

19 de octubre de 2005

A su Excelencia
Sergio García Ramírez
Presidente
Corte Interamericana de Derechos Humanos
San José, Costa Rica

000882

El gobierno de Colombia, presenta a usted, y por su intermedio al plenario de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, el escrito de alegatos de audiencia en el caso 11.748 "Pueblo Bello".

CAPÍTULO I

INTRODUCCIÓN

A. Hechos

El domingo 14 de enero de 1990 un grupo de hombres fuertemente armados incursionaron en el corregimiento de Pueblo Bello, municipio de Turbo (Antioquia), en las primeras horas de la noche, y procedieron a sacar de sus casas y de una iglesia a 43 personas (hombres y algunos menores de edad) e igualmente saquearon algunas viviendas e incendiaron varios inmuebles. Al momento de la incursión algunos de los integrantes del grupo armado ilegal vestían prendas de uso privativo de las Fuerzas Militares y portaban armas de uso restringido. Los integrantes del grupo delictivo se identificaban con trapos rojos y rosados con los que cubrían sus caras.

Estos infractores transportaron a los ciudadanos en dos camiones hurtados hasta las fincas "Las Tangas" y "Jaraguay". Luego de interrogarlos, bajo tortura, sobre el hurto de un ganado y la muerte del mayordomo de FIDEL CASTAÑO dieron muerte a seis de los retenidos en Pueblo Bello (sólo está probada la identidad de seis personas). Las víctimas fueron sepultadas en los predios de las mismas fincas, cerca del río Sinú. Las diligencias de exhumación arrojaron como resultado el hallazgo en dichas propiedades de 24 cadáveres; como se dijo, sólo fue posible identificar a seis de ellas como habitantes de Pueblo Bello.

En marzo del mismo año el señor ROGELIO DE JESÚS ESCOBAR MEJÍA se presentó y rindió declaración injurada y voluntaria en el Departamento Administrativo de Seguridad (DAS), en donde narró lo ocurrido, señalando como responsables a los integrantes de la organización armada denominada "Los Tangueros", liderada por FIDEL CASTAÑO, de la cual, y así lo reconoció, él hizo parte. Además, el citado declarante hace aseveraciones en el sentido de que algunos militares habrían participado activamente en los hechos. El señor ESCOBAR MEJÍA también rindió declaración ante la Procuraduría Delegada para la defensa de los Derechos Humanos los días 24 y 25 de abril de 1990.

Con fundamento en esta información, se encontraron en fosas comunes localizadas en la finca "Las Tangas" 24 cadáveres, de los cuales sólo se pudo identificar a seis como parte de las víctimas de los hechos ocurridos en Pueblo Bello.

B. Situación jurídica a debatir

La Comisión Interamericana de Derechos Humanos presentó escrito de demanda el 26 de marzo de 2004 ante la Honorable Corte Interamericana de Derechos Humanos contra la República de Colombia por los hechos ocurridos en Pueblo Bello (caso 11.748). El objeto de la demanda está compuesto por las siguientes pretensiones:

(a) Que la República de Colombia sea declarada responsable por la violación de los derechos a la vida, integridad y libertad personales de las 43 víctimas que son al final de la misma mencionadas, conforme a los artículos 4, 5 y 7 de la Convención Americana, en concordancia con el incumplimiento de su artículo 1 (1).

Esta primera pretensión toma como base la supuesta participación de los miembros de las Fuerzas Armadas de Colombia presentes en la zona, por cuanto su *apoyo o tolerancia* con el accionar de los miembros del grupo ilegal armado civil, circunstancia descrita por el declarante ESCOBAR MEJÍA, constituiría violación de las obligaciones internacionales contraídas por la República de Colombia respecto de los habitantes de su territorio. La Honorable Comisión busca en este caso que se declare la responsabilidad internacional del Estado colombiano con fundamento, primordialmente, en el

citado testimonio y haciendo alusión a algunas providencias judiciales emitidas en Colombia.

Resumiendo: la responsabilidad del Estado colombiano en este primer cargo estaría fundada, según la Comisión, en que los representantes del Estado apoyaron o toleraron el accionar del grupo ilegal y que, ya que la República de Colombia ha asumido deberes frente a la comunidad internacional en virtud de la Convención, los lamentables hechos ocurridos en Pueblo Bello (la violación de los derechos a la vida, integridad y libertad personales) le serían atribuibles al Estado como violación de sus deberes.

(b) Que la República de Colombia sea declarada responsable por la violación del artículo 19 de la Convención Americana en perjuicio de Manuel de Jesús Montes Martínez y José Encarnación Barrera Orozco, ambos menores de edad, en concordancia con el incumplimiento del artículo 1 (1).

La segunda pretensión de la Honorable Comisión se encuentra en íntima relación con la primera. En vista que dentro de las víctimas se encontraban dos menores de edad, la Comisión solicita que el Estado colombiano sea declarado responsable de la violación del artículo 19 de la Convención, el cual lo obliga a tomar las medidas que sean necesarias para evitar que los niños sean víctimas de la violencia.

(c) Que la República de Colombia sea declarada responsable por la violación del derecho a las garantías judiciales y la protección judicial de las víctimas y sus familiares, previstos en los artículos 8 (1) y 25 de la Convención Americana, así como del incumplimiento de su obligación de asegurar el respeto de los derechos previstos en dicho Tratado, en virtud de su artículo 1 (1).

(d) Que la República de Colombia debe llevar a término una investigación completa, imparcial y efectiva en la jurisdicción ordinaria con el fin de juzgar y sancionar a todos los responsables por la desaparición de 37 de las 43 víctimas y la ejecución extrajudicial del resto de ellas.

La tercera y cuarta pretensiones de la Honorable Comisión reprochan al Estado colombiano que las actuaciones judiciales llevadas a cabo para esclarecer la responsabilidad de civiles y militares por los hechos de Pueblo

Bello no satisfacen los requisitos previstos en la Convención Americana relativos a las garantías del debido proceso y la debida protección judicial, por lo que también debe llevar a término los procedimientos que permitan condenar a los responsables por dichos hechos. Que, además, la República de Colombia ha incumplido su deber de garantía establecido en el artículo 1 (1) de la Convención Americana, conforme al cual se deben adoptar las medidas necesarias para asegurar el ejercicio de los derechos y libertades reconocidos en la Convención a las personas bajo su jurisdicción.

(e) Que la República de Colombia debe adoptar las medidas necesarias para que los familiares de las víctimas reciban adecuada y oportuna reparación por el daño material e inmaterial sufrido.

(f) Que la República de Colombia debe hacer efectivo el pago de las costas y gastos en que han incurrido los familiares de las víctimas para actuar este caso en el ámbito interno, así como ante la Comisión y esta Honorable Corte, incluidos los honorarios razonables de sus representantes legales.

La quinta y sexta pretensiones de la Honorable Comisión hacen relación a la necesidad de reparar los daños materiales e inmateriales causados a las víctimas del caso. Para la Comisión, el Estado colombiano deberá ser condenado igualmente a pagar las costas y gastos legales incurridos por las víctimas y sus familiares en la tramitación del caso tanto a nivel nacional, como las que se originan en la tramitación del presente caso ante el sistema interamericano.

C. Sobre la representación autónoma de los individuos ante la Honorable Corte

La Honorable Comisión, en el numeral 88 de la Demanda, entiende "que corresponde a los familiares de la víctimas y sus representantes la concreción de sus pretensiones, de conformidad con el artículo 63 (1) de la Convención Americana y los artículos 23 y concordantes del Reglamento de la Honorable Corte". La Comisión deja así a los familiares de las víctimas y sus representantes la concreción de las pretensiones de reparación.

Los representantes de las víctimas, dicen ellos en su Demanda de 30 de agosto de 2004:

... compartimos, en lo fundamental, los argumentos de hecho y de derecho de la demanda interpuesta por la Comisión Interamericana de Derechos Humanos ante la H. Corte. En el presente escrito desarrollaremos argumentos adicionales respecto al contexto social, político y jurídico en el cual ocurrió la detención-desaparición, y al concepto de la violación en cada uno de los derechos alegados por la Comisión, en particular la violación del artículo 19 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos [...] en relación con cuatro de las víctimas que eran menores de edad al momento de la ocurrencia de los hechos. Alegaremos, asimismo, la violación del artículo 5 de la Convención en perjuicio de los familiares de las víctimas y sostendremos que se ha violado el derecho a la verdad.

Igualmente, desarrollaremos argumentos en relación con los perjuicios ocasionados a las víctimas y sus familiares, incluyendo el daño emergente y el lucro cesante, así como las medidas de reparación orientadas a garantizar la satisfacción y no repetición de los hechos

En congruencia con los argumentos anteriores formularemos las solicitudes que correspondan y propondremos y ofreceremos las pruebas destinadas a demostrar los hechos que sustentan las peticiones.

Lo primero que tiene que objetar la República de Colombia, y que ya fue puesto de presente en el escrito de contestación, es la posición de la Honorable Comisión al deferir a los peticionarios la concreción de sus pretensiones en materia de reparaciones y solicitar una nueva oportunidad procesal para cuantificarlas, si los familiares de los peticionarios no lo hicieren. Este aparte de la Demanda genera un desequilibrio procesal para el Estado. *De acuerdo con el reglamento de la Convención, sólo la Comisión y el Estado en su condición de partes procesales tienen capacidad para presentar pretensiones.*

El verdadero alcance de la participación de las víctimas debe deducirse de la correcta interpretación del reglamento y de la jurisprudencia de la Honorable Corte al respecto. Esta Corte ha establecido los requisitos de tal participación: en primer lugar, ella debe darse dentro de los dos meses siguientes a la notificación de la Demanda; en segundo lugar, no se deben alegar hechos distintos a los planteados en la Demanda, sólo pueden plantearse los hechos para aclarar, explicar o desestimar los planteados en

la Demanda. Y en tercer lugar, es posible la alegación de la violación de otros derechos.

Resulta de suma importancia la consideración de la Honorable Corte acerca de que los peticionarios pueden solicitar que se declare responsable al Estado por *derechos* diferentes a los mencionados por la Honorable Comisión en la Demanda, pues evidentemente los individuos son titulares de los derechos consagrados en la Convención Americana, y quién mejor que ellos para denunciar su violación. Lo que, desde luego, no es en absoluto admisible es que se aleguen hechos nuevos distintos de los planteados en la Demanda (a menos que sean hechos sobrevinientes), pues el núcleo esencial de los cargos de la Demanda es la base del litigio, el cual debe permanecer intacto e inobjetable, también para las víctimas en su participación procesal. La identidad de los hechos objeto del litigio es requisito indispensable, de lo contrario, se generaría un total desequilibrio procesal en desmedro de los intereses del Estado colombiano.

Por lo anterior, no resultan de buen recibo algunas afirmaciones hechas en la Demanda en relación con las formas de organización de los "grupos de justicia privada" y que formarían parte de los fundamentos de hecho como "contexto social y político de la región"; como ya lo ha manifestado y seguirá manifestando esta Parte, no es cierto que estos grupos, o cualquier otro ilegal, hayan sido auspiciados por la fuerza pública. Mientras no se aporten las pruebas *suficientes* que den fe de la connivencia de la fuerza pública y estos grupos ilegales, nos oponemos a este tipo de afirmaciones generalizantes.

D. Posición de la República de Colombia y petición ante la Honorable Corte

La República de Colombia *no acepta* las imputaciones hechas por la Honorable Comisión Interamericana de Derechos Humanos en el caso 11.748 (Pueblo Bello) y solicita respetuosamente a la Honorable Corte que:

(a) Concluya y declare, en justicia, que la República de Colombia no es responsable por la violación de los derechos a la vida, integridad y libertad personales de las 43 víctimas de los hechos delictivos ocurridos en la localidad de Pueblo Bello, municipio de Turbo (Antioquia), en el mes de enero de 1990, y, por ende, que, por lo que respecta al Estado Colombiano,

no han sido violados los fundamentales derechos consagrados en los artículos 4, 5 y 7 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos, en concordancia con el artículo 1 (1).

(b) Concluya y declare, en justicia, que la República de Colombia no es responsable por la violación del artículo 19 de la Convención Americana en perjuicio de Manuel de Jesús Montes Martínez y José Encarnación Barrera Orozco, en concordancia con el artículo 1 (1).

(c) Concluya y declare, en justicia, que la República de Colombia no es responsable por la violación del derecho a las garantías judiciales y a la protección judicial de las víctimas y sus familiares, previstos en los artículos 8 (1) y 25 de la Convención Americana, así como del incumplimiento de su obligación de asegurar el respeto de los derechos previstos en dicho Tratado, en virtud de su artículo 1 (1).

(d) Se abstenga, por ser improcedente en justicia, ordenar a la República de Colombia que lleve a cabo una investigación judicial de los hechos denunciados, en particular teniendo en cuenta los fallos condenatorios sobre tan luctuosos hechos ya habidos, así como las investigaciones en curso ante las autoridades competentes.

(e) Se abstenga, por ser improcedente en justicia, ordenar a la República de Colombia el reconocimiento y pago de indemnización alguna, a título de reparación, hasta tanto se pronuncien las autoridades judiciales nacionales colombianas, ante quienes cursan los procesos pertinentes. Lo anterior sin desconocer la inoponibilidad de limitantes de derecho interno a las decisiones de la Corte.

(f) Se determine, en justicia, que el pago de las costas y gastos sea asumido por cada una de las partes intervinientes.

E. Tesis que la República de Colombia expondrá para fundamentar su posición

Para rebatir los fundamentos de derecho de la demanda, la República de Colombia plantea seis tesis; éstas apuntan a la determinación de los presupuestos de responsabilidad internacional de un Estado por hechos de los particulares, en nuestro caso, de un grupo armado al margen de la ley.

1. No puede existir responsabilidad internacional objetiva del Estado, esto es, por el sólo hecho de que un grupo armado ilegal viole los derechos humanos de manera flagrante. Esto sería un grave atentado contra los principios jurídicos occidentales, los cuales propugnan precisamente por el establecimiento de estructuras y principios concretos de deducción de responsabilidad (también la internacional). No se trata de una responsabilidad internacional por la simple existencia de un daño en los bienes jurídicos de la persona causado por los terceros; ese daño tiene que poder ser adjudicado jurídicamente al Estado como su responsabilidad.

2. Partiendo de lo anterior, para poder atribuir al Estado la violación de los derechos humanos por parte de terceros como su infracción a compromisos internacionales, es necesario que se analicen y prueben unas estructuras normativas de imputación de responsabilidad internacional al Estado. Es decir, ya que no es posible deducir responsabilidad objetiva internacional, habrá de examinarse si de acuerdo con estas estructuras es posible imputar al Estado los hechos violatorios de los derechos humanos de terceros al margen de la ley. Las estructuras de imputación de responsabilidad internacional al Estado según la Convención y la jurisprudencia de esta Honorable Corte serán expuestas en los capítulos siguientes.

3. Las estructuras de imputación de responsabilidad internacional del Estado presuponen dos elementos a saber:

- La existencia de un deber convencional adquirido expresamente por el Estado a través de un convenio o tratado. Este deber está regido por el principio del consentimiento, esto es, por la voluntad expresa del Estado de comprometerse a una determinada acción u omisión.

- Además de la existencia de ese deber, ha de analizarse si éste ha sido violado en una situación concreta, si el Estado en cuestión ha desatendido sus compromisos internacionales adquiridos. Ello implica que es necesario la existencia de una concreta infracción al deber y que no es, entonces, procedente la responsabilidad por el sólo riesgo de la lesión. Esto porque los simples riesgos a los bienes jurídicos amparados por los deberes son parte esencial y estructural de las sociedades y de los Estados modernos.

4. Las estructuras de imputación al Estado constituyen *numerus clausus*. Lo anterior significa que son enumeración cerrada de los eventos en los cuales la infracción del deber convencional es imputable al Estado en cuestión. Este presupuesto constituye garantía al principio de *certeza* jurídica, que no significa otra cosa que, por un lado, la seguridad de que los derechos humanos convencionales serán protegidos siempre ante situaciones concretas de violación y, por el otro, que los Estados tienen claridad acerca de los eventos de responsabilidad internacional. Esta seguridad deviene de las estructuras obligacionales de la Convención y de su desarrollo por la jurisprudencia de esta Honorable Corte.

La afirmación de estructuras concretas, cerradas de imputación, responde al imperativo de maximización de los derechos reconocidos en la Convención. Maximizar derechos significa obtener el mayor grado de protección posible al bien jurídico, la realización de su contenido en la mayor medida posible, en relación con las posibilidades jurídicas y fácticas; entonces, si se establecen estructuras concretas de adjudicación de responsabilidad, se tendrá la certeza jurídica necesaria para saber cuándo ese derecho ha sido infringido por el obligado a su respeto y garantía. Con la certeza se dan las más óptimas condiciones de protección de los derechos humanos reconocidos por la Convención. No obstante, la certeza sobre estructuras de imputación no sólo garantiza (en grado máximo) el contenido convencional, sino también la armonización de estos derechos con otros en cabeza de otras personas o de los Estados mismos, pues así los Estados sabrán con exactitud los eventos en los cuales una desatención al contenido de la Convención puede generarle responsabilidad internacional. Por consiguiente, la certeza que otorga la enunciación cerrada de estructuras de imputación debe considerarse como un principio universal que sirve a la garantía de todos los derechos, también de los derechos de los Estados.

5. El juicio de imputación de responsabilidad internacional que se haga al Estado puede ser objeto de graduación material. Es decir, en el momento en que se pretenda imputar al Estado la infracción de un deber convencional, habrá que examinar detalladamente la relación "racional" presente en el sinalagma *deber-infracción*, pues el catálogo de deberes convencionales está estructurado atendiendo a la naturaleza del deber y esto conlleva, necesariamente, una valoración diferente de la infracción y su posibilidad de graduación material. Por ejemplo, si lo que se reprocha es la violación al

deber de garantía (art. 1 de la Convención), la imputación al Estado de esa violación puede darse (atendiendo al caso concreto) independientemente de la lesión que se haya causado a otros bienes como la vida o la integridad personal por parte de terceros. De igual forma, si lo que se imputa es la violación al deber de protección a la vida, no necesariamente se tendrá que deducir responsabilidad por la infracción al deber de garantía. De lo contrario, no se explicaría la diferencia que la Convención hace de los deberes en cuanto a su naturaleza. La imputación de la violación al deber de protección no conlleva automáticamente la imputación por la infracción del deber de garantía, aunque, por supuesto, los dos pueden darse igualmente. En cada caso se tendrá que determinar la calidad de la infracción. Se trata de la *racionalidad* de la respuesta del derecho a la infracción.

6. La tolerancia o el apoyo de las actividades de los grupos armados al margen de la ley son categorías normativas y no simplemente fenomenológicas. Es decir, tolerar o apoyar en sentido naturalista no tiene en sí mismo relevancia jurídica. Esta última deviene, por un lado, de la infracción del deber (esta infracción puede darse porque exista apoyo o tolerancia en sentido naturalista) y, por el otro, de la imputación de esa infracción al Estado, de acuerdo con las estructuras cerradas a las que nos venimos refiriendo. Entonces, el apoyo o tolerancia son sólo formas técnicas de infracción al deber que deben entenderse normativamente en el proceso de imputación al Estado de la lesión al deber convencional.

F. Desarrollo posterior del escrito y resultados *generales* que se obtendrán

1. En primer lugar se hará un estudio de los elementos generales necesarios para hacer un juicio de imputación de responsabilidad internacional a los Estados de acuerdo con la Convención

2. Se expondrán las estructuras cerradas de imputación de responsabilidad de un hecho concreto de los particulares al Estado, en nuestro caso, de miembros de un grupo armado al margen de la ley, y que surgen de los deberes convencionales generales.

Dedicaremos especial atención a la responsabilidad del Estado por la infracción de sus agentes de los deberes consagrados en la Convención por

acción o por omisión, pues esto permitirá determinar si los agentes "apoyaron" o "toleraron" la acción de los particulares. Haremos un análisis pormenorizado de los requisitos indispensables para poder imputar objetivamente los hechos ocurridos en Pueblo Bello a los miembros de las Fuerzas Armadas de Colombia y para así poder atribuir al Estado colombiano la violación de los derechos consagrados en la Convención.

Se concluirá:

- Que para poder atribuir responsabilidad al Estado por hechos cometidos directamente por particulares es imperioso tener en cuenta las estructuras de la imputación del hecho al Estado, las cuales devienen de las obligaciones consagradas en la Convención. La primera estructura hace relación a la intervención probada de los agentes del Estado (individualizados o no) en los hechos de los particulares; solamente cuando se demuestre que el comportamiento de los integrantes del grupo armado ilegal es imputable por acción o por omisión a los miembros de las Fuerzas Armadas colombianas, porque incumplieron los deberes convencionales frente a los hechos de los particulares, podrá atribuirse al Estado la responsabilidad internacional. Por el contrario, si se establece que los hechos no son imputables a los militares, no hay base jurídica para reprochar al Estado la violación de los derechos humanos en concreto. Es decir, los criterios de la imputación personal son vinculantes para el fallador y requisitos indispensables para determinar la responsabilidad internacional del Estado.

- Que en el caso de Pueblo Bello, si bien se concluirá que los militares tenían deberes de seguridad y protección respecto de los habitantes de dicho corregimiento, es decir, que tenían posición de garante, esto no es suficiente para imputar responsabilidad. Se necesita, además, que esté demostrado que ellos infringieron esos deberes por acción o por omisión. Del análisis de la imputación personal a los miembros de las Fuerzas Armadas no se podrá afirmar que ellos crearon un riesgo jurídicamente desaprobado, que ellos infringieron su deber, pues el conocimiento de la situación de riesgo actualizante del deber es algo que *NO se ha probado en absoluto* en este proceso. Tampoco existen elementos de prueba que permitan colegir la cognoscibilidad.

3. También demostraremos que en este proceso no existe prueba suficiente del posible "apoyo" o "tolerancia" de los miembros de las Fuerzas Armadas de Colombia a los integrantes del grupo armado ilegal que irrumpió en Pueblo Bello. Para esto, analizaremos la única prueba de cargo, el testimonio del señor ROGELIO DE JESÚS ESCOBAR MEJÍA. Demostraremos que esta prueba no posee la virtualidad probatoria necesaria para imputar los hechos a los militares y, por tanto, atribuir al Estado colombiano algún tipo de responsabilidad por estos hechos. Se hará igualmente alusión a otros argumentos y elementos de prueba (indicios/contraindicios y testimonios) con los cuales se podrá seguir probando la ausencia de responsabilidad de los militares en los hechos de los terceros.

4. Frente a la segunda estructura de imputación, es decir, el deber de prevenir la violación de los derechos humanos por parte de terceros, demostraremos que el Estado colombiano ha cumplido con este deber genérico y con los pertinentes en el caso concreto.

5. También demostraremos que el Estado colombiano sí ha cumplido el deber de respeto al derecho a las garantías y protección judiciales, y que conforma la tercera estructura de imputación de responsabilidad internacional al Estado. Para ello expondremos las actividades judiciales realizadas frente al caso, los resultados alcanzados por las instancias judiciales y haremos una referencia al concepto de plazo razonable de duración del proceso penal. El respeto de los derechos a la verdad y a la reparación integral quedará en evidencia.

6. Plantearemos algunas inquietudes respecto de la demanda de la Comisión.

7. Nos pronunciaremos acerca de las medidas de reparación y sobre las costas.

8. El alegato finalizará con un resumen de las principales conclusiones alcanzadas.

CAPÍTULO II

ELEMENTOS GENERALES PARA LA DEDUCCIÓN DE
RESPONSABILIDAD INTERNACIONAL DE LOS ESTADOS

A. Existencia e infracción del deber

El primer elemento general necesario para el juicio de responsabilidad internacional del Estado es la *existencia* de un deber específico y la comprobación de la *infracción* a ese deber. Como apuntamos en el capítulo anterior, cualquier juicio de imputación de responsabilidad internacional parte de la concreción de la obligación internacional, es decir, de saber cuáles son los deberes que condicionan el actuar internacional estatal. Ya que los deberes internacionales asumidos por los Estados (principio del consentimiento) tienen un alcance y contenido específicos, es necesario, además, determinar ciertamente que ese deber asumido voluntariamente por parte del Estado firmante ha sido desconocido en concreto por un acto (de agentes del Estado o de terceros) atribuible al Estado. Entonces, no basta con saber cuáles son esos deberes; se impone, además, la necesidad de que la infracción a ese deber esté plenamente demostrada. Esa infracción se determina a través de las estructuras cerradas de imputación que subyacen al contenido obligacional de la Convención y a la jurisprudencia de esta Honorable Corte.

B. ¿Cuáles son los deberes convencionales de los Estados?

1. Ya que en el supuesto de la demanda instaurada por la Honorable Comisión viene al caso la responsabilidad del Estado colombiano por los hechos realizados por terceros cuya conducta trae consigo consecuencias jurídicas para el Estado, resulta conveniente esclarecer, como primer elemento general de imputación, cuáles son las obligaciones o deberes de derecho internacional que supuestamente han sido desconocidas por la República de Colombia.

2. A pesar de las dificultades que han existido para construir una teoría uniforme de la responsabilidad internacional, la jurisprudencia de esta Honorable Corte ha contribuido en gran medida a afianzar una teoría de la

imputación de la responsabilidad de los Estados, en tanto ha desarrollado jurisprudencialmente el contenido de las obligaciones contenidas en la Convención.

Primero que todo hay que tener en cuenta que dentro del sistema interamericano rige la obligación general de respeto de los derechos esenciales del hombre. Este deber de respeto deviene de dos niveles de interpretación. El primero hace referencia a las obligaciones contraídas por los Estados frente a la comunidad interamericana en general, y el segundo, a aquellas obligaciones que emergen directamente de la Convención Americana sobre Derechos Humanos¹.

3. Como ha afirmado la Honorable Corte en repetidas ocasiones, los artículos 1.1 y 2 de la Convención constituyen el punto de partida para la determinación de responsabilidad de los Estados Parte². Estos artículos contienen los deberes de *respetar* los derechos y libertades reconocidos y de *garantizar* a todos los sujetos su libre y pleno ejercicio.

El primero de estos deberes puede concebirse como una limitación al ejercicio del poder público del Estado en cuanto éste, a través de sus agentes, debe velar, por un lado, por el respeto de los atributos inviolables de la persona y, por el otro, por el cumplimiento de los demás deberes internacionales adquiridos por el Estado.

El deber de garantía, por su lado, se concreta en la necesidad de que los Estados Parte organicen toda la infraestructura estatal para que se hagan efectivas en el Estado las garantías jurídicas contenidas en la Convención. Esta obligación trae como consecuencia el deber de *adoptar* las disposiciones legislativas que aseguren el libre ejercicio de los derechos humanos, la *prevención* (medidas de carácter jurídico, político, administrativo y cultural), *investigación* y la *sanción* (obligación de medio) de toda violación de estos derechos que haya ocurrido dentro del territorio del Estado, así como el *restablecimiento del derecho* conculcado y la *reparación* de los daños producidos.

