre Lynnet.

Corte Constitucional. Sentencia C-979 de 2005. Magistrado Ponente: Jaime Córdoba Triviño.

Corte Interamericana de Derechos Humanos. Caso de la masacre de Mapiripán contra Colombia. Sentencia de 15 de septiembre de 2005. Serie C No. 134

Corte Suprema de Justicia. Sentencia del 1° de noviembre de 2007. Magistrado Ponente: Sigifredo Espinosa Pérez. Revisión N° 26.077.

Ley 288 de 1996 (Por medio de la cual se establecen instrumentos para la indemnización de perjuicio a las víctimas de violaciones de derechos humanos en virtud de lo dispuesto por determinados órganos internacionales de derechos humanos).

ONU, *Conjunto de principios actualizado para la protección y la promoción de los derechos humanos mediante la lucha contra la impunidad*. Documento ONU E/CN.4/2005/102/Add.1.

Comisión Interamericana de Derechos Humanos. Informe N° 5/06 del 28 de febrero de 2006, citado en Corte Suprema de Justicia, sentencia del 1° de noviembre de 2007. Magistrado Ponente: Sigifredo Espinosa Pérez. Revisión N° 26.077.

Anexo II  
*Sentencia de la Corte Suprema de Justicia*  
*Sala de Casación Penal*

Magistrado Ponente

**Dr. Sigifredo Espinosa Pérez**

Aprobado Acta N° 217

Bogotá, D. C., primero de noviembre de dos mil siete.

La Sala se pronuncia de fondo sobre la demanda de revisión presentada por el Procurador 7° Judicial Penal II de Bogotá, en contra de la sentencia proferida por el Tribunal Superior Militar el 15 de mayo de 2001, la que por vía de consulta, confirmó la emitida por el Comandante del Departamento de Policía de Bacatá el 6 de julio de 2000, por medio de la cual absolvió al patrullero JUAN BERNARDO TULCÁN VALLEJOS del cargo de homicidio culposo, causado en la persona de la menor LEYDI DAYÁN SÁNCHEZ TAMAYO.

### **Hechos**

Aproximadamente a las diez y media de la noche del sábado 21 de marzo de 1998, los jóvenes Nelson Javier González Macana, Miguel Ángel León y Jorge Luis y Leydi Dayán Sánchez Tamayo, se encontraban departiendo en una esquina del sector Patio Bonito, concretamente en la Calle 42G con Carrera 113b-42 en el sur de la ciudad de Bogotá, cuando se percataron de la llegada de varios vehículos, situación que les hizo colegir que se trataba de las “milicias” –grupos armados ilegales operantes en la zona– y por ello emprendieron veloz carrera, con el fin de ocultarse en un callejón, los dos primeros, y en su casa, ubicada cerca de allí, los hermanos Sánchez Tamayo.

A diferencia de su consanguíneo, la menor Leydi Dayán Sánchez Tamayo no pudo llegar a su destino, ya que fue alcanzada por el proyectil de un arma de fuego, que le causó graves lesiones en el cerebro, provocándole la muerte horas más tarde en un centro asistencial.

Se pudo establecer que en realidad los vehículos que alertaron a los jóvenes mencionados, correspondían a la motocicleta en que se desplazaban los patrulleros José Libardo Cuspián Chávez –conductor– y JUAN BERNARDO TULCÁN VALLEJOS –parrillero–, y la camioneta en que se movilizaban los agentes de policía Israel Sierra Florián y Luis Arturo Sánchez Romero, quienes acudieron al sitio por indicación de la central de radio, con el objeto de contrarrestar la supuesta acción de una pandilla juvenil armada, denunciada telefónicamente a las autoridades por una persona que no se identificó.

Anexo II

*Sentencia de la Corte Suprema de Justicia*  
*Sala de Casación Penal*

Magistrado Ponente

Dr. Sigifredo Espinosa Pérez

Aprobado Acta N° 217

Bogotá, D. C., primero de noviembre de dos mil siete.

La Sala se pronuncia de fondo sobre la demanda de revisión presentada por el Procurador 7° Judicial Penal II de Bogotá, en contra de la sentencia proferida por el Tribunal Superior Militar el 15 de mayo de 2001, la que por vía de consulta, confirmó la emitida por el Comandante del Departamento de Policía de Bacatá el 6 de julio de 2000, por medio de la cual absolvió al patrullero JUAN BERNARDO TULCÁN VALLEJOS del cargo de homicidio culposo, causado en la persona de la menor LEYDI DAYÁN SÁNCHEZ TAMAYO.

### Hechos

Aproximadamente a las diez y media de la noche del sábado 21 de marzo de 1998, los jóvenes Nelson Javier González Macana, Miguel Ángel León y Jorge Luis y Leydi Dayán Sánchez Tamayo, se encontraban departiendo en una esquina del sector Patio Bonito, concretamente en la Calle 42G con Carrera 113b-42 en el sur de la ciudad de Bogotá, cuando se percataron de la llegada de varios vehículos, situación que les hizo colegir que se trataba de las “milicias” –grupos armados ilegales operantes en la zona– y por ello emprendieron veloz carrera, con el fin de ocultarse en un callejón, los dos primeros, y en su casa, ubicada cerca de allí, los hermanos Sánchez Tamayo.

A diferencia de su consanguíneo, la menor Leydi Dayán Sánchez Tamayo no pudo llegar a su destino, ya que fue alcanzada por el proyectil de un arma de fuego, que le causó graves lesiones en el cerebro, provocándole la muerte horas más tarde en un centro asistencial.

Se pudo establecer que en realidad los vehículos que alertaron a los jóvenes mencionados, correspondían a la motocicleta en que se desplazaban los patrulleros José Libardo Cuspián Chávez –conductor– y JUAN BERNARDO TULCÁN VALLEJOS –parrillero–, y la camioneta en que se movilizaban los agentes de policía Israel Sierra Florián y Luis Arturo Sánchez Romero, quienes acudieron al sitio por indicación de la central de radio, con el objeto de contrarrestar la supuesta acción de una pandilla juvenil armada, denunciada telefónicamente a las autoridades por una persona que no se identificó.

Lo cierto del asunto es que primero arribó al sitio la motocicleta, de la cual descendió el patrullero TULCÁN VALLEJOS, quien desenfundó su revólver de dotación y accionó contra los jóvenes que corrían, según explicó, para responder a varios disparos que provenían de la oscuridad.

A TULCÁN VALLEJOS, precisamente, se le imputa la muerte de la menor Leydi Dayán Sánchez Tamayo, quien para esa fecha contaba 14 años de edad.

### **Actuación procesal**

Con fundamento en los hechos anteriores, inicialmente plasmados en los informes de los oficiales Nelson Efrén Suárez Cárdenas y Diosde Pachón Páez, el Juzgado 86 de Instrucción Penal Militar dispuso la apertura de investigación previa el 22 de marzo de 1998.

En desarrollo de la misma, escuchó los testimonios de Nelson Javier González Macana, Jorge Luis Sánchez Tamayo, Bertha María Tamayo López, Jorge Enrique Sánchez Chávez, Miguel Ángel León, y de los policiales José Libardo Cuspián Chávez, Luis Germán Trujillo Rubio, José Aldemar Buitrago González, Luis Arturo Sánchez Romero, Luis Eurípides Garzón Reyes, José Gabriel Rodríguez Ordóñez y JUAN BERNARDO TULCÁN VALLEJOS.

Así mismo, allegó copia del acta de minutas del CAI Patio Bonito, la diligencia de inspección al cadáver y el registro civil de nacimiento de la occisa.

Con auto del 24 de marzo del mismo año, el juzgado instructor ordenó la apertura de la investigación y la vinculación a la misma del patrullero JUAN BERNARDO TULCÁN VALLEJOS, cuya indagatoria tuvo lugar al día siguiente.

Previo a la definición de la situación jurídica, el ente instructor ratificó los informes policiales y escuchó en declaración a los agentes Hernando Santos Rodríguez Camelo, Óscar Alfonso Moreno, Marco Fidel Pava Jiménez, Samir Saudith Avendaño Mendoza, Carlos Antonio Meneses Samudio, Edward Yimy Cifuentes Montealegre, Sergio Alexander Contreras Romero, Óscar Gamboa Argüello y Héctor Reinaldo Triviño Reyes.

De igual modo, allegó los testimonios de Janeth Suárez, Blanca Alvenis Nieto Chingate, José Benjamín Gutiérrez Farieta, Rocío Restrepo y Yuli Paredes, amplió los de Nelson Javier González y Miguel Ángel León, arrojó la actuación de la Auditoría Auxiliar 35 de Guerra,<sup>1</sup> incorporó los estudios

---

1 Contentiva de los dictámenes de embriaguez, el reporte de minutas y los testimonios de Miguel Ángel León y los policiales Diosde Pachón Páez, Nelson Efrén Suárez Cárdenas, Henry Díaz Galvis, Omar Sepúlveda Mesa, Israel Sierra Florián, Germán Vincos Pinzón, Edward Yimy Cifuentes Montealegre, José Fernando Baca Villa y Marlon Alberto López Masmela.

hoplológicos, el acta de necropsia con los registros fotográficos y los informes balísticos, practicó dos inspecciones judiciales al lugar de los hechos<sup>2</sup>, y allegó la hoja de vida del sindicado y el registro civil de defunción de la menor decedida.

Mediante proveído del 29 de abril de 1998, el Juzgado 86 de Instrucción Penal Militar de Bogotá, admitió la demanda de constitución de parte civil, presentada por un profesional adscrito a la Corporación Colectivo de Abogados, en nombre de Jorge Enrique Sánchez Chávez.

La misma dependencia, en providencia del 4 de junio de la referida anualidad, resolvió la situación jurídica de JUAN BERNARDO TULCÁN VALLEJOS, absteniéndose de aplicarle medida de aseguramiento; en esa oportunidad dispuso la remisión de la actuación a la justicia ordinaria, atendiendo a lo peticionado por el delegado del Ministerio Público.

La defensa impugnó la citada providencia, considerando que debía dictarse cesación de procedimiento; en subsidio, solicitó que las diligencias no se enviaran a la Fiscalía General de la Nación.

Denegada la reposición y concedida la apelación del auto resolutorio de la situación jurídica, el Tribunal Superior Militar, mediante resolución del 14 de octubre de 1998, la confirmó parcialmente, esto es, avaló que no se asegurara preventivamente al sindicado, pero señaló que no debía remitirse el expediente a la justicia ordinaria.

El 18 de noviembre de 1998, el Juzgado de Primera Instancia del Comando de Policía Bacatá asumió el conocimiento de la investigación, a la cual allegó los testimonios de los agentes Andrés Poloche Moreno, Germán Vincos Pinzón, María de los Ángeles Hernández Aldana, Heriberto Cañas Montenegro y Jorge Velasco Córdoba, y del investigador Jorge Ovidio Hoyos Montoya. También incorporó la actuación surtida ante la Procuraduría General de la Nación, el dictamen toxicológico, informes balísticos, las pruebas de absorción atómica, y puso en conocimiento de las partes la prueba trasladada.

Mediante auto del 23 de julio de 1999, el juzgado de conocimiento dispuso la clausura de la fase instructiva.

El 11 de agosto siguiente, la Unidad de Derechos Humanos de la Fiscalía General de la Nación reclamó el conocimiento del proceso y propuso, por consiguiente, conflicto positivo de competencia, el cual fue “rechazado”

---

2 En la primera, realizada el 2 de abril de 1998, participaron los agentes Nelson Efrén Suárez Cárdenas, Libardo Cuspián Chávez, Israel Sierra Florián, Luis Arturo Sánchez Romero y JUAN BERNARDO TULCÁN VALLEJOS. En la segunda, practicada el 29 de abril del mismo año, intervinieron los jóvenes Jorge Luis Sánchez Tamayo, Miguel Ángel León y Nelson Javier González. En ambas ocasiones se tomaron fotografías, participaron peritos y se elaboraron planos del lugar de los hechos.

por el juzgado de primera instancia, que procedió a remitirlo a la Sala Jurisdiccional Disciplinaria del Consejo Superior de la Judicatura, Corporación que en decisión mayoritaria del 3 de febrero de 2000, asignó la competencia a la Justicia Penal Militar, representada por el Comando de Policía Bacatá.

Luego de analizar el contenido de los artículos 14 y 291 del Decreto 2550 de 1988 (Código Penal Militar vigente por ese entonces) y 221 de la Constitución Nacional, así como los alcances de la sentencia de la Corte Constitucional C-358 del 5 de agosto de 1997, la Sala Jurisdiccional Disciplinaria del Consejo Superior de la Judicatura apeló al aporte probatorio, a partir del cual fundamentó su decisión, con base en las siguientes consideraciones:

“El creciente haz probatorio da cuenta que en horas nocturnas del 21 de marzo de 1999, en esta ciudad, ante una orden de la central de radio de la Policía Nacional, acudió al sector de ‘Patio Bonito’, calle 42G N° 113B-42, compuesta por el patrullero JUAN BERNARDO TULCÁN VALLEJOS, sindicado en estas diligencias de carácter penal y su compañero CUSPIÁN CLAVER LIBARDO, así mismo la móvil 3 por el patrullero SÁNCHEZ ROMERO y el agente SIERRA FLORIÁN, cuya labor consistía en contrarrestar la acción de una supuesta banda juvenil armada que hacía presencia en el lugar citado, quienes se dispersaron al notar la presencia de los uniformados y según cuanto ellos afirman que dispararon las armas de fuego que portaban, por lo cual el patrullero TULCÁN VALLEJOS, hizo otro tanto, atribuyéndosele por su comportamiento y por algunos declarantes el deceso de la menor LEIDY DAYÁN SÁNCHEZ TAMAYO.

“Del estudio y análisis de las diligencias penales, se observa que la presencia de los agentes del orden en el lugar de los hechos obedeció al llamado que se les hizo por parte de la Central de Radio para que acudieran allí, y fue precisamente en ese ejercicio que se verificó la acción de TULCÁN VALLEJOS, al disparar el arma de fuego que portaba como repulsa según su propio dicho, a la agresión de que eran objeto con armas de similar naturaleza. Para el evento, la relación con el servicio surge cuando el sindicado concurre al lugar de los hechos obedeciendo al llamado procedente de la Central de Radio, siendo tal requerimiento uno de los motivos de su posterior accionar, lo cual denota una íntima relación con la función que le asigna la Constitución a la Fuerza Pública. De allí que le asiste razón al señor Teniente Coronel PEDRO ANTONIO MOLANO BONILLA, Comandante del Departamento de Policía Bacatá, Juez de Primera Instancia, cuando no acepta la colisión positiva de competencia propuesta por la Unidad Nacional de Fiscalías de Derechos Humanos para convencerse de que es la Justicia Castrense quien debe juzgar el comportamiento del procesado.

“En consecuencia deberá esta Superioridad asignar el conocimiento del asunto a la Justicia Penal Militar, como en efecto así se procede”.

El mérito del sumario fue calificado el 14 de abril de 2000, emitiéndose resolución de convocatoria a Consejo de Guerra en contra de JUAN BERNARDO TULCÁN VALLEJOS, como autor del delito de homicidio culposo, tipificado en el artículo 264 del Código Penal Militar.

Llevado a cabo el Consejo de Guerra el 28 de junio de 2000, en el que la Procuraduría Judicial y la defensa solicitaron la absolución de JUAN BERNARDO TULCÁN VALLEJOS, el Juzgado de Primera Instancia dictó sentencia a su favor el 6 de julio siguiente.

El fallador, además de otorgar credibilidad a los testimonios de los agentes de policía que concurrieron al lugar de los acontecimientos y considerar contradictorios los vertidos por los jóvenes acompañantes de la víctima, concluyó que se había creado

“una irremediable duda que en el tracto de pesquisa no logró ser despejada y si bien es más evidente que el aquí procesado accionó el arma de fuego que portaba en ejercicio a la defensa y como repulsa a una agresión, no sólo por esa acción puede afirmarse concluyentemente que sea el autor del deceso de LEYDI DAYÁN, cuando es también conocido que procedieron otros disparos de entes particulares, aunando la situación notoria que, conforme al peritazgo de balística, el disparo efectuado por TULCÁN VALLEJOS no pudo haber impactado en la humanidad de la joven si se tiene de presente el lugar de ubicación por el él (sic) señalado para el momento y el de sus acompañantes (sic)”.

Aplicó, por consiguiente, el principio universal del *in dubio pro reo* y absolvió al procesado.

Dicho fallo fue consultado al Tribunal Superior Militar, dependencia que el 15 de mayo de 2001 le impartió confirmación, aduciendo que:

“Como se ha determinado del examen probatorio, en este caso no hay cuestionamiento sobre la materialidad del homicidio investigado, pero el elemento de responsabilidad no está plenamente probado, y ante ese estado de duda probatoria resulta imperativo dar aplicación al principio del *in dubio pro reo* como lo plantea el Fallador de Primer Grado invocando insignes tratadistas sobre la materia y también lo solicita el señor Agente Especial del Ministerio Público designado para este proceso y la defensa”.

Contra la citada sentencia, el apoderado de la Parte Civil interpuso oportunamente demanda de casación excepcional, la cual fue inadmitida por la Sala mediante auto del 27 de septiembre de 2002 (Radicado 18.563), teniendo en cuenta, básicamente, que si bien no ofrecía discusión lo atinente a la oportunidad, legitimidad e interés jurídico, el demandante, dentro del contexto de la justificación, no planteó en debida forma la necesidad de que la Corte conociera del asunto, pues, a pesar de que aludió a la preservación de los



derechos fundamentales del sujeto procesal por él representado, omitió por completo la identificación de la garantía supuestamente conculcada y nada indicó sobre la norma constitucional que la contempla, la forma como resultó violentada dentro de la actuación y su trascendencia en el fallo censurado.

Y, frente a la impugnación que promoviese el recurrente, la Sala, en proveído del 29 de septiembre de 2003, no repuso el mentado auto inadmisorio.

### **La demanda**

Con fundamento en el numeral 4° del artículo 192 de la Ley 906 de 2004, el Procurador 7° Judicial Penal II de Bogotá, obrando por comisión del señor Procurador General de la Nación, promovió acción de revisión en contra de la sentencia absolutoria proferida por el Tribunal Superior Militar el 15 de mayo de 2001, a través de la cual confirmó la de primera instancia emitida por el Comandante del Departamento de Policía Bacatá el 6 de julio de 2000, a favor del oficial de la policía JUAN BERNARDO TULCÁN VALLEJOS, acusado del delito de homicidio culposo que se cometiera en detrimento de la vida de la menor Leydi Dayán Sánchez Tamayo.

Luego de repasar el decurso procesal, el recurrente aclara que el antecedente inmediato de la causal invocada lo constituye la sentencia de la Corte Constitucional C-004 de 2003, en la que se estipuló la procedencia de la revisión cuando se produzca una decisión de una instancia de supervisión y control de derechos humanos, respecto de la cual el Estado colombiano haya aceptado formalmente la competencia. Decisión que, agrega, debe establecer el incumplimiento protuberante de las obligaciones de ese Estado de investigar seria e imparcialmente delitos que constituyan violaciones de derechos humanos, sin que sea necesario, en relación con dicha causal, acreditar la existencia de hecho o prueba nuevos, no conocidos para el momento de los debates respectivos.

Este caso, hace saber el Procurador Judicial, fue examinado por la Comisión Interamericana de Derechos Humanos en el curso de las sesiones del 124° período ordinario, la cual, en aplicación del artículo 50 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos, aprobó el Informe N° 5/06 del 28 de febrero de 2006, del que transcribe las siguientes consideraciones:

“51. La Comisión analizará a continuación la alegada vulneración del derecho a la vida considerando ambos planos de su protección integral, en primer término, analizará el cumplimiento estatal de su obligación de respeto y en segundo lugar, su deber de garantía de este derecho.

“52. En el caso bajo estudio, de conformidad con los hechos probados se ha establecido que la muerte de Leydi Dayán Sánchez se produjo como consecuencia del disparo que le profirió un agente de la Policía Nacional la noche del 21 de marzo de 1998, mientras efectuaba una ronda de vigilancia

en las inmediaciones del barrio El Triunfo. Se ha establecido además, que la niña Leydi Dayán Sánchez no ofreció resistencia armada a los oficiales de la Policía que la seguían, que se encontraba en estado de indefensión –corriendo de espaldas– y que requería medidas especiales de protección por ser una niña. Asimismo, del acervo probatorio se desprende que el oficial de policía que efectuó un disparo la noche del 21 de marzo de 1998 no se identificó como tal en el momento de proceder, que no verificó las consecuencias que su disparo pudo haber ocasionado en las personas que presuntamente perseguía o se encontraban en las inmediaciones; y que no reportó inmediatamente a las autoridades pertinentes que había hecho uso de su arma de dotación oficial. Aún más, se desprende que el oficial de policía que empleó su arma, en sus primeras declaraciones negó haberla empleado ante las interrogaciones de sus superiores.

(...)

“58. En consecuencia, la Comisión concluye que el Estado colombiano no respetó el derecho a la vida de la niña Leydi Dayán Sánchez dado que sus agentes autorizados para usar la fuerza no actuaron en estricto cumplimiento de los estándares de necesidad, excepcionalidad y proporcionalidad que se han elaborado internacionalmente en relación con el uso de la fuerza por parte de los agentes de seguridad pública y provocaron su fallecimiento. En efecto, ha quedado establecido que la niña Leydi Dayán Sánchez no ofreció resistencia armada a los oficiales de la Policía que la seguían, que se encontraba en estado de indefensión –corriendo de espaldas– y que requería de medidas especiales de protección por ser una niña. Asimismo, el oficial de policía que efectuó un disparo la noche del 21 de marzo de 1998 no se identificó como tal al momento de proceder; no verificó las consecuencias que su disparo pudo haber ocasionado en las personas que presuntamente perseguía o se encontraban en las inmediaciones; y no reportó inmediatamente a las autoridades pertinentes que había hecho uso de su arma de dotación oficial. Aún más, el oficial de policía que empleó su arma, en sus primeras declaraciones negó haberla empleado ante las interrogaciones de sus superiores.