¹ Cfr. Al respecto AGUIAR A. "La responsabilidad internacional del Estado por violación de los derechos humanos", en *Estudios básicos de derechos humanos I*, RODOLFO CERDAS CRUZ y RAFAEL NIETO LOAIZA (compiladores), 1994, pp 128 y ss

² Claramente sobre la violación de *obligaciones consuetudinarias* como fundamento de responsabilidad estatal internacional, cfr. Corte IDH Sentencia del 15 de septiembre de 2005, caso de la masacre de Mapiripán vs Colombia, párr 97.

4. Teniendo certeza acerca de los deberes convencionales exigibles a los Estados miembros, habrá de pensarse en el siguiente momento: que estos deberes hayan sido infringidos, pues solamente cuando esto esté plenamente demostrado, esto es, que un Estado no cumple con los deberes de respeto y garantía de los derechos consagrados en la Convención, podrá afirmarse su responsabilidad. En otras palabras, sólo procede la responsabilidad internacional del Estado cuando éste a través de sus agentes vulnere los derechos humanos reconocidos o cuando siendo un tercero el que directamente irrespete, su conducta le es atribuible al Estado, de conformidad con el derecho internacional. Además, el Estado es responsable cuando no cumpla su deber primario de garantía y los especiales que se derivan de él y que mencionamos anteriormente.

Asimismo, resulta importante tener en cuenta que en virtud del principio de complementariedad de las normas internacionales, la protección de los derechos reconocidos por la Convención resulta conveniente cuando estos sean desatendidos por la jurisdicción interna de cada Estado.

C. Naturaleza de los deberes convencionales y su estructura de imputación

1. Los deberes de respeto y garantía mencionados están anclados inmediatamente en las elaboraciones más liberales de la tradición filosófica y que proyectan su espíritu hasta nuestros días³: nos referimos inmediatamente a la filosofía idealista alemana, especialmente a las elaboraciones de HEGEL y KANT. Estos filósofos entendieron el derecho como la manifestación pura de la libertad individual; sin embargo, el concepto de libertad que expusieron fue uno normativo, esto es, uno que define el derecho como un haz de posibilidades y obligaciones y, por consiguiente, el sujeto de derecho como sujeto capaz de imputación⁴. Y esta evolución del

³ PAWLIK. *La realidad de la libertad. Dos estudios sobre la filosofía del derecho de HEGEL* (trad. JORGE FERNANDO PERDOMO TORRES), Universidad Externado de Colombia, Bogotá, 2005; ZACZYK, *Aspectos de la fundamentación liberal en el derecho* (trad. "Sobre la fundamentación en el derecho" de JORGE F. PERDOMO TORRES), Universidad Externado de Colombia, Bogotá, 2005.

⁴ KANT. *La metafísica de las costumbres*, 1797; ADELA CORTINA ORTOS y JESÚS CONILL SANCHO (trads.), 3ª ed., Madrid, 2002. La definición tradicional de que el ser humano es considerado persona en la medida en que disfruta determinados derechos en la sociedad civil es complementada con la afirmación de que con el disfrute de derechos se encuentra vinculado igualmente de forma primigenia el soporte de deberes; en este sentido Kelsen *Reine Rechtslehre* Wien 1960: "La persona [...] no es algo diferente a los deberes jurídicos y los

concepto de libertad se concreta en la famosa frase del § 36 de los Fundamentos de la Filosofía del Derecho hegeliana: sé una persona y respeta a los demás como personas⁵. Este es precisamente el contenido filosófico obligatorio de la Convención: ¡respetar los derechos humanos, los derechos de los demás!

2. Los deberes de respeto y garantía tienen sus más hondas raíces en la estructura tradicional de la interpretación clásica de los derechos humanos y, por tanto, en la idea del Estado liberal. Según esta interpretación, los derechos humanos están destinados a asegurar la esfera de libertad del individuo frente a intervenciones del poder público; se conocen como derechos de defensa del ciudadano frente al Estado⁶ y son derechos de acciones *negativas* del Estado. Según la doctrina de los derechos humanos, estos derechos pueden dividirse en tres grupos: derechos a que el Estado no impida u obstaculice determinadas acciones del titular del derecho, derechos a que el Estado no afecte determinadas propiedades o situaciones del titular del derecho y derechos a que el Estado no limite determinadas posiciones jurídicas del titular del derecho⁷. Por ejemplo, el sujeto tiene frente al Estado el derecho a que éste no lo mate, a que éste le *respete* sus derechos humanos.

3. Pero este tipo de derechos tiene su contrapartida *positiva*. Es decir, existen derechos a acciones positivas del Estado, a prestaciones. También aquí la dogmática de los derechos humanos habla de, en primer lugar, derechos de protección; estos son aquellos derechos del titular del derecho frente al Estado para que éste lo proteja de intervenciones de terceros. En segundo lugar, se habla de los derechos a organización y procedimiento y, en tercer lugar, de derechos a prestaciones en sentido estricto (derechos sociales)⁸. En esta segunda dimensión positiva los derechos humanos imponen al Estado la obligación de contribuir a la efectividad de tales derechos, de *garantizar* activamente dicha efectividad. "En esta dimensión los derechos fundamentales dejan de ser meras normas programáticas, huera declaraciones de principios o normas objetivas, y se convierten en

derechos subjetivos [...] [ella] es solamente la personificación de esta unidad" (p. 177); cfr. también RADBRUCH. *Rechtsphilosophie*, 4ª ed., Stuttgart, 1950, p. 231.

⁵ HEGEL. *Fundamentos de Filosofía del Derecho*, § 36, 1821 (citado según la traducción de CARLOS DÍAZ), Madrid, Editorial Prodhufi, 1ª ed., 1993.

⁶ Cfr. Sentencia del BVerfGE 7, 198 (204).

⁷ Cfr. Al respecto ALEXY, *Teoría de los derechos fundamentales*, Madrid, 2002, pp. 189 y ss.

⁸ Cfr. ALEXY, *Ibid.*, pp. 419 y ss.

auténticos derechos subjetivos a obtener del Estado una protección efectiva"⁹.

El Estado está obligado no sólo a respetar (negativamente) los derechos humanos, sino también a garantizar (positivamente) su pleno disfrute. Este es el contenido de la obligación convencional y por fuera de éste no puede haber responsabilidad estatal.

4. La existencia de un catálogo de deberes negativos y positivos en la Convención conlleva la posibilidad de deducir responsabilidad ante su lesión o infracción por parte del Estado en cuestión. Para poder, sin embargo, establecer la violación de los deberes consagrados en la Convención se hace irrenunciable atender a las estructuras de imputación. Es decir, la determinación de responsabilidad estatal está estrictamente ligada, de forma más exacta, condicionada, a la constatación de la *infracción concreta del deber* y no simplemente a la afirmación de ese deber.

D. Estructuras cerradas de imputación de responsabilidad internacional de los Estados y racionalidad

1. Carácter cerrado y racional.

Ya dijimos anteriormente que para poder atribuir un hecho de particulares al Estado es necesario probar unas estructuras de imputación en concreto (las analizaremos infra). También afirmamos que las estructuras de imputación de responsabilidad al Estado constituyen *numerus clausus*, esto es, que son enumeración cerrada de los eventos en los cuales la infracción del deber convencional es imputable al Estado en cuestión. Este presupuesto constituye garantía al principio de *certeza jurídica*.

El juicio de imputación de responsabilidad estatal, de acuerdo con las normas convencionales, debe partir de un primer supuesto: la infracción del deber *negativo* o *positivo*. Esta infracción se determinará en el caso concreto a través del juicio de comprobación de la realización de una de las estructuras de imputación. Es un derecho de los Estados que en el proceso se encuentre plenamente acreditada la infracción al deber y su atribución, pues el

⁹ Cfr. BERNAL PULIDO. "El principio de proporcionalidad de la legislación penal", en *Memorias de las XXIV Jornadas Internacionales de Derecho Penal*, pp 157 y ss., Bogotá, 2002.

acatamiento de la lógica propia de las estructuras de imputación es, como vimos, garantía del principio de certeza.

Por fuera de las estructuras de imputación es imposible realizar algún tipo de deducción de responsabilidad estatal. Se violaría un derecho del Estado si se desatiende el carácter cerrado de dichas estructuras; de nuevo, este carácter es garantía de certeza, pues así no sólo se maximiza la protección de los derechos convencionales, sino que también se asegura al Estado los eventos de su responsabilidad internacional. La certeza es también un derecho predicable del Estado.

2. Y es que no nos cansaremos de afirmar que la existencia de supuestos de imputación es una conquista de la sociedad moderna, respetuosa de los derechos del hombre y que, por consiguiente, ha abandonado la responsabilidad por aquello que se conoce como "destino". "Destino" es el concepto utilizado para describir una parte del sentido del mundo que debe ser aceptada sin más. Una responsabilidad por el destino no tendría ya una explicación racional y no sería respetuosa de los derechos humanos, pues éstos también son el resultado de ganancias en libertad de la sociedad moderna y merecen una explicación por fuera del concepto de destino. Es claro que el mundo moderno ya no acepta más este destino, sino que, por el contrario, el mundo no conoce otro destino que el administrado por la razón. El mundo moderno es -con las palabras de MAX WEBER- un mundo desmitificado, sin mitos y sin destino, y en él todo se rige por aquello racional explicable.

La imputación y la existencia de estructuras para imputar son el resultado de la conquista de la racionalidad del mundo moderno y del abandono de la responsabilidad por el destino. Lo que se hace en el marco de toda imputación es vincular un suceso con un destinatario, de manera que este destinatario resulta ser a quien pertenece el suceso: éste es quien lo ha creado o permitido que tuviese lugar. Las estructuras de imputación de responsabilidad internacional del Estado cumplen esta función a cabalidad. Ellas vinculan la violación de los derechos reconocidos en la Convención con un destinatario, un Estado, a quien pertenece en sentido normativo ese suceso de violación. Ellas explican el porqué de la atribución y, entonces, son algo muy opuesto a la responsabilidad por el destino, en la cual no hay explicación racional, sino que todo se asume sin más.

2. Independencia y autonomía de las estructuras de imputación de responsabilidad internacional a los Estados

Aquí queremos dejar claro que cuando hablamos de estructuras de imputación de responsabilidad internacional o convencional apuntamos a unos criterios autónomos e independientes, propios de la responsabilidad internacional de los Estados.

No nos referimos entonces a las estructuras de imputación que se conocen en las diferentes ramas del derecho, como la civil y la penal. Si bien en todos estos campos jurídicos, de lo que se trata *también* es de la determinación de responsabilidad (por ejemplo, por el incumplimiento de una obligación contractual o por un daño patrimonial mediante engaño) por la infracción a un deber y entonces se compartiría un elemento con la imputación de responsabilidad internacional estatal, cada rama del derecho elabora y crea sus estructuras atendiendo al *programa jurídico de conducción* que le es propio.

En derecho civil y penal se imputa responsabilidad a un *sujeto* por un hecho ilícito, de acuerdo con la legislación *interna* de cada país, mientras que en derecho internacional se imputa el desconocimiento de deberes *internacionales* por parte de un *Estado*. Por consiguiente, la infracción a un deber es el único elemento común de imputación en estos ámbitos (y no podría ser de otra forma, pues siempre hay un referente de justicia). La estructura concreta de la imputación, por el contrario, varía ostensiblemente. Por ejemplo, en derecho civil se reprocha el desconocimiento de una prestación de servicios específica, asumida por acuerdo de voluntades individuales o en derecho penal se reprocha la creación por parte de un sujeto individualizado de un riesgo jurídicamente desaprobado para un bien jurídico en concreto y que se realiza en un resultado de los previstos en el tipo penal de derecho positivo interno.

En algunos eventos la estructura de imputación de responsabilidad internacional al Estado presupondrá la verificación de una estructura de imputación personal. Sería el caso de la responsabilidad internacional del Estado por la intervención de sus agentes en los hechos de terceros. Sin embargo, las estructuras de responsabilidad internacional van más allá de la simple imputación por el hecho ilícito de una persona. Ellas definen los

presupuestos macro de deducción de responsabilidad de los Estados y esto es lo que les da su independencia y autonomía. Piénsese, por ejemplo, en estructuras de imputación incompatibles. Sería el caso de la responsabilidad del Estado por la intervención probada de los agentes no individualizados en los hechos de terceros; en este caso el Estado será responsable internacionalmente sin que pueda existir una imputación personal al agente. Aquí la estructura de imputación de responsabilidad internacional es autónoma.

E. En la imputación de responsabilidad internacional estatal debe tenerse en cuenta el principio de proporcionalidad como herramienta de interpretación de la teoría de los derechos humanos

El principio de proporcionalidad como herramienta de interpretación de los derechos humanos debe tenerse en cuenta en el momento de realizar el ejercicio de imputación de responsabilidad internacional al Estado. A continuación haremos algunas consideraciones sobre la proporcionalidad.

1. El principio de proporcionalidad

Este principio aparece con mucha frecuencia en las decisiones de los tribunales constitucionales de los países y tiene su origen en el derecho constitucional alemán¹⁰. Es utilizado para dar fundamentación a las sentencias de constitucionalidad en lo referente a los actos de los poderes públicos que afectan *derechos humanos*¹¹. Es un principio elaborado para enfrentar eventos de colisión entre derechos, entonces, referido a la interpretación *racional* y *razonable* de los derechos humanos.

Para enfrentar las dificultades producto de la tensión entre derechos constitucionales resulta necesario un ejercicio de ponderación que permita armonizar los bienes constitucionales en conflicto. Tal ejercicio pasa por considerar el grado de afectación de un derecho o interés constitucional en relación con el grado de protección del derecho o interés constitucional enfrentado. Así, a mayor grado de afectación del derecho o interés constitucional, mayor ha de ser la importancia en proteger el derecho o interés contrapuesto. ALEXY afirma sobre la ley de la ponderación: es aquella

¹⁰ REMMERT. *Verfassungs und verwaltungsrechtsgeschichtliche Grundlagen des Übermaßverbotes*, Ed. C. F. Müller, Heidelberg, 1995.

¹¹ Cfr. BERNAL PULIDO. *El derecho de los derechos*, Universidad Externado de Colombia, Bogotá 2005, p. 66

de acuerdo con la cual "la medida permitida de no satisfacción o de afectación de uno de los principios depende del grado de importancia de la satisfacción del otro (...). La ley de la ponderación (...) pone claramente de manifiesto que el peso de los principios no es determinable en sí mismo o absolutamente, sino que siempre puede hablarse tan sólo de pesos relativos"¹².

Este ejercicio se logra mediante un criterio de proporcionalidad, el cual permite balancear los intereses constitucionales enfrentados. Consiste, en últimas, en establecer si la afectación (bien sea por restricción o por ausencia de protección) de un interés constitucional resulta legítima.

Existen tres pasos que deben ser observados para determinar si la intervención estatal en los derechos humanos es constitucionalmente legítima. Esta legitimidad está condicionada por la superación de un juicio de tres etapas: *interés protegido, adecuación y necesidad y proporcionalidad estricta*¹³.

El primer elemento del juicio de proporcionalidad supone establecer que la afectación está guiada por la búsqueda o realización de un interés de igual valor al afectado. Lo anterior tiene dos dimensiones. De una parte, que el interés perseguido esté protegido por el ordenamiento jurídico. Así, no cualquier objetivo constituye una justificación de una afectación de un derecho o un interés constitucional. Por otro lado, dado que se busca afectar un interés constitucional, el objeto perseguido ha de tener el mismo estatus. De no ser así, se presentaría la situación de que intereses superiores son restringidos para alcanzar fines meramente legales.

El paso de la adecuación supone un análisis de la relación causal entre el medio seleccionado para lograr la realización del fin perseguido y la idoneidad –en el sentido de lograr realmente lo perseguido– del medio. Es decir, se considera el aspecto funcional de la relación medio-fin que propone quien plantea la restricción al derecho. En términos muy sencillos, equivale a

¹² ALEXY, *Teoría de los derechos fundamentales*, Centro de Estudios Constitucionales, Madrid, 2001, p. 161.

¹³ Cfr. Sobre los subprincipios del principio de proporcionalidad HIRSCHBERG, *Der Grundsatz der Verhältnismässigkeit*, Göttingen, 1981, pp. 2, 50, 75 y ss.; WENDT "Der Garantiegehalt der Grundrechte und das Übermaßverbot" en: AöR 104 (1979), pp. 415 y ss.; GRABITZ, "Der Grundsatz der Verhältnismässigkeit in der Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts", en: AöR, 1973, pp. 571 y ss.; ALEXY, *Ibid.*, Bogotá, 2003, pp. 62 y ss.; EL MISMO, *Teoría de los derechos fundamentales*, Centro de Estudios Constitucionales, Madrid, 2001, pp. 11 y ss.; también BERNAL PULIDO *Ibid.*, pp. 66 y ss.

responder si la medida sirve para lo que se propone. La necesidad, por su parte, se refiere a la existencia o no de medidas menos onerosas para solucionar la tensión. Este es un paso complejo, en tanto que supone analizar si existen otras formas de lograr el fin perseguido y si tales medios implican restricciones mayores o menores al derecho o el interés constitucional.

Finalmente, el juicio de proporcionalidad estricta supone un juicio sobre el sacrificio de otros intereses (incluido el afectado), merced a la afectación misma, de manera que el sacrificio de un principio, derecho o interés, sólo se justifica por la importancia de satisfacer o proteger el principio contrario (principio o interés que explica o informa la afectación), de modo que a mayor afectación, el beneficio debe ser superior. Este punto se refiere a colocar en una balanza los derechos o intereses en juego, a fin de saber cuál es el "peso" de cada uno. Así, por ejemplo, resulta desproporcionado demandar que una persona condenada, habiéndose incurrido en un error evidente en su identificación –por ejemplo, se condenó con base en huellas dactilares encontradas en la escena del crimen y la persona condenada había perdido las extremidades superiores en un accidente en su infancia–, deba acudir a la casación o a la revisión, para lograr la libertad. En este caso, evidentemente el beneficio que se logra (respeto por el debido proceso) no justifica el sacrificio de la libertad personal.

En este orden de ideas, las restricciones a los derechos sólo resultan legítimas si tales restricciones son en sí mismas proporcionadas, esto es, si se han observado las exigencias de estos subprincipios. Esto *se extiende sobre el ejercicio hermenéutico requerido para solucionar el caso concreto*.

2. El principio de proporcionalidad y la responsabilidad internacional del Estado

1. El principio de proporcionalidad es una herramienta legítima que utilizan la doctrina y la jurisprudencia en la correcta interpretación de los derechos humanos en caso de colisión. Por consiguiente, este principio también vale en el momento de determinar si una violación a los derechos reconocidos en la Convención es imputable a un Estado.

Si bien es cierto que el Estado tiene unos deberes convencionales de protección y respeto de los derechos humanos, no es menos cierto que en el momento de hacer el análisis acerca de la violación en concreto de ese deber, esto es, en el momento de concretar el deber y la infracción, hay que tener en cuenta el principio de proporcionalidad, pues es posible que en el supuesto de hecho concreto se trate de una colisión de deberes. Sólo para ilustrar, piénsese en la existencia de ataques simultáneos de grupos armados ilegales a diferentes poblaciones, caso en el cual la fuerza pública sólo puede reaccionar frente a uno de esos ataques. En este supuesto deberá hacerse un juicio de ponderación de la mano de los tres subprincipios anteriormente mencionados para así poder determinar si la desprotección de unos bienes jurídicos es proporcional frente a la salvaguarda de otros derechos.

Este supuesto de posible colisión de deberes fue analizado por la Corte Constitucional de Colombia en sentencia SU11-84 de 2001, M. P.: EDUARDO MONTEALEGRE LYNETT, en la cual se afirmó la existencia de deberes especiales de los servidores del Estado, de los miembros de las Fuerzas Militares y de Policía; la Corte sostuvo el carácter absoluto de los deberes y la necesidad de que se hagan ejercicios de ponderación en caso de colisión:

Sobre este punto no puede quedar duda alguna. Las Fuerzas Militares tienen la **obligación absoluta** de impedir el desconocimiento del derecho internacional humanitario (**restricción absoluta aun frente a los estados de excepción, según lo dispone el artículo 214 de la Constitución**) y los derechos que, conforme a los tratados internacionales ratificados por Colombia, no pueden ser suspendidos durante tales estados (C. P. art. 93) Permitir que ocurran, sea porque activamente intervienen en ellas o porque omiten el deber estatal de proteger a los asociados en sus derechos, constituye una flagrante violación a la posición de garante de las condiciones mínimas y básicas de la organización social y, por lo mismo, nunca podrán considerarse como un acto relacionado con el servicio (...)

Lo anterior no implica, desde luego, que verificada la posición de garante se estructure inmediatamente la responsabilidad, porque ésta presupone la reunión de todos los elementos del delito, a saber: tipicidad, antijuridicidad y culpabilidad. Bien puede acontecer que el garante (a quien se le imputa un delito de lesa humanidad) no sea responsable penalmente por ausencia de dolo (no conocía el riesgo concreto para los bienes jurídicos) o imprudencia (el riesgo para los

derechos fundamentales no le era cognoscible), o que exista un estado de necesidad justificante *por colisión de deberes* (frente a dos agresiones simultáneas a sectores de la población, sólo podía proteger una sola), etc. (el destacado es nuestro).

Es necesario hacer juicios de ponderación en cada caso para determinar cuál es la exigencia *razonable* que se le puede hacer al Estado. Los deberes, también los convencionales, no pueden ser una carga insoportable para los Estados; éste *no* puede ser garante de todo en toda parte. Por el contrario, estos deberes deben ser interpretados de tal forma que puedan ser garantizados sin arbitrariedad y de acuerdo con una razón jurídica legítima. Y es que si no se introducen los criterios de ponderación y proporcionalidad se caería en el absurdo de exigir al Estado el desamparo de unos derechos frente a otros, cuando en el caso concreto no sea posible razonablemente la doble protección. El Estado estaría en una especie de callejón sin salida. El test de razonabilidad¹⁴ también es una herramienta necesaria para dilucidar la responsabilidad internacional del Estado.

2. Los criterios de proporcionalidad, racionalidad y razonabilidad son utilizados por muchos tribunales en la resolución de conflictos de derechos humanos.

Por ejemplo, frente al principio de igualdad la Corte Suprema de Estados Unidos¹⁵ ha sostenido que:

los tribunales deben enfrentar y resolver la cuestión acerca de si las clasificaciones (diferenciadoras) establecidas en una ley son razonables a la luz de su finalidad

También en ese sentido el Tribunal Constitucional Federal de Alemania¹⁶:

¹⁴ Sobre la racionalidad, razonabilidad y proporcionalidad cfr., BERNAL PULIDO *Ibid.*, pp. 70 y ss; en concreto sobre el test de razonabilidad, RODRIGUEZ *El test de razonabilidad y el derecho a la igualdad*, en Observatorio de justicia constitucional, La Corte Constitucional, El año de la consolidación, ed. Siglo del Hombre, Bogotá, 1998, pp. 257 y ss; también LAMPREA MONTEALEGRE "El test de razonabilidad en la jurisprudencia de la Corte Constitucional durante el año 2001", en *Anuario de Derecho Constitucional*, Universidad Externado de Colombia, Bogotá, 2003, pp. 17 y ss.

¹⁵ MCLAUGHLIN V FLORIDA. 379 U.S. 184, 191 (1964); citado según TRIBE *American Constitutional Law*, The Foundation Press, Mineola, N. Y. p. 1440, 1998.

¹⁶ BVERFGE 1, 14 (52); citado según ALEXY: Teoría de los derechos fundamentales. p. 391.

la máxima de la igualdad es violada cuando para la diferenciación legal o para el tratamiento legal igual no es posible encontrar una razón razonable.

Igualmente la Corte Europea de Derechos Humanos resolvió un recurso en el cual estaba involucrado el artículo 14 de la Convención Europea de Derechos Humanos. En esta sentencia la Corte¹⁷ estableció el test de razonabilidad que ha utilizado desde entonces y que ha incidido de manera importante en la jurisprudencia constitucional colombiana; así la Corte Europea de Derechos Humanos:

(...) la igualdad de trato se viola si la distinción carece de justificación objetiva y razonable. La existencia de una tal justificación se debe apreciar a partir del objetivo y los efectos de la medida considerada
 (...) Una distinción de trato en el ejercicio de un derecho consagrado por la Convención no sólo debe perseguir un objetivo legítimo: el artículo 14 se viola igualmente cuando se establece claramente que no existe una relación razonable de proporcionalidad entre los medios empleados y el objetivo perseguido.

La Corte Europea de Derechos Humanos ha aplicado este test continuamente. De nuevo en la Sentencia MARCKX del 13 de junio de 1979¹⁸, en la cual se condena a Bélgica por tener un régimen legal que discrimina a los hijos naturales en relación con los derechos sucesorales afirma:

(...) una diferenciación es discriminatoria si carece de justificación objetiva y razonable, es decir, si no persigue un fin legítimo o si carece de una relación razonable de proporcionalidad entre los medios empleados y el fin perseguido.

Finalmente La Corte Constitucional de Colombia ha acogido claramente el test de razonabilidad en la sentencia C-022 de 1996:

El test de razonabilidad es una guía metodológica para dar respuesta a la tercera pregunta que debe hacerse en todo problema relacionado con el principio de igualdad (...) ¿cuál es el criterio relevante para

¹⁷ CORTE EUROPEA DE DERECHOS HUMANOS *Affaire relative à certains aspects du régime linguistique de l'enseignement en Belgique*, Estrasburgo, 23 de julio de 1968. Tomado de RODRÍGUEZ. *El test de razonabilidad y el derecho a la igualdad*

¹⁸ CORTE EUROPEA DE DERECHOS HUMANOS, MARCKX, Bélgica 13 de junio de 1979. Tomado de RODRÍGUEZ, *Ibd*.

establecer un trato desigual? o, en otras palabras, ¿es razonable la justificación ofrecida para el establecimiento de un trato desigual? Esta Corte, en la sentencia T-230/94, estableció los lineamientos generales del test de razonabilidad; en esta ocasión, completará esos lineamientos e introducirá distinciones necesarias para su aplicación al caso objeto de la demanda de inexequibilidad.

Una vez se ha determinado la existencia fáctica de un tratamiento desigual y la materia sobre la que él recae (...), el análisis del criterio de diferenciación se desarrolla en tres etapas, que componen el test de razonabilidad y que intentan determinar:

- a. La existencia de un objetivo perseguido a través del establecimiento del trato desigual.
- b. La validez de ese objetivo a la luz de la Constitución.
- c. La razonabilidad del trato desigual, es decir, la relación de proporcionalidad entre ese trato y el fin perseguido.

El orden de estas etapas corresponde a necesidades no sólo lógicas sino también metodológicas: el test del trato desigual pasa a una etapa subsiguiente sólo si dicho trato sorteó con éxito la inmediatamente anterior. El primer paso no reviste mayor dificultad, comoquiera que puede llevarse a cabo a partir del solo examen de los hechos sometidos a la decisión del juez constitucional; se trata únicamente de la determinación del fin buscado por el trato desigual. El segundo paso, por el contrario, requiere una confrontación de los hechos con el texto constitucional, para establecer la validez del fin a la luz de los valores, principios y derechos consignados en éste. Si el trato desigual persigue un objetivo, y éste es constitucionalmente válido, el juez constitucional debe proceder al último paso del test, que examina la razonabilidad del trato diferenciado. Este es el punto más complejo de la evaluación, y su comprensión y aplicación satisfactoria dependen de un análisis (descomposición en partes) de su contenido.

La teoría jurídica alemana, partiendo de la jurisprudencia del Tribunal Constitucional Federal, ha mostrado cómo el concepto de razonabilidad puede ser aplicado satisfactoriamente sólo si se concreta en otro más específico, el de *proporcionalidad*. El concepto de proporcionalidad sirve como punto de apoyo de la ponderación entre principios constitucionales: cuando dos principios entran en colisión, porque la aplicación de uno implica la reducción del campo de aplicación de otro, corresponde al juez constitucional determinar si esa

reducción es proporcionada, a la luz de la importancia del principio afectado.

Vemos cómo la racionalidad, razonabilidad y proporcionalidad son conceptos aptos para la correcta interpretación de la teoría de los derechos humanos. A través de estos principios los tribunales protectores de derechos humanos maximizan el contenido de los derechos, pues encuentran la solución acorde con las características de los derechos colisionantes frente a las particularidades del supuesto concreto. Esta lógica de interpretación debe valer también en el momento de hacer el juicio de imputación de responsabilidad internacional al Estado. No se le puede exigir a un Estado la protección de todos los derechos, al mismo tiempo y en todo lugar. La interpretación de estos tribunales, especialmente los constitucionales, pone de presente, precisamente, que cuando los derechos y deberes colisionan la decisión a favor de uno de ellos debe ser proporcional, entonces racional y razonable.

3. El ejercicio de los derechos reconocidos en la Convención Americana de Derechos Humanos no es absoluto.

Según la Convención Americana de Derechos Humanos y la jurisprudencia que ha sentado la Corte Interamericana, el ejercicio de los derechos allí reconocidos no puede ser considerado en forma absoluta. Por el contrario, según se explica en seguida, esos derechos son objeto de restricciones o limitaciones desde diferentes perspectivas.

Como primera medida debe advertirse que en el plano teórico se ha superado la idea según la cual el ejercicio de cualquier derecho es ilimitado. En efecto, la doctrina ha señalado cómo en el derecho contemporáneo no existen derechos absolutos porque ellos son, por definición, libertades ajustadas y no campos de arbitrariedad excluyentes entre sí¹⁹.

Obviamente no se trata de cuestionar el carácter universal de los derechos humanos, sobre lo cual existe consenso²⁰, ni la prohibición de suspender

¹⁹ OLLERO TASARA, *Derechos Humanos y Metodología Jurídica*, Madrid, Centro de Estudios Constitucionales, 1989, p. 162. Ver también, ALEXY, *Teoría de los Derechos Fundamentales*, p. 267 y ss.

²⁰ CARRASCO, *Los derechos humanos y su fundamentación ética*, en *Revista Episteme*, Revista del Instituto de Filosofía Facultad de Humanidades y Educación Universidad Central de Venezuela. Vol. 21-2, julio-diciembre 2001.

algunos de ellos durante los estados de excepción -tema largamente estudiado en la jurisprudencia-, sino de reconocer que el ejercicio de los derechos supone límites. En efecto, *la tendencia social contemporánea, particularmente la del siglo XX, ha borrado de los derechos humanos todo asomo de derechos absolutos. Las nuevas declaraciones e instrumentos internacionales de derechos humanos, inclusive la universal (...), llevan propias limitaciones a la mayor parte de los derechos esenciales y fundamentales, circunscritas en el ejercicio de la coexistencia recíproca de los mismos y en el bien común o en el interés general*²¹.

El Sistema Interamericano no es ajeno a esta circunstancia, y, por el contrario, reconoce de manera expresa la posibilidad de que los derechos sean objeto de limitaciones cuando así lo demande el ejercicio de los derechos de los demás, por razones de seguridad colectiva o por motivos de bienestar general. El artículo 32 de la Convención señala al respecto lo siguiente:

Artículo 32.- Correlación entre derechos y deberes.

- 1.- Toda persona tiene deberes para con la familia, la comunidad y la humanidad.*
- 2.- Los derechos de cada persona están limitados por los derechos de los demás, por la seguridad de todos y por las justas exigencias del bien común, en una sociedad democrática.*

Acompañando las anteriores causales genéricas, otras cláusulas de la Convención Americana apuntan en la misma vía y autorizan restricciones específicas cuando hacen referencia a derechos, como ocurre con la libertad de expresión (art. 13), el derecho de reunión (art. 15) o la libertad de circulación y residencia (art. 22), por citar unos pocos ejemplos

Sin embargo, conviene precisar que una cosa es la *limitación* al ejercicio de derechos, admisible como figura en abstracto bajo condiciones normales, y otra bien distinta la *supresión* del derecho que por su naturaleza es inaceptable. Según ha tenido oportunidad de explicarlo la Corte Interamericana *en condiciones normales, únicamente caben restricciones al*

²¹ MARIA ELENA MOREIRA. Ministerio de Relaciones Exteriores del Ecuador, *El papel del Estado y el ACNUR en las zonas de frontera -The role of the State and Acnur in the borderline zones*. En LEX Ecuador, Vivanco y Vivanco, No 14, abril de 2004, p. 3.

goce y el ejercicio de tales derechos. La distinción entre restricción y supresión del goce y ejercicio de los derechos y libertades resulta de la propia Convención (arts. 16-3, 29.a y 30)²². Lo máximo que se autoriza es la suspensión (temporal) de algunas garantías durante los estados de excepción, siempre como medidas verdaderamente extraordinarias.

Pero lo anterior no significa que toda limitación al ejercicio de un derecho resulte admisible, puesto que para ello deberá cumplir algunas exigencias. Por ejemplo, cuando se invoque el orden público o el bienestar general, dichos conceptos *deben ser objeto de una interpretación estrictamente ceñida a las 'justas exigencias' de una 'sociedad democrática' que tenga en cuenta el equilibrio entre los distintos intereses en juego y la necesidad de preservar el objeto y fin de la Convención*²³.

En varias ocasiones la Corte Interamericana se ha pronunciado al respecto para señalar que las limitaciones al goce de los derechos son admisibles, siempre y cuando hayan sido fijadas mediante ley²⁴ y respondan a parámetros de necesidad, razonabilidad y proporcionalidad²⁵. Sobre esto último, en la Opinión Consultiva OC-05/85, donde se declaró inadmisile la colegiatura obligatoria de periodistas por tratarse de una limitación excesiva de la libertad de expresión, la Corte sostuvo que *la restricción debe ser proporcionada al interés que la justifica y ajustarse estrechamente al logro de ese objetivo, interfiriendo en la menor medida posible en el efectivo ejercicio del derecho a la libertad de expresión*.

Los criterios de razonabilidad y proporcionalidad, como herramientas para determinar cuándo la restricción al ejercicio de un derecho es legítima, han sido utilizados por el Tribunal Europeo de Derechos Humanos, el Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas y numerosos tribunales constitucionales, lo que da cuenta de su especial utilidad en el plano hermenéutico, como se expuso supra. De esta manera, cuando se limita el goce de un derecho es preciso hacer un análisis sobre la legitimidad de los fines perseguidos y luego adelantar un ejercicio de ponderación entre los

²² CORTE IDH, Opinión Consultiva OC-06/86, relativa a la expresión *leyes* en el artículo 30 de la Convención Americana de Derechos Humanos.

²³ OPINIÓN COMITÉ INTERAMERICANO, caso "Sra. X vs. Argentina", del 15 de octubre de 1996, sobre las inspecciones vaginales hechas en los establecimientos penitenciarios a las visitantes de los reclusos.

²⁴ CORTE IDH, Opinión Consultiva OC-06/86. cit.

²⁵ CORTE IDH, Opinión Consultiva OC-05/85, sobre colegiatura de periodistas. También en el caso *Herrera Hulloa vs. Costa Rica*, de julio de 2004.

medios utilizados, su relación con los fines y el costo efectivo que representa la medida. Así mismo, una de las principales características consiste en la valoración de cada caso teniendo en cuenta las particularidades fácticas y las circunstancias concretas que lo rodean: *la restricción a los derechos humanos debe ser proporcional al interés que la justifica y ajustarse estrechamente al logro de ese objetivo legítimo (...) La razonabilidad y la proporcionalidad de una medida se pueden determinar únicamente por la vía del examen de un caso específico*²⁶.

4. La atribución de responsabilidad a un Estado requiere un ejercicio de ponderación

En la reciente sentencia dictada en el proceso seguido por la masacre de Mapiripán -Colombia-, la Corte Interamericana explicó en qué eventos puede imputarse responsabilidad a un Estado por omitir el deber de protección consagrado en la Convención Americana de Derechos Humanos. Dijo entonces:

"Los Estados Partes en la Convención tienen obligaciones *erga omnes* de respetar y hacer respetar las normas de protección y de asegurar la efectividad de los derechos allí consagrados en toda circunstancia y respecto de toda persona"²⁷. Esas obligaciones del Estado proyectan sus efectos más allá de la relación entre sus agentes y las personas sometidas a su jurisdicción, pues se manifiestan también en la obligación positiva del Estado de adoptar las medidas necesarias para asegurar la efectiva protección de los derechos humanos en las relaciones inter-individuales. *La atribución de responsabilidad al Estado por actos de particulares puede darse en casos en que el Estado incumple, por acción u omisión de sus agentes cuando se encuentren en posición de garantes, esas obligaciones erga omnes contenidas en los artículos 1.1 y 2 de la Convención*"²⁸ (resaltado no original).

Anteriormente fue indicado que las circunstancias fácticas y las condiciones reales de posibilidad determinan hasta qué punto la limitación de un derecho es o no admisible, lo cual se define mediante la ponderación en cada caso individualmente considerado. Con base en el mismo criterio, al momento de

²⁶ OPINIÓN COMITÉ INTERAMERICANO, caso "Sra. X vs. Argentina", cit.

²⁷ Cfr. *Condición Jurídica y Derechos de los Migrantes Indocumentados*, Opinión Consultiva OC-18/03, supra, nota 190, párr. 140.

²⁸ CORTE IDH, Sentencia del 15 de septiembre de 2005, caso de la masacre de Mapiripán vs Colombia, párr. 111

definir si un Estado es responsable por el incumplimiento de sus deberes de garantía la ponderación debe desempeñar un papel protagónico.

En efecto, si bien es cierto que el ejercicio de los derechos supone obligaciones de garantía a cargo del Estado, también lo es que el cumplimiento de dichas obligaciones exige establecer prioridades teniendo en cuenta las restricciones de recursos y las disponibilidades efectivas de un Estado -ponderar-, las cuales pueden convertirse en limitantes válidas al goce de un derecho cuando responden a criterios de razonabilidad y proporcionalidad.

Lo anterior cobra aún más relevancia tratándose del deber de prevención a cargo del Estado, el cual, según la jurisprudencia planteada desde el caso Velásquez, comprende la adopción de "todas aquellas medidas de carácter jurídico, político, administrativo y cultural que promuevan la salvaguarda de los derechos humanos y que aseguren que las eventuales violaciones a los mismos sean efectivamente consideradas y tratadas como un hecho ilícito que, como tal, es susceptible de acarrear sanciones para quien las cometa, así como la obligación de indemnizar a las víctimas por sus consecuencias perjudiciales"²⁹.

En estos eventos la obligación del Estado es de medio y no de resultado, lo cual supone un deber de diligencia en el sentido de tomar *razonablemente* las previsiones y cautelas para evitar la violación de un derecho por parte de terceros, según lo explica la jurisprudencia³⁰ y doctrina autorizada³¹. De manera que para saber si una medida fue o no razonablemente adoptada será necesario llevar a cabo un ejercicio de ponderación valorando las múltiples obligaciones, así como las limitaciones materiales y posibilidades reales de evitar un daño potencial. La ponderación se convierte entonces en un instrumento hermenéutico que contribuye a definir si la omisión del Estado

²⁹ CORTE IDH, Caso Velásquez Rodríguez vs. Estado de Honduras, sentencia del 29 de julio de 1988, párr. 175

³⁰ "El Estado está en el deber jurídico de prevenir, *razonablemente*, las violaciones de los derechos humanos, de investigar seriamente con los medios a su alcance las violaciones que se hayan cometido dentro del ámbito de su jurisdicción a fin de identificar a los responsables, de imponerles las sanciones pertinentes y de asegurar a la víctima una adecuada reparación". Ídem, párr. 174 (resaltado fuera de texto).

³¹ PEDRO NIKKEN, "El Estado y los particulares: entre el respeto y la garantía de los derechos humanos reconocidos en la Convención Americana sobre Derechos Humanos", en *Justicia, libertad y derechos humanos: ensayos en homenaje a RODOLFO E. PIZA ESCALANTE* San José, Costa Rica, Corte Interamericana de Derechos Humanos, Corte Suprema de Justicia de Costa Rica, Instituto Interamericano de Derechos Humanos, Colegio de Abogados de Costa Rica, 2003, p. 703

para evitar una amenaza o restricción al ejercicio de un derecho fue legítima, o si por el contrario incumplió irrazonablemente con sus deberes de garantía frente a los asociados.

F. Resumen de conclusiones del capítulo

En este segundo capítulo se han alcanzado las siguientes conclusiones:

1. El primer elemento general necesario para el juicio de responsabilidad internacional del Estado es la *existencia* de un deber específico y la comprobación de la *infracción* a ese deber.
2. Los artículos 1.1 y 2 de la Convención constituyen el punto de partida para la determinación de obligatoriedad jurídica de los Estados Parte. Estos artículos contienen los deberes de **respetar** los derechos y libertades reconocidos y de **garantizar** a todos los sujetos su libre y pleno ejercicio.
3. Los deberes de respeto y garantía mencionados toman por base una idea normativa de libertad que deviene de las elaboraciones de HEGEL y KANT y que se condensan en la máxima de respetar los derechos de los demás. Los deberes de respeto y garantía tienen sus más hondas raíces en la estructura tradicional de la interpretación clásica de los derechos humanos y, por tanto, en la idea del Estado liberal. Se conocen como derechos de defensa del ciudadano frente al Estado y son derechos de acciones *negativas* del Estado. Pero este tipo de derechos tiene su contrapartida *positiva*. Es decir, existen derechos a acciones positivas del Estado, a prestaciones. En esta segunda dimensión positiva los derechos humanos imponen al Estado la obligación de contribuir a la efectividad de tales derechos, de *garantizar* activamente dicha efectividad.
4. Las estructuras de imputación de responsabilidad al Estado constituyen *numerus clausus*, esto es, que son enumeración cerrada de los eventos en los cuales la infracción del deber convencional es imputable al Estado en cuestión. Este presupuesto constituye garantía al principio de *certeza* jurídica. La existencia de supuestos de imputación es una conquista de la sociedad moderna respetuosa de los derechos del hombre y que ha abandonado la responsabilidad por el "destino".

Las estructuras de imputación de responsabilidad internacional o convencional son criterios autónomos e independientes. Si bien en derecho civil y penal se manejan también estructuras de imputación, estos campos jurídicos responden al *programa jurídico de conducción* que le es propio y difieren del derecho internacional de los derechos humanos. La autonomía e independencia de las estructuras de imputación de responsabilidad internacional no obsta para que se compartan algunos elementos, por ejemplo, ¡la infracción al deber!

5. En el momento de realizar el ejercicio de imputación de responsabilidad internacional al Estado debe tenerse en cuenta el principio de proporcionalidad. Este principio es una herramienta de interpretación de los derechos, en caso de colisión. Es utilizado por los tribunales en todo el mundo para maximizar la protección de los derechos humanos atendiendo a las particularidades de un caso concreto.

CAPÍTULO III

ESTRUCTURAS DE IMPUTACIÓN DE RESPONSABILIDAD INTERNACIONAL AL ESTADO POR LOS HECHOS DE PARTICULARES (En especial sobre la primera estructura de imputación: intervención por acción u omisión de los agentes del Estado en los hechos de terceros)

A. Aspectos generales

Para el ejercicio de *imputación* al Estado de una violación a los derechos humanos resulta pertinente traer a colación el artículo 3 de la versión aprobada en 1997 por la CDI de su proyecto de articulado acerca de la responsabilidad internacional de los Estados, que recoge el derecho consuetudinario internacional sobre la materia. De acuerdo con este artículo, existe un hecho internacionalmente reprochable cuando:

(1) se está ante un comportamiento consistente en una acción u omisión atribuible, según el derecho internacional, al Estado y

(2) el hecho constituye una violación a una obligación internacional del Estado.

Como se aprecia, se trata de la infracción al deber u obligación internacional y de la posibilidad de atribución o imputación de esa infracción de acuerdo con las estructuras de imputación del derecho internacional.

En este sentido también se ha manifestado esta Honorable Corte en el caso VELÁSQUEZ RODRÍGUEZ:

164. El artículo 1.1 es fundamental para determinar si una violación de los derechos humanos reconocidos por la Convención puede ser atribuida a un Estado parte. En efecto, dicho artículo pone a cargo de los Estados partes los deberes fundamentales de respeto y garantía, de tal modo que todo menoscabo a los derechos humanos reconocidos en la Convención, que pueda ser atribuido, según las reglas de derecho internacional, a la acción u omisión de cualquier autoridad

pública, constituye un hecho imputable al Estado que compromete su responsabilidad en los términos previstos por la misma convención (...) 169 (...). En tal sentido, en toda circunstancia en la cual un órgano o funcionario del Estado o de una institución de carácter público lesione indebidamente uno de tales derechos, se está ante un supuesto de inobservancia del deber de respeto (...) 172 (...). No obstante, no se agotan allí las situaciones en las cuales un Estado está obligado a prevenir, investigar y sancionar las violaciones a los derechos humanos, ni los supuestos en que su responsabilidad puede verse comprometida por efecto de una lesión a esos derechos. En efecto, un hecho ilícito violatorio de los derechos humanos que inicialmente no resulte imputable directamente a un Estado, por ejemplo, por ser obra de un particular o por no haberse identificado al autor de la trasgresión, puede acarrear la responsabilidad internacional del Estado, no por ese hecho en sí mismo, sino por falta de la debida diligencia para prevenir la violación o para tratarla en los términos requeridos en la Convención³².

B. Primera estructura de imputación: intervención por acción o por omisión del agente estatal en el hecho punible de terceros (características generales)

1. La primera estructura de imputación se refiere al caso de un agente del Estado, perfectamente *individualizado*, que interviene en el hecho realizado directamente por un tercero, en nuestro caso grupos armados al margen de la ley, por acción o por omisión.
2. Agentes del Estado son los órganos o representantes que cumplen funciones estatales sin importar la identidad del órgano y el nivel en la jerarquía del Estado del individuo que interviene por acción o por omisión en los hechos violatorios de los derechos humanos de terceros.
3. No resulta relevante si el agente desbordó o excedió sus ámbitos de competencia; lo verdaderamente importante es que ellos actúen (entiéndase: intervengan por acción o por omisión en el hecho de terceros) en calidad de agentes del Estado, es decir, como agentes o funcionarios en el ejercicio de sus funciones y no como simple particulares.

³² IA COURT HR, VELÁSQUEZ RODRÍGUEZ *Merits, judgment of 29 July 1988*, series C N 4, 164, 169, 172.

4. Cuando se trata de intervención por acción o por omisión de agentes del Estado perfectamente individualizados en los hechos violatorios de los derechos humanos por parte de terceros, para que esa infracción pueda ser imputada al Estado como responsabilidad internacional resulta imprescindible la imputación de responsabilidad individual (penal o disciplinaria) al sujeto agente. En este caso, dado que al Estado se le reprocha internacionalmente que un agente suyo individualizado intervenga por acción o por omisión en los hechos de terceros, es de lógica jurídica llegar a la conclusión de que es necesario establecer en el caso concreto si a ese agente estatal, en virtud de su intervención, le es imputable el hecho de terceros, esto es, si puede deducirse responsabilidad individual del agente. Pues, si no se establece que al agente le es imputable el hecho del tercero, ¿cómo se podrá decir que el Estado es responsable internacionalmente por la intervención directa de un agente en los hechos de terceros?

Entonces, la responsabilidad internacional del Estado *en este caso* está condicionada por el juicio de imputación individual al agente. Esto no obsta, por supuesto, para que en otros eventos, de forma más exacta, atendiendo a otras estructuras de imputación, no sea necesario advertir la responsabilidad individual. Como se dijo en el primer capítulo, cada estructura y cada deber tienen una finalidad y naturaleza específicas que conllevan la posibilidad de graduación material de la responsabilidad estatal. Sin embargo, como regla general en este primer evento, la imputación personal es presupuesto de la responsabilidad internacional del Estado.

Con lo anterior no se debate la jurisprudencia de esta Honorable Corte en el sentido de que el proceso ante este organismo no tiene carácter penal. Es evidente que en este contradictorio no se busca establecer la culpabilidad o inocencia de los agentes del Estado, sino la responsabilidad internacional de un Estado. Sin embargo, para saber si el Estado ha infringido sus deberes convencionales porque sus agentes han intervenido, por acción u omisión, en los hechos de los particulares y afectado así derechos y libertades reconocidos por la Convención, es de lógica jurídica establecer la imputación personal al agente.

5. En esta primera estructura de imputación también pueden encuadrarse aquellas situaciones en las cuales el sujeto agente estatal *no se encuentra individualizado*, es decir, no se conoce ciertamente su identidad. Aquí

solamente se sabe y está comprobado que un agente cualquiera (precisamente, no individualizado) ha intervenido por acción o por omisión en los hechos de los particulares. Si esta intervención se encuentra plenamente acreditada, y con esto nos referimos a la existencia de los medios probatorios idóneos para tal fin, habrá lugar a responsabilidad internacional del Estado, pues su agente (no individualizado) intervino por acción o por omisión en los hechos de terceros. En este caso no será necesaria la imputación personal (penal o administrativa) al agente, pues ésta no es posible, dado la falta de individualización. De todas formas, el Estado es responsable internacionalmente porque un agente intervino, infringiéndose así los deberes convencionales. Esta estructura de imputación es autónoma, en cuanto no depende de la imputación personal al agente, y, por consiguiente, incompatible con la estructura de imputación personal penal.

6. La doctrina y jurisprudencia internacionales han expuesto algunos supuestos de responsabilidad estatal por los hechos de particulares y que se encuadran perfectamente en esta primera estructura de imputación.

Así las cosas, se puede decir que cuando (1) los individuos actúen bajo las instrucciones, bajo la dirección o control del Estado, o (2) cuando el Estado reconoce y adopta los actos de los individuos particulares como propios, se está ante fallas del Estado en el respeto de sus deberes convencionales.

Una atribución al Estado de un comportamiento del particular porque éste ha *actuado bajo las instrucciones, bajo la dirección o control del Estado* está sometida a una prueba rigurosa. Para que el comportamiento del particular dé lugar a responsabilidad del Estado, debe estar probado que el Estado ejercita un control efectivo de las operaciones en el curso de las cuales se cometieron violaciones de los derechos humanos. Este es el evento contenido en la sentencia de la Corte Internacional de Justicia en el caso de las actividades militares y paramilitares, presentado por Nicaragua contra Estados Unidos de América. La Corte allí sostuvo que los funcionarios de Estados Unidos habían proporcionado apoyo a los Contras, que a pesar del alto nivel de implicación de Estados Unidos y de la dependencia de los Contras de esta ayuda, esto todavía no era suficiente para hacer los actos de los Contras atribuibles a Estados Unidos. Así la Corte:

(...) la participación de los Estados Unidos, inclusive así fuera de manera

preponderante o decisiva, en la financiación, organización, entrenamiento, suministro y equipamiento de los Contras, la selección de sus objetivos militares o paramilitares, y en la planeación de toda la operación, todavía es insuficiente por sí misma y sobre la base de la evidencia en posesión de la Corte, para el propósito de atribuir a los Estados Unidos los actos cometidos por los Contras en el curso de sus operaciones militares o paramilitares en Nicaragua. Todas las formas de participación de los Estados Unidos antes mencionadas (...) no implicarían por sí solas, sin pruebas adicionales, que los Estados Unidos dirigieron u ordenaron la perpetración de los actos contrarios a los derechos humanos y al derecho internacional humanitario que denuncia el Estado demandante³³.

En lo que concierne a la atribución sobre la base del *reconocimiento y de la adopción* es necesario que tanto dicho reconocimiento como dicha adopción estén presentes mediante manifestación inequívoca; el Estado debe identificar la conducta en cuestión y hacerla propia³⁴.

C. La imputación al Estado colombiano de *comportamientos de terceros* en el caso objeto de estudio

1. Generalidades

Después de haber expuesto los aspectos generales y la primera estructura de imputación de responsabilidad internacional de los Estados de acuerdo con el catálogo de deberes consagrado en la Convención Americana, en adelante nos detendremos en el análisis de dicha estructura en relación con las pretensiones de la demanda.

2. Atribución al Estado de actos de grupos armados ilegales

1. Ya que en los sucesos de Pueblo Bello y respecto de la violación de los derechos a la vida, integridad y libertad personales, de lo que se trata es de la posible atribución de responsabilidad al Estado colombiano por hechos cometidos directamente por miembros de grupos armados ilegales, pasaremos al análisis detallado de esta estructura primera de imputación.

³³ Tomado del concepto del profesor JAMES CRAWFORD (*Whewell Profesor of Internacional Law, University of Cambridge*), Responsabilidad de los estados por actos de personas o grupos de personas bajo la Convención Americana de Derechos Humanos.

³⁴ Cfr CRAWFORD. *Ibid*

La responsabilidad de la República de Colombia por estos hechos sólo podrá deducirse cuando se establezca claramente que los miembros de las Fuerzas Militares presentes en la región intervinieron por acción o por omisión en los hechos de terceros y que, por consiguiente, éstos actuaron con la aquiescencia, autorización o tolerancia del Estado colombiano, pues la imputación personal al agente individualizado es presupuesto de la responsabilidad internacional del Estado en estos eventos.

2. Como se dijo, la comisión de un hecho ilícito por parte de particulares puede generar responsabilidad internacional del Estado donde aquél se cometiere, siempre que este hecho sea *atribuible* o *imputable* a dicho Estado. Atribución significa la determinación de la violación de los deberes de los Estados Parte de la Convención, violación que en esta primera estructura de imputación está condicionada a la imputación personal (penal o disciplinaria) del hecho al agente estatal.

Al respecto, esta Honorable Corte ha manifestado acertadamente en repetidas ocasiones que la responsabilidad del Estado por el hecho ilícito ajeno (de particulares) *no se genera por el hecho mismo*, sino por la falta de diligencia necesaria para prevenir la violación "o para tratarla en los términos de la Convención". Entonces, no sólo se trata de la posible participación directa (por acción) de los agentes en los hechos de terceros, sino también de una posible intervención por omisión, lo que nos ubica frente al fundamento de la responsabilidad omisiva por el hecho ilícito, que abordaremos en adelante dada la importancia que reviste en nuestro caso.

4. En este tipo de responsabilidad (por omisión), el supuesto fáctico concreto solamente es relevante en la medida que puede ser imputado o atribuido a una persona, en nuestro caso al Estado. Aquí la infracción del deber (de *respeto* o *garantía*) y que en la terminología de la Corte se traduciría en la *tolerancia* con la infracción de los derechos de la Convención por parte de terceros, fundamenta la responsabilidad internacional del Estado. Por consiguiente, lo relevante para la imputación es el ejercicio de atribución que se haga al Estado por la infracción de los deberes por parte de sus agentes en el caso concreto y no los hechos directamente cometidos por los particulares.