“59. Adicionalmente, en el presente caso, el Estado colombiano incurrió en responsabilidad por la violación del derecho a la vida, como consecuencia de su falta de respuesta con la debida diligencia para investigar los hechos, enjuiciar y sancionar a los responsables. Una de las condiciones que el Estado debe crear para garantizar efectivamente el pleno goce y ejercicio del derecho a la vida, así como otros derechos, se refleja necesariamente en el deber de investigar las afectaciones a ese derecho. Este deber de investigar deriva de la obligación general que tienen los Estados partes en la Convención de respetar y garantizar los derechos humanos consagrados en ella, es decir, de la obligación establecida en el artículo 1(1) de dicho tratado en conjunto con el derecho sustantivo que debió ser amparado y protegido. De tal manera, en casos de violaciones al derecho a la vida, el cumplimiento de la obligación de investigar constituye un elemento central en el momento de determinar la responsabilidad estatal.

(...)

“62. En estas circunstancias la salvaguarda del derecho a la vida requiere de una investigación efectiva a fin de esclarecer fallecimientos resultado del uso de la fuerza por parte de agentes del Estado.

(...)

“64. Así mismo, en los casos en que el Estado ha faltado a su deber de investigar adecuadamente homicidios en los que eventualmente han participado agentes estatales, los tribunales internacionales de derechos humanos han declarado la responsabilidad del Estado por violaciones del derecho a la vida, a pesar de que las circunstancias de las muertes no hayan sido completamente esclarecidas.

“65. Según se desprende del acervo probatorio, los hechos en el presente caso fueron investigados por la jurisdicción penal militar la cual absolvió en forma definitiva al único sindicado en el proceso, sin proceder a la apertura de otra investigación en la justicia ordinaria tendiente al esclarecimiento de la responsabilidad por el fallecimiento de Leydi Dayán Sánchez.

“66. En consecuencia, las instancias estatales encargadas de hacer cumplir la ley no administraron justicia conforme a los parámetros establecidos en la Convención Americana, de modo de investigar los hechos y juzgar a los responsables con las debidas garantías.

(...)

“69. En consecuencia, según se ha establecido *supra*, la muerte de la niña Leydi Dayán Sánchez, de 14 años de edad, se produjo como consecuencia del accionar de agentes del Estado, cuando se encontraba en estado de indefensión y por lo tanto no fue objeto de las medidas especiales de protección requeridas en razón de su edad y condición de vulnerabilidad. Por su parte, se ha comprobado que los mecanismos empleados no han resultado adecuados y eficaces para determinar la responsabilidad penal de los agentes involucrados e imponer las sanciones debidas. La CIDH concluye que a la luz de las pruebas ya referidas, el Estado colombiano violó la obligación de respetar el derecho a la vida de Leydi Dayán Sánchez, establecida en el artículo 4, en consonancia con el artículo 1(1) y 19 de la Convención, al no haber creado las condiciones necesarias para garantizar su ejercicio, no haber impedido violaciones de este derecho en las circunstancias del fallecimiento de la niña, y dada la falta de una investigación judicial efectiva por parte de un tribunal penal competente e imparcial.

(...)

“82. Al respecto, la Comisión ha establecido que toda vez que se cometa un delito perseguible de oficio, el Estado tiene la obligación de promover e impulsar el proceso penal hasta sus últimas consecuencias y que, en esos casos, éste constituye la vía idónea para esclarecer los hechos, juzgar a los responsables y establecer las sanciones penales correspondientes, además de posibilitar otros modos de reparación. En el presente caso las autoridades faltaron al deber de adelantar una investigación y un proceso judicial con las garantías necesarias para asegurar el respeto de los parámetros establecidos en la Convención Americana, afectando el derecho

de los familiares de la víctima a ser oídos por un tribunal independiente e imparcial”.

Por lo anterior, añade el demandante, la Comisión Interamericana de Derechos Humanos exhortó al Estado colombiano, entre otras cosas, a:

“1. Realizar una investigación imparcial y efectiva ante la jurisdicción ordinaria con el fin de juzgar y sancionar a los responsables por la muerte de Leydi Dayán Sánchez Tamayo.

“2. Reparar a los familiares de la víctima en forma integral por las violaciones a la Convención Americana establecidas en el presente informe”.

Aclara que el fundamento de la causal invocada es precisamente el pronunciamiento expreso de la Comisión, cuya importancia en el ámbito internacional no se discute, como tampoco su fuerza vinculante para el Estado colombiano, ya que legislativamente ha admitido la vigencia en el orden interno de la Convención Interamericana de Derechos Humanos.

La innegable importancia del informe, dice el Procurador, se debe a que evidencia la comisión de graves infracciones a la Convención citada, pues, luego de examinarse allí la actividad judicial emprendida por la jurisdicción penal militar en aras a investigar la conducta de los policiales involucrados en la muerte de la menor Leydi Dayán Sánchez Tamayo, se determinó que la misma no satisface los estándares establecidos por la Convención en materia de acceso a la justicia y protección judicial.

Las conclusiones del informe, manifiesta, son el fundamento de la presente acción de revisión, con la cual se pretende remover la cosa juzgada de la sentencia absolutoria, amparando así los derechos a la verdad, justicia y reparación que le asisten a los familiares de la menor decedida, en su calidad de víctimas.

Resalta, a continuación, que la Comisión estableció varias contradicciones en los pronunciamientos del Tribunal Superior Militar, pues, no obstante haber determinado en uno de ellos que el disparo que terminó con la vida de la menor Sánchez Tamayo lo efectuó el patrullero JUAN BERNARDO TULCÁN VALLEJOS, en la sentencia de segunda instancia adujo la imposibilidad de establecer con certeza quién accionó el arma homicida.

Fuera de lo anterior, hace conocer, el Tribunal Administrativo de Cundinamarca, mediante fallo del 11 de septiembre de 2003, estableció la responsabilidad de la Nación - Ministerio de Defensa - Policía Nacional, por la muerte de la menor, destacando que falleció “a consecuencia del disparo realizado por el agente de Policía Nacional Juan Bernardo Tulcán Vallejos, quien de manera imprudente disparó su arma de dotación oficial”.

De las recomendaciones hechas por la comisión, aduce el actor, resulta evidente la necesidad de revisar los fallos de primera y segunda instancias

proferidos por la justicia penal militar, sin que sea viable alegar que la causal invocada (numeral 4º, art. 192, Ley 906 de 2004), no estaba vigente para la época de los hechos, puesto que lo que importa precisar es el marco constitucional que la fundamenta, consolidado con el concepto de bloque de constitucionalidad que posibilita que otro tipo de normas contentivas de principios y valores, pero que no ostentan estricto rango normativo constitucional, puedan entenderse como integradas a la Carta Política (art. 93), dando lugar a que en la labor interpretativa por parte de los operadores jurídicos, se imponga su ineludible observancia.

Además de la obligatoriedad de la doctrina y jurisprudencia internacionales, destaca el Procurador que aún antes de la vigencia de la Constitución de 1991, la Corte Interamericana de Derechos Humanos (sentencia del 29 de junio de 1988, caso Velásquez Rodríguez contra Honduras) claramente estableció y reconoció el derecho de las víctimas a acceder a un procedimiento que les restaure los derechos, o de replantear el agotado que no hubiere satisfecho de manera legítima sus pretensiones.

De este pronunciamiento, agrega, justamente la Corte Constitucional echó mano para destacar los alcances de las posibilidades de intervención de la parte civil en el código de procedimiento penal anterior y más recientemente, para fijar alcances de la acción de revisión.<sup>3</sup>

La eventual prosperidad de la acción planteada, considera el demandante, con los efectos que a la decisión estime pertinente otorgarle la Sala, debe aparejar la orden de retrotraer la actuación surtida ante la Justicia Penal Militar hasta un momento en que sin duda, se respete el derecho a la defensa del patrullero TULCÁN VALLEJOS. En todo caso, acatando las consideraciones de la Comisión, ante la flagrante violación de derechos humanos, la presente acción debe conducir de manera ineludible e inequívoca a radicar el conocimiento de lo que deba replantearse procesalmente, ante la jurisdicción penal ordinaria.

Solicita, por consiguiente, dejar sin valor la cuestionada sentencia absolutoria y anular la actuación, por falta de competencia, a partir del momento en que se convocó a juicio al procesado JUAN BERNARDO TULCÁN VALLEJOS, dejando a salvo las pruebas recaudadas.

Termina diciendo que la conducta debió calificarse como dolosa, “como quiera que la misma consistió en el hecho de disparar contra una menor que ante la presencia de la motocicleta, huyó hacia su residencia para refugiarse de quienes se creía eran milicianos y no policías”.

---

3 Para reforzar sus asertos, el Procurador refiere y cita ampliamente la sentencia C-228 del 3 de abril de 2002.

Anexo a la demanda, presentó el agente del Ministerio Público, los siguientes documentos:

- Copia del Informe 5/06, caso 12.009, rendido por la Comisión Interamericana de Derechos Humanos.
- Copia de la comunicación dirigida al Ministerio de Relaciones Exteriores de Colombia, suscrita por el Secretario General de la Organización de Estados Americanos.
- Copia de las sentencias de primera y segunda instancias, a través de las cuales fue absuelto el oficial JUAN BERNARDO TULCÁN VALLEJOS, por parte de la justicia penal militar.
- Copia del auto del 29 de septiembre de 2003, por medio del cual la Corte no repuso el proveído que inadmitió el recurso extraordinario de casación discrecional.
- Constancia de ejecutoria de las anteriores providencias.

#### **Actuación surtida en la corte**

Como primera medida, por auto del 2 de octubre de 2006, la Sala ordenó incorporar a la actuación el proveído del 27 de septiembre de 2002, por medio del cual inadmitió la demanda de casación discrecional promovida por el representante de la Parte Civil.

El 6 de octubre del mismo año, los magistrados Álvaro Orlando Pérez Pinzón, Marina Pulido de Barón, Jorge Luis Quintero Milanés, Mauro Solarte Portilla y Yesid Ramírez Bastidas, quienes suscribieron los referidos autos inadmisorios, expresaron su impedimento, con fundamento en el numeral 4° del artículo 99 de la Ley 600 de 2000.

Designados los conjueces y admitida la demanda con auto del 14 de noviembre de 2006, el procesado JUAN BERNARDO TULCÁN VALLEJOS fue declarado persona ausente mediante proveído del 7 de febrero de 2007, como quiera que no fue posible su ubicación con el fin de notificarle personalmente la decisión que declaró ajustada a la ley la demanda de revisión. En la misma oportunidad se le proveyó de defensor de oficio.

En sendos proveídos del 17 de mayo del año en curso, la Corte admitió el impedimento que conjuntamente expresaron los Magistrados mencionados y decretó la nulidad de la actuación a partir, inclusive, de la diligencia de notificación por estado del auto admisorio de la demanda de revisión.

Notificado personalmente el señor JUAN BERNARDO TULCÁN VALLEJOS del referido pronunciamiento y recibido el expediente en la Corte, de conformidad con la previsión contenida en el artículo 224 del Código de

Procedimiento Penal, se dispuso surtir traslado a los intervinientes para que solicitaran la práctica de las pruebas que consideraran conducentes a los fines de la presente acción, habiendo hecho uso de tal oportunidad el defensor designado por el absuelto, quien allegó memorial en el que disertó ampliamente sobre la improcedencia de la presente acción de revisión, pidiendo que se anulara o revocara el auto admisorio de la demanda.

La anterior solicitud fue rechazada de plano, mediante providencia del 22 de agosto de 2007 en la que también se ordenó, en los términos del artículo 225 de la citada codificación, correr traslado a los intervinientes para que presentaran sus alegaciones conclusivas, actividad que cumplieron la defensa, el procesado, el demandante y el Procurador Segundo Delegado para la Investigación y Juzgamiento Penal.

## **Alegatos de los intervinientes**

### ***1. Del Procurador 7° Judicial Penal II***

Como el actor transcribe el contenido de la demanda de revisión, se remite al resumen que de la misma quedó consignado en precedencia.

Agregó sí, en el apartado final que contiene la pretensión, que la invalidez de lo actuado debía decretarse a partir del proveído definitorio de la situación jurídica, dejando a salvo las pruebas recaudadas, “atendiendo la absoluta falta de competencia que tenía y tiene dicha jurisdicción para haberse apersonado del conocimiento de los hechos que motivaron el informe de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos”. De ahí que la actuación debe remitirse a la Fiscalía General de la Nación.

Aclara, para terminar: que

“a diferencia de lo sostenido en la demanda, la nulidad se propone a partir del momento en que se resolvió la situación jurídica, por haberse trabado allí el conflicto de competencia, y atribuido en ese momento la comisión de un homicidio culposo y no doloso, al menos con dolo eventual. La conducta debió calificarse como dolosa, como quiera que la misma consistió en el hecho de disparar contra una menor indefensa que ante la presencia de la motocicleta, huyó hacia su residencia para refugiarse de quienes creía eran milicianos y no policías”.

### ***2. Del Ministerio Público***

El Procurador Segundo Delegado para la Investigación y el Juzgamiento Penal, luego de referir ampliamente los hechos, la actuación procesal relevante, el fundamento normativo de la causal y las consideraciones y recomendaciones plasmadas en el Informe 5/06 de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos, se plantea el siguiente interrogante:

¿Debe acatar el Estado colombiano el pronunciamiento de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos, plasmado en el Informe No. 5/06, Caso 12.009 Leydi Dayán Sánchez - Colombia”, emitido el 28 de febrero de 2006; en otras palabras, están presentes los presupuestos de la causal invocada para que prospere la acción que nos reúne?”.

Considera, a continuación, que los presupuestos para que la causal invocada prospere se encuentran actualizados y, por tanto, se impone para el Estado colombiano la obligación de acatar la decisión adoptada por la Comisión, es decir, debe “realizar una investigación imparcial y efectiva ante la jurisdicción ordinaria con el fin de juzgar y sancionar a los responsables por la muerte de Leydi Dayán Sánchez”.

Señala que con posterioridad al fallo absolutorio, se produjo decisión por parte de instancia internacional de supervisión y control de derechos humanos, representada en este caso por la Comisión Interamericana de Derechos Humanos, respecto de la cual el Estado colombiano ha aceptado formalmente la competencia. Dicho organismo, añade, declaró responsable al Estado colombiano de graves violaciones a los derechos humanos, materializados en la violación del derecho a la vida de la menor Leydi Dayán Sánchez Tamayo.

La decisión en comento, destaca el Procurador, es el fundamento de la causal de revisión prevista en el numeral 4° del artículo 192 de la Ley 906 de 2004, ya que es el resultado del examen adelantado sobre los hechos ocurridos el 21 de marzo de 1998. Por tanto, debe dispensarse sobre ella “la correspondiente aprobación jurídica en punto a su vocación de prosperidad por satisfacer a cabalidad las exigencias legales contempladas para el efecto, dentro de las cuales no aparece incluida la necesidad de acreditar la existencia de hecho nuevo o prueba no conocida al tiempo de los debates”.

A renglón seguido, el delegado del Ministerio Público sostiene que el citado Informe 5/06 resulta de obligatorio cumplimiento y tiene carácter vinculante, habida cuenta del reconocimiento legal en nuestro derecho interno, de la Convención Americana de Derechos Humanos y, de contera, de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos, los cuales quedan integrados al bloque de constitucionalidad (art. 93, CP), sin que exista hesitación sobre el hecho de que estamos frente a una instancia superior de supervisión y control de los derechos humanos.

Esa es la razón, también, para abogar por la aplicación retroactiva de la norma contentiva de la causal de revisión que ahora se invoca, como quiera que los referidos preceptos internacionales, aprobados por Colombia, estaban vigentes para cuando se registraron los sucesos y se adelantó el procedimiento que culminó con la absolución. Precisamente el desconocimiento del bloque



de constitucionalidad, a juicio del libelista, fue el que condujo a la situación por la que ahora resulta declarado responsable el Estado colombiano.

Por último, solicita el Procurador Delegado que se declare sin valor la sentencia absolutoria proferida por la justicia penal militar a favor de JUAN BERNARDO TULCÁN VALLEJOS y se decrete la nulidad de lo actuado a partir del auto resolutorio de la situación jurídica, dejando indemnes las pruebas recaudadas.

Manifiesta, adicionalmente, que debe disponerse la remisión del diligenciamiento a la Fiscalía General de la Nación, por ser la autoridad competente para conocer del asunto, acorde con lo precisado por la CIDH y la jurisprudencia nacional, en el sentido de que los casos relacionados con flagrantes violaciones de los derechos humanos siempre serán del conocimiento de la justicia ordinaria, toda vez que no puede admitirse que ese tipo de conductas guarden correspondencia alguna con la noción de funciones propias del servicio de los uniformados o de los agentes estatales en general.

### *3. Del procesado y el defensor*

En memorial conjunto, el procesado JUAN BERNARDO TULCÁN VALLEJOS y su defensor, solicitan que “se declare la prelación del fallo absolutorio”.

Aducen que son razones de política criminal y justicia las que los llevan a hacer dicho pedimento.

Además, destacan que si bien la absolución operó por duda probatoria, la calificación del hecho como homicidio culposo “no corresponde a la verdad”, ya que el procesado siempre pregonó su inocencia “y este es el motivo de nuestro disenso o justa protesta”.

Dicen, a continuación, que la prueba documental y el testimonio rendido por “CUSTIAN CHAVES” (sic) al día siguiente del accidente, declaran su total “irresponsabilidad en el terreno de los hechos”. Así mismo, que si la prueba de absorción atómica resulto positiva para TULCÁN VALLEJOS, fue porque hizo el disparo al aire y en tales condiciones, sólo podía arrojar esa conclusión.

Resaltan, seguidamente, que “la occisa presentaba en su cuerpo orificios de entrada y de salida significándose con ello que técnicamente era imposible efectuar los cotejos correspondientes en relación al revólver de mi cliente”.

Para terminar, aseveran que no se encontró nexo o relación de causalidad entre la ojiva disparada y el revólver 38 largo de dotación oficial del procesado, lo que amerita “la prelación del fallo que le imploro en esta oportunidad”. Además, que rechazan por inaceptable la acción de revisión, probado como está que a estas alturas, “no se ha aportado ni una sola prueba que desvirtúe la presunción de inocencia jamás amancillada (sic) con la cacareada duda probatoria”.

## Consideraciones de la sala

### 1. Cuestión previa

En múltiples oportunidades, la Corte ha clarificado que la acción de revisión, como instrumento independiente del proceso penal orientado a remover una sentencia injusta que ha pasado por autoridad de cosa juzgada, y en procura de reconstruir y demostrar que la verdad material declarada no corresponde a la realidad, obedece a unas específicas y taxativas causales, con asidero en las cuales la ley hace admisible controvertir la firmeza de una sentencia.

Al propio tiempo se advierte, por tanto, que los fundamentos para reclamar la viabilidad de las pretensiones revisoras, sólo pueden edificarse en orden a la concurrencia de las causales que legalmente posibilitan acceder a esta especializada acción, o lo que es igual, que no cualquier alegato discrepante con la sentencia justifica su ejercicio, ni pretendidos yerros valorativos de las pruebas ni afirmados vicios *in procedendo* cuya admisibilidad, como es sabido, sólo es procedente, en principio, por vía del recurso extraordinario de casación.

Esto ratificó, sobre el particular, la Corte, en reciente decisión:<sup>4</sup>

“1. La acción de revisión, a diferencia del recurso extraordinario de casación –a través del cual, con apoyo en los motivos legales que lo hacen procedente, es posible discutir la regularidad del trámite procesal, el cumplimiento de las garantías debidas a las partes, los supuestos de hecho de la sentencia de segunda instancia no ejecutoriada y sus consecuencias jurídicas–, tiene como *objeto* una sentencia, un auto de cesación de procedimiento o una resolución de preclusión de la investigación que hizo tránsito a cosa juzgada y como *finalidad* remediar errores judiciales originados en causas que no se conocieron durante el desarrollo de la actuación y que están limitadas a las previstas en la ley.

“No es la acción de revisión por tanto un mecanismo disponible para reabrir el debate procesal, resultando indebido por lo mismo sustentarla en fundamentos propios del recurso de casación. Tampoco es una tercera instancia a la que se accede para discutir lo resuelto por los jueces o fiscales con base en los mismos elementos probatorios que les sirvieron a aquellos para tomar las decisiones.

“Lo anterior significa que por medio de la acción de revisión no se puede abrir de nuevo el debate sobre lo declarado en la sentencia”.

### 2. La legitimidad del demandante

Mediante el comunicado 574/297 del 31 de marzo de 2006, la Misión Permanente de Colombia ante la Organización de los Estados Americanos,

4 Auto del 25 de julio de 2007, Rad. 23.690.

remitió al Ministerio de Relaciones Exteriores el Informe N° 5/06, advirtiendo que el Estado contaba con un plazo de dos meses para comunicar a la Comisión Interamericana de Derechos Humanos las medidas adoptadas con el propósito de dar cumplimiento a las recomendaciones.

Dichas recomendaciones fueron las siguientes:

“1. Realizar una investigación imparcial y efectiva ante la jurisdicción ordinaria con el fin de juzgar y sancionar a los responsables por la muerte de Leydi Dayán Sánchez Tamayo.

“2. Reparar a los familiares de la víctima en forma integral por las violaciones a la Convención Americana establecidas en el presente informe.

“3. Efectuar un reconocimiento público de responsabilidad estatal de las violaciones a la Convención Americana establecidas en el presente informe.

“4. Adoptar medidas de capacitación, vigilancia y aplicación de la ley para garantizar que los agentes del Estado autorizados para emplear armas de fuego, hagan uso de aquéllas en estricto cumplimiento de los principios de necesidad, excepcionalidad y proporcionalidad, particularmente en situaciones que involucren la presencia de niños y niñas, los cuales requieren especiales medidas de protección.

“5. Adoptar las medidas necesarias para evitar que en el futuro se produzcan hechos similares, conforme al deber de prevención y garantía de los derechos fundamentales reconocidos en la Convención Americana, así como dar pleno cumplimiento a la doctrina desarrollada por la Comisión y la Corte Interamericanas sobre el empleo exclusivo de la justicia penal militar respecto de los delitos de función”.

Pues bien, el Gobierno Nacional, con el fin de dar cumplimiento a la recomendación N° 1, solicitó a la Procuraduría General de la Nación que promoviera acción de revisión contra la sentencia absolutoria proferida por la jurisdicción penal militar a favor del agente de policía JUAN BERNARDO TULCÁN VALLEJOS.