Aun cuando el hecho punible cometido por los terceros sea el punto de partida para averiguar la responsabilidad, en la imputación por omisión (como modernamente también se afirma para la acción) lo verdaderamente determinante es la infracción a un deber garantizado por el derecho. Así las cosas, solamente cuando se determine que el Estado a través de sus agentes ha infringido el deber que le era exigible respecto de un hecho concreto y de acuerdo con la asunción de responsabilidad internacional, podrá afirmarse sin duda alguna que el Estado en cuestión es responsable internacionalmente. No se debe olvidar que en esta estructura de imputación de responsabilidad internacional del Estado está condicionada por la imputación personal.

5. Con lo anterior enlazamos con el segundo requisito de la imputación contenido en el artículo 3 de la versión aprobada en 1997 por la CDI de su proyecto de articulado acerca de la responsabilidad internacional de los Estados y que ya mencionamos. Además de la atribución o imputación al Estado de la acción u omisión específica, es necesaria la *infracción de un deber* (obligación internacional) adquirido por el Estado. Se conjugan así los supuestos de imputación jurídicos y fenomenológicos: además de acción u omisión atribuible es necesario la infracción de un deber.

3. Sobre la responsabilidad por omisión

a. Introducción

Los desarrollos doctrinarios y jurisprudenciales a nivel de responsabilidad internacional de los Estados tienen su contrapartida en los avances dogmáticos del derecho en general. No sólo el derecho civil se vale de las categorías deber, acción y omisión, sino también el derecho penal moderno trabaja con ellas para imputar responsabilidad en general. A continuación estudiaremos esta temática en derecho penal, pues, como venimos afirmando, en esta primera estructura de imputación de responsabilidad internacional del Estado se tiene como presupuesto la imputación de responsabilidad personal al agente estatal. Por esto echaremos un vistazo a los criterios de imputación penal individual, los cuales, por lo dicho, resultan relevantes en el caso que nos ocupa.

En derecho no interesa si el sujeto se comportó activamente u omisivamente, como lo pone de presente la jurisprudencia internacional sobre violación de derechos humanos, sino que, por el contrario, es *necesario determinar que se infringió un deber en una situación concreta*³⁵. Ya que para el juicio de imputación o atribución del hecho al Estado es necesario determinar la infracción del deber por parte de sus agentes, en un caso concreto, nos detendremos en el análisis de la moderna doctrina de la acción y la omisión, para luego establecer los criterios de imputación de responsabilidad individual y, por ende, de responsabilidad internacional del Estado. Una vez que se determine la infracción del deber del representante del Estado habrá lugar a deducir algún tipo de responsabilidad estatal en esta primera estructura de imputación.

b. La eterna dicotomía entre actuar y omitir (sobre los fundamentos de su ocaso)

La mención de la acción y la omisión como categorías de dogmática jurídica se remonta casi doscientos años, a los primeros intentos de sistematización del derecho penal. La idea de una diferencia relevante entre actuar y omitir en la dogmática penal (y esto con sus consecuencias en torno a la responsabilidad) es un pensamiento que data desde FEUERBACH, penalista que tomando como base una concepción liberal individualista limitó lo que llamó "vinculación originaria del ciudadano" a omisiones; es decir, para él el caso normal de responsabilidad era el delito de acción, esto es, el sujeto no omite un comportamiento que debe omitir, él actúa. Reclama, por el contrario, para el delito de omisión un "fundamento jurídico especial (ley o contrato) que obligue precisamente a actuar"³⁶. Sólo cuando exista ese fundamento y no se actúe se está ante un delito de omisión.

³⁵ Sobre la infracción al deber como fundamento de la responsabilidad, fundamental para la doctrina moderna, JAKOBS, Derecho penal, Parte general, Fundamentos y teoría de la imputación, Madrid, 1995; el mismo, "¿Qué protege el derecho penal: bienes jurídicos o la vigencia de la norma?" (traducción de MANUEL CANCIO MELIÁ), en libro homenaje a G. JAKOBS, *El funcionalismo en derecho penal*, Universidad Externado de Colombia, Bogotá, 2003, pp. 40 y ss.; también al respecto el mismo, "Sobre la normativización de la dogmática jurídico-penal" (traducción de MANUEL CANCIO MELIÁ Y BERNARDO FEIJÓO SÁNCHEZ), Universidad Externado de Colombia, Bogotá, 2004, pp. 41 y ss.; PERDOMO TORRES, "El concepto de deber jurídico", en: libro homenaje a G. JAKOBS, pp. 233 y ss.; SCHREIBER, *Der Begriff der Rechtspflicht*, 1966.

³⁶ FEUERBACH, *Revision der Grundsätze und Grundbegriffe des positiven peinlichen Rechts*, 1799, I; EL MISMO, *Lehrbuch des gemeinen in Deutschland gültigen Peinlichen Rechts*, 1847, §§ 8, 9. Una exposición detallada de la teoría de la pena y de la imputación de Feuerbach en LESCH, *Der Verbrechensbegriff*, 1999, S. 44 ff. Punto de partida político de FEUERBACH en GIELHAMER, *Die politischen Grundlagen der Strafrechtslehre Feuerbachs*, 1928, S. 6.

Este punto de partida anclado en la tradición kantiana condujo la evolución de la dogmática del delito de omisión, pues llevó a que se identificara el actuar positivo con el principio *neminem-laede* y el omitir con la responsabilidad excepcional. Es decir, desde los estudios del egregio penalista alemán la responsabilidad por omisión se consideró como algo excepcional constituyéndose la responsabilidad por acción eje central de la teoría del delito. Evidentemente una teoría anclada en fundamentos empíricos.

Esta perspectiva fáctica que trabaja con reglas diferentes en el actuar y en el omitir ha entrado, sin embargo, en decadencia en los últimos años en el derecho penal³⁷. En un mundo en el que las personas pueden organizar de diferentes formas, esto es, no sólo a través de movimientos corporales sino también por intermedio de procesos mecánicos, la obligatoriedad originaria del ciudadano (el principio negativo del *neminem-laede*) puede ser lesionada tanto a través de un actuar como a través de un omitir. Un ejemplo al respecto: si al conducir un automóvil el omitir acelerar impide el atropello de un pasante, y se respeta de esa forma el deber negativo de no lesionar a los demás, el juicio de atribución de responsabilidad no puede ser diferente si el deber se respeta cuando se acciona el sistema de frenado, esto es, cuando se realiza un comportamiento activo (el modelo directriz de la dogmática penal que entiende las normas como imperativos dirigidos a la persona en su ser físico, se muestra de esta forma poco atinado para solucionar los problemas actuales del derecho penal). No se trata de la formulación de normas como mandatos o prohibiciones sino de la diferenciación a través de expectativas de comportamiento institucionalizadas, de la concreción de deberes relevantes para el derecho, donde lo verdaderamente importante es la lesión del deber (negativo o positivo) y no la forma (por acción u omisión) como éste sea lesionado. Por consiguiente, la equiparación de la división entre institución negativa (*neminem-laede*) y positiva (deberes fundamentados en solidaridad) con aquella entre acción y omisión resulta actualmente insostenible.

En lo que aquí interesa, resulta conveniente determinar cuáles son los deberes positivos relevantes para el juicio de imputación personal. Siguiendo la moderna doctrina penal podemos afirmar que estos deberes deben

³⁷ Cfr. al respecto SANCHEZ-VERA. *Pflichtdelikt und Beteiligung. Zugleich ein Beitrag zur Einheitlichkeit der Zurechnung bei Tun und Unterlassen*, 1999; existe versión en castellano EL MISMO, *Delito de infracción de deber y participación delictiva*, Madrid, 2002

buscarse en aquellas instituciones que forman la identidad normativa de la sociedad, esto es, la familia, y en su interior la institución positiva de la patria potestad, la confianza especial que se origina por el ejercicio constante de un rol determinado, y, para acercarnos al tema objeto de tratamiento, el *Estado*, donde de lo que se trata es de la responsabilidad por delitos cometidos por servidores públicos. Los deberes que están en cabeza de los servidores estatales son deberes especiales, esto es, deberes de fomento y cuidado de los bienes jurídicos que están dentro de su competencia como servidor del Estado, quien es en últimas el titular originario de tal deber, y como tal la institución relevante penalmente

La constatación de deberes se entiende en derecho penal como la determinación de la teoría de las posiciones de garantía. El modelo de sistematización de *las posiciones de garantía* es, de acuerdo con todo lo anterior, bipartito, anclado en criterios de competencia y claramente contrario a cualquier consideración fenomenológica.

Por un lado, se trata de la concreción del deber negativo de no lesionar los intereses legítimos de los demás, donde el fundamento de responsabilidad es precisamente la posibilidad del ejercicio de libertad, la posibilidad que el derecho le otorga a cada persona de organizar, siempre teniendo en cuenta el respeto del ámbito de organización ajena; aquí, la concreción del deber se hará a través de aquellos criterios que la doctrina ha elaborado y que permiten un acercamiento del derecho penal a las necesidades de la sociedad moderna; esto es, por ejemplo, a través de los deberes de aseguramiento en el tráfico³⁸, los deberes de aseguramiento derivados del comportamiento precedente (injerencia)³⁹ y los deberes derivados de la desmejora de las seguridades de una determinada organización a través de un comportamiento de asunción⁴⁰.

³⁸ Sobre los deberes de aseguramiento en el tráfico v. BAR. *Verkehrspflichten*, 1980

³⁹ Fundamental sobre la injerencia como un deber de aseguramiento v. BAR. *Ibid*, pp. 43 y ss.; EL MISMO, *Entwicklungen und Entwicklungstendenzen im Recht der Verkehrs(sicherungs)plichten*, JuS 1988, pp. 169 a 174; particularidades JAKOBS, *Strafrecht-AT*, 29/29-37a.; también NK-SEELMANN, § 13, n.m. 110 y ss.; sobre el comportamiento precedente y su calidad JAKOBS, *ebd.*, 29/38 y ss.; cfr. también FREUND, *Erfolgsdelikt und Unterlassen*, p. 180; SCHÖNKE/SCHRÖDER/STREE, § 13, n.m. 32 y ss.

⁴⁰ STREE. *Garantenstellung kraft Übernahme*, en: H. MAYER-FS, 1966, pp. 145-164, 156; JAKOBS, *ebd.*, 29/46 y ss., 67; también SCHULTZ. *Amtswalterunterlassen*, 1984, pp. 140 y ss.; EL MISMO. *Aufhebung von Garantenstellungen und Beteiligung durch Unterlassen*, JuS, 1985, pp. 270 a 275, 272; ARZT, *Zur Garantenstellung bei unechten Unterlassungsdelikten*, JA 1980, pp. 553 a 561, 560; 647 a 654, 650; 712 a 717, 714 y s.

Por otro lado, se tienen aquellas contribuciones que también se orientan por la idea de libertad y que representan tareas por cumplir por el sujeto, ya inmerso en la institución respectiva; así arribamos de nuevo a los deberes positivos donde, como se esbozó, se encuentran ubicados aquellos en cabeza del Estado⁴¹.

Entonces, hoy en día ya no es relevante determinar si hubo una acción o una omisión, sino, más bien, si se es garante; no interesa si el sujeto originó un curso causal (acción) o no impidió el desarrollo del mismo (omisión), sino si ha cumplido con los deberes negativos (de seguridad) o positivos (de fomento y ayuda). Por ejemplo, si alguien maneja una represa y el agua se desborda ocasionándole daño a una población, en el juicio de imputación lo sustancial no es si el operario abrió la compuerta más de lo debido (acción) o simplemente no la cerró a tiempo (omisión); lo fundamental es si cumplió o no con los deberes de seguridad que surgían del control, en este caso, de una fuente de peligro. Lo mismo acontece cuando, en virtud de relaciones institucionales, se tiene el deber positivo de resguardar un determinado bien jurídico contra determinados riesgos. El padre de familia incumple sus deberes de protección frente a su hijo no sólo cuando entrega el arma homicida, también lo hace cuando no evita que un tercero le ocasione una lesión mortal. En la actualidad, se afirma que la técnica moderna y el sistema social hacen intercambiables la acción y la omisión. Por lo anterior es que sostenemos la necesidad de que el criterio de tolerancia sea entendido de manera normativa.

c. Coincidencia en su naturaleza de los deberes convencionales y los deberes penales

Como se observa, esta clasificación de deberes en derecho penal coincide *cum grano salis* con el catálogo obligacional consagrado en la Convención y su naturaleza. Aquí, como es propio de la responsabilidad penal individual, estamos ante deberes (negativos y positivos) que regulan la interacción entre personas en una sociedad. Los negativos entre anónimos y los positivos entre personas especialmente obligadas, por ejemplo, representantes del

⁴¹ Cfr. al respecto JAKOBS *La imputación penal de acción y de omisión*, Cuadernos de Conferencias y Artículos No. 12, Traducción de JAVIER SÁNCHEZ-VERA, Centro de Investigaciones de Derecho Penal y Filosofía del Derecho, Universidad Externado de Colombia, 1996.; DEL MISMO, *Acción y omisión en derecho penal*, Cuadernos de Conferencias y Artículos No. 23, Traducción de JAVIER SÁNCHEZ-VERA Y LUIS CARLOS REY SANFIZ, Centro de Investigaciones de Derecho Penal y Filosofía del Derecho, Universidad Externado de Colombia, 2000.

Estado. En el derecho convencional los deberes negativos y positivos están, sin embargo, en cabeza del Estado firmante. Pero ya que, como vimos supra, el supuesto de imputación de responsabilidad internacional que se analiza implica la lesión del deber por parte del representante estatal directamente, tenemos que concluir que la imputación penal a un representante del Estado en el caso concreto es al mismo tiempo el fundamento de reproche internacional del Estado. ¡El deber positivo es el mismo!

4. El Estado como garante

1. El Estado moderno es *garante* del cumplimiento de tareas determinadas, en especial y en relación con el caso que nos ocupa, de aquellas que vayan dirigidas a la protección de los ciudadanos ante atentados contra su posición jurídica dentro de la sociedad; en consecuencia, ante atentados contra la validez del derecho en el interior de la institución "Estado" en general, como punto de partida de cualquier consideración sobre la tarea estatal⁴².

En este orden de ideas, el poder soberano debe garantizar la protección de los ciudadanos (y así la vigencia del derecho mismo) para que éstos puedan hacer el ejercicio de la libertad precisamente en él garantizada. Esta alta tarea sólo podrá cumplirse, sin embargo, en tanto se disfrute un estado social de derecho y, a la vez, concurren los mecanismos necesarios para la protección jurídico-penal ante la desatención de estos deberes de los órganos estatales. *Ante esto es innegable que los miembros de las Fuerzas Militares y de Policía son garantes por ser representantes del Estado y, en este sentido, por tener el deber de salvaguardar los intereses en lo que tiene que ver con el respeto de los bienes jurídicos de la población, o dicho de una forma más concreta, en lo concerniente a la estabilidad fáctica interior y exterior de la nación*⁴³.

⁴² Sobre la idea de protección del ciudadano por parte del Estado ante el ejercicio de justicia privada como principio básico del Estado liberal ISENSEE *Die Friedenspflicht der Bürger und das Gewaltmonopol des Staates. Zur Legitimation des modernen Staates*, en: Festschrift para EICHENBERGER, pp. 28 y ss.

⁴³ Así JAKOBS, *Strafrecht-AT*, 29/77d; PAWLIK *Der Polizeibeamte als Garant zur Verhinderung von Straftaten*, ZStW 111 (1999), pp. 335 a 356; MÜSSIG *Mord und Totschlag*, p. 388; SANGENSTEDT *Garantenstellung und Garantenpflicht von Amtsträgern*, 1989, pp. 609 y ss.; SCHULTZ, *Amtswalterunterlassen*, p. 169 y ss.; BRAMMSEN *Die Entstehungsvoraussetzungen der Garantenpflichten*, pp. 190 y ss.; FREUND *Erfolgssdelikt und Unterlassen*, pp. 291 y ss.; GALLAS *Studien zum Unterlassungsdelikt*, p. 84; NK-SEELMANN, § 13, n.m. 139; SCHÖNKE/SCHRÖDER/STREE, § 13, n.m. 52; STRATENWERTH *Strafrecht-AT*, § 13, n.m. 17; TRÖNDLE/FISCHER, § 13, n.m. 6 y s.; LACKNER/KÜHL, § 13 n.m. 14; KÖHL *Strafrecht-AT*, § 18, n.m. 84 y ss.; HORN *Strafbares Fehlverhalten von Genehmigungs- und Aufsichtsbehörden?*, NJW 1981, pp. 1-11, 5; BGHSt 38, 388-393, con comentario RUDOLPHI JR 1995, p. 165-168; BVERFGE, NJW 2003, pp. 1030 y s., con otras remisiones.

Sin embargo, la garantía estatal no se reduce a este tipo de tareas; otras como las que están en cabeza del juez o del fiscal y que tienen que ver con la toma de decisiones judiciales y, en esa medida, con el mantenimiento del estado de juridicidad, o simplemente otras que van más allá del aseguramiento de un mínimo de existencia en la población y que están dirigidas, por ejemplo, a la protección ante peligros graves, esto es, catástrofes naturales, puestas en peligro del medio ambiente, etc., pueden ser objeto de protección penal, y prueba de ello es la amplia consagración que ha hecho la Constitución colombiana de los llamados derechos de tercera generación.

2. La posición de garante del Estado frente a sus habitantes corresponde íntegramente con los deberes de respeto de los derechos humanos y de garantía de su libre y pleno ejercicio, deberes que, como supra indicamos, constituyen parte íntegra de las obligaciones internacionales asumidas por Colombia.

Por todo ello no puede extrañar que esta cuestión, la de la responsabilidad de los representantes del Estado, haya cobrado gran importancia, por su especial y moderno tratamiento, en el interior de la discusión penal sólo en las últimas décadas. Dicho de forma resumida, se trata del posible juzgamiento de los servidores estatales que ejercitan determinadas funciones originariamente en cabeza del Estado como institución y cuyo desconocimiento, dado que éste como persona jurídica no está llamado a responder penalmente, fundamentan responsabilidad penal en los agentes, y derivada del Estado, en casos como el que nos ocupa, si hubiere lugar a ello.

3. Es precisamente con ayuda de la teoría de las posiciones de garante expuesta que la Corte Constitucional de Colombia ha proferido una de las sentencias de mayor trascendencia en los últimos años en lo que tiene que ver con la efectiva protección de los derechos humanos en el continente americano. Fue precisamente una decisión en torno a los hechos acaecidos en Mapiripán (sentencia No. SU-1184/2001 de la Corte Constitucional de Colombia, M. P.: EDUARDO MONTEALEGRE LYNETT) en la que se pone de presente la posición de garante del Estado y sus representantes, en especial de los miembros de las Fuerzas Militares y de Policía:

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, 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. Vr. gr. 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 encuentren 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 Nüremberg hasta los *ad hoc* para la ex Yugoslavia y Ruanda. Doctrina que se plasmó normativamente en el artículo 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 éstos cometan en contra de los habitantes.

c) La Constitución le ha asignado, tanto a las Fuerzas Militares como a la Policía Nacional, una posición de garante. El artículo 217 de la Carta, dispone que

Las Fuerzas Militares tendrán como finalidad primordial la defensa de la soberanía, la independencia, la integridad del territorio nacional y del orden constitucional.

De ello se desprende que tienen el deber constitucional de garantizar que la soberanía y el orden constitucional no se vean alterados o menoscabados. Elementos centrales del orden constitucional lo constituye el cumplimiento pleno "... de los principios, derechos y deberes consagrados en la Constitución..." (art. 2º de la Carta) y la preservación del monopolio del uso de la fuerza y las armas en manos del Estado. En relación con los fines previstos en el artículo 2, la función de garante de las Fuerzas Militares no se equipara a las funciones asignadas en el artículo 218 de la Carta a la Policía Nacional. Sin embargo, de ello no se desprende que no tengan por función básica garantizar el pleno ejercicio de los derechos y libertades por parte de los asociados. Antes bien, supone garantizar condiciones de seguridad colectivos y de carácter estructural -definidos en los conceptos de soberanía, independencia, integridad territorial e integridad del orden constitucional- que permitan una convivencia armónica. Las condiciones de seguridad dentro de dicho marco de seguridad estructural son responsabilidad de las fuerzas armadas (...).

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

constituyen los bienes respecto de los cuales el Estado tiene el deber – irrenunciable- de proteger.

Respecto de dicho deber, las Fuerzas Armadas ocupan un lugar primordial. En efecto, parte esencial del respeto por los derechos constitucionales se edifica sobre la obligación del Estado en proteger a los titulares de tales derechos contra las violaciones a los mismos por los particulares. La defensa de los derechos no se limita a la abstención estatal en violarlos. Comporta, como se ha indicado, enfrentar a los agresores de tales derechos. La existencia de Fuerzas Armadas se justifica por la necesidad de asegurar, más allá del mandato normativo, la eficacia de los derechos. El uso de la fuerza es obligatoria -claro está, conforme al ordenamiento jurídico y, especialmente, utilizándose de manera proporcional y en cuanto sea necesario (prohibición del exceso)- frente a quienes no tienen intención de respetar los derechos de las personas y no están dispuestas a cumplir el mandato normativo. Dicho uso de la fuerza únicamente está legitimado para las Fuerzas Armadas del Estado, pues la estructura social deposita en ellas el monopolio del uso de las armas y, por lo mismo, la tarea de defender, mediante su utilización, los derechos.

Así las cosas, frente a las agrupaciones armadas -guerrilla o paramilitares- las Fuerzas Militares tienen una función de garante del orden constitucional, el cual se ve desdibujado -de manera abstracta- por el mero hecho de que tales personas se arroguen la potestad de utilizar la fuerza y las armas, en claro detrimento del principio básico del ordenamiento conforme al cual el Estado ejerce monopolio en el uso de la fuerza y las armas.

De igual manera, en sentido abstracto, las Fuerzas Militares tienen la obligación -en tanto que garantes- de enfrentar las agresiones individuales o colectivas contra los derechos constitucionales de las personas, así como de manera general contra los derechos humanos. De ahí que no puedan abstenerse de iniciar acciones de salvamento, excepto que medie imposibilidad jurídica o fáctica, frente a la ocurrencia de hechos graves de violación de tales derechos, en particular conductas calificables de lesa humanidad, como i) las violaciones a las prohibiciones fijadas en el protocolo II a los acuerdos de Ginebra -y en general al derecho internacional humanitario- o a los tratados sobre restricciones al uso de armas en la guerra (o en conflictos armados internos), ii) las acciones contra bienes culturales durante la guerra y los conflictos armados internos, iii) o los actos de barbarie durante la guerra

y los conflictos armados internos -tales como la mutilación, tortura, asesinatos, violaciones, prostitución y desaparición forzada y otros tratos crueles e inhumanos, incompatibles con el sentimiento de humanidad-, pues las Fuerzas Armadas tienen la obligación de evitar que tales hechos se produzcan.

Sobre este punto no puede quedar duda alguna. Las Fuerzas Militares tienen la obligación absoluta de impedir el desconocimiento del derecho internacional humanitario (restricción absoluta aun frente a los estados de excepción, según lo dispone el artículo 214 de la Constitución) y los derechos que, conforme a los tratados internacionales ratificados por Colombia, no pueden ser suspendidos durante tales estados (C. P. art. 93) Permitir que ocurran, sea porque activamente intervienen en ellas o porque omiten el deber estatal de proteger a los asociados en sus derechos constituye una flagrante violación a la posición de garante de las condiciones mínimas y básicas de la organización social y, por lo mismo, nunca podrán considerarse como un acto relacionado con el servicio.

En suma, desde el punto de vista estrictamente constitucional, resulta claro que las Fuerzas Militares ocupan una posición de garante para el respeto de los derechos humanos de los colombianos.

5. Determinación de la posición de garante

1. El primer requisito para empezar un juicio de imputación de responsabilidad internacional al Estado por el comportamiento (intervención por acción u omisión en los hechos de los particulares) de sus representantes es, obviamente, la existencia de la propia obligatoriedad jurídica de los representantes, que ha de quedar determinada, a su vez, por la existencia de la posición de garante, por un deber en el caso concreto.

2. Pues bien, tomando el fundamento jurídico de responsabilidad de la teoría de la posición de garante esbozada se puede inferir que los miembros de las Fuerzas Militares y de Policía detentan el deber de velar por la garantía de los derechos de los ciudadanos; el fundamento jurídico es, en consecuencia, la posibilidad del desarrollo de la libertad normativa de los ciudadanos, y ésta

sólo se dará en la medida en que el Estado, a través de sus representantes, proteja los derechos de aquellos⁴⁴.

Como ya lo puso de presente la sentencia citada, la Constitución colombiana en su artículo 217 asigna a las Fuerzas Militares y de Policía una posición de garante cumpliéndose así el requisito del artículo 25 del Código Penal colombiano necesario para la adjudicación de responsabilidad por el delito de comisión por omisión⁴⁵; es decir, la posición de garante, el deber jurídico que se reclama para el juicio de imputación en dicha norma se encuentra consagrado a nivel constitucional cuando se afirma que *las Fuerzas Militares tendrán como finalidad primordial la defensa de la soberanía, la independencia, la integridad del territorio nacional y del orden constitucional*.

3. Por lo anterior, no cabe duda, pues, sobre la posición de garante de los estamentos militares en abstracto, quedando sólo por determinar si en el caso concreto ésta existió, cuestión de la que nos ocupamos a continuación.

6. Sobre la existencia de la posición de garante en el caso *sub iudice*

1. La existencia de una competencia material, funcional y territorial de los servidores públicos en el área en que sucedieron los incidentes no se discute, pues los miembros de las Fuerzas Armadas hacían presencia con una base y un retén militar en la zona. De este modo, es claro que los deberes que los miembros de las Fuerzas Armadas de Colombia tenían en el supuesto en análisis eran de protección de la población y de garantía de seguridad en dicha región, deberes que se deben concretar en el marco de la imputación personal.

Si bien la posición de garante del Estado puede resultar difícil de establecer y, en consecuencia, discutida en muchos eventos (de hecho, no son pocas las discusiones en la literatura científica para su determinación en situaciones específicas⁴⁶, conformándose así supuestos de casos límite), en las circunstancias objeto de análisis no cabe la menor duda de su existencia.

⁴⁴ Cfr. PAWLK. *Der Polizeibeamte als Garant zur Verhinderung von Straftaten*, pp. 334 y ss.

⁴⁵ Sobre esta regulación PERDOMO TORRES. *El delito de comisión por omisión en el nuevo Código Penal colombiano*, Cuadernos de Conferencias y Artículos No. 26, Centro de Investigación en Filosofía y Derecho, Universidad Externado de Colombia, 2001.

⁴⁶ En las sociedades modernas, caracterizadas por los fenómenos de descentralización por ejemplo, no resulta sencillo determinar qué tareas en especial se pueden considerar irrenunciables por parte del Estado y, en consecuencia, fundamentar posiciones de garantía. Sin embargo, existen algunas contribuciones estatales que precisamente definen al Estado como tal (garantía de la seguridad interna y externa de la nación, la defensa de los principios

La presencia de los militares en la zona y la asunción de la seguridad en ella, en especial y respecto del retén, sobre la garantía de los derechos de las personas que transitaban por esta ruta, fundamentan en el caso concreto el deber general de respeto y protección de los derechos de la población.