A su turno, el señor Procurador General de la Nación, mediante proveído del 30 de agosto de 2006, comisionó para el efecto al Procurador 7° Judicial Penal II de Bogotá, quien, el 7 de septiembre del mismo año, presentó la demanda de revisión que hoy se estudia de fondo.

Ahora bien, la Ley 906 de 2004, cuya aplicación procede en este evento, mantiene, en términos generales, una regulación similar a la que para el trámite de la acción de revisión se contempla en la Ley 600 de 2000.

Es así como el artículo 221 de la última normatividad citada, hace radicar la titularidad para su ejercicio en los sujetos procesales con interés jurídico y que hayan sido reconocidos en el proceso penal.

Por su parte, el artículo 193 del Estatuto Procesal Penal de 2004 establece que la acción de revisión podrá ser promovida por el fiscal, el Ministerio

Público, el defensor y demás intervinientes, siempre que ostenten interés jurídico y hayan sido legalmente reconocidos dentro de la actuación materia de revisión.

En el asunto que ocupa la atención de la Sala, puede verificarse que el funcionario del Ministerio Público que presentó la demanda de revisión no es el mismo que intervino en el trámite adelantado ante la justicia penal militar y, por consiguiente, en ningún momento fue legalmente reconocido durante la actuación procesal.

Luego, si en el proceso en mención fungió como agente especial del Ministerio Público el Procurador 241 Judicial I Penal de Bogotá, podría decirse que su homólogo 7° Judicial II de la misma ciudad, carecía de legitimidad para presentar la demanda y, por esa razón, debió inadmitirse.

Sin embargo, en este particular asunto, la legitimidad del demandante deviene, no en razón a las funciones específicas que como sujeto procesal le asignan las leyes 600 de 2000 y 906 de 2004, sino como consecuencia de las facultades generales previstas en el artículo 277 de la Constitución Política, en cuanto señala:

“El Procurador General de la Nación, por sí mismo o por medio de sus delegados y agentes, tendrá las siguientes funciones:

(...)

2ª) *Proteger los derechos humanos y asegurar su efectividad*, con el auxilio del Defensor del Pueblo...” (resalta la Sala).

En este orden de ideas, la Procuraduría General de la Nación, como defensora de los derechos humanos y especialmente los prevalentes de los niños, en lo cual tiene significativo interés la sociedad que representa, atendiendo a que dicha protección “no constituye un acto de caridad ni de liberalidad sino el cumplimiento y exigencia perentoria de principios y deberes como los de responsabilidad y solidaridad social a cargo del Estado y sus servidores públicos (arts. 1 y 2, C. P.)”,<sup>5</sup> está autorizada constitucionalmente para cumplir con las recomendaciones realizadas por la Comisión Interamericana de Derechos Humanos en materia de prevención de las infracciones a los derechos humanos.

Desde luego, entiende la Corte que esas facultades generales reclaman de asignación puntual de competencia para actuar en el caso específico, dentro de los lineamientos que para el efecto consagra, en el asunto examinado, la codificación penal adjetiva.

---

5 Directivas Nos. 07, 08 y 09 del 21 de mayo de 2007, expedidas por el Procurador General de la Nación.

Pero, no puede pasarse por alto cómo aquí se analiza un asunto que desborda el ámbito interno de regulación penal e incluso constitucional. Si se pasase por alto la forma dinámica que introduce el llamado bloque de constitucionalidad y, entonces, si no ocurre que se materialice alguna de las causales ordinariamente consignadas en nuestra legislación positiva para el efecto, sino aquella que reclama directa injerencia de un organismo internacional, elemental, asoma que la exigencia simplemente formal de atender al criterio o decisión autónoma del funcionario del Ministerio Público que intervino en el proceso, además de insustancial se determina inoficiosa y ajena al contenido material del derecho que se busca proteger.

Por tanto, no es dable discutir la legitimidad que ampara al Procurador 7° Judicial II de Bogotá para incoar la demanda de revisión en este asunto, en cumplimiento de la comisión expresa del Procurador General de la Nación.

Ello a pesar de que en el desarrollo del trámite adelantado ante la justicia penal militar, el Procurador 241 Judicial I Penal de Bogotá que fungió como agente especial del Ministerio Público, abogó en todo momento por la absolución y desvinculación definitiva del sindicado JUAN BERNARDO TULCÁN VALLEJOS. Posición que, incluso, avala de mayor manera la tesis de la Corte, como quiera que resulta un contrasentido exigir de ese funcionario, o mejor, dejar a su propia voluntad la decisión de interponer la acción, cuando es claro que ese no es su querer y, finalmente, prima la recomendación del ente internacional, fuente nutricia del trámite que ahora se finiquita.

### *3. Naturaleza y alcance de las Recomendaciones de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos en el ordenamiento interno*

De acuerdo con lo alegado y solicitado por los delegados del Ministerio Público (7° Judicial Penal II y 2° Delegado para la Investigación y el Juzgamiento Penal, de Bogotá, demandante y sujeto procesal, respectivamente), las recomendaciones de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos vinculan al Estado colombiano, el cual está obligado a acatar las decisiones que adopte este organismo internacional.

De ahí, advierten, que en este evento, sin exigencias adicionales, debe declararse sin valor la sentencia absolutoria que favoreció al oficial de policía JUAN BERNARDO TULCÁN VALLEJOS y declararse la nulidad a partir del auto que resolvió la situación jurídica.

Esta, argumentan, es la forma de acatar la decisión proferida por la Comisión, en desarrollo del caso sometido a su conocimiento, a raíz del homicidio de que fue víctima la joven Leydi Dayán Sánchez Tamayo, la cual consiste, expresamente, en realizar una investigación imparcial y efectiva ante la jurisdicción ordinaria, con el fin de juzgar y sancionar a los responsables de la muerte de la menor.

Se hace necesario, entonces, que la Sala estudie la naturaleza y alcance de las recomendaciones de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos en el ordenamiento interno, con el fin de determinar si ellas, por sí solas, tienen el efecto vinculante a que aluden los delegados del Ministerio Público, al extremo de entender objetivamente configurada la causal de revisión prevista en el numeral 4° del artículo 192 del Código de Procedimiento Penal de 2004, o si las recomendaciones resultan insuficientes para obligar de la Corte una decisión automática en tal sentido.

Para ello debe desentrañarse previamente la naturaleza jurídica del organismo que las ha emitido; veamos:

El Sistema Interamericano de Derechos Humanos constituye el marco para la promoción y protección de los derechos humanos, proveyendo un recurso a los habitantes de América que han sufrido violación de esos derechos por parte del Estado.

El Sistema Interamericano de Derechos Humanos se fundamenta en la Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre, adoptada en 1948, y en la Convención Americana sobre Derechos Humanos, suscrita en noviembre de 1969 y vigente desde julio de 1978.

Sus órganos fundamentales son la Comisión Interamericana de Derechos Humanos, con sede en Washington D. C., y la Corte Internacional de Derechos Humanos, radicada en San José de Costa Rica.

La Comisión Interamericana de Derechos Humanos, creada en 1959 mediante Resolución VIII de la Quinta Reunión de Consulta de Ministros de Relaciones Exteriores, realizada en Santiago de Chile, es un organismo internacional que forma parte de la Organización de los Estados Americanos (OEA).

Tiene a cargo la promoción y defensa de los derechos humanos, en desarrollo de lo cual es su atribución formular recomendaciones, cuando lo estime conveniente, a los gobiernos de los Estados miembros de la Convención Americana sobre Derechos Humanos, para que adopten medidas progresivas a favor de los derechos humanos dentro del marco de sus leyes internas y sus preceptos constitucionales, al igual que disposiciones apropiadas para fomentar el debido respeto a esos derechos.

Mediante la Ley 16 de 1972 (publicada en el Diario Oficial N° 33780 del 5 de febrero de 1973), el Estado colombiano aprobó la Convención Americana sobre Derechos Humanos.

El 8 de mayo de 1985, mediante instrumento internacional, el Estado colombiano reconoció por tiempo indefinido la competencia de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos, bajo condición de estricta reciprocidad y para hechos posteriores a esta aceptación, sobre casos relativos a la inter-

pretación o aplicación de la Convención, reservándose el derecho de hacer cesar la competencia en el momento que lo considere oportuno.

En esa misma oportunidad, el Estado colombiano reconoció la competencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, órgano al cual la Comisión puede someter los casos por violación a los derechos humanos. Esta aceptación se hizo igualmente por tiempo indefinido y con idénticos condicionamientos.

En relación con los Estados parte de la Convención, la Comisión Interamericana de Derechos Humanos tiene la facultad de diligenciar peticiones y resolver casos que sean denunciados por violación de los derechos humanos, acatando el procedimiento señalado en la Convención, al final del cual emitirá su informe en el que expondrá los hechos y las conclusiones y, de ser procedente, “hará las recomendaciones pertinentes y fijará un plazo dentro del cual el Estado debe tomar las medidas que le competan para remediar la situación examinada” (art. 51-2 de la Convención).

Establece la Convención que dichos informes serán presentados a los Estados interesados, quienes no estarán facultados para publicarlos, y que transcurrido el plazo fijado, la Comisión decidirá, por la mayoría absoluta de votos de sus miembros, si el Estado ha tomado o no medidas adecuadas y si publica o no su informe.

En todo caso, la Comisión puede someter el asunto a consideración de la Corte Interamericana de Derechos Humanos.

A su turno, la Corte Interamericana de Derechos Humanos es un órgano judicial autónomo, cuyo propósito es aplicar e interpretar la Convención Americana y otros tratados sobre derechos humanos.

La Corte Interamericana tiene competencias contenciosa y consultiva.

La competencia contenciosa la faculta para conocer de cualquier caso relativo a la interpretación y aplicación de la Convención, siempre que los Estados parte en el caso hayan reconocido o reconozcan dicha competencia, por declaración especial o por convención. En esencia, conoce de los asuntos en que se alegue que uno de los Estados ha violado un derecho o libertad protegidos por la Convención, siendo necesario que se hayan agotado los procedimientos previstos en la misma.

Las personas, grupos o entidades que no son Estado, no tienen legitimidad para presentar casos ante la Corte Interamericana, pero sí pueden recurrir a la Comisión Interamericana de Derechos Humanos, la que a su vez está facultada, como se acotó antes, para llevar el asunto ante la Corte, siempre que el Estado cuestionado haya aceptado su competencia.

El procedimiento ante la Corte Interamericana es de carácter contradictorio. Termina con una sentencia motivada, obligatoria, definitiva e

inapelable, la cual debe cumplir el Estado parte (artículos 66, 67 y 68 de la Convención).

La Corte Interamericana surgió con la Convención Americana sobre Derechos Humanos que, según se anotó, fue suscrita en noviembre de 1969 y rige desde julio de 1978. Así mismo, mediante la Ley 16 de 1972, el Estado colombiano aprobó la Convención Americana sobre Derechos Humanos.

Recapitulando lo anterior, tiénesse que mientras la Comisión Interamericana es un órgano de protección de los derechos humanos dentro del Sistema Interamericano de Derechos Humanos, la Corte Interamericana es un organismo judicial autónomo del mismo.

Así, en tanto que la primera emite informes que contienen recomendaciones, la segunda dicta sentencias que son vinculantes para los Estados parte, dado que es la propia Convención la que establece que dichos fallos son “motivados, obligatorios, definitivos e inapelables”.

Nada se dice en la Convención, por el contrario, acerca del efecto vinculante de las recomendaciones, si bien se establece que la Comisión estará atenta, dentro de un plazo determinado, al cumplimiento de las medidas que deben adoptar los Estados involucrados, luego del cual evaluará si se tomaron o no las medidas adecuadas y si se publica o no el informe respectivo.

Sin embargo, es claro que la publicación del informe no soluciona el problema de violación de derechos humanos que fue planteado por el solicitante y si de esto se sigue que la Comisión Interamericana deba remitir el asunto a la Corte Interamericana –donde, emitida una sentencia, esta sería de obligatorio acatamiento–, concluye la Sala que el alcance de las recomendaciones es bastante limitado.

En el presente caso, la entidad particular Corporación Colectivo de Abogados “José Alvear Restrepo” elevó petición ante la Comisión Interamericana de Derechos Humanos, el 12 de mayo de 1998, en la cual alegó la responsabilidad de agentes del Estado colombiano en la muerte de Leydi Dayán Sánchez Tamayo, de 14 años de edad, ocurrida el 21 de marzo de ese año en la ciudad de Bogotá.

Lo hizo con fundamento en el artículo 44 de la Convención, el cual establece que “cualquier persona o grupo de personas, o entidad no gubernamental legalmente reconocida en uno o más Estados miembros de la Organización, puede presentar a la Comisión peticiones que contengan denuncias o quejas de violación de esta Convención por un Estado parte”.

Denunció, por consiguiente, que el Estado colombiano era responsable por la violación de los derechos a la vida y la protección judicial de la menor, así como de la obligación genérica de respetar y garantizar los derechos protegidos en la Convención Americana sobre Derechos Humanos.



Mediante el Informe N° 43/02 del 9 de octubre de 2002, la Comisión declaró admisible la petición de la Corporación Colectivo de Abogados, teniendo en cuenta que era la competente para examinar el caso presentado “sobre la presunta violación al derecho a la vida de Leydi Dayán Sánchez, así como las garantías judiciales, la protección judicial y la obligación de respetar y garantizar el libre y pleno ejercicio de los derechos de las personas que se encuentran bajo su jurisdicción”.

Surtido el trámite de rigor, la Comisión emitió el mencionado Informe N° 05/06 del 28 de febrero de 2006, en el cual, conviene iterar, hizo al Estado colombiano las siguientes recomendaciones:

- “1. Realizar una investigación imparcial y efectiva ante la jurisdicción ordinaria con el fin de juzgar y sancionar a los responsables por la muerte de Leydi Dayán Sánchez Tamayo.
- “2. Reparar a los familiares de la víctima en forma integral por las violaciones a la Convención Americana establecidas en el presente informe.
- “3. Efectuar un reconocimiento público de responsabilidad estatal de las violaciones a la Convención Americana establecidas en el presente informe.
- “4. Adoptar medidas de capacitación, vigilancia y aplicación de la ley para garantizar que los agentes del Estado autorizados para emplear armas de fuego hagan uso de aquéllas en estricto cumplimiento de los principios de necesidad, excepcionalidad y proporcionalidad, particularmente en situaciones que involucren la presencia de niños y niñas, los cuales requieren especiales medidas de protección.
- “5. Adoptar las medidas necesarias para evitar que en el futuro se produzcan hechos similares, conforme al deber de prevención y garantía de los derechos fundamentales reconocidos en la Convención Americana, así como dar pleno cumplimiento a la doctrina desarrollada por la Comisión y la Corte Interamericanas sobre el empleo exclusivo de la justicia penal militar respecto de los delitos de función”.

De las cinco recomendaciones, el Estado colombiano, por conducto de la Dirección de Derechos Humanos y Derecho Internacional Humanitario del Ministerio de Relaciones Exteriores, mediante el oficio DDH.GOI 46434/2184 del 11 de septiembre de 2006, da cuenta a la Comisión Interamericana de Derechos Humanos sobre las actividades desarrolladas con el fin de dar cumplimiento a las cuatro últimas, mientras que de la primera, concerniente al caso que nos ocupa, se indicó que ya se había solicitado a la Procuraduría General de la Nación que promoviera la correspondiente acción de revisión. Reporta, igualmente, que el Ministerio Público ya presentó la demanda respectiva y se ilustra brevemente acerca del trámite.

Ahora bien, es claro que la sola presentación de la demanda de revisión no es suficiente para considerar acatada la recomendación N° 1, si en cuenta se

tiene que la misma exige del Estado colombiano que realice una investigación imparcial y efectiva ante la jurisdicción ordinaria, con el fin de juzgar y castigar a los responsables por la muerte de Leydi Dayán Sánchez Tamayo.

Y, si el efecto de las recomendaciones, caso tal de que no se cumplan los dictados de la Comisión, es que el informe será publicado y el caso remitido a conocimiento de la Corte Interamericana, es claro que aún adoptándose estas medidas, no se ha solucionado el problema en el que se ha demostrado la violación flagrante de los derechos humanos y, por consiguiente, el solicitante debe esperar a que sea aquel organismo judicial el que adopte la decisión vinculante, mediante el proferimiento de una sentencia que finalmente obligue al Estado colombiano.

Por ello, insiste la Sala, el alcance de las recomendaciones de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos es insuficiente.

Y no es esta una manifestación aislada o caprichosa de la Sala, pues, como se indicará a continuación, el carácter limitado del alcance de las recomendaciones de la Comisión ha sido reconocido por la jurisprudencia internacional, la nacional y por la doctrina.

Nótese, sobre el particular, cómo la propia Corte Interamericana de Derechos Humanos ha reconocido que las recomendaciones no tienen la categoría de una decisión jurisdiccional obligatoria, cuyo desacato conduciría a determinar la responsabilidad del Estado.

Así lo expresó en la sentencia del 8 de diciembre de 1995 (Caso Caballero Delgado y Santana contra Colombia), en los siguientes términos:

“A juicio de la Corte, el término ‘recomendaciones’ usado por la Convención Americana debe ser interpretado conforme a su sentido corriente de acuerdo con la regla general de interpretación contenida en el artículo 31.1 de la Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados y, por ello, no tiene el carácter de una decisión jurisdiccional obligatoria cuyo incumplimiento generaría la responsabilidad del Estado. Como no consta que en la presente Convención la intención de las partes haya sido darle un sentido especial, no es aplicable el artículo 31.4 de la misma Convención. En consecuencia, el Estado no incurre en responsabilidad internacional por incumplir con una recomendación no obligatoria. En cuanto al artículo 44 de la Convención Americana (norma transcrita en párrafos anteriores), la Corte encuentra que él se refiere al derecho a presentar peticiones ante la Comisión y que no tiene relación con las obligaciones del Estado” (apartado 67).

Ahora bien, la Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados, suscrita el 23 de mayo de 1969, regula en su Sección Tercera lo concerniente a la “Interpretación de los Tratados”. En sus artículos 31.1. y 31.4, citados por la Corte Interamericana, señala:

“31. **Regla general de interpretación.** 1. Un tratado deberá interpretarse de buena fe conforme al sentido corriente que haya de atribuirse a los términos del tratado en el contexto de estos y teniendo en cuenta su objeto y fin.  
(...)

“4. Se dará a un término un sentido especial si consta que tal fue la intención de las partes”.

En este orden de ideas, es claro que si al término “recomendación” no se le otorgó un sentido especial en la Convención Americana de Derechos Humanos, el mismo debe entenderse en su sentido natural y obvio, como es la acción y el efecto de “recomendar”, el que, a su vez, según lo define el *Diccionario Larousse*, corresponde a “aconsejar a alguien sobre lo que puede o lo que debe hacer por su propio beneficio”, o “encargar o encomendar a alguien que se ocupe o haga cargo de una persona o de una cosa”.

Se trata, entonces, la recomendación, de una sugerencia respetuosa, contenida en un informe, que se le hace al Estado parte, sin que tenga carácter obligatorio, en tanto la propia Convención omitió definir un alcance diferente o especial, distinto del natural y obvio atrás referenciado.

Por su parte, la Corte Constitucional se ha referido al tema de las recomendaciones en varios pronunciamientos, analizando, en primer término, las emanadas de la Organización Internacional del Trabajo.<sup>6</sup>

Manifiesta la Corte que son absolutamente claras las diferencias entre las convenciones y las recomendaciones, destacando que mientras las primeras tienen eficacia jurídica en el ordenamiento interno conferida por la Constitución Nacional, en la medida en que el artículo 53 señala que “los convenios internacionales del trabajo debidamente ratificados hacen parte de la legislación interna”, las segundas ni siquiera son mencionadas en el Estatuto Fundamental.

Por tanto, las recomendaciones tienden a ser redactadas como sugerencias o invitaciones a los Estados a desarrollar determinadas políticas.

Así se pronunció la Corte Constitucional en la sentencia C-468 del 25 de septiembre de 1997:

#### **“Diferencias entre los Convenios y las Recomendaciones.**

“2. De acuerdo con el artículo 19 de la Constitución de la OIT, esa organización se pronuncia a través de convenios internacionales o de recomendaciones. Sin embargo, estos instrumentos no tienen la misma naturaleza jurídica. Los convenios son auténticas normas de derecho internacional que vinculan jurídicamente a los Estados, mientras que las recomendaciones no tienen tal característica pues son instrumentos

---

6 Entre otras, las sentencias C-562 del 22 de octubre de 1992, C-049 del 10 de febrero de 1994, C-147 del 23 de marzo de 1994 y C-468 del 25 de septiembre de 1997.

que se limitan a señalar pautas para orientar la legislación y la práctica jurídica nacional. Los convenios buscan la ratificación de los Estados miembros a fin de que éstos adquieran compromisos internacionales. Es cierto que esa ratificación es *sui generis* en el derecho internacional, en tanto no se realiza de acuerdo con las normas de la Convención de Viena sobre el derecho de los tratados, sino que se efectúa por medio de una comunicación al Director General de la Oficina Internacional del Trabajo sobre la aprobación interna del convenio. Sin embargo, esa ratificación tiene el mismo efecto que la de cualquier otro tratado, y es que el Estado respectivo asume obligaciones en el plano internacional. En otros términos, estas normas internacionales nacen abiertas a la ratificación, y como tal están destinadas a crear obligaciones internacionales para los Estados que los ratifican, mientras que, conforme a las propias normas de la OIT, las recomendaciones no están sujetas a ratificación, pues su objetivo no es que los Estados adquieran nuevos compromisos internacionales sino que se trata de sugerencias que la OIT formula a los Estados para que éstos, en lo posible, las desarrollen internamente. La obligación internacional que adquieren los Estados en relación con estas recomendaciones es entonces la de someter esas propuestas a consideración de sus autoridades internas, a fin de eventualmente desarrollarlas por medio de otras normas jurídicas. Igualmente deben los Estados informar a la OIT sobre el estado de su legislación y la práctica en lo que respecta a los asuntos tratados en las recomendaciones, pero en ningún momento se prevé la ratificación de tales recomendaciones, o que su contenido genere en sí mismo una obligación internacional. El artículo 19, ordinal 6°, literal d) de la Constitución de la OIT es terminante en señalar que ‘salvo la obligación de someter la recomendación a la autoridad o autoridades competentes, no recaerá sobre los miembros ninguna otra obligación’.