2. No se debe perder de vista que los hechos ocurridos en Pueblo Bello son una catástrofe absoluta que atenta contra el funcionamiento ordenado de un Estado, y como tal reclama el concurso de todas las fuerza estatales para su evitación; la seguridad interna de los asociados es la tarea por excelencia de la unidad estatal. Esto ha sido desde siempre reconocido, y así, ya THOMAS HOBBS identificó como la tarea estatal por excelencia el aseguramiento de la paz de aquel grupo de personas que habrían participado del "contrato" renunciando al "derecho sobre todo" del estado de naturaleza, para entrar en el estado civil en el que el soberano protege y garantiza las condiciones mínimas de la existencia; dicho de una forma aún más concisa: "el objeto de la obediencia es la protección"⁴⁷.

3. Así las cosas, los miembros de la fuerza pública eran garantes para el respeto, protección y garantía de los derechos humanos de los habitantes del corregimiento de Pueblo Bello, que resultaron involucrados en los terribles hechos, sin que ello sea suficiente para determinar la responsabilidad del Estado.

7. La creación de un riesgo jurídicamente desaprobado y la posibilidad de evitar el resultado

1. Una vez establecida la posición de garante en el caso concreto se debe analizar un segundo elemento de imputación y que –¡no se debe olvidar!– resulta tan trascendente a los efectos de poder imputar algún tipo de responsabilidad a los militares garantes –y, de acuerdo con las estructuras

fundamentales del Estado de derecho), de modo que en estos ámbitos no habrá lugar a dudas sobre la necesidad de protección y garantía. Al respecto, de forma detallada, JAKOBS (*Strafrecht-AT*, 29/ 76 y ss.) Esto sin perjuicio de la asunción cada día creciente de nuevas tareas por parte del Estado buscando responder a las nuevas necesidades de los asociados, Cfr. sobre esta idea WILDHABER, *Entstehung und Aktualität der Souveränität*, en Festschrift para EICHENBERGER, pp. 13 y ss. De esta forma, la idea tradicional del Estado, que garantiza sólo determinadas necesidades, ha entrado en crisis en las últimas décadas; nuestra Carta constitucional es expresión de un cambio en este sentido, pues la introducción de la idea de "Estado social" hace que el soberano ya no solamente sea visto como guardián de la población, sino también como el garante de prestaciones sociales como las arriba en el texto mencionadas, al respecto TSCHUDI, *Der Sozialstaat im gesellschaftlichen Wandel*, en: Festschrift para EICHENBERGER, pp. 107 y ss.

⁴⁷ HOBBS. *Leviathan*, cap. XXI

de imputación de responsabilidad internacional, a la República de Colombia—, como el primero de los elementos: que el sujeto haya *creado un riesgo jurídicamente desaprobado*, primer elemento de la denominada teoría de la imputación objetiva, ampliamente reconocida en la dogmática penal⁴⁸.

Una vez que se tenga certeza acerca de la competencia, esto es, de los deberes, hay que determinar si el sujeto *crea un riesgo jurídicamente desaprobado*; es decir, hay que establecer si la persona ha infringido el deber en el caso concreto. Por ejemplo, si el sujeto A conduce por la avenida sobrepasando el límite de velocidad permitido, actúa por fuera del deber que le imponen las normas del tráfico viario (conducir a una determinada velocidad por un determinado sector); infringe así su deber, pues crea un riesgo jurídicamente desaprobado, actúa por fuera de los límites del riesgo que la sociedad tolera en actividades peligrosas pero irrenunciables como es la conducción de automóviles. La creación de riesgos jurídicamente desaprobados se da en la relación deber-infracción.

Si después del análisis que se haga se demuestra que el sujeto ha creado el riesgo jurídicamente desaprobado porque ha infringido un deber, se requiere, además, una "relación de riesgo". Con "relación de riesgo" se alude a que el mismo riesgo creado para el sujeto sea el que se concrete en la producción del resultado. Por ejemplo, si como consecuencia de un accidente de tránsito, ocasionado por la conducción por fuera del límite de velocidad permitido una persona levemente herida es trasladada en una ambulancia y a causa de otro accidente esta persona muere, se deberá analizar si el riesgo jurídicamente desaprobado creado por la conducción a alta velocidad se concreta en la muerte. En el caso no existe esa relación de riesgo, la muerte fue causa de otro riesgo diferente al primero creado, por lo tanto la muerte posterior no puede serle imputada objetivamente al primer agente.

⁴⁸ Fundamental al respecto JAKOBS, *Strafrecht-AT*, 7/4 y ss, 35 y ss, 56 y ss, 24/13 y ss; FRISCH, *Tatbestandsmäßiges Verhalten und Zurechnung des Erfolgs*, 1988, p. 9 y ss, 33 y ss.; ROXIN, *Gedanken zur Problematik der Zurechnung im Strafrecht*, en R. HONIG-FS, 1970, p. 133-150; el MISMO, *Strafrecht-AT*, I, 11/39 y ss; sobre la categoría de la adecuación social como trabajo preliminar de la normativización del tipo objetivo CANCIO MELIA, *Finale Handlungslehre und objektive Zurechnung*, GA 1995, S. 179-191; una comparación con la teoría social de la acción en VOIGÄTTER GENANNT NIEMANN, *Die Sozialen Handlungslehren und ihre Beziehung zur Lehre von der objektiven Zurechnung*, 2004. Sobre el significado del riesgo permitido en la cuestión de delimitación de ámbitos de competencia SCHÜRER-MOHR, *Erlaubte Risiken*, 1998.

Por todo lo anterior se puede afirmar que la determinación de la posición de garantía en el caso concreto no es el único factor determinante para afirmar la responsabilidad; por el contrario, su concurrencia, si bien es el punto de partida del análisis de imputación, implica tener que analizar si el sujeto crea el riesgo que se ha concretado en el resultado, al haber infringido los deberes que tenía en el caso concreto, es decir, se debe analizar si tal sujeto desatendió los deberes derivados de su posición de garante.

2. Así las cosas, lo anterior resulta de importancia en el caso objeto de análisis, puesto que de la demanda de la Honorable Comisión se puede colegir, sin mayores esfuerzos, que su intención es solicitar la condena al Estado colombiano sólo por el hecho de que tiene unos deberes internacionales concretos, sin que se analice en modo alguno si la violación de estos deberes le pueden ser imputados al Estado porque sus representantes los han desconocido en el caso concreto, presupuesto de imputación en la primera estructura. Con ello, obviamente, la Honorable Comisión parece pretender deducir así, sin más, de la indudable existencia de la posición de garante de los agentes, una inmediata responsabilidad estatal (también la internacional). Esta precipitada conclusión deja por el camino, por así decirlo, la mitad del análisis jurídico para, *per saltum*, pasar de un mero presupuesto (la posición de garante) directamente a la conclusión (responsabilidad del Estado colombiano). Repetimos, *la determinación de la existencia de una posición de garante no es suficiente para imputar responsabilidad al Estado a través de sus representantes.*

Antes bien, el sujeto objeto de la imputación debe haber creado un riesgo jurídicamente desaprobado y éste se debe haber concretado en el resultado típico. La creación de este riesgo es la infracción del o los deberes que se tienen en un caso específico. Esta infracción puede producirse a través de un comportamiento activo u omisivo porque, por ejemplo, la madre da muerte a su hijo con sus propias manos o sencillamente porque no lo alimenta dejándolo morir por inanición. Es decir, el riesgo se crea porque se infringe el deber independientemente de si se ha hecho por acción o por omisión.

3. Pero es que, además, tratándose de un supuesto omisivo, *es necesario también que el sujeto haya tenido la posibilidad de actuar repeliendo el resultado y acatando así su deber.* Con "posibilidad" se hace, entre otras

cosas, alusión al conocimiento que el sujeto tenga de la situación concreta⁴⁹, pues sólo si la persona conoce "lo que está sucediendo" o "puede conocerlo" (cognoscibilidad), se puede reprochar que no haga algo para evitarlo. Esto, por supuesto, cobra especial relevancia en los supuestos de omisión, pues en los casos de comportamientos activos es evidente que cuando se infringe el deber se tiene pleno conocimiento del suceso y, por lo tanto, de la infracción al deber. Si la madre, para seguir con nuestro ejemplo, da muerte con sus propias manos, *conoce* la situación en toda su extensión. Por el contrario, si ella sabiendo que tiene el deber general de alimentar a su hijo no sabe que la niñera que ha contratado por unas horas mientras ella estaba ausente no suministra el alimento al bebé, no tiene, entonces, la posibilidad de repeler el resultado.

Lo que efectivamente sucede cuando nos referimos al *conocimiento* y su relevancia jurídica, es su atribución o imputación frente a la realización de un tipo penal⁵⁰. Los criterios para la imputación o atribución del conocimiento deben corresponder a las valoraciones que se han generado en el interior del grupo social, como producto de procesos de comunicación; asimismo, éstos equivalen a reglas sociales de imputación⁵¹.

De esta manera, cada contexto social provee de ciertas reglas sociales, las cuales cumplen la función de señalar en qué casos es posible imputar un conocimiento, esto es, cuándo la negación normativa ha sido consciente. El método que la doctrina recomienda para demostrar esta atribución consta, primero de la prueba de un hecho objetivo y, posteriormente, del imputar a partir de él "determinadas realidades subjetivas de acuerdo con el contenido de una regla con vigencia social"⁵². Además, debe quedar en claro que, según esto, hay prueba del conocimiento sólo si resulta la afirmación: probado el hecho X, el sujeto *necesariamente* conoce Y.

En conclusión, para poder hacer el juicio de imputación de responsabilidad es necesario, en primer lugar, determinar la existencia de la posición de garante —que para nuestro caso ya hemos afirmado indudablemente—; pero también, en segundo lugar, que el sujeto ha infringido su deber creando un

⁴⁹ Así KINDHAUSER *Strafrecht, Allgemeiner Teil*, Baden-Baden, 2005, p. 284; KÜHL, *Strafrecht, Allgemeiner Teil*, 4. edición, München, 2002, pp. 675 y ss.

⁵⁰ RAGUÉS I VALLÉS *El dolo y su prueba en el proceso penal*, Universidad Externado de Colombia, Bogotá, 2002, p. 357.

⁵¹ RAGUÉS I VALLÉS *Ibid.*, p. 358.

⁵² RAGUÉS I VALLÉS *Ibid.*, p. 376.

riesgo jurídicamente desaprobado y que éste se haya concretado en el resultado típico. Además, para la imputación en un supuesto omisivo será necesario que el sujeto tenga la posibilidad de repeler el resultado porque conoce la situación que actualiza el deber o le es cognoscible.

8. La creación del riesgo y la posibilidad de evitación en el caso concreto

a. No está probado que los militares infringieran el deber

1. Una vez presentados correctamente estos *otros* presupuestos que la doctrina penal *también exige ineludiblemente* para concluir que existe responsabilidad penal individual y en especial para los denominados delitos de omisión, y que resultan relevantes para el caso en cuestión, debemos continuar analizando si en el caso concreto se creó un riesgo jurídicamente desaprobado.

Y es que esta cuestión es, sin duda, el punto más importante en la determinación de la posible responsabilidad de los miembros de las Fuerzas Armadas colombianas por los hechos ocurridos en Pueblo Bello y así la responsabilidad internacional del Estado colombiano.

2. Como arriba se demostró, los militares acantonados en la zona tenían una posición de garante respecto de la seguridad de los habitantes de este corregimiento y respecto del respeto y garantía de sus derechos. Ahora bien, como también supra fue demostrado, aún queda por analizar si en el caso concreto se infringió ese deber derivado de la posición de garante. En otro caso, no se puede deducir algún tipo de responsabilidad para los militares ni, por ende, para el Estado colombiano. Este es el *quid iuris* de nuestro caso.

3. Llegados a este punto, planteamos la tesis que la defensa sostiene: el que los militares presentes en la zona crearan un riesgo jurídicamente desaprobado por infringir los deberes resultantes de su actividad, así como porque conocieran con claridad la situación de riesgo actualizante del deber es algo que *NO* se ha probado en absoluto en este proceso. Tampoco existen elementos de prueba que permitan colegir la cognoscibilidad.

b. No está probado el conocimiento de los militares de los hechos ni la cognoscibilidad

1. Sobre el conocimiento o la cognoscibilidad tenemos que afirmar que *no* hay elementos de juicio contundentes en el proceso acerca del conocimiento de los militares presentes en la zona de un posible ataque de sujetos al margen de la ley a la población de Pueblo Bello.

2. A pesar de que el Estado siempre realiza labores de inteligencia, no se obtuvo información alguna sobre la posibilidad de un ataque a esa población. Es más, si bien el accionar de grupos armados al margen de la ley era conocido, la existencia de ese grupo en concreto se estableció sólo con posterioridad a los hechos, de acuerdo con la información suministrada por el señor ESCOBAR MEJÍA, pues luego de los hechos se inició la recopilación de datos y de información de inteligencia sobre ese grupo. El primer informe de inteligencia que se conoció en el proceso de la conformación específica de "Los Tangueros" es posterior a los hechos sucedidos. Entonces, no se tenía conocimiento preciso de la existencia de este grupo en esa zona específica, toda vez que la fuerza pública estaba desarrollando todo su accionar en contra del frente 5 de las Farc, y otro del EPL, quienes desarrollaban su accionar delictivo fuertemente en la zona.

3. En el proceso obra prueba de la falta de denuncia de los habitantes de Pueblo Bello a las autoridades militares sobre los continuos sabotajes de los grupos guerrilleros. Así, la declaración de RUBÉN DÍAZ ROMERO, de 22 de enero de 1990 ante el juzgado 4 de orden público de Medellín:

(...) nosotros el día siguiente del caso ocurrido, los padres de familia, los hermanos y los hijos dolientes, tuvimos el acuerdo todos que vamos hacer y dijimos que unos vamos a San Pedro y otros para Turbo. Para San Pedro nos fuimos como doce personas entre mujeres y hombre (sic), BENITO RICARDO, TORCUATO BARRERA, ARCESIO CALLE PERDÓN ÁLVAREZ. Nosotros fuimos donde el Comandante del ejército, nos reunimos y él nos preguntó cuál es el problema de ustedes. Nosotros le dijimos todos los hechos ocurridos, él nos preguntó antes de esto, ustedes no habían visto algo extraño, gente armada, nosotros le dijimos no, él nuevamente nos preguntó, no se han dado cuenta que

por ahí hay guerrilleros, nosotros le dijimos que siempre habían, entonces él nos dijo nuevamente es que ustedes se tragan todo, no son capaces de venir acá a decir, cómo ahora sí vinieron, pero cuando se llevaron el ganado los guerrilleros, un ganado de "Los Tangueros", cómo no vinieron a informar, ahora como son sus hijos, ahora que sí les duele, sí vienen porque son sus hijos (.).

El reproche que hace el militar a los habitantes de Pueblo Bello muestra claramente que las continuas hostilidades de los grupos armados al margen de la ley a la población no eran conocidas por las autoridades militares, de otra forma no se explica la vehemencia del reproche. Además, el que el militar se refiera a "Los Tangueros" no significa que la existencia de ese grupo ilegal armado haya sido conocida con anterioridad a los hechos, como lo demostraremos *infra*.

4. El testimonio de ÁNGEL EMIRO JIMÉNEZ, de 27 de enero de 1990 en la oficina improvisada del centro de salud de Turbo ante una abogada visitadora de la Procuraduría General de la Nación, también da cuenta de la indiferencia de los habitantes del pueblo frente a la presencia de grupos armados; el robo de ganado no fue denunciado, pues, según el testigo, solamente era incumbencia de los directamente afectados.

PREGUNTADO: Sírvase manifestarnos por qué afirma usted que los que se llevaron el ganado fueron los del EPL. CONTESTÓ: porque ellos lo dijeron y dejaron papeles y propaganda, es muy rara la vez que se entran ahí al corregimiento. PREGUNTADO: por qué este hecho no se puso en conocimiento de las autoridades. CONTESTÓ: yo no lo puse en conocimiento ni nadie el (sic) pueblo porque como a los señores de los camiones los dejaron sueltos, a ellos era a quienes correspondía poner el denuncia.

5. Y es que los miembros de las Fuerzas Militares colombianas presentes en la zona no podían contar con la inminencia de un ataque a dicha población, pues se trataba de un pueblo tranquilo en el que nunca habían sucedido hechos similares y, además, catalogado como de paz. No había antecedentes de violencia, de los cuales se pudiese colegir la inminencia de un atentado.

Así el testimonio de LEOVIGILDA VILLALBA DE GONZÁLEZ, de 19 de enero de 1990, ante el Juzgado 4 de orden público dice:

PREGUNTADO: antes habían sucedido hechos similares en el pueblo.

CONTESTÓ: No, es un pueblo de paz. (...) PREGUNTADO: En el pueblo hay policía o ejército. CONTESTÓ: No allí no hay nada de eso, ni ejército, ni policía es un pueblo muy pacífico.

Igualmente el testimonio de RUBÉN DÍAZ ROMERO en audiencia del 19 de septiembre de 2005:

PREGUNTADO: ¿Ustedes tenían conocimiento de que Pueblo Bello y en las zonas aledañas existían grupos armados, la guerrilla, los paramilitares? CONTESTÓ: pues se sabía que ellos estaban por ahí pero no hacían presencia en el pueblo, se escucha que estaban por ahí.

Lo mismo se evidencia cuando responde el interrogante del juez GARCÍA SAYAN:

PREGUNTADO: hasta dónde usted tuvo conocimiento de estas personas, o personas vinculadas a él (FIDEL CASTAÑO) tenían algunos otros intereses en Pueblo Bello o mandaban personas para hacer indagaciones para buscar información para tener algún tipo de relación o simplemente era un nombre que se sabía que existía pero que no tuviera alguna relación en Pueblo Bello CONTESTO: no.

6. Los militares encargados de la seguridad de la zona no conocían a cabalidad la situación de orden público de la región, pues, como es propio del funcionamiento de la organización militar, habían asumido el control aproximadamente un mes antes de los hechos. Los testimonios del capitán ÁLVARO GÓMEZ LUQUE y del teniente NÉSTOR ENRIQUE BARRERA VEGA, citados por el fallo de la Procuraduría General de la Nación de 17 de noviembre de 1991, así lo demuestran:

Capitán ÁLVARO GÓMEZ LUQUE: que su permanencia en el área era de un mes y diez (10) días, pues había recibido el comando de la compañía el 4 de diciembre de 1989 y empezaba a conocer la región y sus problemas, no conocía sus habitantes, ni tenía nexos con nadie. Su único interés era darse a conocer, ayudar a la comunidad y colaborar en la solución de sus problemas más apremiantes, lo que cumplió con su unidad fundamental, colaborando en educación y salud, siendo testigos los habitantes de la jurisdicción asignada.

Teniente NÉSTOR ENRIQUE BARRERA VEGA: (...) escasamente tenía en el área 24 días el día de los acontecimientos en Pueblo Bello, por lo cual empezaba a conocer el área y la situación en que se encontraban en esos días; el dispositivo se reforzó y se incrementó la seguridad por información que descansa en el batallón, acerca de la intención que tenían los grupos subversivos de tomarse a San Pedro de Urabá.

7. Así las cosas, tenemos medios probatorios que apuntan a demostrar el desconocimiento de las autoridades militares de la incursión armada en la zona en concreto, y acerca de su posibilidad de una situación complicada de orden público en Pueblo Bello y de un grupo armado denominado "Los Tangueros". De acuerdo con la estructura de imputación del conocimiento a la que hicimos alusión supra, se debe afirmar que no está probado el conocimiento de un hecho X del cual se deduzca necesariamente el de Y. No está probado que los habitantes hubieran comunicado previamente a la fuerza pública de un posible peligro; por el contrario, lo que sí consta es que ellos no lo comunicaron. Tampoco está probada la existencia de informes de inteligencia, de los cuales se pudiese colegir algún indicio sobre estos hechos. De nuevo, existe constancia de lo contrario, esto es, de que la situación no se advirtió en absoluto. No existe prueba igualmente de que los militares conocieran los hechos en el momento en que éstos estaban sucediendo.

8. Por consiguiente, resulta sorprendente la vehemencia como la Honorable Comisión en la demanda parte gratuitamente de la existencia de dicho conocimiento sin aportar y hacer referencia a prueba alguna. En efecto, en el numeral 30 de la demanda la Comisión asevera:

Vale decir que a horas del secuestro, la Fuerza Pública apostada en el lugar ya se encontraba consciente de las motivaciones del grupo paramilitar a su simbolismo (...)

Los argumentos o medios probatorios que corroboren esta afirmación se extrañan en este proceso. En el acápite indicado la demanda cita los testimonios de las señoras LEOVIGILDA VILLALBA y CELIA DEL CARMEN HERNÁNDEZ OROZCO y del señor ELIÉCER MANUEL MESA (citados en el fallo de la Procuraduría General de la Nación de 31 de julio de 2000), los cuales nada dicen al respecto. Éstos se limitan a narrar la conversación sostenida con el oficial que los atendió y que les reprocha abiertamente el no haber informado antes de lo que venía sucediendo en Pueblo Bello.

Al parecer la Honorable Comisión obtiene ese resultado de la declaración de LEOVIGILDA VILLALBA, quien, según el fallo, afirma que no se explica cómo sabía él (el militar) que sí fueron "Los Tangueros", que él ya sabía a las diez de la mañana que era una venganza. Sin embargo, este interrogante de la señora VILLALBA no prueba nada, pues los militares pudieron ser informados de lo sucedido por otros medios anteriores a la visita a la base de los habitantes del pueblo. Esta suposición de la testigo no es más que eso, una suposición que no tiene fuerza probatoria alguna. Además lo que se debe discutir es el conocimiento anterior a los hechos (que no está probado), pues es éste el que actualiza el deber de garantía de los agentes y no uno posterior. En el mismo sentido la Procuraduría General de la Nación.

Como si lo anterior fuera poco, la Procuraduría General de la Nación en el momento de analizar todos estos testimonios llega a la siguiente conclusión acerca de la reacción del militar que recibió a los habitantes de Pueblo Bello y dialogó con ellos:

(...) pero es que ni siquiera existe claridad en lo que motivó al teniente RINCÓN PULIDO para proferir las expresiones aludidas, por cuanto no se pudo establecer a ciencia cierta de si su comentario lo hizo dentro del contexto señalado, o si lo realizó simplemente a partir de los comentarios de los familiares de los desaparecidos, porque en este último evento ni siquiera alcanzaría a tener la calidad de indicio, pues

sólo resultaría ser la ilación o deducción que hace el oficial a partir del dicho de los afectados.

Por consiguiente, la expresión proferida por el teniente RINCÓN PULIDO resulta equívoca porque puede expresar, o bien una participación en los hechos, una simple simpatía frente a lo ocurrido, o bien una especie de censura a los pobladores de Pueblo Bello, porque como es un hecho cierto que la guerrilla que opera en la región fue la autora del hurto del ganado, al teniente le pudo parecer que de alguna manera los pobladores de Pueblo Bello colaboraban con la guerrilla y de esta manera le hacía un reproche de su proceder. En tales circunstancias, el indicio que se pudiere edificar por tener una categoría de leve, en manera alguna puede constituirse en presupuesto sólido para proferir un fallo sancionatorio en su contra.

9. El único instrumento probatorio con el que se ha pretendido sustentar una posible participación de los militares fue el testimonio de ROGELIO DE JESÚS ESCOBAR MEJÍA, y éste, como veremos en seguida, carece de toda virtualidad para poder destruir la presunción de inocencia de los militares.

9. Conclusión parcial

En el análisis de la primera estructura de imputación de responsabilidad internacional de los Estados de acuerdo con la Convención, la responsabilidad de la República de Colombia por la intervención de sus agentes individualizados (por acción o por omisión) en los hechos de Pueblo Bello, está condicionada por la imputación personal al agente estatal de la infracción del deber que se tiene en el caso concreto.

La existencia de deberes se conoce en derecho penal como la teoría de las posiciones de garantía, de manera que lo primero es determinar la posición de garante en el caso concreto. Es claro que los miembros de las Fuerzas Armadas de Colombia tienen posición de garante respecto de los ciudadanos en general y se estableció que en el caso concreto ésta también existe respecto de los habitantes de Pueblo Bello.

La determinación de la posición de garante, sin embargo, no es el único elemento del juicio de imputación individual al agente estatal. Se necesita,

además, que el agente haya creado un riesgo jurídicamente desaprobado, y esto se traduce en la lesión al deber de protección respecto de la población de Pueblo Bello.

Esto es precisamente lo que cuestiona esta Parte: no está probado que los militares presentes en la zona crearan un riesgo jurídicamente desaprobado por infringir los deberes resultantes de su actividad, así como porque conocieran con claridad la situación de riesgo actualizante del deber; tampoco existen elementos de prueba que permitan colegir la cognoscibilidad. El material probatorio al que se hizo referencia anteriormente da buena cuenta de ello.

D. Sobre el testimonio del señor ROGELIO DE JESÚS ESCOBAR MEJÍA y su nula virtualidad probatoria para atribuir los hechos a miembros de la fuerza pública

1. Valoración del testimonio en atención a que se trata de un coimputado

a. Introducción

Como dijimos, en este proceso ante la Honorable Corte se ha referido una y otra vez el testimonio del señor ROGELIO DE JESÚS ESCOBAR MEJÍA para su valoración probatoria sin que se atiendan las reglas mínimas que deben regir la valoración del testimonio de un coimputado en un proceso penal. Ya que en el proceso de imputación personal al agente, requisito infranqueable de imputación internacional al Estado en este primer evento de imputación, este testimonio es piedra angular del posible juicio de reproche individual, nos dedicaremos en adelante a su análisis para demostrar su nula virtualidad probatoria respecto de la imputación de responsabilidad a los militares. Queremos dejar claro sí, que este testimonio no es, y ni siquiera puede considerarse indivisible; seguramente tendrá fuerza probatoria respecto de algunos puntos de su declaración, sin embargo, en lo atinente a la intervención de los militares por acción o por omisión en los hechos de los miembros del grupo armado al margen de la ley no ofrece ninguna credibilidad.

Corresponde ahora llevar a cabo la valoración del testimonio del señor ESCOBAR MEJÍA desde los parámetros que son comúnmente exigidos y

aceptados por los tribunales para llegar a conclusiones acertadas sobre la verosimilitud del mismo, los posibles ánimos que pudieran haberlo motivado, el papel procesal que el señor ESCOBAR MEJIA tuvo en el momento de la declaración, etc.

En concreto, nos referiremos a continuación a la declaración rendida por ROGELIO DE JESÚS ESCOBAR MEJIA ante la Procuraduría Delegada para la Defensa de los Derechos Humanos el 25 de abril de 1990 (anexo C 6), por ser también a esta declaración a la que se refiere la Demanda en su numeral 28. Sin embargo, aclaramos que la calidad de coimputado se deduce del expediente con el radicado 1227, que culminó con sentencia del 26 de mayo de 1997 ante el Juzgado Regional de Medellín, en el cual el señor ESCOBAR MEJIA hizo las mismas aseveraciones.