“Las recomendaciones, a diferencia de los convenios, no son entonces tratados, pues no generan, modifican o extinguen obligaciones internacionales para los Estados. Esa diversa naturaleza jurídica se manifiesta incluso en el distinto lenguaje empleado por la OIT, según el caso. Así, las recomendaciones tienden a ser redactadas como sugerencias o invitaciones a los Estados a desarrollar determinadas políticas, por lo cual se usa en general el modo condicional. La mayor parte de los artículos de estos documentos simplemente señalan que los Estados, los patronos o los trabajadores ‘deberían’ efectuar determinada conducta, tal y como se puede observar mediante la lectura de las recomendaciones aprobadas por medio de la ley bajo revisión. Esto muestra que las recomendaciones no son, en estricto sentido, verdaderas normas jurídicas sino exhortaciones políticas a los Estados. En cambio, los convenios se formulan con el lenguaje preceptivo de las normas jurídicas, para lo cual basta revisar cualquiera de esos documentos jurídicos en donde se señala que los Estados ‘deberán’ o se ‘comprometen’ a efectuar determinadas políticas. Y no podía ser de otra forma pues mediante los convenios los Estados adquieren compromisos jurídicos internacionales.

“3. La propia Constitución destaca esa diferencia entre las recomendaciones y los convenios, ya que les confiere distinta eficacia jurídica interna. Así, el artículo 53 de la Carta incluye en la legislación interna a los convenios internacionales del trabajo debidamente ratificados, mientras que en relación con las recomendaciones, no existe norma constitucional que las mencione. Todo lo anterior muestra que las recomendaciones y los convenios son figuras jurídicas de muy diverso alcance, tal y como esta Corporación ya lo había señalado”.

Dijo entonces la Corte:

“La recomendación, según el artículo 19 de la Constitución de la OIT, es aquella proposición de la Conferencia Internacional del Trabajo, que trata de cuestiones o aspectos que en ese momento no se prestan para la adopción de un Convenio, y que no exige propiamente la expresión del consentimiento, en la forma indicada para el ajuste de los convenios y tratados internacionales, ni su ratificación formal, pues la recomendación constituye apenas una serie de orientaciones y sugerencias con respecto de determinada materia –en este caso, las medidas tendientes a garantizar la seguridad y la salud de los trabajadores en las instalaciones petroleras marítimas y en la industria de energía nuclear–, que son puestas en práctica a través de la legislación interna de cada país miembro, o de cualquier otro modo, y por consiguiente, carecen, para efectos de su ejecución, de la fuerza imperativa de que están dotados los Convenios de la OIT”.

Ahora bien, en lo que respecta a las recomendaciones de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos, la Corte Constitucional mantiene idéntica postura, en la medida en que ha considerado que las mismas, si bien constituyen actos jurídicos unilaterales, carecen de efecto vinculante y se limitan a proponerle a sus destinatarios un determinado comportamiento.

Reconoce, igualmente, que ciertos tribunales internacionales, así como un destacado sector de la doctrina internacionalista contemporánea, han considerado que las recomendaciones adoptadas por los órganos internacionales carecen de todo efecto vinculante.

Claro está, estima también, que dicha aseveración debe matizarse, o por lo menos, analizarse en el caso concreto. En este orden de ideas, el operador jurídico debe tomar en consideración la naturaleza del órgano internacional que adoptó la recomendación; si se trata de una invitación dirigida al Estado para que tome medidas legislativas o administrativas encaminadas a enfrentar situaciones generalizadas de violaciones de los derechos humanos o si por el contrario se alude a un caso concreto; y finalmente, los principios y las disposiciones del tratado internacional con base en los cuales la recomendación fue adoptada.

Así, por ejemplo, dado que el artículo 41 de la Convención faculta a la Comisión para “b) formular recomendaciones, cuando lo estime conveniente,

a los gobiernos de los Estados miembros para que adopten medidas progresivas en favor de los derechos humanos dentro del marco de sus leyes internas y sus preceptos constitucionales, al igual que disposiciones apropiadas para fomentar el debido respeto a esos derechos”, el Estado colombiano expidió la Ley 288 de 1996, “por medio de la cual se establecen instrumentos para la indemnización de perjuicios a las víctimas de violaciones de derechos humanos en virtud de lo dispuesto por determinados órganos internacionales de derechos humanos”.

De ahí, entonces, que haya sido necesaria la expedición de una ley con el fin de establecer un mecanismo adecuado para cumplir con las recomendaciones de los órganos internacionales de derechos humanos que refieren a la indemnización de perjuicios a las víctimas, lo cual, naturalmente, no aplica al caso concreto, al menos en lo que respecta a la recomendación N° 1 del citado Informe 5/06 del 28 de febrero de 2006.

Sobre la naturaleza jurídica y carencia de efectos vinculantes de las recomendaciones, y la morigeración de tal aseveración, se pronunció ampliamente la Corte Constitucional en la sentencia T-558 del 10 de julio de 2003, en estos términos:

#### **“1. Las fuentes del derecho internacional público.**

“Para determinar cuál es la naturaleza jurídica de las medidas cautelares decretadas por la CIDH es necesario acudir al sistema de fuentes del derecho internacional público. Al respecto, el artículo 38 del Estatuto de la Corte Internacional de Justicia de La Haya recoge las siguientes: 1) los tratados internacionales; 2) la costumbre internacional; 3) los principios generales del derecho “reconocidos por las naciones civilizadas”; 4) la jurisprudencia; 5) la doctrina y 6) la equidad.

“La doctrina internacionalista más autorizada en la materia ha criticado, sin embargo, este listado de fuentes del derecho internacional público por cuanto no suministra un catálogo exhaustivo de las mismas. De tal suerte, que existe un amplio consenso en la actualidad en el sentido de incluir en éste a los actos unilaterales de los Estados y de las organizaciones internacionales.

“En tal sentido, conviene señalar que los órganos de las organizaciones internacionales pueden, de conformidad con el tratado multilateral constitutivo de cada una de ellas, u otros textos normativos como son los estatutos o los reglamentos internos, adoptar actos jurídicos unilaterales de diversa denominación y con distintos efectos jurídicos como son: resoluciones, recomendaciones, decisiones, opiniones consultivas, medidas provisionales, medidas cautelares o incluso sentencias, como es el caso de la Corte Interamericana de Derechos Humanos.

“La práctica internacional demuestra que existe en esta materia una gran incertidumbre terminológica y una ambigüedad conceptual que no permiten, en muchos casos, precisar con exactitud el alcance de cada una

de estas clases de actos jurídicos. Por tales razones, la doctrina se limita a distinguir entre los actos de los órganos judiciales internacionales, que pueden ser ‘sentencias’, las cuales tienen efecto vinculante y hacen tránsito a cosa juzgada y ‘opiniones consultivas’, desprovistas de tales efectos; y por otra parte, están las decisiones y las recomendaciones.

“En lo que concierne a las decisiones, se trata de un acto jurídico unilateral de una organización internacional que tiene efecto vinculante. En el ámbito internacional, los únicos actos que técnicamente pueden ser calificados como decisiones son aquellos que aparecen referidos en el artículo 25 de la Carta de la ONU y son adoptados por el Consejo de Seguridad de las Naciones Unidas, en el marco de las facultades que le otorga el Capítulo VII de la misma.

“Por el contrario, las recomendaciones carecen de efecto vinculante y se limitan a proponerle a sus destinatarios un determinado comportamiento. De allí que el contenido jurídico de la expresión coincida con su sentido corriente. Los destinatarios de éstas son los Estados parte en la organización internacional, y en ocasiones, los particulares.

“Ahora bien, el tema del valor jurídico de las recomendaciones ha sido objeto, en los últimos años, de un intenso debate doctrinal y finalmente se puede concluir que no existen posiciones unánimes en la materia. Así, para algunos autores las recomendaciones simplemente carecen de efectos jurídicos vinculantes. Incluso la Corte Interamericana de Derechos Humanos, en sentencia del 8 de diciembre de 1993 en el asunto Caballero Delgado y Santana contra Colombia estimó que el término ‘recomendaciones’, tal y como figura en el texto del Pacto de San José de Costa Rica, debía ser interpretado ‘conforme a su sentido corriente’ de acuerdo con la regla general de interpretación contenida en el artículo 31.1 de la Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados de 1969 y por ello ‘no tiene el carácter de una decisión jurisdiccional obligatoria cuyo cumplimiento generaría la responsabilidad del Estado’. De tal suerte que los destinatarios de las recomendaciones no están obligados a someterse a ellas ni cometen una infracción internacional por incumplirlas.

“Por otra parte, ciertos tribunales arbitrales internacionales, así como un destacado sector de la doctrina internacionalista contemporánea, han considerado que la aseveración según la cual las recomendaciones adoptadas por organismos internacionales carecen de todo efecto vinculante, debe ser matizada, o al menos, examinada caso por caso.

“Así, en el asunto Texaco-Calasiatic contra Libia, el Tribunal de Arbitramento Internacional en laudo del 19 de enero de 1977 consideró que era difícil formular de manera general y abstracta el alcance de las recomendaciones, ya que era necesario tener en cuenta las condiciones en las cuales la recomendación fue adoptada siendo indispensable analizar rigurosamente cada una de sus disposiciones.

“En tal sentido, el operador jurídico debe tomar en consideración la naturaleza del órgano internacional que adoptó la recomendación; si se trata de una invitación dirigida al Estado para que tome medidas legislativas

o administrativas encaminadas a enfrentar situaciones generalizadas de violaciones de los derechos humanos o si por el contrario se alude a un caso concreto; y finalmente, los principios y las disposiciones del tratado internacional con base en los cuales la recomendación fue adoptada.

## **“2. Las especificidades de las medidas cautelares decretadas por la CIDH.**

“Un análisis del funcionamiento del sistema interamericano de protección de los derechos humanos evidencia que existen diversos actos jurídicos emanados de los órganos que lo integran.

“Así pues, en virtud del artículo 41 de la Convención Americana, la CIDH tiene competencia para formular recomendaciones, cuando lo estime conveniente, a los Gobiernos de los Estados miembros para que adopten medidas progresivas a favor de los derechos humanos en el marco de sus leyes internas, al igual que disposiciones apropiadas para fomentar el debido respeto a esos derechos. Estas recomendaciones aluden, con frecuencia, a situaciones generalizadas de violaciones a los derechos humanos en un Estado determinado; su implementación interna, en muchas ocasiones, depende de la voluntad del legislador en la medida en que se le invita a regular una materia o a que derogue una determinada normatividad contraria al tratado internacional. También son frecuentes los llamados de atención al Ejecutivo, en especial, para que combata ciertas ‘prácticas administrativas’, en términos de la extinta Comisión Europea de Derechos Humanos, en las que han incurrido los encargados del mantenimiento del orden público.

“Estas recomendaciones usualmente aparecen consignadas en los informes sobre Estados que elabora la CIDH, en especial, al término de una visita *in loco* al país, o pueden figurar en el texto de sus informes anuales sobre la situación de los derechos humanos en el Continente.

“En este orden de ideas, la acción de tutela no es procedente para buscar el cumplimiento o la ejecución de una recomendación de esta naturaleza, dado que se vulneraría, de manera grave, el principio constitucional de la separación de poderes.

“Por otra parte, de conformidad con el artículo 51 del Pacto de San José de Costa Rica, la CIDH, al término de un proceso contencioso surtido ante ella contra un Estado parte, puede formular las recomendaciones que estime pertinentes para que el demandado resarza integralmente a las víctimas de la violación a un derecho que aparece recogido en el texto del tratado internacional.

“Con el propósito de que esta variedad de recomendaciones pudiesen ser ejecutadas en el ordenamiento jurídico interno se expidió la Ley 228 de 1996 (Por medio de la cual se establecen instrumentos para la indemnización de perjuicios a las víctimas de violaciones de derechos humanos en virtud de lo dispuesto por determinados órganos internacionales de derechos humanos), trámite que apunta, principalmente, al pago de una indemnización económica a las víctimas de una violación a sus derechos humanos y a sus familiares. De tal suerte que, en estos



casos, también se cuenta con un mecanismo judicial para que la decisión del organismo internacional sea cumplida en Colombia.

“De igual manera, con fundamento en el artículo 63.2 de la Convención Americana, la Corte Interamericana de Derechos Humanos puede, en casos de extrema gravedad y urgencia, y cuando se haga necesario para evitar daños irreparables a las personas, en los asuntos que esté conociendo, tomar las medidas provisionales que considere pertinentes. Si se tratare de asuntos que aún no estén sometidos a su conocimiento, podrá actuar a solicitud de la Comisión”.

También la doctrina ha considerado la insuficiencia del efecto vinculante de las recomendaciones.

Francisco R. Barbosa Delgado<sup>7</sup> sostiene que la eficacia de los informes individuales y generales en el Sistema Interamericano es precaria.

En cuanto a los informes individuales, manifiesta:

“Debe tenerse en cuenta que si se presenta la circunstancia de proferirse el informe preliminar por parte de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos y éste no es acatado en sus recomendaciones por el Estado afectado por la decisión, el caso podrá remitirse a la Corte Interamericana de Derechos Humanos según lo explicado con antelación. No obstante, el problema surge cuando el caso no es enviado a la Corte por cuanto en ese caso se realiza un informe final, en el cual la Comisión hace las recomendaciones pertinentes y fija un plazo dentro del cual el Estado debe tomar las medidas que le competan para remediar la situación examinada. Una vez transcurra el plazo, la Comisión decide si lo publica o no.

“Como se desprende de las glosas anteriores, la publicación de este segundo informe no le soluciona el problema al peticionario, quien tiene que rogar para que su caso le sea enviado a la Corte o, en última instancia, lograr una solución amistosa con la que medianamente pueda llenar sus expectativas.

“Algunos defensores cerriles del Sistema, dirán que la ineficacia de los informes de la Comisión es una falacia, por cuanto hoy en día el peticionario puede enviar su caso a la Corte. Sin embargo, esos razonamientos son más falsos aún, por cuanto la Comisión continúa manteniendo la facultad de determinar qué caso envía a la Corte”.

A su turno, el Instituto Interamericano de Derechos Humanos<sup>8</sup> considera que si bien en algunos países de la región se han venido invocando y aplicando las normas de derechos humanos de origen internacional, se trata de una medida insuficiente, debido, precisamente, a la falta de claridad existente acerca de la vigencia y exigibilidad de dicha normatividad.

---

7 *Litigio Interamericano, Perspectiva Jurídica del Sistema de Protección de Derechos Humanos*, Universidad de Bogotá Jorge Tadeo Lozano, Bogotá D. C., primera edición, 2002, p. 167.

8 *Guía sobre Aplicación del Derecho Internacional en la Jurisdicción Interna*, San José de Costa Rica, 1996, páginas 43 y ss.

Hay que tener presente, a juicio del Instituto, que no todas las fuentes del derecho internacional de los derechos humanos son equivalentes y en ese orden de ideas, diferencia entre los convenios o pactos –tratados– de los cuales los Estados se hacen parte a través de un procedimiento y las declaraciones de derechos de determinados organismos internacionales. Así, mientras los primeros resultan exigibles ante los tribunales nacionales, las segundas pueden ser invocadas como fuentes auxiliares de interpretación y elaboración de los primeros.

En concreto, señala la entidad que:

“La Convención de Viena sobre Derecho de los Tratados entre Estados y organizaciones internacionales o entre organizaciones internacionales, de 1986, incorporó a estas organizaciones como partes potenciales de un tratado internacional y mantuvo los otros elementos de definición.

“Por otro lado, son también fuentes del derecho internacional de los derechos humanos aquellas declaraciones u otros documentos que son emitidos por instancias representativas de los Estados, de nivel mundial –como Naciones Unidas– o regional –como la Organización de Estados Americanos–, pero no se abren al proceso de suscripción y ratificación, mediante el cual los Estados hacen suyas formalmente las obligaciones contenidas en el documento”.

La vigencia y exigibilidad de unas y otras fuentes, añade,

“(…) no son las mismas. En el caso de las primeras –pactos y convenios de los cuales el Estado nacional se ha hecho parte–, la vigencia empieza en un momento dado y puede concluir en otro. Durante ese lapso de vigencia formalmente determinable, la exigibilidad de sus contenidos normativos ante los tribunales nacionales del Estado parte es plena y se halla sujeta a las reglas previstas constitucionalmente respecto al rango con el cual las normas contenidas en los tratados resultan incorporadas al orden interno; reglas que han sido examinadas antes, para los casos correspondientes a los países de la región”.

Y, en lo concerniente al segundo tipo de fuente del derecho internacional de los derechos humanos, es decir, las declaraciones u otro tipo de documentos emitidos por instancias internacionales (caso de las recomendaciones), indicó que:

“(…) carece de las formalidades descritas para la entrada en vigencia dentro de un país dado y, por lo mismo, no tiene la obligatoriedad que acompaña a los convenios y pactos internacionales, una vez ratificados por el país de que se trate.

“Estos documentos, sin embargo, tienen contenidos orientadores sumamente importantes para determinar el sentido del derecho internacional de los derechos humanos. A menudo, desarrollan y elaboran de una manera más completa aquellos criterios que resultan de utilidad para aplicar las normas contenidas en los convenios y pactos. Por esta razón son de gran valor como fuente auxiliar y pueden ser provechosamente usados

para profundizar la interpretación de las normas de derechos humanos de origen internacional”.

Es que, razona la Corte, si la sola recomendación tuviese fuerza vinculante para el Estado adscrito a la Convención Americana de Derechos Humanos, no tendría sentido adelantar, dentro del que se entiende sistema progresivo, a renglón seguido, si ella es desatendida, la actuación de naturaleza judicial ante la Corte Interamericana, que culmina, como se anotó anteriormente, con una decisión, ella sí vinculante.

En este sentido, mírese que la actuación de la Corte Suprema de Justicia no puede ser eminentemente pasiva o de legitimación en el orden interno de la decisión tomada por la instancia judicial internacional –caso de las sentencias proferidas por la Corte Interamericana–, por la sencilla razón de que hasta el momento no se ha adelantado un nuevo proceso judicial que por su naturaleza y efectos derrumbe la cosa juzgada, luego de la práctica probatoria y argumental pertinente, desde luego, con amplio respeto por los derechos del perjudicado con la decisión.

Hasta el presente, cabe recordar, la Comisión Interamericana de Derechos Humanos recibió algunos informes y adelantó ciertos trámites formales, a partir de los cuales, el órgano administrativo recomendó al Estado colombiano, también una autoridad administrativa, realizar algunas gestiones en aras de proteger los derechos humanos.

Esas gestiones implicaron, como ahora se desarrolla, acudir al Ministerio Público para que se adelante el proceso de revisión, pero de ninguna manera, como se anotó, conducen por sí mismas a determinar cubierta la causal de revisión a la que se acudió, ni mucho menos demostrado judicialmente que, efectivamente, se pasaron por alto en la investigación y juzgamiento los derechos de los afectados.

Por todo lo anterior, la Sala reitera que el efecto vinculante de las recomendaciones de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos es limitado e insuficiente.

No como lo entienden los delegados de la Procuraduría General de la Nación, al punto tal de sostener que la recomendación N° 1 del Informe 5/06, por sí sola, obliga al Estado colombiano a anular, sin ningún tipo de análisis, la actuación ventilada ante la justicia penal militar, y a realizar, en consecuencia, una investigación imparcial y efectiva ante la jurisdicción ordinaria con el fin de juzgar y sancionar a los responsables por la muerte de Leydi Dayán Sánchez Tamayo.

El Informe y la mencionada recomendación que contiene, en tanto acto jurídico unilateral internacional, tienen como única virtualidad la de propiciar la revisión por parte de la Corte, pero no la de declarar inválida la actuación,

sin que previamente la Sala haya verificado si hubo algún tipo de violación en el desarrollo del proceso.

En consecuencia, la definición de si se cumple o no la causal que demanda revisar el proceso, no surge, en estricto sentido, como lo dispone el artículo 192 de la Ley 906 de 2004, en su numeral cuarto, de que esa instancia internacional haya establecido mediante una decisión que, en efecto, se violaron las garantías de seriedad e imparcialidad en la investigación, sino producto de que la Corte Suprema de Justicia, una vez habilitada la posibilidad de examinar el procedimiento, gracias a la recomendación de la Comisión Interamericana, encuentre que en verdad ello ocurrió así, pues, en caso contrario, dada la carencia de efecto vinculante de la dicha recomendación, a la Sala no le corresponde más que avalar el proceso seguido en nuestro país.

#### *4. La causal invocada*

Ahora bien, de acuerdo con la causal 4ª del artículo 192 de la Ley 906 de 2004, aplicable a este caso, la acción de revisión procede contra sentencias ejecutoriadas “cuando después del fallo en procesos por violaciones de derechos humanos o infracciones graves al derecho internacional humanitario, se establezca mediante decisión de una instancia internacional de supervisión y control de derechos humanos, respecto de la cual el Estado colombiano ha aceptado formalmente la competencia, un incumplimiento protuberante de las obligaciones del Estado de investigar seria e imparcialmente tales violaciones. En este caso no será necesario acreditar existencia de hecho nuevo o prueba no conocida al tiempo de los debates”.

A su turno, el artículo 193 de la misma normatividad señala que la acción de revisión podrá ser promovida por el fiscal, el Ministerio Público, el defensor y demás intervinientes, siempre que ostenten interés jurídico y hayan sido legalmente reconocidos dentro de la actuación materia de revisión.

En este evento, la demanda fue presentada por el Procurador 7º Judicial Penal II de Bogotá, funcionario que si bien no intervino en el proceso (actuó, como agente especial, el Procurador Judicial 241 Penal de esta ciudad), la promovió atendiendo a la comisión emanada del señor Procurador General de la Nación, quien así lo dispuso mediante proveído del 30 de agosto de 2006.

El fundamento de la causal, como quedó consignado en el resumen de la demanda, fue el informe N° 5/06 del 28 de febrero de 2006, expedido por la Comisión Interamericana de Derechos Humanos en el Caso 12.009 (Leydi Dayán Sánchez contra Colombia), en cual concluye que el Estado “es responsable por la violación de los derechos a la vida, a las garantías judiciales, a los derechos del niño y a la protección judicial correspondientes a los

artículos 4, 8, 19 y 25 de la Convención Americana en relación con su artículo 1(1), en perjuicio de la niña Leydi Dayán Sánchez Tamayo”. Así mismo, que “ha incurrido en la violación de los derechos a las garantías judiciales y a la protección judicial correspondientes a los artículos 8 y 25 de la Convención Americana en relación con el artículo 1(1) de dicho instrumento internacional en perjuicio de los familiares de Leydi Dayán Sánchez Tamayo”.