... nos identificábamos entre nosotros mismos con unos trapos rojos y otro rosado, también se amordazó la gente para que al pasar por San Pedro nadie dijera nada; a unos veinte minutos de marcha de Pueblo Bello está una base del ejército y más adelante el retén del ejército, de la base del ejército salió FERNANDO, alias Noventa, y un teniente del ejército y otros dos uniformados más, entre ellos según el teniente, era un cabo y un soldado, el teniente se subió a la cabina de carro de adelante y al cabo en un estribo y el soldado en el otro, preguntaba que cuánta gente llevábamos en ese carro, yo no le contesté nada, el teniente nos pasó del retén y queda como a veinte o quince minutos de la base, cuando se bajó el teniente le dijo al conductor y a FERNANDO, alias Noventa, que de ahí en adelante ya no había ningún problema. En el momento en que pasábamos por la base del ejército, el teniente hizo desviar más abajo el camión para no pasar por un pueblito que se llama San Vicente del Congo, él iba señalando el camino, pasando por el pueblito, el soldado que venía en el estribo del camión levantó una mano y se saludó con un soldado que se encontraba en una de las calles del pueblito, el camión no paró en el retén que queda a la entrada de San Pedro, ya en el casco urbano de San Pedro se bajó el teniente y los otros uniformados, y FERNANDO tuvo que bajarse a trasbocar porque venía borracho de puro aguardiente, cuando se bajó el teniente me dijo que ajustar bien la carpa del camión para que no fueran a ver nada en San Pedro. FIDEL CASTAÑO desde el comienzo nos decía que con el ejército no teníamos problemas porque ya todo estaba arreglado.

No se debe olvidar que esta declaración fue hecha por el señor ESCOBAR MEJIA en su rol procesal de coimputado o coprocesado, en un procedimiento en el que, precisamente, también se debatían sus propias responsabilidades penales. Esto ha de ser tenido en cuenta en el momento de su valoración, por lo que nos ocupamos de esta cuestión a continuación.

b. Sobre la valoración de la declaración de un coimputado en un proceso penal: reglas generales

La doctrina procesalista, como es sabido, ha desarrollado toda una serie de reglas para la correcta valoración de las declaraciones de los coimputados. El problema de este tipo de declaraciones reside en que las mismas pueden y hasta suelen caer en una motivación ventajista, en el ánimo de quien hace tales declaraciones. En efecto, el coimputado puede acusar a otros imputados en la misma causa claramente para exonerarse a sí mismo de responsabilidad, y, como decimos, generalmente suele hacerlo. Lo mismo cabe decir de declaraciones de coimputados que desarrollan un ánimo vindicativo contra sus excompañeros de actividades delictivas tras el fracaso del plan criminal. Por último, también la pretendida declaración delatoria de un coimputado viene impulsada por los posibles beneficios procesales que con la misma se quieran conseguir. En fin, por todo ello, la doctrina y la jurisprudencia han establecido unos muy concretos y exigentes parámetros para la valoración de este tipo de declaraciones, ante el riesgo de que las mismas hagan caer al juzgador en error judicial. Si bien es cierto que las declaraciones de los coimputados no pueden ser tachadas, *per se*, de nulas a efectos probatorios con la consecuencia de no ser tenidas en cuenta en absoluto, tales testimonios no deben ser valorados sin más, es decir, sin sujeción a unas estrictas reglas probatorias que traten de soslayar o, al menos, minimizar los graves inconvenientes de veracidad que ya hemos apuntado y de los que las mismas generalmente adolecen. Estos testimonios no son indivisibles.

Así, y dejando de lado la evolución doctrinal y jurisprudencial que al efecto se ha ido produciendo en los últimos años, el requisito que se trabaja hoy en día y que, por ejemplo, también es doctrina en algunos países europeos, es la denominada *necesidad de corroboración mínima objetiva*.

Sin necesidad de reproducir dicha doctrina en toda su amplitud, empezamos exponiendo aquí los planteamientos que hizo la sentencia del Tribunal

Constitucional español 233 de 9 de diciembre de 2002. Este fallo constituyó todo un hito en la evolución de esta temática, pues recogió la doctrina que en los años anteriores venía desarrollando este tribunal y que había sido el punto de partida de varios trabajos sobre el tema⁵³. Ella establece que:

1. *La sola declaración inculpativa de un coimputado es prueba insuficiente y no constituye por sí misma actividad probatoria de cargo mínima para desvirtuar la presunción de inocencia o extraer otro tipo de consecuencias jurídicas válidas de la misma*

2. *El carácter como prueba de cargo suficiente de la declaración inculpativa de un imputado se adquiere a partir de que su contenido quede mínimamente corroborado.*

3. *Se considera corroboración mínima la existencia de hechos, datos o circunstancias externas que avalen de manera genérica la veracidad de la declaración, más allá, pues, de la declaración misma.* Ha de estarse, por tanto, ante hechos o circunstancias ajenos a la propia declaración, pero por medio de los cuales pueda ser verificada la veracidad de la misma, como, verbi gracia, la existencia de huellas dactilares corroborando la versión del propio coimputado, la existencia del cuerpo del delito, etc. Ejemplo: un coimputado A sostiene que otro de los coimputados B se hallaba en el lugar de los hechos, situación que B niega. La policía judicial logra encontrar una huella dactilar de B en el lugar de los hechos. En general, la versión inculpativa de A, sumada a la corroboración objetiva que supone la existencia de la huella dactilar, y ello además teniendo en cuenta la negación de B, suele ser suficiente para desvirtuar la presunción de inocencia de B.

4. *La valoración de la existencia de corroboración del hecho concreto mínima ha de realizarse "caso por caso", teniendo en cuenta las circunstancias procesales y extraprocesales (posibles beneficios procesales de la delación, posible ánimo vindicativo en la declaración, etc.) que acompañaron a tales testimonios.*

⁵³ URBANO CASTRILLO/TORRES MORATO *La prueba ilícita penal Estudio jurisprudencial*, 2003, Ed. Aranzadi, p. 68; MONTAÑÉS PARDO. *La presunción de inocencia. Análisis doctrinal y jurisprudencial*, Ed. Aranzadi, 1999, p. 160; FLORES PRADA. *Valor probatorio de las declaraciones de los coimputados*, Ed. Tecnos, Madrid, 1998; también DÍAZ PITA *El coimputado*, Ed. Tirant lo Blanch, 2002; sobre el tema en Internet RIVES SEVA *Casos extravagantes de testimonio: el coimputado y la víctima*, <http://noticias juridicas.com/areas/65-Derecho%20Procesal%20Penal/10-Art%EDculos/200102 coimp2.html#end8>

Sólo cuando en el proceso de que se trate se vean cumplidos tales requisitos, el testimonio del coimputado sumado a las citadas corroboraciones objetivas periféricas o externas, será suficiente para extraer consecuencias jurídicas correctas en orden al establecimiento de responsabilidades penales o de otro orden; en otro caso, no habrá existido prueba de cargo suficiente y del testimonio del coimputado no podrá ser extraída conclusión alguna, al menos en derecho. Sólo así puede evitarse el tan temido como grave "error judicial" en tan delicadas situaciones procesales. No en vano han sido establecidas todas estas reglas cuidadosamente para la evitación del mismo.

Esta doctrina procesal ha sido confirmada reiteradamente; así, el Tribunal Constitucional español en sentencia STC 147, septiembre, 2004:

Centrado el objeto del debate, por tanto, en el ámbito de la presunción de inocencia y dado que en el presente caso la prueba de cargo en la que se sustenta la condena del ahora demandante de amparo es, fundamentalmente, el testimonio de un coimputado, conviene recordar que, de acuerdo con la doctrina de este Tribunal, las declaraciones inculpativas de los coimputados, cuya valoración es legítima desde la perspectiva constitucional, dado su carácter testimonial, carecen de consistencia plena como prueba de cargo cuando, siendo únicas, no resultan mínimamente corroboradas por otras pruebas (SSTC 153/1997, de 29 de septiembre, FJ 6; 49/1998, de 2 de marzo, FJ 5; 115/1998, de 15 de junio, FJ 5; 68/2001, de 17 de marzo, FJ 5; 72/2001, de 26 de marzo, FJ 4; 182/2001, de 17 de agosto, FJ 6; 2/2002, de 14 de enero, FJ 6; 57/2002, de 11 de marzo, FJ 4; 68/2002, de 21 de marzo, FJ 6; 70/2002, de 3 de abril, FJ 11; 125/2002, de 20 de mayo, FJ 3; 155/2002, de 22 de junio, FJ 11; 207/2002, de 11 de noviembre, FJ 2; 233/2002, de 9 de diciembre, FJ 3; 190/2003, de 27 de octubre, FJ 5; 17/2004, de 23 de febrero, FJ 3). Esto significa, en palabras de la STC 115/1998, que "antes de ese mínimo [de corroboración] no puede hablarse de base probatoria suficiente o de inferencia suficientemente sólida o consistente desde la perspectiva constitucional que demarca la presunción de inocencia" (FJ 5).

Esta exigencia de corroboración responde a que la declaración de un coimputado es una prueba "sospechosa" (STC 68/2001, de 17 de marzo, FJ 5) cuando se trata de la única prueba de cargo, en la medida

en que el acusado, a diferencia del testigo, no sólo no tiene obligación de decir la verdad, sino que puede callar parcial o totalmente o incluso mentir, en virtud de los derechos a no declarar contra sí mismo y no confesarse culpable, reconocidos en el art. 24.2 CE, que son garantías instrumentales del más amplio derecho de defensa (por todas, SSTC 233/2002, de 9 de diciembre, FJ 3)"

Y recientemente, en sentencia STC 30/2005 de 14 de febrero de 2005, el mismo Tribunal Constitucional español reitera:

En cuanto a la aptitud o suficiencia de las declaraciones de los coimputados para enervar la presunción de inocencia, este Tribunal ha reiterado que, si bien su valoración es legítima desde la perspectiva constitucional, dado su carácter testimonial, carecen de consistencia plena como prueba de cargo cuando, siendo únicas, no resultan mínimamente corroboradas por otras pruebas.

2. Sobre la concreta declaración del señor ESCOBAR MEJÍA y su correcta valoración a la luz de los principios expuestos

En nuestro caso no podemos afirmar la existencia de corroboración mínima objetiva acerca de la participación de los miembros de las Fuerzas Armadas colombianas en los hechos ocurridos en el corregimiento de Pueblo Bello. En efecto, el contenido de las declaraciones inculpativas del coimputado ESCOBAR MEJÍA respecto de los militares presentes en la zona no ha quedado *mínimamente corroborado* por ningún tipo de *hechos, datos o circunstancias externas*.

Y es que, en realidad no es que ya estemos ante una absoluta ausencia de los tan ansiados elementos objetivos externos a la declaración del señor ESCOBAR MEJÍA, sino que tal testimonio constituye un paradigmático ejemplo precisamente de todos los vicios que puede tener el testimonio de un coimputado y que fueron señalados supra. Desde luego, si hay un caso en el que era necesaria la corroboración externa y objetiva del testimonio de un coimputado, ese es el de la declaración del señor ESCOBAR MEJÍA, por las circunstancias externas que al mismo rodearon como a continuación vemos:

a. Ánimo vindicativo

El testimonio de ROGELIO DE JESÚS ESCOBAR MEJÍA pudo estar presidido de un ánimo vindicativo y, por tanto, presentar serias inconsistencias. El fallo de primera instancia de fecha 31 de julio de 2000 de la Procuraduría Delegada Disciplinaria para la Defensa de los Derechos Humanos deja bien claro que ESCOBAR MEJÍA había tenido una serie de graves desavenencias con sus compañeros paramilitares, de lo que puede y debe inferirse una animadversión del primero hacia los segundos, que no puede ser olvidada a la hora de valorar su testimonio. La referida enemistad queda plasmada en el fallo de la Procuraduría.

En efecto, en la página 58 del citado fallo consta que ESCOBAR MEJÍA:

... afirma que se encuentra "muy amenazado" por parte del principal lugarteniente de FIDEL CASTAÑO que se llama MANUEL OSPINA, alias "Juancho", por RAMIRO ÁLVAREZ PORRAS, detenido en Montería, y por VICENTE CASTAÑO GIL, hermano de FIDEL CASTAÑO (FL 164).

Y añade, que ello es debido

... a faltas cometidas cuando estuvo trabajando con ellos.

las cuales se concretarían en

... dos retardos en permisos que les fueron concedidos y por habersele comprobado, según su dicho, que mintió al no cumplir la orden de ejecutar a tres personas de las secuestradas en Pueblo Bello.

Por último,

... a esa mentira se unió la información que le dijeron que él había dado a un coronel del ejército.

Así las cosas, el testimonio de ESCOBAR MEJÍA puede tenerse como de ánimo vindicativo contra sus excompañeros de actividades delictivas, y como esto es así, no cabe duda que la demanda debería haber establecido las pertinentes prevenciones en la completa valoración del citado testimonio, y no tomar el mismo tal cual sin el exigible espíritu crítico sobre la veracidad de su contenido. El ánimo vindicativo que pudo tener ESCOBAR MEJÍA hace sospechosa de inverosimilitud la parte de su testimonio, es decir, también en

lo referido a las pretendidas conexiones de sus exjefes y ahora enemigos, con las Fuerzas Armadas colombianas.

000050

Todas estas cuestiones deberían haber sido valoradas correctamente a la hora de traerse a este proceso el testimonio del señor ESCOBAR MEJIA, pero nada de ello se ha hecho; ni siquiera se ha intentado. Entonces, no se ha tratado este problema como lo imponen las reglas del derecho procesal, lo cual constituye un obstáculo procesal esencial para la valoración del testimonio de ESCOBAR MEJIA, en detrimento de la búsqueda de la verdad material, y hasta formal.

Como si todo esto fuera poco, todavía hay más: como a continuación exponemos el ánimo vindicativo no es el único problema que presenta el testimonio del señor ESCOBAR MEJIA, sino que dicha declaración tiene otras tres graves carencias.

b. Contradicciones internas en la propia declaración

Como es natural, si la sola declaración de un coimputado no es suficiente para poder extraer conclusiones a efectos probatorios -sino que además se necesitan las tan mencionadas corroboraciones objetivas-, menos será posible obtener las citadas conclusiones cuando esa sola declaración del coimputado adolezca de contradicciones internas; entonces, ni siquiera la sola declaración del coimputado será veraz, con independencia de que estando sola en el procedimiento no puede tenerse como prueba de cargo suficiente.

En concreto, el testimonio del señor ESCOBAR MEJIA fue analizado ampliamente por parte de la Procuraduría Delegada para la Defensa de los Derechos Humanos dentro del citado fallo de 31 de julio de 2000, y por la decisión sobre su consulta de febrero 9 de 2001, en los cuales se hace referencia a la resolución número 006 del 27 de noviembre de 1991, toda vez que se evidenciaron notorias inconsistencias internas en dicho testimonio.

Así se pronuncia la Procuraduría en el fallo de consulta:

Respecto del testimonio de ROGELIO DE JESÚS ESCOBAR MEJIA, que es el que permitió dar inicio a la investigación por los hechos sucedidos en Pueblo Bello, fue analizado ampliamente en cuanto a su veracidad por

parte de la Procuraduría delegada para la Defensa de los Derechos Humanos dentro del radicado 008-D-9030, análisis que por tener relevancia jurídica dentro de la presente investigación, fue transcrito en el fallo que es objeto de consulta, toda vez que se evidenciaron notorias inconsistencias que permitieron concluir ***que su versión no ofrece entera credibilidad para sustentar un fallo sancionatorio***.

Es decir, la Procuraduría, organismo encargado, entre otras cosas, de velar por el respeto a los Derechos Humanos en Colombia, llegó a la misma conclusión en tres fallos respecto de los mismos hechos. En dicho fallo continúa:

Por ser de especial interés para la presente decisión, se retoman algunos de esos argumentos: "el exponente ESCOBAR MEJÍA afirma que salieron a las ocho y media de la noche rumbo a Pueblo Bello llegando a esta localidad a las diez y cincuenta y se demoraron como treinta minutos. ***Pero ocurre que de acuerdo a los elementos de prueba obrantes en el informativo, los hechos acaecieron en Pueblo Bello, aproximadamente a las 8:40 de la noche, o sea, dos horas antes de la referida por el citado ESCOBAR MEJÍA, y a diez minutos, después de haber emprendido el viaje hacia Pueblo Bello ...***

También expresa ESCOBAR MEJÍA que a unos veinte minutos de marcha de Pueblo Bello está una base del ejército, de donde salió FERNANDO alias Noventa, un teniente del ejército, un cabo y un soldado, que estos (los del ejército) se subieron al camión en que él viajaba, que el teniente le preguntaba cuánta gente llevaban, y el teniente los pasó del retén que queda como a quince o veinte minutos de la base.

En cuanto a la ubicación de la base y el retén militar, ESCOBAR MEJÍA está en total desacuerdo con la realidad probatoria, que sitúa primero el retén a la entrada de San Pedro (fol. 27) y la base en San Pedro ... y no a la inversa como lo describe ESCOBAR MEJÍA.

Tampoco se estableció que a 20 minutos de Pueblo Bello se halle una base militar.

Se sabe que de Pueblo Bello al retén de San Pedro existe una distancia mínima aproximada de media hora, aunque varios testigos consideran mayor distancia ...

Entonces, mal podrían haber pasado los dos camiones con los secuestrados por una base militar en un sitio donde no existe, o saliendo de Pueblo Bello primero pasar por la base que está en San Pedro y después por el retén ubicado a la entrada de este municipio

...

No encuentra tampoco respaldo probatorio lo afirmado por el exponente, al expresar que al momento de pasar por la base del ejército el teniente hizo desviar más abajo el camión, para no pasar por un pueblito que se llama San Vicente del Congo, que iba señalando el camino, y que el soldado que iba en el estribo del camión levantó la mano y se saludó con un soldado que se encontraba en una de las calles del pueblito. Pues, San Vicente del Congo queda antes de San José de Mulatos, el retén y la base militar (fol. 87, 438). Se contradice al manifestar que el teniente hizo desviar el camión para no pasar por San Vicente, para luego afirmar que el soldado que iba en el estribo saludó a otro que estaba en una de las calles del pueblito. Queda entonces flotando la duda de si pasaron o no por San Vicente (fol. 172).

Respecto a la afirmación de ESCOBAR MEJÍA consistente en que el teniente los pasó del retén, situado como a quince o veinte minutos de la base y que el camión no paró en el retén que queda a la entrada de San Pedro, *se consideraba que la distancia tiene que ser menor entre estos dos puestos militares, si se observa que el retén queda a la entrada de San Pedro, y que la base a la entrada de San José de Mulatos, que es mayor la distancia, apenas se gastan dos o tres minutos en carro ...* Ahora, si el camión, dice que no paró en el retén a la entrada de Pueblo Bello, donde supuestamente para el citado ESCOBAR MEJÍA sería la base, *¿por qué la ubica primero, cómo hicieron para subir el teniente, el cabo y el soldado al camión? Estas imprecisiones o desacuerdos en que incurre el exponente dejan dudas sobre sus aseveraciones respecto al tránsito de los camiones por el retén al mando del oficial NÉSTOR ENRIQUE BARRERA VEGA. Cabe entonces preguntar en qué base y en qué lugar está ubicada, de dónde presuntamente salió FERNANDO alias Noventa y los tres militares, si estos últimos se bajaron en el casco urbano de San Pedro, lo cual indica que probablemente no fue de la base de este poblado que salieron tales militares y el individuo mencionado, porque la base de San Pedro está situada a 200 metros de la carretera principal ... y no a veinte metros como lo expresó el exponente.*

Como se observa, el análisis hecho en los fallos de la Procuraduría sobre la declaración del señor ESCOBAR MEJÍA da buena cuenta de las múltiples contradicciones en las que cae este coimputado. Lo que aquí se tiene es una versión poco creíble que además queda desvirtuada por la corroboración objetiva precisamente de lo contrario. Esto es, que de acuerdo con los elementos de prueba obrantes en el informativo, los hechos acaecieron a las 8:40 de la noche, o sea, dos horas antes de la referida por ESCOBAR MEJÍA: el que estuviera comprobado pericialmente la existencia de otras rutas por las que pudieron transitar los miembros del grupo armado ilegal con los secuestrados, etc.

En conclusión, el testimonio del señor ESCOBAR MEJÍA es contradictorio en los siguientes puntos:

Está probado que los hechos acaecieron en Pueblo Bello aproximadamente a las 8:40 de la noche, o sea, dos horas antes de la referida por ESCOBAR MEJÍA. Los hechos no ocurrieron a la hora afirmada por ESCOBAR MEJÍA.

En cuanto a la ubicación de la base y el retén militar, ESCOBAR MEJÍA está en total desacuerdo con la realidad probatoria. El retén está primero, a la entrada de San Pedro, y la base militar en San Pedro. El testimonio es contradictorio por ubicar primero la base y luego el retén.

La anterior contradicción es el punto de partida de las siguientes:

Entre Pueblo Bello y dicho retén existe una distancia mínima aproximada de media hora. Ni existe una base militar a veinte minutos de Pueblo Bello ni la distancia entre Pueblo Bello y el retén implica un trayecto inferior a media hora. Los dos camiones con los secuestrados no pudieron, entonces, pasar primero por la base militar, pues ESCOBAR MEJÍA la ubica en un sitio donde no existe.

El testimonio del señor ESCOBAR MEJÍA también contradice la realidad probatoria cuando afirma que al pasar por la base, más abajo se hizo desviar el camión para no pasar por San Vicente del Congo, pues este poblado está ubicado mucho antes del retén y la base militar. Ahora bien, si se hizo desviar el camión para no pasar por el mencionado pueblo, cuando ESCOBAR MEJÍA

afirma que el soldado que iba en el estribo saludó a otro que estaba en una de las calles del pueblito, surge la duda de si efectivamente pasaron o no por San Vicente, como se pregunta legítimamente el fallo de instancia.

Por lo anterior, no se puede tomar el testimonio del señor ESCOBAR MEJÍA para imputar a miembros de las Fuerzas Armadas colombianas una participación con grupos delictivos. Sus evidentes contradicciones internas deben tenerse en cuenta para valorar su fuerza probatoria en el caso concreto; como ya lo venimos afirmando, el hecho de que estas contradicciones existen son un argumento más para afirmar su nula virtualidad probatoria.

Si queremos dejar claro en este punto que dicho testimonio no es, ni puede tenerse como indivisible, esto es, que si bien cuestionamos su virtualidad probatoria en relación con la supuesta participación de los miembros de las Fuerzas Armadas colombianas en el hecho en cuestión, *no pretendemos negarle su idoneidad y utilidad para deducir otro tipo de responsabilidades, como lo hicieron las diferentes instancias internas en Colombia*. Como está siendo demostrado, en relación con la imputación a militares, el testimonio del coimputado es contradictorio y, por tanto, de ninguna utilidad probatoria.

c. Intento de exonerarse mediante la incriminación de terceras personas

Por sí todo lo anterior no fuera suficiente, otro punto esencial afecta gravemente la declaración del señor ESCOBAR MEJÍA. Se trata en esta ocasión de otro de los casos paradigmáticos en los que el testimonio de un coimputado resulta abiertamente inidóneo: exonerarse a sí mismo implicando a terceras personas.

En efecto, la sentencia del Juzgado Regional de Medellín de 26 de mayo de 1997 (pp. 888, 887, 886 y 885) da buena cuenta del intento de nuestro coimputado de exonerarse a sí mismo inculcando a terceras personas:

Entre las personas que participaron [en el secuestro de MANUEL ALFONSO OSPINA], el delator [ESCOBAR MEJÍA] describe a HERNÁN VILLAMIL OGAZA (más adelante veremos que se trata de PEDRO HERNÁN OGAZA PANTOJA), JOHN DARÍO HENAO (alias Beto) y ELKIN DE JESÚS TOBÓN ZEA (...). Según su propio relato, no estuvo presente cuando sus compañeros de fechorías se tomaron Pueblo Bello, pero personalmente pudo

enterarse de lo ocurrido al escuchar varios de sus compinches relatando lo ocurrido (...) Revela el nombrado que uno de los partícipes en las torturas fue ELKIN DE JESÚS TOBÓN ZEA, conocido con el remoquete de "el grillo", quien les cortaba las venas, chuzaba los ojos, cortaba las orejas y los genitales (¡qué bárbaro!). En este infame proceder, ni siquiera el sueño vencía a los depredadores, amorales; es como si estuvieran dopados ...

Además de lo anterior, las diferentes resoluciones judiciales en las que se ha valorado la declaración de ESCOBAR MEJIA dan muestra de retractaciones respecto de las sindicaciones a otras personas. Así, por ejemplo, en la resolución de acusación de la Fiscalía Regional delegada de Medellín de noviembre 17 de 1995:

La sindicación para Fidel se origina en ROGELIO, que fue aleccionado por los agentes del DAS, pero posteriormente se retractó (...)

También el Tribunal Nacional en sentencia de diciembre 30 de 1997, al resolver el recurso de apelación y de consulta de la sentencia del 26 de mayo del mismo año del Juzgado Regional de Medellín, afirma:

Sin embargo, esta postura valiente y decidida de ESCOBAR MEJIA, sufrió cambios sustanciales con posterioridad a la entrega de JOSÉ OTONIEL VANEGAS PÉREZ, pues en adelante se mostró dubitativo y hasta contradictorio, en su afán de pretender liberar, o por lo menos opacar la responsabilidad penal de los hermanos CASTAÑO GIL, haciéndolo inicialmente respecto de HÉCTOR (fl. 248 y ss. cuad. 6) y al final frente a FIDEL ANTONIO (fl. 57 y ss. Cuad. 7); retractación que desde luego no puede ser admitida, por lo pueril e inverosímil que resulta; por carecer de respaldo probatorio y porque se evidencia que fue acomodada para que coincidiera con las versiones de VANEGAS PÉREZ y RODRÍGUEZ URQUIJO (...).

No se debe, entonces, pasar por alto la cuestión trascendental de que el coimputado ESCOBAR MEJIA implica a terceras personas en los sucesos criminales pero, eso sí, exonerándose a sí mismo de todo comportamiento causal en los hechos. E incluso se retracta respecto de las sindicaciones que ha hecho con el objetivo de acomodar su versión a la de otros.

Es más, viene a decir que él se había negado a ejecutar a tres de los secuestrados, lo que le habría generado problemas con sus superiores en el grupo criminal. Pero obsérvese que todo ello lo hace sin más elemento probatorio que su pretendido propio testimonio. En otras palabras, la única base probatoria que presenta ESCOBAR MEJIA de la realidad de su declaración es, por decirlo así, su propio testimonio, pero eso naturalmente sólo puede tenerse como prueba (de cargo) si a ello se añade las citadas corroboraciones objetivas externas, que es precisamente lo que falta en nuestro caso.

Desde luego que la intención del coimputado ESCOBAR MEJIA es la forma más fácil de exonerarse: "no yo sino los demás"; pero este argumento tan simple sólo puede tomarse en cuenta si el mismo es objetivamente corroborado por elementos externos al mismo, lo cuales faltan aquí en absoluto.

d. Intento de exonerarse como medio para obtener un mejor tratamiento procesal

Por último, otro de los también ejemplos paradigmáticos de situaciones procesales en las que se ha de ser extremadamente cauteloso a la hora de valorar el testimonio de un procesado (sea éste coimputado o no) es la del sujeto que declara con la finalidad de obtener un tratamiento procesal más favorable, por ejemplo, mediante la aplicación de atenuantes, permisos temporales de salida carcelaria, reducciones de condena, puestas en libertad cuando durante la investigación el procesado se encuentra en prisión provisional, etc.

En estas ocasiones la doctrina y la jurisprudencia han puesto de manifiesto sus prevenciones a la hora de valorar dichos testimonios, pues si bien el ánimo que los puede haber motivado no es en sí ilegítimo (no estamos ante casos de venganza), sí es un ánimo influido por el propio deseo de la obtención de beneficios procesales. Cuando estas ventajas para el imputado consisten en que él mismo pueda recuperar su libertad, la verdad es que el testimonio podrá llegar a ser por completo una invención en la esperanza de recuperar, tan pronto como le sea posible, dicha libertad.

Pues bien, en nuestro caso, y por si todo lo dicho hasta este momento fuera insuficiente -y estamos seguros de que no lo es-, existe acreditación plena de que el señor ESCOBAR MEJIA declaró precisamente en este último supuesto, es decir, con la esperanza de abandonar lo antes posible el centro

penitenciario. En efecto, en la sentencia del Juzgado Regional de Medellín del 26 de mayo de 1997, que la propia demanda cita en repetidas ocasiones, consta lo siguiente (p. 31):

... y para que en buena forma pueda apreciarse la verdadera intención que le asistía a ROGELIO DE JESÚS [ESCOBAR MEJÍA] al revelar los vejámenes con el grupo de FIDEL CASTAÑO, observemos al folio 26 vuelto del cuaderno duplicado número 4 las siguientes palabras: ... ***si es solamente por colaborar y por acogerme a los decretos que me favorecen especialmente al de libertad*** ...

Desde luego que no todo el que pretende acogerse a las citadas ventajas procesales tiene necesariamente que mentir en su declaración. Pero aquí, una vez más, no se puede hacer caso omiso de la máxima de experiencia que enseña que ante una motivación tan importante como es la recuperación de la libertad, el testimonio puede tornarse falso. Baste recordar, del derecho histórico -ya superado por suerte-, la dudosa efectividad de la tortura inquisitorial para la obtención de la verdad material: el sometido a tormento en el procedimiento del Santo Oficio acababa diciendo, por lo general, lo que se esperaba que dijese, para evitarse el sufrimiento del tormento. Sin que las situaciones sean naturalmente comparables, a quien se le ofrece tal libertad a cambio del testimonio en un determinado sentido le quedará bastante difícil no faltar a la verdad para obtener su propósito.

Ciertamente, como también recuerda la citada sentencia en sus pp. 31 y s., el señor ESCOBAR MEJÍA

estaba en todo su derecho al proceder así [búsqueda de beneficios procesales], observemos bien que la propia legislación se lo permitía, y de ahí que no existe relación valedera para extrañarse por dicho comportamiento, pero el reproche que aquí se hace no es a que el señor ESCOBAR MEJÍA se pretendiese acoger a tales medidas procesales, sino que pretenda valorar del mismo modo este tipo de testimonio, que el de, por ejemplo, un simple testigo que se hallaba casualmente en el lugar de los hechos, que cuenta lo visto y oído y que no tiene interés en la resolución de ese proceso penal concreto.

Esto que acaba de exponerse, sumado a que el testimonio del coimpuado carece de la corroboración objetiva externa hace que haya de reputarse su

testimonio como absolutamente inservible para los efectos que pretende la Comisión.

En conclusión, la pretendida base fáctica de la demanda relativa al testimonio del señor ROGELIO DE JESÚS ESCOBAR MEJÍA no puede fundamentar un fallo de esta Honorable Corte, pues su contenido no ha sido probado. La única forma de poder tomar en cuenta como hecho probado el contenido de la citada declaración hubiera sido que la misma estuviera corroborada por elementos objetivos externos a ella, lo que no sucede en modo alguno en nuestro caso. Es más, ha quedado acreditado que al menos por cuatro motivos diferentes e independientes entre sí, el testimonio del señor ESCOBAR MEJÍA ha de ser considerado no idóneo: pudo existir un ánimo vindicativo, presenta contradicciones internas, pretende implicar a terceras personas como forma de autoexoneración y, finalmente, busca obtener beneficios procesales.

Cada uno de estos cuatro motivos sería ya suficiente para destruir, procesalmente hablando, dicho testimonio a los efectos del intento por parte de la demanda de fundar la imputación a la República de Colombia. En otras palabras, no existe prueba alguna de que el grupo de paramilitares fuera ayudado por acción u omisión por el retén militar que se encargaba de velar por la seguridad en la zona.

Si se da una ojeada a todo el material probatorio obrante en el proceso y a las pretensiones esbozadas en la demanda, NO se encuentran otros elementos de prueba que corroboren objetivamente lo dicho por el coimputado ESCOBAR MEJÍA. Nadie, aparte de él, incrimina a los militares por esos hechos, y ni siquiera la demanda puede aportar pruebas al respecto. Además, de todo el acervo probatorio se deduce que la Fiscalía fue diligente en la averiguación de los hechos, el testimonio del señor ESCOBAR MEJÍA no es el único que fue practicado en las diferentes instancias judiciales; por el contrario, allí reposan varios *pero sólo uno incrimina a los militares*.

3. Valoración de la declaración desde las máximas de la psicología del testimonio

1. La denominada psicología del testimonio es la ciencia especial que, de la mano de la construcción de máximas de experiencia⁵⁴, trata de la capacidad de las personas de declarar sobre hechos de los que han sido testigos. No debe olvidarse que la psicología del testimonio es una parte de la psicología. En concreto, se trata de saber hasta qué punto tales testimonios son fiables o no, mediante las correspondientes reglas para valorarlos convenientemente. Estas reglas se han decantado a lo largo de experiencias empíricas y son utilizadas especialmente por la doctrina, especialmente la alemana, para la valoración de testimonios⁵⁵.

2. Ya que la Honorable Comisión da tanta importancia al único testimonio de cargo, el del señor ESCOBAR MEJÍA, desde luego llama la atención que la demanda no pierda ni una sola línea para examinar el testimonio del citado señor a la luz de las máximas de la psicología del testimonio. Por esta carencia absoluta de motivación de la demanda, se crea indefensión al Estado colombiano: como no se nos dice de la mano de qué principios ha sido valorada la única y pretendida prueba de cargo, difícilmente puede esta parte contradecir de forma efectiva unos argumentos que, precisamente, no existen. En derecho no se puede llegar a "conclusiones" sin motivación. Y esto es lo que ha sucedido en nuestro caso en todo lo relativo a la prueba. Como ya hemos visto y continuaremos poniendo de relieve.

3. Se puede mentir por venganza, por envidia, por odio, por compasión, por vergüenza, por ánimo de destacarse, por camaradería, por corporativismo, etc. En nuestro caso, vimos que ha quedado acreditado que el señor ESCOBAR MEJÍA faltó a la verdad para exculparse, obtener beneficios procesales y probablemente también por venganza. Además, afirmamos que dicho testimonio carecía de toda corroboración objetiva externa. También se debe tener en cuenta que nuestro coimputado estaba en una posición de poder, y como es claro que todo el que posee una posición de poder puede utilizarla para muchos y diversos fines, no extraña que en nuestro caso se haya presentado lo expuesto supra.

⁵⁴ ABREU BURELLI. (*La prueba en los procesos ante la Corte Interamericana de Derechos Humanos*) expone la tesis de esta Honorable Corte acerca de la valoración de la prueba de acuerdo con las reglas de la lógica y con base en la experiencia.

⁵⁵ Cfr. Por todos sobre esta temática BERTRAM SCHMITT. *Die richterliche Beweiswürdigung im Strafprozess*, 1993; también cfr. BERNER/RÖDER/NACK, *Tatsachenfeststellung vor Gericht*, Tomo I, *Glaubwürdigkeitslehre und Beweislehre*, 1995; otros autores entre nosotros MENSILAS PAVÓN, *Nuevo enfoque de la prueba testimonial en el juicio oral: la psicología del testimonio*, Quito.

4. A lo anterior hay que añadir una enseñanza más de la máxima de la experiencia "psicología del testimonio": que la mentira suele ser mucho más sencilla cuando la misma no perjudica, sino que beneficia, o cuando no perjudica a una persona concreta, sino a una institución o persona jurídica, por ejemplo, un banco, una compañía de seguros, al propio Estado, etc. El testimonio de ESCOBAR MEJÍA perjudicó al Estado colombiano y benefició a personas como RAMIRO ÉNRIQUE ÁLVAREZ PORRAS, quien, según el declarante, no participó en el secuestro y la incursión armada en Pueblo Bello.

Estas máximas de la experiencia de la psicología del testimonio apuntan una vez más a que el señor ESCOBAR MEJÍA faltó a la verdad en su declaración cuando quiso hacer ver el apoyo del retén militar a los paramilitares en tan deplorables hechos como los que acaecieron.

5. Desde otra de las máximas de la experiencia que nos brinda la psicología del testimonio, si lo relatado tiene suficientes detalles, ello hablará en favor de la credibilidad del testimonio. Y es que es difícil construir una mentira larga y con detalles sin entrar en contradicciones. Sin embargo, ya vimos que la declaración del señor ESCOBAR MEJÍA no aportaba demasiados datos sobre lo acaecido, manteniéndose más bien en algunos aspectos en un plano de superficialidad y cuando, por el contrario, aportaba tales datos, las contradicciones resultaban flagrantes. No resulta entonces plausible acoger como base fáctica de los fundamentos jurídicos el contradictorio relato incriminador contra algunos de los miembros del retén de ejercito, de quienes, por cierto, no da sus nombres, a pesar de las estrechas relaciones retén militar/paramilitares que pretende hacernos creer que existían.

6. Pasemos al análisis de otra de las máximas de la experiencia que ha desarrollado la ciencia de la psicología del testimonio

Así, también habla en favor de la veracidad de un relato, la homogeneidad del mismo en cuanto a detalles. Quien dice la verdad no suele establecer grandes diferencias de detalles en las distintas partes de su relato, en tanto que quien miente, según el sentido que deba tener la mentira, así hará hincapié en unos aspectos u otros. Tal heterogeneidad en una declaración puede significar que estemos ante una mentira.

Pues bien, el relato que ofrece el señor ESCOBAR MEJÍA, a la luz de esta máxima, no deja lugar a dudas al respecto: el testimonio es de los que se denominan "dirigido"; el lujo de detalles con que el relato aparece adornado en el aspecto clave del encuentro entre los paramilitares y el retén del ejército sorprende en comparación con la pobreza descriptiva de gran parte del resto de la narración. Ello, sin embargo, no sorprende, pues estamos ante un testimonio vindicativo, contradictorio, intencionado para obtener ventajas procesales, autoexculpante, y exculpante de los amigos e incriminador de los enemigos.

4. Sobre los requisitos procesales de la prueba testimonial

a. Introducción

1. Si la única prueba de cargo contra la República de Colombia en este proceso es el testimonio del señor ROGELIO DE JESUS ESCOBAR MEJÍA y éste, por todo lo dicho hasta este punto, no puede tenerse como prueba suficiente para fundamentar la responsabilidad de los miembros de las Fuerzas Armadas de Colombia por los hechos acaecidos en Pueblo Bello, se deben mirar las valoraciones que de éste hicieron las instancias judiciales colombianas, pues fue ante ellas que se garantizó el principio de inmediación.

Como vimos en todos los acápites anteriores, las sentencias en las cuales se valoró la declaración del señor ESCOBAR MEJÍA no sólo pusieron de presente las inconsistencias y contradicciones de éste, sino que también dejaron claramente demostrado que los fallos más graves de ese testimonio se dieron en el momento de inculpar a los representantes del Estado colombiano. Este testimonio, insistimos, no tiene ninguna fuerza probatoria para el *quid iuris* de este proceso, de nuevo para *probar* la participación por acción u omisión (apoyo o tolerancia) de los miembros de las Fuerzas Armadas colombianas en este abominable crimen. Hasta este momento lo único que reposa en todo este proceso es un testimonio "dirigido", desvirtuado en diversas decisiones judiciales internas y, como lo hemos demostrado en las líneas anteriores, inidóneo en sentido amplio, que por todo esto no puede fundamentar algún tipo de condena y menos una a un Estado de derecho legitimado como Colombia.

2. El Estado colombiano no puede ser condenado por estos hechos tan graves sin que se tenga absoluta certeza de la atribución de responsabilidad,

y es precisamente esta prueba la que no existe *en absoluto* en este proceso; más aún, lo único que hay es prueba de lo contrario, esto es, de que el testimonio es contradictorio, etc. (todo lo que ya apuntamos).

b. El principio de inmediación

1. El principio de inmediación es una de las garantías reconocidas internacionalmente para la valoración del testimonio⁵⁶. Es que no es lo mismo tener por cierto lo que dice un sujeto cuando se ha estado presente en el momento de su declaración que cuando esto no ha sucedido. Por ejemplo, la gesticulación, lo dubitativo que pudo haber estado el testigo son circunstancias que pueden llevar a desentrañar el verdadero valor probatorio de una declaración, por eso es que se pregonan este principio.

2. Ahora, si esto no ha sucedido dentro del proceso –no siempre es posible practicar todo tipo de pruebas en todo proceso– habrá de tenerse en cuenta por lo menos dos cosas:

Por un lado, habrá de atenderse la valoración de esa prueba, en nuestro caso el testimonio, que haya sido hecha por el fallador de instancia; al fin y al cabo él es quien ha tenido la posibilidad de conocer personalmente al testigo, pudiendo así hacerse una idea concreta y, por tanto, más diáfana acerca de la veracidad de lo declarado.

Por otro lado, habrá de considerarse necesariamente con mucho mayor detenimiento los demás elementos probatorios obrantes en el proceso, para así poder calificar el grado de credibilidad del testimonio o, simplemente, para corroborar objetivamente lo declarado con las otras pruebas. La prueba documental no puede sustituir la testimonial.

3. Y es que todas estas garantías que afirmamos respecto de la valoración de la prueba han sido reconocidas por el Tribunal Europeo de Derechos Humanos. Así, por ejemplo, este Honorable Tribunal ha manifestado que “los elementos de prueba deben, en principio, ser presentados ante el acusado en audiencia pública, con vistas a un debate contradictorio. Este principio tiene excepciones que sólo se pueden aceptar con la salvaguarda de los

⁵⁶ Cfr. Al respecto JAÉN VALLEJO. *Los principios de la prueba en el proceso penal español*, <http://www.unifr.ch/derechopenal/articulos/html/artjae2.htm>

derechos de defensa" (TEDH 2001/96 de 27 de febrero, asunto Lucà contra Italia).

Ahora bien, la importancia del contradictorio es puesta de relieve también por este Tribunal cuando afirma: "De ello se deduce, sin embargo, que los derechos de la defensa son restringidos de forma incompatible con las garantías del artículo 6 cuando la condena se basa únicamente o en una medida determinante en declaraciones hechas por una persona a la que el acusado no ha podido interrogar ni durante la instrucción ni durante los debates (TEDH 2002/71 de 5 de diciembre, asunto Craxi contra Italia).

4. Por todo lo anterior, la necesidad de la intermediación para la práctica de la prueba testimonial y la posibilidad de controvertir la prueba determinante para una condena son garantías reconocidas internacionalmente que, por ende, también deben regir este tipo de procedimientos, en esta instancia, en la que el Estado colombiano cumple el rol procesal de acusado⁵⁷.

5. Si volvemos a nuestro caso advertiremos que esta Honorable Corte no ha tenido la posibilidad de valorar directamente el testimonio del señor ESCOBAR MEJÍA, más bien se cuenta con el análisis que hicieron las diferentes instancias en Colombia. Y es precisamente la valoración hecha por las autoridades judiciales colombianas la que da cuenta de la nula virtualidad probatoria de este testimonio, como ya lo expusimos.

Entonces, si esta Honorable Corte no ha tenido esta posibilidad debe prestarse especial atención a la valoración hecha por las instancias internas, pues serán ellas las que pueden dar buena cuenta de la veracidad o no de lo dicho. Además de tener en cuenta lo analizado por las otras instancias habrán de valorarse los demás elementos de prueba obrantes en el proceso que corroboren objetivamente la declaración del coimputado ESCOBAR MEJÍA, elementos con que no se cuenta en esta causa.

5. Conclusión de la valoración del testimonio de ROGELIO DE JESÚS ESCOBAR MEJÍA

De todo lo dicho hasta aquí podemos concluir:

⁵⁷ En ese sentido FIX-ZAMUDIO. *Orden y valoración de las pruebas en la función contenciosa de la Corte Interamericana de Derechos Humanos*.

1. El testimonio del señor ROGELIO DE JESÚS ESCOBAR MEJÍA no puede fundamentar un fallo condenatorio de esta Honorable Corte, pues su contenido no ha sido probado. La única forma de poder tomar en cuenta como hecho probado el contenido de la citada declaración hubiera sido que la misma estuviera corroborada por elementos objetivos externos a ella, lo que no sucede en modo alguno en nuestro caso. Es más, ha quedado acreditado que el testimonio del señor ESCOBAR MEJÍA ha de ser considerado inidóneo.

2. También quedó demostrado que el testimonio del señor ESCOBAR MEJÍA deja abiertos muchos interrogantes frente al análisis que se haga de acuerdo con las máximas de experiencia de la psicología del testimonio.

3. En los casos de falta de inmediación se debe prestar deferencia a la valoración hecha por las instancias judiciales internas que sí tuvieron esa posibilidad. Lo contrario implica una gran carga argumentativa, que en nuestro caso se echa de menos.

4. La República de Colombia respeta, por supuesto, la autonomía de esta Honorable Corte en el momento de la valoración del acervo probatorio. Aquí solamente se ha querido ilustrar, de la mano de las más modernas doctrinas procesales, las bases teóricas aplicables al caso que nos ocupa.

6. Otros elementos de prueba de la ausencia de responsabilidad de los miembros de las Fuerzas Armadas colombianas

a. Recapitulación

1. Si bien los militares en nuestro caso tenían una posición de garante, no es correcto que crearan un riesgo jurídicamente desaprobado, bien por infringir los deberes activamente, bien por omitir el deber de evitar el resultado, o, como diría la Honorable Corte, por el *apoyo y la tolerancia a la infracción de los derechos reconocidos por la Convención*.

Exactamente lo mismo se ha de decir respecto de la posibilidad de evitación y respecto de una posible responsabilidad por omisión; en ningún momento se estableció con certeza probatoria que los militares conocían los deplorables sucesos que se desarrollaban en el corregimiento de Pueblo Bello y que un número significativo de personas fueron transportadas por la

carretera en la que ellos hicieron presencia. Tampoco está probada la cognoscibilidad.

Los miembros de las Fuerzas Militares presentes en la zona no conocían ni pudieron conocer la situación que actualiza su deber. Retomando el ejemplo propuesto supra –por lo gráfico del mismo–, si la madre ausente no conoce la situación de peligro de su hijo, resultaría desde todo punto absurdo pensar que a ella, por el simple hecho de tener la calidad de madre y, por ende, una posición de garante genérica, le es imputable la muerte de su hijo debido al incumplimiento de otros deberes por parte de otra persona.

Pues bien, el mismo análisis debe hacerse respecto de los militares de la zona. Fuera de toda lógica y sentido jurídicos sería afirmar que a ellos les incumbe algún reproche de responsabilidad por los hechos, si ni siquiera conocieron lo que estaba sucediendo. *Por consiguiente, no se puede afirmar que los militares crearan un riesgo jurídicamente desaprobado*

La carencia de prueba acerca de la responsabilidad de los representantes del Estado quedó anteriormente demostrada cuando se comprobó la nula virtualidad probatoria del único testigo de cargo, el señor *Rogelio de Jesús Escobar Mejía*.

b. Sobre la existencia de otras vías de acceso (la prueba indiciaria)

Como se demostró, el testimonio del señor ESCOBAR MEJÍA es inidóneo. Quedarían entonces otros elementos a valorar como, por ejemplo, el necesario (o no) tránsito de los camiones con los habitantes de Pueblo Bello por la vía en la que se encontraban los militares. La cuestión es, ¿debían pasar necesariamente por el sitio del retén y la base militar?

Si se parte del hecho de que no existen otras vías de acceso a la finca a la que fueron llevados los habitantes de Pueblo Bello, se tendría un indicio grave acerca de la responsabilidad de los militares, pues se podría preguntar, ¿entonces por dónde pasaron? Para analizar esta problemática haremos a continuación una breve exposición acerca de la prueba indiciaria, pues esto nos permitirá analizar el caso en estricto Derecho. Primero se analizará el silogismo, luego los elementos del indicio.

(1) El indicio como silogismo

El proceso lógico al cual se refieren las definiciones de indicio corresponde a un silogismo. El silogismo "es un argumento deductivo en el que se infiere una conclusión a partir de dos premisas"⁵⁸. Según lo anterior, el silogismo consta de tres elementos: dos premisas y una conclusión (que es inferida de las primeras). Las dos premisas corresponden a lo que se conoce como premisa mayor, que suele ser general, y premisa menor, que es menos general que la anterior. La premisa mayor contiene el término mayor que constituye el predicado de la conclusión, mientras que la premisa menor contiene el término menor, que es el sujeto de la conclusión. Adicionalmente existe el término medio, que no está presente en la conclusión. Además, el silogismo es un argumento deductivo. La validez de un argumento deductivo se deriva de que "es imposible que sus premisas sean verdaderas sin que su conclusión lo sea"⁵⁹.

ARISTÓTELES propuso una clasificación de los silogismos a partir del "valor" de las premisas. Es decir, a partir de la fuerza de las inferencias que llevan a las conclusiones. Así, distinguió entre silogismos demostrativos, basados en relaciones de necesidad; dialécticos, con relaciones de probabilidad y sofísticos (o contenciosos⁶⁰), basados en la falsedad. Estas relaciones definen la "fuerza" de las conclusiones del silogismo, de manera que de los silogismos demostrativos se infieren conclusiones necesarias, de los dialécticos, conclusiones probables, y de los sofismas, falsas conclusiones

REYES ALVARADO⁶¹ se refiere a las consecuencias de que un indicio se construya sobre estos tipos de silogismos. En el primer caso se trata del indicio necesario, "por cuanto ambos parten de premisas generales y ciertas para concluir forzosamente de una sola manera"⁶²; en el segundo caso se habrá construido un indicio en los que "se parte de proposiciones simplemente probables que tampoco nos pueden llevar a la certeza sino a una simple probabilidad cuya importancia será motivo de posterior valoración"⁶³; y, en el último caso, apenas "nos hemos quedado en el simple

⁵⁸ COPI y COHEN. *Introducción a la lógica*, Mexico, Limusa, 2002. p. 245

⁵⁹ COPI y COHEN. *Ibid.*, cit., p. 209

⁶⁰ REYES ALVARADO. *La prueba indiciaria*. Bogotá, Ediciones REYES ECHANDÍA Abogados Ltda., 1989, p. 136

⁶¹ REYES ALVARADO. *Idem.*

⁶² REYES ALVARADO. *Ibid.*, p. 134.

⁶³ REYES ALVARADO. *Ibid.*, p. 135

estadio de la sospecha o conjetura, conceptos que desde luego no alcanzan la entidad de medios probatorios".

(2) Análisis de los elementos del indicio

La prueba indiciaria es, quizás, aquella que mayor rigor analítico demanda a quien lo aplica. Siguiendo una autorizada doctrina, por indicio se entiende "el juicio lógico crítico por medio del cual aplicando una regla de experiencia a un hecho conocido podemos inferir otro hasta entonces desconocido"⁶⁴ o "cualquier hecho conocido (o una circunstancia de hecho conocida), del cual se infiere, por sí solo o conjuntamente con otros, la existencia o inexistencia de otro hecho desconocido, mediante una operación lógica basada en normas generales de la experiencia o en principios científicos o técnicos especiales"⁶⁵. Los elementos del indicio son: hecho indicador, regla de experiencia e inferencia lógica. El resultado de aplicar tales elementos es la conclusión o indicio propiamente dicho.

(3) El hecho indicador

El hecho indicador es "el hecho a partir del cual se infiere la presencia de otro desconocido"⁶⁶. Es decir, se trata de un hecho o circunstancia que aparece probado en el proceso.

• Características

El que el hecho indicador deba estar plenamente probado en el proceso define las características de este elemento del indicio.

1. En primer lugar, el hecho indicador debe estar demostrado mediante una prueba. Ello significa que el hecho indicador no puede tratarse como una hipótesis o el resultado de una simple conjetura. En el primer caso no se está frente a un hecho (que supone una afirmación de verdad), sino ante la enunciación de una o varias posibilidades. En el segundo caso tampoco se está frente a una afirmación (proposición de que algo es cierto), sino ante un

⁶⁴ *Ibíd.*, p. 35.

⁶⁵ DEVIS ECHANDÍA. *Compendio de derecho procesal. Pruebas judiciales*, t. II, Bogotá, Edit ABC, 1988, p. 498.

⁶⁶ REYES ALVARADO. *La prueba indiciaria*, p. 50.

juicio de valor sobre un hecho, basado en algo que puede ser cierto o no. Es decir, sin certeza sobre la existencia del hecho indicador.

2. En segundo lugar, y en directa relación con lo anterior, cualquier medio de prueba sirve para probar un hecho indicador. Dado que se requiere que el hecho esté probado, la única forma de hacerlo es mediante los medios de prueba admisibles. Debe advertirse que un medio de prueba específico, como por ejemplo un documento, puede cumplir una doble función: prueba de un hecho y prueba de un hecho indicador. Por ejemplo, de ordinario, un contrato es prueba de la existencia de un acuerdo de voluntades y, a la vez, puede ser prueba del hecho indicador sobre el contenido del acuerdo de voluntades, como cuando se pacta el bien y el precio y se establece la obligación de entregar el bien a cambio de dinero. Está probado que había la obligación de entregar dinero y la obligación de entregar un bien a cambio de ese dinero. Estos constituyen hechos indicadores, a partir de los cuales podría llegarse a la conclusión de que se pactó un contrato de compraventa.

3. En tercer lugar, la prueba del hecho indicador debe ser válida. Esto es, tal prueba ha debido ingresar correctamente al proceso, respetando el principio de legalidad. Se trata de que el hecho indicador se apoye en pruebas válidas.

- Unidad del hecho indicador

Uno de los puntos cardinales en materia de definición del hecho indicador consiste en el principio de unidad del hecho indicador. Conforme a este principio, cuando distintos medios probatorios convergen sobre un mismo hecho, se entenderá que se ha probado un solo hecho indicador. Con ello se pretende evitar que se construyan distintos hechos indicadores a partir de cada uno de los medios de prueba. Así, por ejemplo, "cuando a través de una confesión, dos testimonios, tres documentos y una inspección judicial se demuestra que el sindicato estuvo efectivamente en determinado lugar el día y a la hora en que los hechos ocurrieron [...] en esta hipótesis lo que realmente sucede es que un solo hecho indicador ha sido demostrado con la ayuda de varios medios de prueba"⁶⁷.

(4) Regla de experiencia

⁶⁷ Ibid., p. 81.