Por lo anterior, en el informe se “RECOMIENDA”, entre otras cosas, “realizar una investigación imparcial y efectiva ante la jurisdicción ordinaria con el fin de juzgar y sancionar a los responsables por la muerte de Leydi Dayán Sánchez Tamayo”.

Establecido, entonces, que existe una decisión de instancia internacional de supervisión y control de derechos humanos, respecto de la cual el Estado colombiano ha aceptado formalmente la competencia, un primer punto a dilucidar corresponde a la posibilidad de aplicar retroactivamente el numeral 4° de la Ley 906 de 2004, teniendo en cuenta que los hechos investigados ocurrieron el 21 de marzo de 1998, es decir, en vigencia del Decreto 2700 de 1991 y antes de que rigiera en el ordenamiento interno la Ley 600 de 2000.

Sobre el tópico, cabe destacar que lo que debe definirse, antes que la legislación procesal vigente para el momento de los acontecimientos, es, como en efecto indica el delegado del Ministerio Público, el marco constitucional en que ocurrieron los mismos y se impulsó la cuestionada investigación, que no es otro diferente al que actualmente nos rige.

Es así como el inciso 1° del artículo 93 de la Constitución Política de 1991 señala que los tratados y convenios internacionales ratificados por el Congreso, que reconocen los derechos humanos y prohíben su limitación en los estados de excepción, prevalecen en el orden interno.

En este orden de ideas, resulta válido afirmar que la Constitución, directamente, confiere plenos efectos jurídicos a los tratados y convenios debidamente ratificados por Colombia.

Y es a partir de esa preceptiva que se ha fundamentado el concepto de bloque de constitucionalidad, referente a las normas constitucionales que no están consagradas directamente en la Carta, pero que regulan principios y valores a los cuales remite esta.

Entonces, si la Comisión Interamericana de Derechos Humanos es un órgano de protección de los derechos humanos de la Organización de Estados Americanos (OEA), de la cual forma parte Colombia, como también de la Convención Americana sobre Derechos Humanos que aprobó la Ley 16 de 1972 y se ratificó el 31 de julio de 1973, forzoso es colegir que la Convención, como instrumento de protección de los derechos humanos, hace parte del ordenamiento interno y del bloque de constitucionalidad.

Así las cosas, las disposiciones contenidas en los instrumentos internacionales que han sido aprobados y ratificados por Colombia, en este caso la normatividad contenida en la Convención Americana sobre Derechos Humanos, estaban vigentes para el 21 de marzo de 1998, fecha en la que ocurrió la muerte violenta de la menor Leydi Dayán Sánchez Tamayo.

Habiéndose señalado, por consiguiente, por parte de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos, la flagrante violación de los derechos humanos de las víctimas –lo que se tradujo en el incumplimiento protuberante de la obligación del Estado colombiano de administrar justicia–, a pesar de que no se conoció hecho nuevo, ni se allegó prueba no conocida al tiempo de los debates, la acción de revisión se torna procedente.

Así lo consideró, igualmente, la Corte Constitucional en la Sentencia C-004 de 2003, al estudiar la demanda de inconstitucionalidad contra el artículo 220 numeral 3º parcial de la Ley 600 de 2000, en la que precisó que era menester, en estos eventos, el pronunciamiento previo de una instancia internacional reconocida por nuestro país.

En esta oportunidad, la Corte Constitucional abogó profundamente por los derechos de las víctimas, a los cuales corresponden ciertas obligaciones del Estado, pues, si las víctimas, además de la reparación, acceden a los de verdad y justicia, entonces es deber correlativo del Estado el de investigar seriamente los hechos punibles. Esta obligación estatal es mucho más intensa cuanto más daño social haya ocasionado el hecho punible. Y por ello adquiere particular fuerza en los casos de violaciones de derechos humanos.

De ahí que la Corte Interamericana ha señalado, con criterios que la Corte Constitucional prohija, que las personas afectadas por conductas lesivas de los derechos humanos tienen derecho a que el Estado investigue esos hechos, sancione a los responsables y restablezca, en lo posible, a las víctimas en sus derechos.

En efecto, la Corte Interamericana de Derechos Humanos, en sentencia del 29 de julio de 1988 (Caso Velásquez Rodríguez contra Honduras), consideró:

“El Estado está, por otra parte, obligado a investigar toda situación en la que se hayan violado los derechos humanos protegidos por la Convención. Si el aparato del Estado actúa de modo que tal violación quede impune y no se restablezca, en cuanto sea posible, a la víctima en la plenitud de sus derechos, puede afirmarse que ha incumplido el deber de garantizar su libre y pleno ejercicio a las personas sujetas a su jurisdicción. Lo mismo es válido cuando se tolere que los particulares o grupos de ellos actúen libre o impunemente en menoscabo de los derechos humanos reconocidos en la Convención” (apartado 176).

Los derechos de las víctimas, por tanto, adquieren una importancia trascendental que es directamente proporcional a la gravedad del hecho punible,

en la medida en que cuanto más grave haya sido el daño social, mayor consideración debe brindárseles a quienes lo padecen. Ese mayor impacto conduce a que el compromiso del Estado en las labores investigativa y sancionatoria, comporte mayores niveles de exigencia.

Precisamente entre los delitos que causan un mayor daño social y, en consecuencia, una mayor afectación a las víctimas, se ubican las graves infracciones a los derechos humanos y al derecho internacional humanitario, con las que se pone en riesgo la preservación de un orden justo, ya que desconocen la dignidad humana y lesionan condiciones mínimas de convivencia social.

Este tópico fue analizado por la Corte Constitucional en la providencia citada, de la siguiente manera:

“30. La Corte concluye entonces que existe una afectación particularmente intensa de los derechos de las víctimas (art. 229, CP), que obstaculiza gravemente la vigencia de un orden justo (art. 2º, CP), cuando existe impunidad en casos de afectaciones a los derechos humanos o de violaciones graves al derecho internacional humanitario. Esta impunidad es aún más grave si ella puede ser atribuida al hecho de que el Estado colombiano incumplió con su deber de investigar, en forma seria e imparcial, esas violaciones a los derechos humanos y al derecho internacional humanitario, a fin de sancionar a los responsables.

“En tales condiciones, la fuerza normativa de los derechos constitucionales de las víctimas y el imperativo que la Carta impone a las autoridades de lograr la vigencia de un orden justo (art. 2º, CP) implican que en los casos de violaciones a los derechos humanos o infracciones graves al derecho internacional humanitario, si aparecen nuevos hechos o pruebas que puedan permitir la determinación de los responsables de esos atroces comportamientos, entonces pueden ser reabiertas las investigaciones, incluso si existen decisiones absolutorias con fuerza de cosa juzgada. La razón es que una prohibición absoluta de reiniciar esas investigaciones obstaculiza la realización de un orden justo e implica un sacrificio en extremo oneroso de los derechos de las víctimas. Por consiguiente, en los casos de impunidad de violaciones a los derechos humanos o al derecho internacional humanitario, la búsqueda de un orden justo y los derechos de las víctimas desplazan la protección de la seguridad jurídica y la garantía del *non bis in idem*, y por ello la existencia de una decisión absolutoria con fuerza de cosa juzgada no debe impedir una reapertura de la investigación de esos comportamientos, si aparecen hechos o pruebas nuevas no conocidas al tiempo de los debates. Y es que la seguridad jurídica en una sociedad democrática, fundada en la dignidad humana, no puede estar edificada sobre la base de silenciar el dolor y los reclamos de justicia de las víctimas de los comportamientos más atroces, como son las violaciones a los derechos humanos y las infracciones graves al derecho internacional humanitario.

“31. La Corte concluye entonces que la restricción impuesta por las expresiones acusadas es desproporcionada frente a los derechos de las

víctimas, cuando se trata de la impunidad de violaciones a los derechos humanos e infracciones graves al derecho internacional humanitario. En esos eventos, los derechos de las víctimas no sólo autorizan sino que exigen una limitación al *non bis in idem*, a fin de permitir la reapertura de esas investigaciones, si surge un hecho o prueba nueva no conocida al tiempo de los debates procesales. Era entonces necesario que la ley previera esa hipótesis al regular las causales de revisión, por lo que la Corte deberá condicionar el alcance de las expresiones acusadas en ese aspecto.

“32. Como ya se explicó anteriormente, la impunidad de las violaciones a los derechos humanos y al derecho humanitario es más grave cuando el Estado ha incumplido en forma protuberante con sus deberes de investigar y sancionar seriamente esos delitos. En esos eventos, la preponderancia de los derechos de las víctimas y de la búsqueda de un orden justo sobre la seguridad jurídica y el *non bis in idem* es aún más evidente, por las siguientes dos razones: de un lado, para las víctimas y los perjudicados por una violación a los derechos humanos, la situación resulta aún más intolerable, pues su dignidad humana es vulnerada en cierta medida doblemente, ya que esas personas no sólo fueron lesionadas por un comportamiento atroz sino que, además, deben soportar la indiferencia del Estado, quien incumple en forma protuberante con su obligación de esclarecer esos actos, sancionar a los responsables y reparar a los afectados.

“De otro lado, en cambio, una posible revisión de aquellos procesos en que el Estado, en forma protuberante, dejó de lado su deber de investigar seriamente esas violaciones a los derechos humanos, no impacta en forma muy intensa la seguridad jurídica, por la sencilla razón de que en esos procesos las autoridades realmente no realizaron una investigación seria e imparcial de los hechos punibles. Y por ende, precisamente por ese incumplimiento del Estado de adelantar seriamente la investigación, la persona absuelta en realidad nunca estuvo seriamente procesada ni enjuiciada, por lo que una reapertura de la investigación no implica una afectación intensa del *non bis in idem*. Eso puede suceder, por ejemplo, cuando la investigación es tan negligente, que no es más que aparente, pues no pretende realmente esclarecer lo sucedido sino absolver al imputado. O también en aquellos eventos en que los funcionarios judiciales carecían de la independencia e imparcialidad necesarias para que realmente pudiera hablarse de un proceso.

“Es pues claro que en los casos de impunidad de violaciones a los derechos humanos o de infracciones graves al derecho internacional humanitario derivadas del incumplimiento protuberante por el Estado colombiano de sus deberes de sancionar esas conductas, en el fondo prácticamente no existe cosa juzgada, pues ésta no es más que aparente. En esos eventos, nuevamente los derechos de las víctimas desplazan la garantía del *non bis in idem*, y por ello la existencia de una decisión absolutoria con fuerza formal de cosa juzgada no debe impedir una reapertura de la investigación de esos comportamientos, incluso si no existen hechos o pruebas nuevas, puesto que la cosa juzgada no es más que aparente”.



Es, por todo lo anterior, admisible la causal invocada en este evento, con fundamento en el numeral 4° del artículo 192 de la Ley 906 de 2004, a pesar de que para la fecha de los hechos, y, en general, para la época en que la justicia penal militar rituó el trámite que culminó con sentencia absolutoria, no había entrado en vigencia en el ordenamiento interno colombiano la norma en cuestión, en tanto, se reitera, independientemente de la legislación interna regulatoria de la materia, ya para ese momento, en el ámbito de los tratados vigentes suscritos por Colombia y, en consecuencia, con fuerza obligacional que dimana del bloque de constitucionalidad, era menester adelantar una adecuada y suficiente investigación que tutelase los derechos de las víctimas a la verdad, la justicia y la reparación.

El soporte de la misma, se reitera, lo constituye el marco constitucional en rigor por ese entonces, que no es otro que los convenios y tratados internacionales aprobados y ratificados por Colombia.

En ese orden de ideas, se cumple con el presupuesto exigido por la norma en cita, como es que una instancia internacional de supervisión y control de derechos humanos, respecto de la cual Colombia ha aceptado formalmente su competencia –Comisión Interamericana de Derechos Humanos–, ha emitido una decisión –Informe N° 5/06 del 28 de febrero de 2006–, con la cual ha establecido que el Estado incumplió de manera protuberante la obligación de investigar seria e imparcialmente las violaciones a los derechos humanos de la niña Leydi Dayán Sánchez Tamayo y su núcleo familiar.

### *5. Las víctimas*

Precisamente, por los efectos que para la decisión tiene el tópico, la corte estima necesario hacer algunas precisiones en torno del concepto de víctima y cómo ella, en el ámbito internacional e incluso en nuestra legislación interna, goza en la actualidad de un plus protectivo, bajo cuya égida se permite la intervención profunda de los organismos internacionales y de esta Corporación, a fin de materializar los derechos inherentes a su condición.

Partiendo del indiscutible reconocimiento de que los Estados están jurídicamente obligados a proteger los derechos humanos y, en consecuencia, deben investigar las violaciones que se hayan cometido dentro del ámbito de su jurisdicción con el fin de identificar a los responsables e imponerles las sanciones pertinentes, porque la omisión a esta exigencia desconoce el derecho de las víctimas y sus familiares a conocer la verdad sobre lo sucedido, y a una adecuada reparación, la Constitución Política, los tratados internacionales y la jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos imponen el deber-obligación al Estado colombiano de incorporar en la legislación interna normas que permitan prohibir las violaciones del derecho a la vida, la inte-

gridad y libertad personales, etc., y que dispensen castigo a los responsables, lo cual, como lo recordó la Sala en la trascendente decisión del 11 de julio de 2007, no sólo incumbe al órgano legislativo,

“(...) sino a toda la institución estatal y a quienes deben resguardar la seguridad, sean éstas fuerzas de policía o fuerzas armadas. En razón de lo anterior, los Estados deben adoptar las medidas necesarias, no sólo a nivel legislativo, administrativo y judicial, mediante la emisión de normas penales y el establecimiento de un sistema de justicia para prevenir, suprimir y castigar la privación de la vida como consecuencia de actos criminales, sino también para prevenir y proteger a los individuos de actos criminales de otros individuos e investigar efectivamente estas situaciones”.<sup>9</sup>

En el sistema interamericano, la jurisprudencia sobre los derechos de las víctimas ha evolucionado a partir de denuncias internacionales de derechos humanos, luego de la apertura democrática en países que vivieron dictaduras en las décadas de los setenta y ochenta, particularmente en los casos de la autoamnistía en Chile, en Uruguay y en los casos contra Argentina por la promulgación de las leyes de Obediencia Debida y Punto Final, y de indultos presidenciales con posterioridad a la ratificación de la Convención.<sup>10</sup>

Es así como sobre el concepto de víctima, la Comisión Interamericana de Derechos Humanos, señaló que:

“La palabra ‘víctima’ hace referencia a aquellos individuos que han sido afectados por la violación de sus derechos. La Comisión entiende que, en los casos en los cuales se produce una violación del derecho a la vida, la omisión del Estado de proveer recursos efectivos afecta a los familiares de la persona muerta, y por lo tanto, los transforma en ‘víctimas’ indirectas de la violación al derecho a la protección judicial, definida en un sentido amplio, es decir, incluyendo el derecho a la reparación”.<sup>11</sup>

A su vez, la *Declaración sobre los principios fundamentales de justicia para las víctimas de delitos y del abuso del poder*, establece que:

“Se entenderá por ‘víctimas’ a las personas que, individual o colectivamente, hayan sufrido daños, inclusive lesiones físicas o mentales, sufrimiento emocional, pérdida financiera o menoscabo sustancial de sus derechos fundamentales, como consecuencia de acciones u omisiones que violen la legislación penal vigentes en los Estados miembros, incluida la que proscribe el abuso de poder.

9 Corte Interamericana de Derechos Humanos. Sentencia del 1º de julio de 2006. Caso de la masacre de Ituango contra Colombia. Véase <http://www.corteidh.or.cr/casos.cfm>.

10 Documento elaborado por Claudia Cecilia Ramírez C., Corporación Sisma Mujer, Proyecto Regional Corte Penal Internacional y Justicia de Género.

11 Caso Raquel Martín de Mejía vs. Perú, N° 10.970, informe No 5/96.

“Podrá considerarse ‘víctima’ a una persona, con arreglo a la presente Declaración, independientemente de que se identifique, aprehenda, enjuicie o condene al perpetrador e independientemente de la relación familiar entre el perpetrador y la víctima. En la expresión ‘víctima’ se incluye además, en su caso, a los familiares o personas a cargo que tengan relación inmediata con la víctima directa y a las personas que hayan sufrido daños al intervenir para asistir a la víctima en peligro o para prevenir la victimización”.<sup>12</sup>

Por su parte, los principios y directrices básicos sobre el derecho de las víctimas de violaciones graves de los derechos humanos y las libertades fundamentales (Principios de Bassiouni) adoptados por la Comisión de Derechos Humanos de la ONU mediante resolución 2005/35, establecen que:

“Se entenderá por víctima a toda persona que haya sufrido daños individual o colectivamente, incluidas lesiones físicas o mentales, sufrimiento emocional, pérdidas económicas o menoscabo sustancial de sus derechos fundamentales, como consecuencia de acciones u omisiones que constituyan una violación manifiesta de las normas internacionales de derechos humanos o una violación grave del derecho internacional humanitario. Cuando corresponda, y en conformidad con el derecho interno, el término ‘víctima’ también comprenderá a la familia inmediata o a las personas a cargo de la víctima directa y a las personas que hayan sufrido daños al intervenir para prestar asistencia a las víctimas en peligro o para impedir la victimización.

“Una persona será considerada víctima con independencia de si el autor de la violación ha sido identificado, aprehendido, juzgado o condenado y de la relación familiar que pueda existir entre el autor y la víctima”.

Finalmente, cabe citar el Estatuto de Roma –reglas de procedimiento y pruebas–, que trae las siguientes definiciones:

**“Sección III. Víctimas y testigos. Definición de víctimas.**

a. Por víctimas se entenderá las personas naturales que hayan sufrido un daño como consecuencia de la comisión de algún crimen de la competencia de la Corte.

b. Por víctimas se podrá entender también las organizaciones o instituciones que hayan sufrido daños directos a alguno de sus bienes que esté dedicado a la religión, la instrucción, las artes, las ciencias, la beneficencia y a sus monumentos históricos, hospitales y otros lugares y objetos que tengan fines humanitarios”.

En el orden interno, cabe señalar que la Carta Política de 1991 elevó a rango constitucional el concepto de víctima cuando en el numeral 4 del

---

12 Declaración sobre los principios fundamentales de justicia para las víctimas de delitos y del abuso del poder, suscrita en el séptimo congreso de las Naciones Unidas sobre prevención del delito y tratamiento del delincuente. Resolución 40/34 del 29 de noviembre de 1985.

artículo 250 Superior (antes de la reforma introducida a través del Acto Legislativo 03 de 2002), señala que el Fiscal General de la Nación debe “velar por la protección de las víctimas”. Además, del artículo 2º de la Carta, se deduce que en las investigaciones y procedimientos necesarios para esclarecer los hechos punibles, las autoridades en general, y las judiciales en particular, deben propender por el goce efectivo de los derechos de todos los residentes en Colombia y la protección de bienes jurídicos de particular importancia para la vida en sociedad.

En cuanto a la finalidad de la intervención de las víctimas y perjudicados dentro del proceso penal, en un principio esa intervención sólo estaba orientada a la reparación de perjuicios materiales. No obstante, dicha posibilidad evolucionó hacia una protección más integral de los derechos de la víctima y hoy no se discute que también tienen un interés en la verdad y la justicia.

Es así como la jurisprudencia constitucional, al advertir la necesidad de conciliar el alcance del derecho internacional de los derechos humanos y del derecho internacional humanitario, de los contenidos materiales del debido proceso, del derecho de igualdad, del derecho de participación y los derechos de las víctimas, en la sentencia C-228-02, introdujo una importante modificación sobre los derechos de la parte civil en el proceso penal (en el sistema de la Ley 600 de 2000), concluyendo lo siguiente:

“(…) tanto en el derecho internacional, como en el derecho comparado y en nuestro ordenamiento constitucional, los derechos de las víctimas y perjudicados por un hecho punible gozan de una concepción amplia –no restringida exclusivamente a una reparación económica– fundada en los derechos que ellas tienen a ser tratadas con dignidad, a participar en las decisiones que las afecten y a obtener la tutela judicial efectiva del goce real de sus derechos, entre otros, y que exige a las autoridades que orienten sus acciones hacia el restablecimiento integral de sus derechos cuando han sido vulnerados por un hecho punible. Ello sólo es posible si a las víctimas y perjudicados por un delito se les garantizan, a lo menos, sus derechos a la verdad, a la justicia y a la reparación económica de los daños sufridos.

“De tal manera que la víctima y los perjudicados por un delito tienen intereses adicionales a la mera reparación pecuniaria. Algunos de sus intereses han sido protegidos por la Constitución de 1991 y se traducen en tres derechos relevantes para analizar la norma demandada en el presente proceso:

“1. El derecho a la verdad, esto es, la posibilidad de conocer lo que sucedió y de buscar una coincidencia entre la verdad procesal y la verdad real. Este derecho resulta particularmente importante frente a graves violaciones de los derechos humanos.

“2. El derecho a que se haga justicia en el caso concreto, es decir, el derecho a que no haya impunidad.

“3. El derecho a la reparación del daño que se le ha causado a través de una compensación económica, que es la forma tradicional como se ha resarcido a la víctima de un delito”.<sup>13</sup>

Esa decisión influyó en la jurisprudencia de esta Corte, pues a partir de entonces comprendió que los derechos de las víctimas de una conducta punible no se agotan en la reparación del daño patrimonial causado con el delito, ya que en un Estado social de derecho, en el caso de delitos, la justicia para las víctimas no se obtiene con la simple reparación patrimonial, sino que es necesario, además, que se realicen sus derechos a la verdad y a la justicia. El primero, en cuanto implica el derecho a que se determine la naturaleza, condiciones y modo en que ocurrieron los hechos y a que se descubran los responsables de tales conductas. Y, el segundo, en cuanto abarca la obligación del Estado a investigar lo sucedido, a perseguir a los autores y, de hallarlos responsables, a condenarlos.

La reconceptualización de los derechos de las víctimas, a partir de la Constitución, se funda en varios principios y preceptos constitucionales, a saber:

“(i) En el mandato de que los derechos y deberes se interpretarán de conformidad con los tratados internacionales sobre derechos humanos ratificados por Colombia (art. 93, CP); (ii) en el hecho de que el Constituyente hubiese otorgado rango constitucional, a los derechos de las víctimas (art. 250, num. 6 y 7, CP); (iii) en el deber de las autoridades en general, y las judiciales en particular, de propender por el goce efectivo de los derechos de todos los residentes en Colombia y la protección de los bienes jurídicos (art. 2º, CP); (iv) en el principio de dignidad humana que promueve los derechos a saber qué ocurrió, y a que se haga justicia (art. 1º, CP); (v) en el principio del Estado social de derecho que promueve la participación, de donde deviene que la intervención de las víctimas en el proceso penal no puede reducirse exclusivamente a pretensiones de carácter pecuniario; (vi) y de manera preponderante en el derecho de acceso a la administración de justicia, del cual se derivan garantías como la de contar con procedimientos idóneos y efectivos para la determinación legal de los derechos y las obligaciones, la resolución de las controversias planteadas ante los jueces dentro de un término prudencial y sin dilaciones injustificadas, la adopción de decisiones con el pleno respeto del debido proceso, así como la existencia de un conjunto amplio y suficiente de mecanismos para el arreglo de controversias”.<sup>14</sup>

La Corte Suprema de Justicia, en la ya citada decisión del 11 de julio de 2007,<sup>15</sup> destacó, además, que frente a las violaciones de los derechos humanos

13 Con este pronunciamiento se consolidó una línea jurisprudencial ya planteada en las sentencias C-740-01, C-1149-01 y SU-1184-01.

14 Corte Constitucional, sentencia C-454 de 2006.

15 Radicado No. 26.945.

el Estado debe garantizar a las víctimas un recurso efectivo que ofrezca resultados o respuestas adecuadas,<sup>16</sup> lo cual significa que sólo se hace justicia y se obtiene eficacia del recurso efectivo, cuando quienes han sufrido la violación de los derechos humanos, obtienen verdad, justicia y reparación.<sup>17</sup>

De esa manera, la víctima en la legislación interna, ha quedado cubierta por:

“un sistema de garantías fundado en el principio de la tutela judicial efectiv,<sup>18</sup> de amplio reconocimiento internacional,<sup>19</sup> y con evidente acogida constitucional a través de los artículos 229, 29 y 93 de la Carta. Este principio se caracteriza por establecer un sistema de garantías de naturaleza bilateral. Ello implica que garantías como el acceso a la justicia (art. 229); la igualdad ante los tribunales (art. 13); la defensa en el proceso (art. 29); la imparcialidad e independencia de los tribunales;<sup>20</sup> la efectividad de los derechos (arts. 2º y 228); sean predicables tanto del acusado como de la víctima. Esta bilateralidad ha sido admitida por esta Corporación al señalar que el complejo del debido proceso, que involucra principio de legalidad, debido proceso en sentido estricto, derecho de defensa y sus garantías, y el juez natural, se predicen de igual manera respecto de las víctimas y perjudicados”.<sup>21</sup>

Por lo tanto, debe entenderse que el complejo del debido proceso –legalidad, debido proceso en sentido estricto, derecho de defensa y respeto al juez natural– se predicen, en el proceso penal, de igual manera para el acusado como para la víctima.

La competencia para juzgar es uno de los principios basilares del debido proceso que atañe al principio del juez natural y la organización judicial, expresamente consagrado en el artículo 29 constitucional cuando refiere al juzgamiento ante el “juez o tribunal competente”. Por lo tanto, el desconocimiento a este principio constituye una violación del derecho al debido proceso, ya que implica la ausencia de uno de sus elementos fundamentales, esto es, que la valoración jurídica sea llevada a cabo por quien tiene la facultad y la autoridad para hacerlo, de modo que exista un fundamento para asumir las cargas e implicaciones que de ella se derivan.

16 Corte Interamericana de Derechos Humanos. Caso Cesti Hurtado contra Perú. Sentencia del 29 de septiembre de 1999. Véase <http://www.corteidh.or.cr/casos.cfm>

17 Corte Interamericana de Derechos Humanos. Caso de las Palmeras contra Colombia. Sentencia del 6 de diciembre de 2001. Véase <http://www.corteidh.or.cr/casos.cfm>

18 El principio de la tutela judicial efectiva encuentra ubicación constitucional en los artículos 229 y 29 de la Carta, sin perjuicio de su ampliación por la vía del artículo 93, que ha permitido el ingreso de las fuentes internacionales que consagran esta garantía.

19 Artículos 14 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos y 25 de la Convención Americana de Derechos Humanos.

20 Artículo 25 de la Convención Americana de Derechos Humanos.

21 Corte Constitucional, sentencia SU-1184 de 2001.

Y ello adquiere especial connotación en punto a los derechos a la justicia y a la verdad de las víctimas de delitos, pues, como lo advirtió la Corte Constitucional en el precedente que viene de citarse,<sup>22</sup> resulta decisivo establecer si un hecho punible atribuido a un militar es un acto relacionado con el servicio, ya que la responsabilidad derivada de la existencia o no de la mencionada relación será distinta. De esa manera, el primer elemento para conocer la verdad de lo acaecido y establecer quiénes son los responsables depende, en buena medida, de que se determine si el acto reunía dichas calidades.

### *6. Juez natural y fuero militar*

Respecto de este tema, resulta necesario, dentro de la legislación colombiana, acudir a lo expresado por la Corte Constitucional en la sentencia de exequibilidad C-358 de 1997:

“5. La nota de especialidad del derecho penal militar, que explica su contenido y fija su alcance, la determina la misma Constitución al vincular las conductas típicas sancionadas por este código a la prestación activa del servicio confiado a los integrantes de la fuerza pública. En un Estado de derecho, la función militar y la policiva están sujetas al principio de legalidad. El ejercicio del monopolio de la fuerza por el Estado, y las condiciones y modalidades en que se desarrolla, sólo son legítimos cuando se realizan conforme a la Constitución y a la ley. Entre las muchas normas que configuran el marco jurídico aplicable al uso y disposición de la fuerza que detenta el Estado, las que se plasman en el Código Penal Militar tienen la mayor relevancia en cuanto que en ellas se imponen deberes de acción o de abstención a los miembros de la fuerza pública. A través del derecho penal militar se pretende excluir comportamientos reprochables que, pese a tener relación con el servicio, denotan desviación respecto de sus objetivos o medios legítimos.

“6. El concepto de servicio corresponde a la sumatoria de las misiones que la Constitución y la ley le asignan a la fuerza pública, las cuales se materializan a través de decisiones y acciones que en últimas se encuentran ligadas a dicho fundamento jurídico. La sola circunstancia de que el delito sea cometido dentro del tiempo de servicio por un miembro de la fuerza pública, haciendo o no uso de prendas distintivas de la misma o utilizando instrumentos de dotación oficial o, en fin, aprovechándose de su investidura, no es suficiente para que su conocimiento corresponda a la justicia penal militar. En efecto, la noción de servicio militar o policial tiene una entidad material y jurídica propia, puesto 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. El uniforme del militar, por sí sólo, no es indicativo de que lo que hace la persona que lo lleva sea en sí mismo delito

<sup>22</sup> Corte Constitucional, sentencia SU-1184 de 2001.

militar; por lo tanto, deberá examinarse si su acción o abstención guarda relación con una específica misión militar. De otro lado, el miembro de la fuerza pública, así se encuentre en servicio activo, ha podido cometer el crimen al margen de la misión castrense encomendada: en este caso, el solo hecho de estar en servicio activo no lo exime de ser sometido al derecho penal común. Las prerrogativas y la investidura que ostentan los miembros de la fuerza pública pierden toda relación con el servicio cuando deliberadamente son utilizadas para cometer delitos comunes, los cuales no dejan de serlo porque el agente se haya aprovechado de las mencionadas prerrogativas e investidura, ya que ellas no equivalen a servicio ni, de otro lado, tienen la virtud de mutar el delito común en un acto relacionado con el mismo.

“Un entendimiento distinto del que se concede a estas hipótesis en esta sentencia, conduciría a desvirtuar la esencia del fuero militar y policial, que de otro modo terminaría por convertirse en privilegio estamental. Repárese que si se aceptara que fueran juzgadas por la justicia penal militar todas las personas a las que se imputa un delito, que haya sido perpetrado haciendo uso de las prendas distintivas de la fuerza pública o utilizando armas de dotación oficial, se estaría admitiendo que el fuero se discierne por la mera circunstancia de que el sujeto activo tenga el carácter de miembro de la fuerza pública sin parar mientes en la relación de su proceder con el servicio castrense objetivamente considerado. El simple hecho de que una persona esté vinculada a la fuerza pública no dota a sus propósitos delictivos de la naturaleza de misión de la fuerza pública. Ellos continúan siendo simplemente la voluntad delincinencial imputable a la persona, desconectada del servicio público de la defensa y de la seguridad públicas, la cual en un plano de estricta igualdad deberá ser investigada y sancionada según las normas penales ordinarias.

“7. Además del elemento subjetivo –ser miembro de la fuerza pública en servicio activo–, se requiere que intervenga un elemento funcional en orden a que se configure constitucionalmente el fuero militar: el delito debe tener relación con el mismo servicio. Lo anterior no significa que la comisión de delitos sea un medio aceptable para cumplir las misiones confiadas a la fuerza pública. Por el contrario, la Constitución y la ley repudian y sancionan a todo aquel que escoja este camino para realizar los altos cometidos que se asocian al uso y disposición de la fuerza en el Estado de derecho, puesto que éste ni requiere ni tolera el recurso a medios ilegítimos para la consecución de sus fines. El servicio está signado por las misiones propias de la fuerza pública, las cuales, por estar sujetas al principio de legalidad, en ningún caso podrían vulnerarlo.

“No obstante que la misión o la tarea cuya realización asume o decide un miembro de la fuerza pública se inserte en el cuadro funcional propio de ésta, es posible que en un momento dado, aquél, voluntaria o culposamente, la altere radicalmente o incurra en excesos o defectos de acción que pongan de presente una desviación de poder que, por serlo, sea capaz de desvirtuar el uso legítimo de la fuerza. Justamente a este tipo de conductas se orienta el Código Penal Militar y se aplica el denominado



fuero militar. La legislación penal militar, y el correspondiente fuero, captan conductas que reflejan aspectos altamente reprochables de la función militar y policial, pero que no obstante tienen como referente tareas y misiones que, en sí mismas, son las que de ordinario integran el concepto constitucional y legal de servicio militar o policial.

“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. 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. El concepto de servicio no puede equivocadamente extenderse a todo aquello que el agente efectivamente realice. De lo contrario, su acción se desligaría en la práctica del elemento funcional que representa el eje de este derecho especial.

“La Corte Constitucional, a este respecto, coincide con el criterio adoptado por la Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Penal, en el auto del 23 de agosto de 1989, Magistrado Ponente: Gustavo Gómez Velásquez:

“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 delictuoso 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 indubitable que se está frente a una actividad criminosa que no puede cobijar el fuero para que sea la justicia castrense la que conozca de tal comportamiento. Pero s 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.

“En el caso *sub examine* es cierto que los procesados cumplían una tarea de carácter militar (guardia externa y mantenimiento en el barrio Navy Cay), aunque caprichosamente resolvieron mudar el sitio de su prestación, lo cual ha originado una sindicación por el

delito de ‘desobediencia’. Para nada tenía que involucrarse ésta con funciones policivas relacionadas con el control de estupefacientes. Accidentalmente apareció en la playa un costal con unos 55 kilos de marihuana, siendo llamados los infantes de marina para recogerla, actividad ésta que no implica delito alguno, pero sí el comportamiento posterior, esto es, el haber aprovechado la posesión del estupefaciente para intentar, en asocio de un particular, su venta. En estas condiciones, la retención de ese alucinógeno, que bien pudo hacerlo cualquier particular y llevarlo a la autoridad respectiva, no comporta la aplicación específica de un servicio, que dé lugar a la acción delictiva. El servicio se roza con ésta, pero no es propia de aquél. De ahí que no pueda extenderse su alcance a comportamiento de tales características.

Conviene, además, enfatizar sobre lo siguiente: el ámbito restringido sobre el cual opera la justicia penal militar, ya que por mandato constitucional sólo puede ésta conocer de conductas delictuosas cometidas por militares en servicio activo y en relación con el mismo servicio (art. 170, CP), no posibilita el que entren a éste ámbito judicial de excepción otros comportamientos u otros procesados, ni siquiera por vía del Instituto de la conexidad o de la acumulación. De ahí, pues, que para que éstos operen, debe tratarse de personas procesadas que tengan ese carácter y realicen conductas de tan específica índole. Ni los delitos comunes, privados de relación con el servicio, ni personas ajenas a la condición militar pueden llevarse a tales tribunales militares, así unos y otros exhiban algunos nexos, como la participación conjunta en los hechos o ligámenes de naturaleza probatoria, etc.

“La excepcionalidad de este fuero impone su rigor y de ahí que no puedan establecerse esta clase de unidades procedimentales, muy propias y amplias en el estatuto ordinario de procesamiento. De ahí que se imponga la separación de las investigaciones y de los juzgamientos, para que la justicia castrense sólo se ocupe de lo que a ésta le permite conocer la Constitución: lo exclusivamente relacionado con el servicio que presta el militar activo inculpado.

No es posible, entonces, que delitos comunes, cometidos por militares en servicio activo, pero ajenos a su actividad oficial, y que se puedan mostrar conexos con delitos propios del fuero castrense, se unifiquen, para su conocimiento por parte de los tribunales militares. Debe procederse a separar unos de otros: aquéllos irán a la justicia ordinaria y éstos pasarán a la justicia penal militar”.

“8. La Constitución se ha ocupado de trazar las coordenadas básicas de la justicia penal militar. Cometido específico del Código Penal Militar será el de especificar, por vía general, los comportamientos que dentro de dicho marco quedan sometidos a la justicia penal militar. Los tipos penales típicamente militares no pueden acuñarse sin tomar en consideración las características propias del servicio militar y policial.

“En algunos casos, los tipos penales comunes se incorporan en el Código Penal Militar, con el objeto de introducir elementos y circunstancias

inherentes al servicio que presta la fuerza pública y que resulta conveniente tomar en consideración.

“Finalmente, el Código Penal Militar –entre otras opciones reservadas al campo de libertad configurativa del legislador–, puede efectuar un reenvío a la legislación penal ordinaria, en lo concerniente a los tipos penales no considerados expresamente, pero que pueden eventualmente ser violados por parte de los miembros de la fuerza pública al dar cumplimiento a las misiones relacionadas con actos y operaciones vinculados con el servicio.

“En este último caso, el legislador puede limitarse a trasladar literalmente al Código Penal Militar los tipos penales ordinarios, siempre que se determine como elemento del tipo la relación directa del supuesto criminal con la prestación del servicio militar o policial. De lo contrario, sin justificación alguna se expandiría la justicia penal militar y, además, ella adoptaría un sesgo puramente personalista, ajeno por entero a la finalidad que la anima y que apunta a preservar la legitimidad que ha de rodear todo acto de disposición y uso de la fuerza pública.

“En el plano normativo el legislador no puede, pues, construir los tipos penales militares, modificar los tipos penales ordinarios o incorporarlos en el Código Penal Militar, sin tomar en consideración lo que genuinamente tiene relación directa con los actos propios del servicio militar y policial. La justicia penal militar está montada sobre dos elementos que se equilibran mutuamente: uno de carácter personal –miembro de la fuerza pública en servicio activo– y, otro, de índole funcional –relación del delito con un acto del servicio–. Por consiguiente, el legislador no puede sin más alterar este equilibrio.

“Hacer caso omiso de la relación funcional o relajarla hasta el punto de que por ella pueda entenderse todo lo que ocurra mientras se adelanta una acción emprendida por miembros de la fuerza pública o todo aquello que se siga de su actuación, como se desprende de las expresiones examinadas, conduce inexorablemente a potenciar sin justificación alguna el aspecto personal del fuero militar.

“Tanto en los delitos típicamente militares como en los comunes cuyos elementos, de una o de otra manera, han sido modificados con el objeto de adaptarlos al contexto de la función militar o policiva, el concepto de servicio o misión legítima constituye un referente obligado para el legislador, que toma de éste características y exigencias propias para proyectarlas luego como ingredientes o aspectos de las diferentes especies punitivas. En estos dos casos convergen de manera ciertamente más acusada los elementos personal y funcional que integran la justicia penal militar.

“En el tercer caso –recepción pasiva de tipos penales comunes–, el riesgo de reforzar el elemento personal de la justicia penal militar en detrimento del elemento funcional es definitivamente mayor, lo que debe llevar a la Corte a un examen más estricto y riguroso sobre esta parte de la normativa, máxime si se repara en que por dicho sendero el fuero puede fácilmente trocarse en privilegio y, paralelamente, el derecho especial extender su dominio a costa del derecho penal común y de la jurisdicción ordinaria.

“9. Antes de decidir acerca de la aplicación del derecho penal militar en un caso concreto es indispensable que el juez, al analizar el contexto fáctico en el que se cometió el acto delictivo, distinga y confronte la conducta efectivamente realizada y la operación o acción propios del servicio. Tratándose del delito típicamente militar y del delito común adaptado a la función militar –o ‘militarizado’ como lo señalan algunos autores–, tanto el elemento personal como el funcional, constitutivos de la justicia penal militar, son forzosamente estimados por el juez, habida cuenta de que la norma penal los involucra conjuntamente. En el caso de los delitos comunes objeto de recepción pasiva por parte del Código Penal Militar, la ausencia de un condicionamiento positivo estricto dentro del mismo tipo penal, que supedite la competencia de la justicia penal militar a su vinculación directa con un acto u operación propios del servicio, dificulta la decisión acerca de cuál es el derecho penal aplicable. Esa decisión está siempre expuesta a dos peligros igualmente graves y lesivos de la igualdad y del debido proceso: por una parte, la discrecionalidad judicial para definir el juez natural y el derecho aplicable; por otra, la conversión del fuero en privilegio personal y el socavamiento injustificado de la jurisdicción ordinaria. Los mencionados peligros pueden menguarse, sin embargo, si se parte de la definición del fuero penal militar como una excepción a la regla del juez natural general. Ello significa que en todos aquellos casos en los que no aparezca diáfananamente la relación directa del delito con el servicio habrá de aplicarse el derecho penal ordinario.

“10. La jurisdicción penal militar constituye una excepción constitucional a la regla del juez natural general. Por ende, su ámbito debe ser interpretado de manera restrictiva, tal como lo precisa la Carta Política al establecer en su artículo 221 que la justicia penal militar conocerá “de los delitos cometidos por los miembros de la fuerza pública en servicio activo, y en relación con el mismo servicio”. Conforme a la interpretación restrictiva que se impone en este campo, un delito está relacionado con el servicio únicamente en la medida en que haya sido cometido en el marco del cumplimiento de la labor –es decir del servicio– que ha sido asignada por la Constitución y la ley a la fuerza pública. Esta definición implica las siguientes precisiones acerca del ámbito del fuero penal militar:

“a) Que para que un delito sea de competencia de la justicia penal militar debe existir un vínculo claro de origen entre él y la actividad del servicio, esto es, 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. Pero aún más, el vínculo entre el delito y la actividad propia del servicio debe ser próximo y directo, y no puramente hipotético y abstracto. Esto significa que el exceso o la extralimitación deben tener lugar durante la realización de una tarea que en sí misma constituya un desarrollo legítimo de los cometidos de las Fuerzas Armadas y la Policía Nacional. Por el contrario, si desde el inicio el agente tiene propósitos criminales, y utiliza entonces su investidura para realizar el hecho punible, el caso corresponde a la justicia ordinaria, incluso en aquellos eventos en que pudiera existir una cierta relación abstracta entre

los fines de la Fuerza Pública y el hecho punible del actor. En efecto, en tales eventos no existe concretamente ninguna relación entre el delito y el servicio, ya que en ningún momento el agente estaba desarrollando actividades propias del servicio, puesto que sus comportamientos fueron *ab initio* criminales.

“b) Que el vínculo entre el hecho delictivo y la actividad relacionada con el servicio se rompe cuando el delito adquiere una gravedad inusitada, tal como ocurre con los llamados delitos de lesa humanidad. En estas circunstancias, el caso debe ser atribuido a la justicia ordinaria, dada la total contradicción entre el delito y los cometidos constitucionales de la Fuerza Pública. Al respecto es importante mencionar que esta Corporación ya ha señalado que las conductas constitutivas de los delitos de lesa humanidad son manifiestamente contrarias a la dignidad humana y a los derechos de la persona, por lo cual no guardan ninguna conexidad con la función constitucional de la Fuerza Pública, hasta el punto de que una orden de cometer un hecho de esa naturaleza no merece ninguna obediencia. En efecto, en la sentencia C-578 de 1995, en el fundamento jurídico 5.3.1. se expresó:

“La orden del servicio es la que objetivamente se endereza a ejecutar los fines para los cuales está creada la institución. Una orden que de manera ostensible atente contra dichos fines o contra los intereses superiores de la sociedad, no puede reclamar válidamente obediencia. La orden de agredir sexualmente a una persona o de infligirle torturas, bajo ninguna circunstancia puede merecer el calificativo de orden del servicio. Estas acciones, que se enuncian a título de ilustración, son ajenas completamente al objeto de la función pública confiada a los militares y al conjunto de sus deberes legales”.

“Por consiguiente, un delito de lesa humanidad es tan extraño a la función constitucional de la Fuerza Pública que no puede jamás tener relación con actos propios del servicio, ya que la sola comisión de esos hechos delictivos disuelve cualquier vínculo entre la conducta del agente y la disciplina y la función propiamente militar o policial, por lo cual su conocimiento corresponde a la justicia ordinaria.

“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.

“11. Conforme a lo anterior, la extensión del fuero penal militar a conductas que están más allá de los delitos estrictamente relacionados con el servicio representa una vulneración a la limitación que impuso el Constituyente al ámbito de aplicación de la justicia penal militar. En tales circunstancias, los argumentos expuestos conducen inevitablemente a la declaración de inconstitucionalidad de las expresiones ‘con ocasión del servicio o por causa de éste o de funciones inherentes a su cargo, o de sus deberes oficiales’ incluida en el artículo 190; ‘con ocasión del servicio o por causa de éste o de funciones inherentes a su cargo’, contenida en los artículos 259, 261, 262, 263, 264 y 266; ‘con ocasión del servicio o por causa de éste’ comprendida en el artículo 278; y ‘u otros con ocasión del servicio’, incluida en el artículo 291 del Código Penal Militar. En efecto, en todos estos casos el Legislador extendió el ámbito de competencia de la justicia castrense más allá de lo constitucionalmente admisible, por lo cual la Corte retirará del ordenamiento esas expresiones, en el entendido de que la justicia penal militar sólo se aplica a los delitos cometidos en relación con el servicio, de acuerdo con los términos señalados en el numeral precedente de esta sentencia.

“12. Para finalizar este aparte y teniendo en cuenta que luego de esta sentencia el texto del artículo 291 del Código Penal Militar puede resultar equívoco, importa precisar que el contenido vigente del mencionado artículo quedará así: “Juez Natural. Los militares en servicio activo y los miembros de la Policía Nacional, cuando cometan delitos contemplados en este Código, y en relación con el mismo servicio, sólo podrán ser juzgados por los jueces y tribunales establecidos en este Código”.

“Igualmente, en vista de que las declaraciones de inexequibilidad podrían dejar el artículo 259 del Código Penal Militar sin contenido específico, se declarará la inconstitucionalidad total del artículo, bajo el entendido de que para los delitos de homicidio que deban ser conocidos por la justicia penal militar se aplicará lo establecido en el artículo correspondiente del Código Penal ordinario”.

En seguimiento de lo anotado, el nexo causal directo que ha de existir entre el servicio y la conducta punible, para que se entienda pasible de adelantar el conocimiento del asunto por la Justicia Penal Militar, ha sido definido reiteradamente por la Corte:<sup>23</sup>

---

23 Sentencia del 25 de mayo de 2006, radicado 21923

“La Sala de Casación Penal de la Corte Suprema de Justicia, con palabras suyas, pero también compartiendo las de la Corte Constitucional, ha explicado de manera pacífica, reiterada y conteste, que para que una conducta sea considerada “en relación con el servicio”, no basta que el agente ostente esa condición para la época de comisión de los hechos. Es imprescindible, además, que de manera patente el acto esté vinculado con las funciones asignadas a las fuerzas militares.

“Por vía de ejemplo, en sentencia de segunda instancia del 3 de septiembre del 2002 (radicado 16.482), la Sala hizo propio el siguiente análisis de la Corte Constitucional, expuesto en el fallo T-806 del 29 de junio del 2000:

“En sentencia C-358 de 1997, esta Corporación fijó el alcance del término ‘en relación con el servicio’ a que alude el artículo 221, para concluir, en el mismo sentido que en su momento lo hiciera la Sala Penal de la Corte Suprema de Justicia, que el fuero militar, por ser una excepción a la regla del juez ordinario, sólo puede operar cuando el delito cometido por el miembro de la fuerza pública tenga un relación directa, un nexo estrecho con la función que la Constitución le asigna a ésta, esto es, la defensa de la soberanía, de la independencia, de la integridad del territorio nacional y del orden constitucional, como el mantenimiento de las condiciones necesarias para el ejercicio de los derechos y libertades públicas y la convivencia pacífica de todos los habitantes del territorio colombiano (arts. 217 y 218, CP).

“Por tanto, al no existir el vínculo directo entre conducta delictiva y función militar o policial, y en razón del carácter restrictivo que tiene la institución del fuero militar, la competencia para investigar y sancionar aquélla sólo le corresponde al juez ordinario. Una interpretación diversa, produciría una violación flagrante del texto constitucional, al socavarse la competencia de los órganos que por regla general están llamados a administrar justicia, transgrediéndose así, no sólo uno de los pilares del principio de legalidad y del debido proceso, como lo es el del juzgamiento por el juez natural, sino el principio de igualdad, por cuanto el fuero castrense se convertiría en un privilegio para la fuerza pública, sin razón alguna para ello.

(...)

“Como consecuencia del fallo anterior, los términos “con ocasión del servicio o por causa de éste o de funciones inherentes a su cargo” que estaban contenidos en algunos de los preceptos del Código Penal Militar, se excluyeron del ordenamiento jurídico, por cuanto se entendió que el legislador amplió el ámbito o radio de competencia de la justicia castrense por fuera de los límites establecidos en la Constitución. Por tanto, se dejó en claro que el artículo 221 de la Constitución sólo podía ser aplicable cuando, además de verificarse el elemento personal, es decir, la pertenencia activa a la fuerza pública, se demostrase que el delito tuvo “un vínculo claro de origen entre él y la actividad del servicio, esto es, 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. Pero aún más, el vínculo entre el delito y la actividad

propia del servicio debe ser próximo y directo, y no puramente hipotético y abstracto. Esto significa que el exceso o la extralimitación deben tener lugar durante la realización de una tarea que en sí misma constituya un desarrollo legítimo de los cometidos de las Fuerzas Armadas y la Policía Nacional.

“Así mismo, la Corte precisó dos aspectos de suma importancia que han de tenerse en cuenta a la hora de definir la aplicabilidad o no del fuero militar.

“El primero, hace referencia a que en ningún caso los delitos denominados de lesa humanidad podrán ser de conocimiento de la justicia penal militar, por la evidente contradicción que se presenta entre éstos y las funciones asignadas por la Constitución a la fuerza pública, por cuanto su ocurrencia a más de no guardar ninguna conexidad con éstas, es, en sí misma, una transgresión a la dignidad de la persona y vulneración evidente de los derechos humanos. Por tanto, se dejó sentado que un delito de esta naturaleza, siempre ha de ser investigado por la justicia ordinaria, so pena de vulnerarse la naturaleza misma del fuero militar y, por ende, el texto constitucional.

“El segundo tiene que ver más con la dinámica del proceso, pues se determinó que en el curso de éste, deben aparecer pruebas claras sobre la relación existente entre la conducta delictiva del agente de la fuerza pública y la conexidad de ésta con el servicio que cumplía. En caso de no existir aquéllas, o duda sobre en que órgano debe radicarse la competencia, siempre habrá de discernirse ésta en favor de la justicia ordinaria.

3.4. Así, ha de aceptarse que el fuero militar y consecuentemente la justicia penal militar, son una excepción a la regla general, según la cual la justicia penal ordinaria, integrada por la Fiscalía General de la Nación y los jueces individuales y colegiados, es la competente para investigar y sancionar a los infractores del régimen penal. Como excepción a la regla general, aquella sólo tendrá efectividad cuando no exista la más mínima duda en el sentido que debe ser ésta y no la jurisdicción ordinaria la que debe conocer de un asunto determinado.

“En la misma línea, mediante providencia del 13 de febrero del 2003 (radicado 15.705), la Sala de Casación Penal explicó:

“En efecto, el fuero militar previsto en el artículo 221 de la Carta Política sólo cobija a los miembros de la fuerza pública en servicio activo y exclusivamente por las conductas ilícitas relacionadas con el servicio. Al respecto no han sido pocas las oportunidades en que la jurisprudencia se ha ocupado en torno al concepto de ‘relación con el servicio’, el cual no puede entenderse como una conexión genérica que se presenta entre el servicio activo militar o policial y el delito que realiza quien lo presta, por el contrario, es imprescindible determinar una ‘correspondencia’ entre el hecho constitutivo de la infracción penal y los deberes que legalmente le competen a esos servidores públicos, dado que, los preceptos superiores imponen los límites dentro de los cuales se puede actuar en un Estado social de derecho”.



“De este modo, debe señalarse que entre las funciones propias del servicio militar y la conducta ilícita investigada, debe presentarse una relación según la cual el ilícito debe ser el producto de un ejercicio extralimitado o desviado de las funciones propias del servicio, es decir, perteneciente a ellas, situación que no se precisa en este evento, habida consideración de que la conducta ilícita que dio origen a este proceso no se desarrolló en relación con el servicio militar que prestaba el procesado... ni como manifestación de un ejercicio desviado o excesivo del mismo, en la misión de inteligencia y contrainteligencia que le fue encomendada, según lo afirman bajo la gravedad del juramento sus superiores jerárquicos.

“Es evidente, entonces, que se trata de un delito cometido por fuera de cualquier atribución o deber, dado que, el hurto calificado y agravado por el cual fue investigado, acusado y condenado en nada se aproxima a una conducta aneja al servicio.

“La Corte Constitucional, al examinar la constitucionalidad del Código Penal Militar, a la luz de la nueva Carta Política sobre el fuero militar, señaló:

“Conforme a la interpretación restrictiva que se impone en este campo, un delito está relacionado con el servicio únicamente en la medida en que haya sido cometido en el marco del cumplimiento de la labor –es decir del servicio- que ha sido asignada por la Constitución y la ley a la fuerza pública... .

“(...) La expresión ‘relación con el mismo servicio’, a la vez que describe el campo de la jurisdicción penal militar, lo acota de manera inequívoca. Los delitos que se investigan y sancionan a través de esta jurisdicción no pueden ser ajenos a la esfera funcional de la fuerza pública. Los justiciables son únicamente los miembros de la fuerza pública en servicio activo, cuando cometan delitos que tengan “relación con el mismo servicio”. El término “servicio” alude a las actividades concretas que se orienten a cumplir o realizar las finalidades propias de las fuerzas militares –defensa de la soberanía, la independencia, la integridad del territorio nacional y del orden constitucional– y de la policía nacional –mantenimiento de las condiciones necesarias para el ejercicio de los derechos y libertades públicas y la convivencia pacífica–”.<sup>24</sup>

“Por su parte, esta Sala de la Corte, ha señalado que la competencia castrense, de linaje constitucional sólo se atribuye cuando el hecho que motiva el proceso ha sido realizado por un miembro de las Fuerzas Armadas o de la Policía Nacional en ejercicio activo de sus funciones, siempre y cuando la conducta tenga relación con el servicio militar o policial, es decir, que no basta que se trate de un militar o de un policía en servicio activo, sino que es necesario que la conducta ilícita haya sido realizada en relación con el servicio oficial a desempeñar.”<sup>25</sup>

---

24 Corte Constitucional, sentencia C-358/97.

25 C. S. de J. Mm. PP. Drs. Córdoba Poveda, Jorge Enrique, marzo 26 de 1996 y Gómez Gallego, Jorge Aníbal, 21 de febrero de 2001.

El 2 de octubre del 2003 (radicado 18.729) reiteró esa postura, así:

“En lo que hace referencia al concepto ‘relación con el servicio’, la jurisprudencia ha sido reiterativa al señalar que no puede entenderse como una conexión genérica que se presenta entre el servicio activo militar o de policía y la conducta punible que realiza quien lo presta, sino que es necesario determinar una conexión entre el comportamiento constitutivo de infracción a la ley penal y los deberes que constitucional y legalmente le competen a esos servidores públicos, toda vez que tales preceptos imponen las barreras dentro de las cuales se puede actuar en un Estado social de derecho”.

“Por tanto, entre las funciones propias del servicio militar o policial y la conducta punible investigada, debe presentarse una relación según la cual el delito debe ser el producto de un ejercicio extralimitado o desviado de las funciones propias del servicio que prestan las Fuerza Armadas o la Policía Nacional.

“En orden a lograr la necesaria claridad sobre el contenido y alcance del referido concepto, bien está traer a colación, como así también lo hizo el Tribunal Superior de Cúcuta, lo que sobre el particular puntualizó la Corte Constitucional cuando analizó la exequibilidad de la norma legal que desarrollaba el fuero militar.

(...)

Un criterio restrictivo como el que revela el pronunciamiento jurisprudencial que se acaba de citar, venía siendo aplicado por la Sala al interpretar el artículo 170 de la Constitución Política anterior, según criterio contenido en auto del 23 de agosto de 1989, del cual fue ponente el Magistrado Gustavo Gómez Velásquez. Más próximos son los pronunciamientos del 26 de marzo de 1996 (M.P. Jorge E. Córdoba Poveda); 21 de febrero del 2001, Rad. 12.308 (M.P. Jorge Aníbal Gómez Gallego); y 18 de julio del 2001, Rad. 11660 (M.P. Carlos Augusto Gálvez Argote), entre otros.

“El criterio del que se hace remembranza ha sido reiterado recientemente, como se puede leer en la sentencia del 6 de abril del 2006 (radicado 20.764), citada en el proyecto original.

“En conclusión, para que un comportamiento humano desplegado por un miembro de las fuerzas armadas sea considerado como cometido “en relación con el servicio”, debe estar unido a éste de manera muy cercana e inmediata, de tal forma que la ilicitud sea explicada como consecuencia de la extralimitación o del desvío de la función normal y legítima”.

En esta misma línea jurisprudencial, la Corte Interamericana de Derechos Humanos, en sentencia del 16 de agosto de 2000 –Caso Durand y Ugarte contra Perú– señaló, respecto de la jurisdicción penal militar, que esta “ha sido establecida por diversas legislaciones con el fin de mantener el orden y la

disciplina dentro de las Fuerzas Armadas. Inclusive, esta jurisdicción funcional reserva su aplicación a los militares que hayan incurrido en delito falta dentro del ejercicio de sus funciones y bajo ciertas circunstancias”.

Sostiene, asimismo, que en un Estado democrático de derecho, la jurisdicción penal militar ha de tener un alcance restrictivo y excepcional y encaminarse a la protección de intereses jurídicos especiales, vinculados con las funciones que la ley asigna a las fuerzas militares. Así, debe estar excluido del ámbito de la jurisdicción militar el juzgamiento de civiles y sólo debe juzgar a militares por la comisión de delitos o faltas que por su propia naturaleza atenten contra bienes jurídicos propios del orden militar.<sup>26</sup>

En este orden de ideas, la Corte Interamericana considera que la aplicación de la justicia militar debe estar estrictamente reservada a militares en servicio activo y por ello, cuando la dicha jurisdicción asume competencia sobre un asunto que ha de conocer la justicia ordinaria, se ve afectado el derecho al juez natural y, a fortiori, el debido proceso, el cual, a su vez, se encuentra íntimamente ligado al propio derecho de acceso a la justicia. Ello por cuanto el juez encargado del conocimiento de una causa debe ser competente, independiente e imparcial.

El acopio jurisprudencial reseñado en precedencia permite a la Sala advertir plena consonancia entre los pronunciamientos de esta Corporación, la Corte Constitucional y la Corte Interamericana de Derechos Humanos, en cuanto advierten excepcionalísimo el fuero militar, con aplicación eminentemente restrictiva –esto es, que no quepa ninguna duda de la relación entre la conducta y el servicio– y sin posibilidad de actuación de la justicia castrense cuando lo ejecutado comporta un delito de lesa humanidad.

### *7. El caso concreto*

Acorde con lo relacionado en precedencia, para la Corte es claro, en primer lugar, que la intervención de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos, a través de la recomendación efectuada al Estado colombiano, habilita que ahora se decida de fondo la acción legítimamente instaurada por el Ministerio Público, pero, como se anotó atrás, no faculta automática la decisión revisora, pues, es menester que se demuestre, en el análisis con-

26 Sentencias del 18 de agosto de 2000 (Caso Cantoral Benavides - Perú); 6 de diciembre de 2001 (Caso Las Palmeras - Colombia), 5 de junio de 2004 (Caso 19 Comerciantes - Colombia); 25 de noviembre de 2004 (Caso Lori Berenson Mejía - Perú); 15 de septiembre de 2005 (Caso de la masacre de Mapiripán - Colombia); 22 de noviembre de 2005 (Caso Palamara Iribarne - Chile); 31 de enero de 2006 (Caso de la masacre de Pueblo Bello - Colombia); 26 de septiembre de 2006 (Caso Almonacid Arellano y otros - Chile); 29 de noviembre de 2006 (Caso La Cantuta - Perú); 11 de mayo de 2007 (caso de la masacre de La Rochela); 4 de junio de 2007 (Caso Escué Zapata - Colombia) y 4 de julio de 2007 (Caso Zambrano Vélez y otros - Ecuador).

creto obligado de efectuar a la Sala, que efectivamente se presentó violación a garantías fundamentales, que afectaron la seriedad e imparcialidad de los juzgadores, violándose el principio del juez natural y afectando por contera los derechos de las víctimas a la verdad, justicia y reparación.

En este sentido, para decirlo desde ya, la Corte advierte que, efectivamente, los dichos preceptos fueron flagrantemente vulnerados cuando asumió la investigación y el juzgamiento, hasta desembocar en las decisiones absolutorias puestas en entredicho, la justicia castrense, como quiera que la auscultación objetiva de lo que los hechos informan, impide considerar, por fuera de toda duda, como el criterio restrictivo de interpretación resaltado por esta Corporación, la Corte Constitucional y la Corte Interamericana de Derechos Humanos, así lo impone, que la muerte de la menor constituye una consecuencia necesaria de los actos propios del servicio del agente de policía que acudió al lugar donde se hallaba ella la noche del infausto suceso, o que ese deceso no constituye violación a los derechos humanos –el máspreciado de ellos, cabe agregar–, de una joven, civil, que ninguna participación tenía en algún tipo de delito o conducta que atentara contra derechos ajenos.

Retomando lo allegado probatoriamente en el proceso, lo único que puede concluir la Corte, independientemente de la responsabilidad que quepa o no al uniformado absuelto, es que jamás se demostró inequívocamente, dentro de los presupuestos de estrictez que gobiernan la intervención excepcional de la justicia castrense, que efectivamente esa actuación atribuida al servidor público vino como consecuencia necesaria de la función a él asignada.

Y no puede hacerse tan tajante afirmación porque, sencillamente, los elementos suasorios recopilados, como así incluso lo entendieron las instancias, parten por aceptar que la víctima no estaba realizando ningún comportamiento reprochable ni formaba parte del grupo que presuntamente, al decir del procesado, atacó al grupo policial.

Simplemente la menor, como se evidencia en la foliatura, corrió en compañía de sus amigos, sorprendidos por el ruido que produjo la irrupción policial en el lugar y ante la imposibilidad, dada la oscuridad reinante, de distinguir quiénes eran los recién llegados.

No podía entonces el agente de policía, independientemente de las razones que indujeron a la unidad a acudir al sitio, de buenas a primeras esgrimir su arma y detonarla en contra de quienes corrían, pues ello no se aviene de ninguna manera con los preceptos que gobiernan su función.

Mucho menos si, finalmente, esa actuación implica materialmente la contradicción de los principios y funciones que guían el comportamiento de los servidores públicos, precisamente instituida para salvaguardar la vida, honra y bienes de los ciudadanos.

Por ello, asiste plenamente la razón a la Comisión Interamericana de Derechos Humanos, cuando sostiene en su informe, después de analizar los testimonios y demás elementos de juicio incorporados a la actuación:

“52. En el caso bajo estudio, de conformidad con los hechos probados se ha establecido que la muerte de Leydi Dayán Sánchez se produjo como consecuencia del disparo que le profirió un agente de la Policía Nacional la noche del 21 de marzo de 1998, mientras efectuaba una ronda de vigilancia en las inmediaciones del barrio El Triunfo. Se ha establecido además, que la niña Leydi Dayán Sánchez no ofreció resistencia armada a los oficiales de la Policía que la seguían, que se encontraba en estado de indefensión –corriendo de espaldas– y que requería de medidas especiales de protección. Asimismo, del acervo probatorio se desprende que el oficial de policía que efectuó un disparo la noche del 21 de marzo de 1998 no se identificó como tal al momento de proceder; que no verificó las consecuencias que su disparo pudo haber ocasionado en las personas que presuntamente perseguía o se encontraban en las inmediaciones; y que no reportó inmediatamente a las autoridades pertinentes que había hecho uso de su arma de dotación oficial. Aún más, se desprende que el oficial de policía que empleó su arma, en sus primeras declaraciones negó haberla empleado ante las interrogaciones de sus superiores”.

Incluso para ratificar que el asunto no determinaba inequívoco el factor a partir del cual se facultaba excepcional la intervención de la justicia penal militar, debe remitir la Sala a lo expresado por la magistrada disidente de la Sala Jurisdiccional Disciplinaria del Consejo Superior de la Judicatura, en el salvamento de voto de la decisión mayoritaria que decidió entregar el conocimiento del asunto a los organismos castrenses.

La funcionaria, al efecto, analiza las exculpaciones del procesado, en cuanto adujo que en cumplimiento de la misión asignada se hicieron presentes en el lugar, dado que supuestamente allí se encontraban quince (15) sujetos armados, observando que efectivamente ese número de personas se hallaba en el sitio, pero al notar su presencia emprendieron carrera; adelantada la persecución, escucharon un disparo, después apreció el fogonazo de otra detonación, momento en el cual accionó su revólver, pero hacia arriba.

Luego de ello, la magistrada disidente afirma: “Esta versión se encuentra seriamente cuestionada por el abundante material probatorio allegado a la actuación, como es la prueba testimonial de cargo, los dictámenes (sic) técnicos practicados sobre el cadáver de la extinta niña y la (sic) inspecciones judiciales que le (sic) fueron efectuadas al lugar de los acontecimientos que muestra una realidad diametralmente diferente de la consignada por el uniformado” (página 6 del salvamento en cuestión).

Entonces, si la Sala Jurisdiccional Disciplinaria hubiese seguido el principio de estrictez arriba referenciado, ante la existencia de la duda puesta de

presente por uno de sus miembros, necesariamente hubiese determinado que el conocimiento del asunto correspondía a la justicia civil ordinaria.

Ya abordado el tema de la intervención del organismo competente para determinar, en principio, la autoridad judicial encargada de adelantar el proceso penal, es menester puntualizar que no necesariamente esa adscripción de competencia opera invariable o indiscutible.

Todo lo contrario, examinando ese específico tópico, la Sala sostuvo:<sup>27</sup>

“Y aunque en este caso es suficiente con la función de nomofilaxis, pues si bien es cierto los conflictos de competencia se resuelven dentro de la Rama Jurisdiccional por Jueces de la República, que, por serlo, tienen amparada su función por el principio de autonomía que la propia Carta les reconoce, no lo es menos que está limitada por esa misma Constitución y por la ley, de modo que, y esto se afirma sin ambages, en cuanto no se ejerza, como aquí se hizo, con respeto de aquélla o de ésta, procede casar la sentencia que de ella depende.

“Y no se trata, en este evento concreto de imponer, por vía de casación, interpretaciones de la ley –aunque la Corte puede hacerlo con fundamento en su carácter de máximo Tribunal de la Jurisdicción Ordinaria y en cumplimiento del fin casacional de unificación de la jurisprudencia, que por ello un motivo de casación es la interpretación errónea de la Ley– sino de constatar de manera objetiva que la omisión de definir el conflicto de competencia por parte de la Sala Jurisdiccional Disciplinaria se hizo con expresa negativa de aplicar los preceptos legales en la forma y términos en que fue juzgada su constitucionalidad, facultad que ningún Juez de la República puede reclamar amparada por la autonomía que la Constitución le garantiza”.

En suma, con auxilio de la normatividad y el entendimiento que a ella han dado esta Corporación, la Corte Constitucional y la Corte Interamericana de Derechos Humanos, resaltando el criterio restrictivo que ha de primar en la definición de competencia de la justicia penal militar, al punto, conforme lo señalado por el último organismo en mención, que la auscultación del tópico pasa por definir que la conducta afecte exclusivamente bienes jurídicos propios de la institución castrense, para la Sala asoma evidente que lo endilgado al procesado absuelto no puede entenderse relacionado con el servicio que como agente de policía desempeñaba para el día de los hechos, así se realizara la conducta con ocasión de una dicha adscripción, pues, de ninguna forma es posible significar que dentro de esas funciones anejas a la condición policial que de él se releva, se halle la de atacar a una menor indefensa que de espaldas corre, dándole muerte con su arma de dotación.

Cierto, sí, que el hecho se inscribe dentro de la órbita del servicio encomendado al encartado, cuando incluso se realizaba una actividad típicamente

27 Sentencia del 6 de marzo de 2003. Radicado 17.550.

policiva, cual se reputa la información que demandó acudir al lugar para verificar la supuesta presencia de sujetos armados, pero, es necesario destacar, no existe extralimitación o desviación de la función, simplemente porque ella no cobija un hecho completamente extraño a ella, como debe entenderse el ataque a la víctima, causándole de inmediato la muerte, desde luego en circunstancias ajenas al combate o a la misión de proteger los derechos de los ciudadanos, tarea central encomendada a la Policía Nacional.

En este sentido, se agrega para acompañar la decisión a la jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, tampoco se discute que el bien jurídico afectado ninguna relación tiene con aquellos propios del servicio policial, en tanto se segó la vida de una menor, desde luego civil, completamente inermes.

Así las cosas, el homicidio atribuido al servidor público, asoma delito común, aunque se reporte ejecutado en un escenario particular, la prestación del servicio policial.

Por ello, competía a la jurisdicción ordinaria adelantar el conocimiento del asunto, en cabeza de la Fiscalía Seccional, para la fase instructiva, y un Juzgado Penal del Circuito de Bogotá en lo que atiene a la etapa enjuiciatoria.

Ya definido que el asunto debió tramitarse por la jurisdicción ordinaria y por ello, carecían de competencia el juzgado de primera instancia, Comando de Policía Bacatá, y el Tribunal Penal Militar, en segunda instancia, para adelantar el conocimiento del asunto, se hace imperativo significar que esa intervención de la justicia castrense representa ostensible violación del principio del Juez Natural, que reporta basamento constitucional (inciso segundo, art. 29, CP) y de principalística legal (art. 6, Ley 599 y Ley 600 de 2000), dentro del amplio espectro que al término han dado esta Corte, la Constitucional y la Interamericana de Derechos Humanos.

Destacando el profundo efecto nocivo que genera la intervención de la justicia penal militar en asuntos ordinarios, sostuvo esta Corporación:<sup>28</sup>

“No puede desconocerse que la competencia para juzgar es uno de los principios basilares del debido proceso que atañe con el principio del juez natural y la organización judicial, expresamente consagrado en el artículo 29 constitucional cuando refiere al juzgamiento ante el “juez o tribunal competente”, y esa especial connotación impide al funcionamiento judicial pasar por alto o desconocer tal requisito al asumir el conocimiento de los procesos, o adoptar en ellos decisiones, defecto que de ocurrir, tampoco puede subsanarse sino mediante la declaratoria de nulidad por incompetencia que se advierte en los artículos 304-1 y 305 del Código de Procedimiento Penal (hoy regulados de manera similar, en los artículos 306-1 y 307, de la Ley 600 de 2000, acota la Sala).

28 Sentencia del 17 de abril de 1995, Radicado 8.954

“Desde luego que la pérdida de tiempo y de actividad de la jurisdicción derivada de una invalidación es causa de natural desazón, tanto ante el riesgo de fenómenos como la prescripción –en este caso aún distante– como por la inoperancia de una justicia tardía. Más, no por esas solas consideraciones, aún siendo importantes, podría la Corte rehuir el deber oficioso de escudriñar y corregir las irregularidades sustanciales que afecten el proceso, y menos so pretexto de la prevalencia del derecho material, pues no resulta de su arbitrio fallar a voluntad, sino dentro del más estricto ceñimiento a la ley, de la cual emanan tanto el poder coercitivo como sus precisas facultades.

“Desde este punto de vista no podrá valorarse la competencia como una simple formalidad legal y menos creerse que su inobservancia se subsane con el silencio, la voluntad de los sujetos procesales, o la indiferencia de los funcionarios, pues sin ella el valor jurídico de las decisiones se verá permanentemente interferido por la ilegitimidad representada en la suplantación del juez natural, verdadero detentador del poder conferido por el Estado para juzgar. Desde otro aspecto, la tesis de que el juez de mayor jerarquía, por ser más capacitado, puede asumir competencias asignadas a su inferior, no sólo es arbitraria y opuesta a la ley, sino que irremediamente lleva al riesgo de abolir en la práctica toda la estructura organizativa jurisdiccional, y de paso el principio de la doble instancia.

El derecho a ser juzgado ‘conforme a las leyes preexistentes al acto que se le imputa, ante juez o tribunal competente y con observancia de la plenitud de las formas propias de cada juicio’, es además una garantía de rango superior que no accidentalmente se consagra en la Carta sino de modo coherente con compromisos suscritos por Colombia en el ámbito internacional, sin que pueda válidamente sostenerse que haya dentro de la Constitución Política preceptos de mayor jerarquía (en este caso por vía de ejemplo el de la efectividad del derecho sustancial que se consagra en el artículo 228 superior) frente a otros, pues ello implicaría el desconocimiento de la naturaleza armónica de esas normas supremas y de la doctrina constitucional de invariable arraigo en nuestro derecho, según la cual todos los preceptos de la Carta se integran, complementan y sirven recíprocamente para su interpretación más adecuada y certera.

“Así, entonces, mal puede sostenerse que so pretexto de la operancia del derecho sustancial sobre las formas puedan sacrificarse principios como el de legalidad, o el del juez natural, pues no resulta difícil comprender que la operancia de aquel imperativo práctico de eficacia sólo puede realizarse en el interior de un proceso debido y no mediante la adopción de decisiones arbitrarias de cualquier funcionario incompetente.

“En otros términos, valga apuntar que lo importante para un Estado de derecho no es el que se emitan muchos fallos de condena, sino que éstos se produzcan con respeto pleno de los principios y las garantías constitucionales que son el presupuesto de legitimidad de las decisiones judiciales, y cuyo extrañamiento, así fuese por motivos de conveniencia o pragmatismo, tornarían el ejercicio del poder del juez en prototipo de arbitrariedad y tiranía.



“Por lo tanto, de conformidad con lo dispuesto en el segundo de los apartes del artículo 228 del Código de Procedimiento Penal, y sin que por lo dicho pueda entrar la Sala al estudio de la demanda presentada, procederá a casar oficiosamente la sentencia de segunda instancia, y en su lugar a declarar la nulidad de lo actuado a partir, inclusive, del auto por medio del cual se declaró cerrada la etapa instructiva, previendo la remisión del expediente al funcionario que corresponda de conformidad con los artículos 120-1 y 127 del Código de Procedimiento Penal”.

Es esta una postura, por lo demás, que permanece inmodificable hasta el presente.<sup>29</sup>

En el asunto examinado, incluso, el yerro adquiere matices de mayor envergadura, pues, a más de desbordarse la competencia de los funcionarios llamados a conocer del asunto, se pasó por alto la misma jurisdicción ordinaria, como quiera que, pretextando un inexistente fuero, se adelantó el trámite conforme la regulación asignada por vía excepcionalísima a la jurisdicción penal militar.

Desde luego, conforme se anotó en apartado precedente, también ello generó cara afectación a los derechos de las víctimas a la verdad, justicia y reparación, como quiera que, en términos de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, completamente compartidos por esta Sala y la Corte Constitucional, como ampliamente se anotó en líneas precedentes, las garantías judiciales adquieren una connotación bilateral, esto es, se asumen válidas, en el mismo plano de igualdad, para el procesado y la víctima; la actuación de la justicia penal militar en asuntos ajenos a su competencia vulnera el principio del juez natural; ello deriva en afectación del debido proceso que por contera afecta grandemente el derecho de acceso material a la justicia; y, finalmente, se pasan por alto de manera flagrante los principios de imparcialidad del juez y seriedad en la investigación.

Desbordadas jurisdicción y competencia, ostensible se aprecia que la única solución a la mano –como quiera que se trata de la violación de una garantía constitucional–, incluso de oficiosa declaración, es la de decretar la nulidad de lo actuado.

Ello, por cuanto, cabe anotar, se ha demostrado efectivamente estructurada la causal de revisión consagrada en el numeral 4° del artículo 192 de la Ley 906 de 2004, vale decir, el “incumplimiento flagrante de las obligaciones del Estado de investigar seria e imparcialmente” la violación al derecho a la vida.

No se pronunciará la Corte en torno de los argumentos presentados por la defensa del procesado una vez corrido el traslado para el efecto, pues ellos se refieren exclusivamente a las pruebas recaudadas y cómo conducen

---

29 Véase, entre otros, auto del 17 de agosto de 2006. Radicado 22.135.

a la absolución, asunto ajeno a la decisión de revisar el fallo, basada, huelga recordarlo, en la absoluta incompetencia de la justicia penal militar para conocer del asunto y no en el contenido material de las sentencias de primero y segundo grados.

#### 8. *Momento desde el cual opera la nulidad*

En la demanda, el Procurador 7° Judicial Penal II de Bogotá solicita se decrete la nulidad desde que se profiriera el auto de convocatoria a Consejo de Guerra, que se asimila a la resolución de acusación de la justicia ordinaria.

Sin embargo, ya en el traslado para alegatos, el funcionario, coadyuvado por su homólogo delegado para la investigación y juzgamiento penal, deprecia que la nulidad opere desde que se resolvió la situación jurídica del procesado, pues, entiende, allí comenzó a perfilarse la actuación irregular de la justicia castrense.

Sobre el punto, ya la Sala ha manifestado en ocasiones anteriores su posición, señalando que la potestad del funcionario instructor competente se materializa trascendente en la posibilidad de cerrar la investigación y formular la acusación, actos que no pueden ser ejecutados legítimamente por persona distinta.

Ahora, si se atendiese a que lo adelantado en la etapa instructiva, dentro de los parámetros contemplados en el Código Penal Militar, impide al procesado acceder a beneficios tales como los de colaboración con la justicia y sentencia anticipada, es necesario señalar que con la decisión invalidatoria operada a partir del cierre investigativo, se protegen los derechos del encartado, en tanto aún es posible que, de quererlo, haga las solicitudes pertinentes sobre el particular y obtenga las rebajas punitivas o beneficios judiciales que ello pareja.

Al respecto, estableció la Corte:<sup>30</sup>

“Por tanto, oficiosamente se casará el fallo de segundo grado y se dispondrá la invalidación de la actuación desde la diligencia de formulación de cargos para sentencia anticipada –fl. 85, cuaderno original–, acto procesal que en el trámite abreviado resulta equivalente a la resolución de acusación y que exige como requisito previo la competencia del Fiscal instructor que la profiere, de la cual, como ya se precisó, carecía el Delegado ante el Juez Penal del Circuito de Chocontá.

“Lo anterior teniendo en cuenta que la jurisprudencia de esta Sala ha sido uniforme y reiterada en *abstenerse de extender hasta los inicios de la actuación los efectos invalidantes que genera la incompetencia del fiscal instructor*, decisión reservada sólo para aquellos eventos que comprometen el desconocimiento del fuero por razón del cargo dada su

30 Auto del 17 de agosto de 2006, Rad. 21.923.

naturaleza puramente objetiva (cfr. sentencias del 18 de septiembre de 1996, radicado 9996; 13 de marzo de 1997, radicado 9592; 16 de mayo de 2001, radicado 13004; 6 de marzo de 2003, radicado 17550, entre otras; subrayas ajenas al original)”.

Precisamente, sobre este particular, la Corte ha limitado la invalidación total de lo adelantado en la fase instructiva, a los casos específicos en los que, contando con fuero la persona, la investigación se adelantó por funcionario instructor incompetente. Así se ha dejado sentado pacífica y reiteradamente, entre otras decisiones, en sentencia del 21 de febrero de 2002, radicado 15234, cuya parte pertinente reza:

“Al respecto la Sala, de manera reiterada ha sostenido, que si *ab initio* se establece que se trata de persona aforada y no obstante lo cual, un funcionario incompetente dicta resolución de apertura de instrucción, recibe indagatoria y practica pruebas, lo único inválido será aquella decisión y la indagatoria, pero no los restantes medios de convicción, los que conservan su validez y se entienden incorporados a las diligencias de indagación preliminar”.<sup>31</sup>

En los demás casos, la Corte ha establecido el límite a partir del cual, en la instrucción, se entiende pasible de saneamiento la actuación cuando ella ha sido surtida por funcionario incompetente.

Así lo dijo en decisión del seis de mayo de 2001, en el radicado 13.004:

“Se casará el fallo, entonces, de acuerdo a como lo solicitan los Procuradores Delegados ante el Tribunal y la Corte. Y la invalidación será, inclusive, desde la orden de celebrar la audiencia de aceptación de cargos, dispuesta por el Fiscal 13 Seccional de Fusagasugá al finalizar la ampliación de indagatoria de POLO MILLÁN (fl. 101, cuaderno principal). Dicha determinación, en cuanto acto de preparación de la calificación del sumario (el cual tiene lugar en la respectiva audiencia en virtud de la equivalencia legal prevista en el artículo 37 B-2 del Código de Procedimiento Penal) supone la competencia del Fiscal instructor, de la cual carecía el Delegado ante el Juez Penal del Circuito del municipio anotado.

“No existe ninguna razón para acceder a la invalidación de toda la actuación, que fue lo que solicitó el Procurador Delegado en su concepto. Uno de los fines de la investigación es el esclarecimiento de los hechos y naturalmente la determinación de si se ha infringido o no la ley penal, por lo que los actos de instrucción orientados a esa finalidad se consideran válidos ante la eventualidad de que como producto de los mismos se genere una conclusión de cambio de competencia. La jurisprudencia de la Sala ha sido reiterada al respecto y ha considerado que sólo es viable extender el vicio de incompetencia al auto de apertura de la instrucción en casos de

---

31 Ver, entre otras, única 13806, auto junio de 1998. Magistrado Ponente: Juan Manuel Torres Fresno; casación 9412, 5 de noviembre de 1996; y 9842, 8 de octubre de 1997, Magistrado Ponente: Jorge E. Córdoba Poveda.

fueron por razón del cargo, en atención a que en los mismos el privilegio se deriva de una circunstancia puramente objetiva, que como tal se puede advertir antes de la iniciación del proceso.<sup>32</sup>

Por último, en auto del 10 de agosto de 2005, Radicado 23871, esta corporación señaló:

“a) El Tribunal declaró la nulidad de la acusación, pues consideró que la conducta que recogía lo relacionado con el arma de uso privativo de la fuerza pública era el porte, no la conservación, y que, por tanto, la calificación sólo la podía proferir el fiscal seccional (competente para conocer del porte) y no el especializado (a quien la ley le asignó la conservación).

“Pero olvidó que el acto de clausura exige plena competencia, porque si bien cualquier delegado de la fiscalía puede instruir, solo en quien recaigan todos los factores de competencia está habilitado para ordenar el cierre”.

Evidenciado que el asunto ahora sometido a examen no comporta el presupuesto de tratarse de persona aforada el encartado –todo lo contrario, como se ha referenciado a lo largo de esta providencia–, la decisión de nulidad no tiene por qué abarcar la investigación en su desarrollo, sino apenas los momentos procesales en los cuales se demanda de competencia objetiva del fiscal, vale decir, el cierre instructivo y consecuente calificación del mérito de la instrucción.

No son necesarias mayores precisiones, dada la claridad de lo antes reseñado, tornándose imperiosa la declaratoria de nulidad a partir del auto de cierre investigativo, inclusive, pues, no fue el fiscal competente quien emitió esta providencia y la calificatoria, ni era del resorte del Juzgado de Primera Instancia, Comando de Policía Bacatá, adelantar la fase de enjuiciamiento.

### *9. De la prescripción*

Conforme los derroteros consignados en la recomendación de la Comisión, dada la naturaleza del delito, debe precisarse el efecto de lo decidido respecto del tópicus de la prescripción.

Al respecto, basta traer a colación reciente decisión que se ocupa adecuadamente del tema:<sup>33</sup>

“Unas precisiones adicionales, relacionadas con el tema de la prescripción.

“1. Ejecutoriada una sentencia condenatoria, decae cualquier posibilidad de prescripción pues el proceso ha concluido dentro de los lapsos establecidos en la ley. Es decir, resulta inocuo, a partir de allí, pensar en la posibilidad de tal fenómeno extintivo de la acción.

32 Cfr. Sentencia del 18 de septiembre de 1996, Radicado 9996.

33 Sentencia del 15 de junio de 2006. Radicado 18.769.

“2. Si se acude a la acción de revisión, entonces, no opera el fenómeno de la prescripción por cuanto se trata de reexaminar un proceso ya terminado.

“3. Si la acción prospera y se retorna el asunto a una fase pretérita que incluya la caída de la sentencia, es decir, anterior a la ejecutoria de la misma, no es posible reanudar, para proseguir, el término de prescripción contando el tiempo utilizado por la justicia para ocuparse de la acción de revisión, precisamente porque el fallo rescindente no ‘prolonga’ el proceso ya finiquitado, sino que da lugar a un ‘nuevo proceso’.

“4. Por consiguiente:

“4.1. Si respecto del fallo –obviamente en firme– se interpone la acción de revisión, no opera para nada la prescripción.

“4.2. Durante el trámite de la acción en la Corte o en el Tribunal, tampoco se cuentan términos para efectos de la prescripción.

“4.3. Si la Corte o el Tribunal declaran fundada la causal invocada y eliminan la fuerza de la sentencia, con lo cual, en general, se dispone el retorno del proceso a un estadio determinado, tampoco es posible adicionar el tiempo que ocupó el juez de revisión al tiempo que ya se había obtenido antes de la firmeza del fallo, para efectos de la prescripción, como si jamás se hubiera dictado.

“4.4. Recibido el proceso por el funcionario al cual se le adjudica el adelantamiento del nuevo proceso, ahí sí se reinician los términos, a continuación de los que se habían cumplido hasta el momento de la ejecutoria de la sentencia.

“El motivo, se repite, es elemental: la acción de revisión es un fenómeno jurídico extraordinario que si bien puede romper la inmutabilidad e irrevocabilidad del fallo, no afecta otros temas, entre ellos el de la prescripción.

“La Corte, entonces, insiste en su criterio, plasmado por ejemplo en la decisión del 15 de marzo de 1991, en el que afirmó:

“Es importante recordar que cuando se dispone la revisión no son aplicables las normas sobre prescripción de la acción penal, pues no se puede desconocer que ya hubo una sentencia, luego no es predicable del Estado la inactividad que se sanciona con esa medida. Así mismo, nada impide que el nuevo fallo, -el cual debe producirse, sea igualmente condenatorio, dada la oportunidad que se ofrece para practicar nuevas pruebas”.

“Sería absurdo que no existiendo un límite de tiempo para interponer el recurso extraordinario, la simple concesión de él permitiera la cesación del procedimiento por prescripción, dando lugar así a una muy expedita vía para la impunidad y cambiando la finalidad que le da razón de ser a este especial medio de impugnación”.

Finalmente, aclarado el tema de la prescripción, la Corte ordenará que se envíe lo actuado a la Fiscalía General de la Nación, a efectos de que de inmediato designe el funcionario, Fiscal Seccional de Bogotá, que ha de encargarse de adelantar el trámite del asunto a partir del momento en que tiene efectos

la nulidad decretada, vale decir, desde el cierre de la investigación, inclusive, decretado por el Comandante de Policía de Bacatá, el 23 de julio de 1999.

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

## RESUELVE

**1. DECLARAR** fundada la causal cuarta de revisión invocada a favor de la víctima.

**2. DEJAR SIN EFECTO** las sentencias de primera y segunda instancias, proferidas por el Comandante del Departamento de Policía Bacatá el 6 de julio de 2000 y el Tribunal Superior Militar el 15 de mayo de 2001, por medio de las cuales se absolvió al patrullero JUAN BERNARDO TULCÁN VALLEJOS del cargo de homicidio culposo, cometido en detrimento de la vida de la menor Leydi Dayán Sánchez Tamayo, así como la actuación surtida a partir, inclusive, de la resolución del 23 de julio de 1999, por cuyo medio el Comando de Policía Bacatá cerró la investigación.

**3. REMITIR** el proceso a la Fiscalía General de la Nación, para lo pertinente, conforme lo relacionado en la parte motiva.

Contra esta decisión no procede recurso alguno.

## CÓPIESE, NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE

ALFREDO GÓMEZ QUINTERO

SIGIFREDO ESPINOSA PÉREZ

MARÍA DEL ROSARIO GONZÁLEZ DE L.

AUGUSTO J. IBÁÑEZ GUZMÁN

ALFONSO PINILLA CONTRERAS

Conjuez

ALFONSO GÓMEZ MÉNDEZ

Conjuez

JULIO ENRIQUE SOCHA SALAMANCA

YESID REYES ALVARADO

Conjuez

JAVIER DE JESÚS ZAPATA ORTIZ

TERESA RUIZ NÚÑEZ

Secretaria