El hecho indicador sólo prueba el hecho conocido. La regla de experiencia constituye, dentro de la estructura silogística del indicio, la premisa mayor. Como tal, se trata de una regla general de carácter técnico o empírico. La regla de experiencia se construye a partir de la observancia de casos particulares, lo que sugiere una inferencia de carácter inductivo en su construcción:

Las reglas de experiencia se construyen a partir de la reiterada observación de casos particulares; no parece haber dificultad alguna para colegir que el mecanismo lógico que da lugar a su creación es el razonamiento inductivo, puesto que desde el punto de vista lógico él supone un paso de lo particular (examen de casos concretos) a lo general (formulación de una regla de experiencia)⁶⁸

Como se ha indicado, tales observaciones pueden ser producto de verificaciones empíricas, por ejemplo, por parte del juez, o por expertos en las distintas materias (peritos). Sin embargo, ello no supone que la regla de experiencia pueda ser construida de manera arbitraria. Para enfrentar esta arbitrariedad, producto de la visión personal del experto o del juez, es necesario que la regla de experiencia sea compartida por la comunidad. El carácter compartido por la comunidad no supone la mera existencia de un consenso mínimo sobre la regla, sino que comprende, además, el deber de tener presente situaciones "constantes o uniformes"⁶⁹, a fin de evitar la construcción de las reglas de experiencia sobre la base de situaciones excepcionales o aisladas.

Al igual que ocurre con el silogismo, por otra parte, la regla de experiencia puede ser calificada según la fuerza de la regla misma. Así, debe tenerse presente si la situación que explica la regla de experiencia puede ser resuelta o comprendida con otra regla. Es así como se pueden identificar reglas absolutas, en cuyo caso estamos frente a una relación lógica de necesidad (que se identifica al aplicar la expresión "siempre" a la regla). De otra parte, existen reglas relativas que pueden ser de dos entidades, según se aplique la expresión "la mayoría de las veces" o "algunas veces".

⁶⁸ *Ibid.*, p. 102.

⁶⁹ DORING *La prueba*, Buenos Aires, Ed. Jurídicas Europa América, 1978, citado por REYES ALVARADO, *Ibid.*, p. 109.

En el primer evento –aplicación de la expresión “la mayoría de las veces”–, se está frente a una regla de experiencia que sólo tiene fuerza de lo probable. Tal probabilidad implica que existen pocos casos en los cuales la regla no se aplica. Lo cual significa, de otro lado, que puede no aplicarse la regla. El otro caso trata de lo verosímil, en cuyo evento se está ante una situación respecto de la cual “las opciones de que no ocurra son mayores que aquellas de que sí ocurra”⁷⁰.

(5) Inferencia lógica

Según se ha indicado, el indicio se construye como un silogismo. De allí que una vez inducida la regla de experiencia, ésta se constituye en premisa mayor del silogismo y el hecho indicativo en premisa menor, de suerte que a partir de un proceso deductivo se ha de llegar a la conclusión o hecho indicado. Esto es, el hecho desconocido que se prueba mediante el indicio.

(6) Deber de explicitar

Por respeto al derecho de defensa y en atención al deber de motivar las sentencias, quien construye el indicio está en la obligación de explicitar cada uno de los elementos del indicio. Así, ha de precisar cuál es el hecho indicador y el medio probatorio que lo sustenta y la regla de experiencia que pretende aplicar y las razones para ello. Sólo así es posible controlar la construcción del indicio. Es decir, establecer si efectivamente el indicio se ha elaborado a partir de pruebas que efectivamente demuestran la existencia de hechos indicativos; que tales hechos indicativos sean pertinentes para construir el indicio y que la regla de experiencia resulte plausible. En otras palabras:

Cada vez que se pretenda construir un indicio debe entonces señalarse cuál es el hecho indicador demostrado dentro del proceso, explicar la regla de experiencia que se empleará en la formación del indicio y, desde luego, deberá precisarse el hecho que finalmente fue conocido a través de la inferencia lógica. Sólo esta forma motivada de construir los indicios permitirá que se respeten los principios de legalidad, publicidad y controversia de la prueba⁷¹

⁷⁰ REYES ALVARADO *Ibid.*, p. 121.

⁷¹ REYES ALVARADO *Ibid.*, p. 45.

1. Después de explicar la estructura del indicio, resta analizarla en el caso que nos ocupa. Para el juicio de responsabilidad de los miembros de las Fuerzas Militares colombianas podría plantearse como indicio de su intervención en los hechos de los particulares la circunstancia de que sólo existe una vía de acceso a la finca a la que fueron transportados los habitantes de Pueblo Bello. Para esto habría entonces, y siguiendo la estructura silogística del indicio, que partir de un primer hecho indicador, el cual, como se expuso, debe estar probado dentro del proceso. Si pretendemos inferir un hecho desconocido (la intervención de los militares) tenemos que partir de la certeza de uno primero (existencia de una única vía de ruta).

En este proceso no está probado el hecho indicador, esto es, la existencia de una única vía de acceso a la finca, del cual pudiese empezar a inferirse el hecho desconocido. Pues si esta prueba existiese, tendríamos un primer elemento de indicio grave de la participación de los militares en los hechos de los terceros. Por el contrario, existe prueba, ésta sí de corroboración objetiva, acerca de otras posibilidades de acceso al lugar de destino de los captores, de modo que lo que tenemos es un contra-indicio, es decir, una argumentación en contra del supuesto indicio de responsabilidad de los agentes del Estado, el cual, por ser también un indicio, debe tener las mismas características y elementos del indicio en general.

2. La prueba pericial realizada y que consta en varias sentencias como en la decisión de febrero 9 de 2001 dictada por la Sala Disciplinaria de la Procuraduría General de la Nación al resolver en consulta sobre la decisión proferida en primera instancia por la Procuraduría Delegada Disciplinaria para la defensa de los Derechos Humanos constata que:

Por último, se encuentra probado pericialmente que existen varias trochas en el trayecto que de Pueblo Bello conducen a San Pedro de Urabá, lo que permite concluir que los camiones en los cuales se transportaron a las personas no necesariamente debieron pasar por San Pedro de Urabá, localidad en donde se hallaba la base militar y en donde eventualmente se montaba un retén.

Así las cosas, el hecho indicador de la ausencia de responsabilidad de los militares presentes en la zona sí está probado, pues pericialmente se logró establecer que existen otras vías de acceso a la finca y que no necesariamente la caravana debió pasar por el retén y la base militar. Entonces, el hecho indicador de la ausencia de responsabilidad está constatado mediante prueba pericial (admitida y legalmente aportada al proceso), él no es conjetura o una simple hipótesis.

3. Este hecho indicador está, además, sustentado por el testimonio de JOSÉ GUERRERO PALACIOS (juzgado 21 de instrucción penal militar, San Pedro de Urabá, 30 de enero de 1990), quien afirma la existencia de una ruta a Arboletes, Candelaria y Montería:

PREGUNTADO: ¿Diga si tiene conocimiento si usted conoce algún camino que viniendo de Pueblo Bello hacia San Pedro de Urabá sirve de desvío para eludir el retén militar, ubicado a la entrada del municipio de San Pedro. CONTESTÓ: No lo conozco, pero sí hay uno que va a dar a Candelaria, Arboletes y Montería.

En el mismo sentido, ROSMIRA MENDOZA RESTREPO (juzgado 21 de instrucción penal militar, San Pedro de Urabá, 31 de enero de 1990):

PREGUNTADO: ¿Diga si de la carretera que de Pueblo Bello conduce a San Pedro de Urabá hay algún camino o trocha de desvío trassitable (sic) en vehículo y el cual se puede eludir el pasar por el retén militar. CONTESTÓ: Yo conozco la que conduce a San José de Mulatos, pero no sé si hayan construido otra.

Otros testimonios obrantes en el proceso dan cuenta igualmente de la existencia de caminos, trochas, campos abiertos y ríos (San Juan) transitables. Así, ABEL ANTONIO LARA QUEVEDO ante el juzgado 21 penal militar, del 29 de marzo de 1990; el teniente NÉSTOR ENRIQUE BARRERA VEGA quien cita al mayor general FLAVIO JIMÉNEZ SÁNCHEZ; el testigo de audiencia RUBÉN DÍAZ ROMERO, 19 de septiembre de 2005 y ÁNGEL EMIRO JIMÉNEZ en la misma audiencia.

Además de los experticios realizados por los militares, se cuenta con el aportado por la Oficina de Investigaciones Especiales de la Policía Judicial, del 3 de septiembre de 1991. El grupo de expertos (GERMÁN A. DURÁN

LOZANO, LAUREANO YARA RODRÍGUEZ e ISIDRO PERALTA) da cuenta de la existencia de seis desvíos de trocha. También analizaron las características de los camiones empleados para el transporte de los secuestrados, las cuales son: camión carpado marca Dodge 600 diesel, con un ancho de 2.6 metros. Igualmente dieron cuenta de las dimensiones de las trochas ubicadas, las cuales oscilaban entre 8 a 4.2 metros de ancho, por lo que se puede inferir la posibilidad de su tránsito por los camiones utilizados para el transporte de los secuestrados.

4. De acuerdo con lo expuesto, y considerando los croquis y estudios topográficos aportados al proceso, se pueden inferir por lo menos dos posibilidades de rutas alternativas a la vía principal, que eluden la presencia militar y conducen al destino final de los captores. La primera sería un desvío en el sitio la "Y" hacia el norte, pudiendo llegar hasta Arboletes pasando por Catalina (Antioquia) y que conduciría al sitio donde fueron encontrados los camiones. La segunda, partiendo de Maquencal hacia el oriente hasta Valencia. Téngase en cuenta que en esa región es posible el tránsito a campo abierto y el cruce del río San Juan en verano (que para la fecha de ocurrencia de los hechos estaba en condiciones normales, según testimonio de audiencia de RUBÉN DÍAZ ROMERO), clima que imperaba en la época en que ocurrieron los hechos (cfr. testimonios de audiencia de RUBÉN DÍAZ ROMERO y ÁNGEL EMIRO JIMÉNEZ, 19 de septiembre de 2005). Respecto de la imposibilidad de visualización de las vías alternativas, desde el retén militar se tiene el experticio de la Oficina de Investigaciones Especiales de la Policía Judicial anteriormente citado.

5. Por todo lo anterior, existen numerosos elementos de prueba del hecho indicador: la existencia de otras vías de acceso al lugar de destino de los captores, su posibilidad de tránsito en esa época y la imposibilidad de su reconocimiento desde el retén militar.

Si los captores pretendían llevar a los habitantes de Pueblo Bello a la finca "Las Tangas", es de lógica pensar que escogerían la ruta más favorable para sus intereses, y ésta no podía ser aquella que conducía al retén y la base militar. La experiencia enseña que el hombre para el logro de sus objetivos escoge generalmente los medios más favorables e idóneos, y que en este caso sería la elección de una ruta sin presencia militar, la cual se encuentra acreditada en el proceso.

Se puede inferir, entonces que, el (contra) indicio apunta a la ausencia de responsabilidad de los militares en los hechos (téngase en cuenta que el indicio puede ser objeto de graduación). La estructura indiciaria que dejaría deducir la responsabilidad de los agentes, ni siquiera cuenta con la prueba del hecho indicador, esto es, la existencia de una única vía de acceso. Sencillamente no hay indicio.

6. Debemos concluir que este análisis es un argumento más para afirmar la falta de responsabilidad de los miembros de las Fuerzas Militares colombianas en el caso de los sucesos de Pueblo Bello. Teniendo en cuenta esta primera estructura de imputación de responsabilidad internacional estatal, el Estado colombiano no ha incumplido con sus deberes convencionales referidos a la protección de la vida e integridad personales de los habitantes de Pueblo Bello.

7. Sobre los testimonios de MARIANO MANUEL MARTÍNEZ y ÁNGEL EMIRO JIMÉNEZ

1. En este acápite analizaremos las declaraciones de los testigos de audiencia, señores MARIANO MANUEL MARTÍNEZ y ÁNGEL EMIRO JIMÉNEZ, para demostrar que sus testimonios no tienen la fuerza probatoria necesaria para poder imputar responsabilidad a los miembros de la fuerza pública colombiana, respecto de los hechos de Pueblo Bello.

Lo primero que tiene que objetar esta Parte es el hecho de que el testimonio del señor MARTÍNEZ aporta nuevos supuestos a este contradictorio, los cuales no han sido hasta ahora fundamento fáctico de las pretensiones de la demanda. En efecto, hasta el día de la audiencia se viene a conocer la versión de la presunta presencia de militares en el lugar de los hechos.

Esto no sólo desconcierta al Estado colombiano, sino que también constituye un impedimento procesal. Aquí nos preguntamos: ¿es procedente tener en cuenta un hecho nuevo totalmente ausente en las pretensiones de la demanda?

El Estado colombiano está seguro de la falta de veracidad del contenido de dicha declaración. Desde luego, resulta sorprendente que en este estado

procesal se aleguen hechos tan graves, que conforman el *quid juris* de este juicio, que comprometen seriamente la responsabilidad del Estado colombiano, y que no habían sido denunciados por ningún testigo de los declarantes ante las diferentes instancias judiciales de Colombia. La única declaración que apunta a comprometer la responsabilidad de los militares es la del señor ESCOBAR MEJÍA, y ésta no sólo es inservible como lo demostramos supra, sino que se limita a relatar la presunta intervención de los militares en el facilitamiento del transporte de los secuestrados hacia las fincas. Pero ahora resulta que los militares estuvieron supuestamente en Pueblo Bello durante la toma. Nos preguntamos: ¿es procesalmente acertado darle credibilidad a un testimonio que después de catorce años cambia totalmente los supuestos fácticos de imputación?

En los numerales 26, 27 y 28 del capítulo B de la demanda presentada por la H. Comisión, en donde se narran los hechos del caso, jamás se mencionó la participación activa de miembros de la fuerza pública en el desarrollo de los hechos acaecidos el 14 de enero de 1990, ni se mencionó la presencia de agentes estatales en las inmediaciones de Pueblo Bello. La supuesta participación de agentes estatales se circunscribe, según lo narrado en el hecho 28 y que es tomado de la deposición rendida ante autoridades colombianas por parte del testigo ROGELIO ESCOBAR MEJÍA, al apoyo brindado por un “teniente” para sobrepasar el retén militar dispuesto en la vía sin ser molestados por los agentes estatales apostados en él.

En el escrito presentado por los representantes de las víctimas, capítulo 3.º, numerales 54 a 58, los hechos narrados coinciden en lo fundamental con los narrados por la Comisión, y al igual que aquél, éste tampoco menciona participación activa en los hechos del 14 de enero de agentes estatales, ni presencia de miembros de la fuerza pública legítima en el corregimiento de Pueblo Bello la noche del 14 de enero de 1990.

La Honorable Corte ha tenido oportunidad de pronunciarse respecto de la posibilidad de alegar hechos por parte de la Comisión y los peticionarios después de la presentación de la demanda y del escrito de estos en el caso de Cinco Pensionistas⁷², del cual extraemos los párrafos correspondientes:

⁷² CORTE I. D. H. Caso “Cinco Pensionistas” vs. Perú, Sentencia de 28 de Febrero de 2003.

152. Con motivo de esta controversia surgida entre la Comisión y los representantes de las presuntas víctimas y sus familiares, y por tratarse del primer caso tramitado en su totalidad con el Reglamento que entró en vigencia el 1 de junio de 2001, este Tribunal cree conveniente dilucidar la cuestión relacionada con la posibilidad de que se aleguen otros hechos o derechos que no estén incluidos en la demanda.

153. En lo que respecta a los hechos objeto del proceso, este Tribunal **considera que no es admisible alegar nuevos hechos distintos de los planteados en la demanda**, sin perjuicio de exponer aquellos que permitan explicar, aclarar o desestimar los que han sido mencionados en la demanda, o bien, responder a las pretensiones del demandante (subraya fuera de texto).

154. Es distinto el caso de los hechos supervinientes. Éstos se presentan después de que se ha planteado cualquiera de los siguientes escritos: demanda; solicitudes, argumentos y pruebas, y contestación de la demanda. En tal hipótesis, la información podrá ser remitida al Tribunal en cualquier estado del proceso antes del dictado de la sentencia.

La presencia activa de miembros de la fuerza pública en la escena de los hechos de Pueblo Bello el 14 de enero de 1990 es un hecho que se trae por primera vez al proceso, no ha sido previamente alegado ni por la Comisión ni por los representantes de las víctimas, tampoco ha sido ventilado en los procesos internos tramitados ante los organismos competentes en Colombia y que han adelantado variadas investigaciones para esclarecer los hechos acaecidos en Pueblo Bello, no hay testimonio alguno rendido en estos o en otros espacios en que se haya ventilado tal circunstancia, a pesar de que se contaron y se cuentan con los espacios procesales para hacerlo, por lo cual para el Estado es inadmisibles esta posibilidad, entre otras razones, por ejemplo, de índole de la razonabilidad y credibilidad del testimonio que se analizarán más adelante, porque se vulnera el derecho de defensa del Estado y se quebrantan sagradas garantías procesales.

Vale la pena resaltar que el declarante es demandante dentro de un proceso contencioso administrativo que se ventila ante el Tribunal contencioso administrativo de Antioquia y en el que se persigue indemnización a cargo del Estado por los mismos hechos que se ventilan ante esta H. Corte, y allí al narrar los hechos en que se sustentan las pretensiones incoadas, jamás menciona la presencia de agentes estatales en el corregimiento de Pueblo Bello en la noche del 14 de enero de 1990. Endilga responsabilidad al Estado

en el hecho contenido en el literal D. del numeral 2. del capítulo III de la demanda, y que coincide en un todo con los hechos narrados en la demanda de la Comisión y en el escrito de los representantes de las víctimas, que textualmente dice:

Según la versión de los testigos, la noche de los hechos, integrantes del Ejército Nacional apoyaron, durante la parte crítica del recorrido, a la caravana de paramilitares que conducían a sus víctimas hacia el municipio de Valencia. En concreto, personal militar actuó para que la caravana de camiones superara el retén militar establecido a la entrada del pueblo de San Pedro de Urabá.

Respecto de la credibilidad del testimonio rendido sea lo primero resaltar la temporalidad del mismo: es la primera vez en quince años que se atestigua por parte de quien ha tenido oportunidad previa de hacerlo, incluso al día siguiente de ocurridos los hechos, tal y como señala en el mismo testimonio que se critica por haber asistido a la base militar de San Pedro y por haber acompañado días después a otra comisión que se dirigió al personero y al alcalde de Turbo, la presencia de miembros del ejército en Pueblo Bello la noche del 14 de enero. Es algo que llama poderosamente la atención

Como si esto fuera poco, el señor MARTÍNEZ quiere deducir la presencia de los militares alegando que los sujetos presentes en el lugar de los hechos portaban prendas del ejército por el color "caqui" y las características del armamento que llevaban consigo. Sin embargo, esta primera percepción del señor MARTÍNEZ no dice nada acerca de la presencia de militares en el lugar. Como es de sobra conocido y casi constituye un hecho notorio, los miembros de los grupos armados al margen de la ley utilizan prendas similares cuando no las mismas de la fuerza pública, bien porque éstos hayan sido imitados o bien porque sencillamente hayan sido hurtados como ocurre constantemente. Entonces, el que unos sujetos portaran prendas de estas características no dice nada acerca de la presencia de los militares.

Resulta entonces cuestionable por qué el señor MARTÍNEZ viene a hacer semejante aseveración solamente en este momento procesal. A este interrogante de audiencia responde que no lo hizo anteriormente porque "operaba la ley del silencio". No sabemos a ciencia cierta a cuál ley se está refiriendo el testigo, lo que sí es cierto es que no es la misma que rigió las declaraciones de los demás habitantes de Pueblo Bello, quienes desde el

principio quisieron deducir la participación de militares de la simple suposición de inexistencia de otras vías de acceso a la finca Las Tangas. Ya vimos cómo esta suposición no tiene siquiera la calidad de indicio, por no estar probado el hecho indicador. Así las cosas, los demás habitantes no tuvieron miedo, pues de otra forma no habrían expuesto dicha suposición. El señor MARTÍNEZ afirma que la primera vez que contó lo sucedido lo hizo ante un militar; aquí cabe preguntarse, si él tenía miedo, ¿por qué cuenta los hechos nuevos justamente a un militar? Podría pensarse que el supuesto miedo no era respecto de los militares, entonces no devenía de la presencia militar, que estamos seguros nunca se dio. Por lo anterior, no puede entenderse que el testigo no haya contado lo que supuestamente vio a las autoridades con quienes estuvo. Recuérdese que el testigo estuvo con un fiscal de Apartadó y además interpuso una demanda ante la Jurisdicción Contencioso Administrativa en el año 2002.

También afirma el señor MARTÍNEZ que pudo identificar a las personas allí presentes como militares, ya que se encontraban a 4 metros de distancia. Evidentemente esta corta distancia permite identificar claramente a cualquier persona y esto lo sabe el declarante, no obstante, también se sabe y es una regla de la experiencia (que como vimos deben ser tenidas en cuenta en el momento de la valoración de cualquier testimonio), que quien desea cometer un hecho punible, lo primero que buscará es ocultar su identidad. Por tanto, no resulta comprensible y está por fuera de toda experiencia que los supuestos militares no ocultaran su rostro sabiendo perfectamente que podrían ser identificados, más aún cuando conocían a los habitantes de Pueblo Bello.

Llama la atención, igualmente, la forma reiterativa como el testigo quiere narrar su versión. En casi todas las respuestas conduce el relato a la afirmación de la presencia de militares en Pueblo Bello durante la noche de los hechos. Se nota evidentemente que narrar esta circunstancia es el objetivo de su declaración. Y, como dijimos, este objetivo resulta evidentemente sorprendente.

Se puede concluir lo siguiente respecto de este testimonio de audiencia:

- A) No debe tenerse en cuenta, por cuanto está por fuera del objeto del proceso, y por ello del objeto del testimonio, el contenido de lo narrado, y así previamente ha sido reconocido por la Honorable Corte.
- B) Sin perjuicio de lo anterior, el testimonio en sí mismo debe descartarse por la falta de adecuación temporal relacionada con la fecha en que ocurrieron los hechos, teniendo en cuenta variadas oportunidades que tuvo el declarante para rendirlo. No hay una explicación razonable para que quince años después de ocurridos los hechos se mencione por primera vez presencia activa de miembros del ejército en Pueblo Bello el 14 de enero de 1990.
- C) No existe una sola prueba dentro del expediente que coincida y permita validar lo narrado por el testigo.
- D) Lo narrado riñe con las reglas de la experiencia respecto del accionar de los perpetradores de este tipo de crímenes, máxime si se tiene en cuenta los medios con que contaban y la forma en que los utilizaron en el caso de Pueblo Bello.

A lo declarado por el señor JIMÉNEZ también haremos algunos cuestionamientos.

Al igual que a la declaración de MARTÍNEZ, al testimonio de JIMÉNEZ se le reprocha aquí su extemporaneidad. En efecto, en su declaración rendida ante el Juzgado 4 de Orden Público en comisión en el municipio de Turbo, el 27 de enero de 1990, afirmó lo siguiente:

Yo, en cuanto al caso, digo que los señores que se llevaron la gente digo que son los Tangueros, porque el ganado que quitó el EPL era del señor FIDEL CASTAÑO y entonces me imagino que es una venganza de ese señor con nosotros los campesinos que no sabemos nada de eso (...)

Pero resulta que ahora menciona que para la fecha de los hechos el ejército colombiano auxiliaba a los grupos paramilitares y que, además, conoce de personas que vieron a miembros de la fuerza pública colombiana durante el secuestro en Pueblo Bello, hecho que nunca mencionó cuando declaró catorce años antes ante el Juzgado 4 de Orden Público, al haber transcurrido tan sólo 13 días después de la toma, cuando, según las reglas de la experiencia, se recuerdan los hechos con mayor precisión.

De la misma manera, su relato respecto de la presencia de miembros de las bases militares vecinas a Pueblo Bello en la noche del 14 de enero de 1990 no constituye una prueba directa que comprometa al Estado colombiano, pues simplemente se centra en asegurar en que supo de gente que había visto soldados. Es más, esta afirmación resulta cuestionable, pues en el momento en que se le pregunta quiénes eran esas personas, testigos de la participación de militares en Pueblo Bello, sólo recuerda con claridad a MARIANO MARTÍNEZ y a nadie más. Argumenta a su vez que el paso del tiempo no le permite recordar más nombres de personas, entonces, se cuestiona, ¿por qué sí se acordó del señor MARTÍNEZ?

Por último, esta Parte quiere poner en evidencia una flagrante contradicción entre los testimonios de los señores MARTÍNEZ y JIMÉNEZ. El primero niega haber informado el día siguiente a la toma al teniente BLANCO de la base militar de San Pedro sobre la presencia de miembros de las Fuerzas Armadas en el lugar de ocurrencia de los hechos. Pero resulta que el señor JIMÉNEZ en su declaración afirma todo lo contrario, esto es, que comentaron al oficial acerca de dicha presencia. La pregunta que surge es, ¿comunicaron ellos la presencia de militares o no? Evidentemente, una de las dos declaraciones falta a la verdad y, de acuerdo con todas las inconsistencias de estos testimonios, la verdad material salta a la vista: los militares nunca estuvieron en el lugar de los hechos.

Por todo lo anterior este testimonio carece igualmente de virtualidad probatoria.

8. Posición de la República de Colombia frente a los cargos 1 y 3 de las alegaciones de derecho de la demanda

1. Por todo lo anteriormente expuesto, no se puede afirmar entonces que la República de Colombia sea responsable de la vulneración de los deberes de respeto y garantía de los derechos humanos protegidos en la Convención.

El análisis de responsabilidad frente al caso concreto y los derechos vulnerados específicamente demostró que no está probada la aquiescencia, tolerancia o autorización de los militares con los hechos cometidos directamente por los miembros del grupo armado ilegal. Por consiguiente, se debe afirmar que los miembros de las Fuerzas Armadas de la República de Colombia no infringieron sus deberes de respeto y que, por lo tanto, el

Estado colombiano no puede ser, en justicia, objeto de alguna clase de responsabilidad internacional por esos hechos.

2. No existe prueba de la responsabilidad del Estado colombiano por la violación de los derechos a la vida, la libertad y la integridad personales en los hechos de Pueblo Bello. Por tanto, El Estado colombiano tampoco ha incumplido la obligación de respeto de los derechos del niño consagrados en el artículo 19 de la Convención Americana.

3. Si no está probado en este proceso el "apoyo" o "tolerancia" de los miembros de las Fuerzas Armadas colombianas en los hechos de Pueblo Bello, tampoco se puede afirmar algún tipo de responsabilidad por la desaparición forzada y ejecución extrajudicial de 37 de las 43 personas.

Como expone el artículo II de la Convención Interamericana sobre Desaparición Forzada de Personas, "se considera desaparición forzada la privación de la libertad a una o más personas, cualquiera que fuere su forma, cometida por agentes del Estado o por personas o grupos de personas con la autorización, el apoyo o la aquiescencia del Estado, seguida de la falta de información o de la negativa a reconocer dicha privación de la libertad o de informar sobre el paradero de la persona, con lo cual se impide el ejercicio de los recursos legales y de las garantías procesales pertinentes".

El elemento de esta definición que tiene relevancia para el caso que nos ocupa es el de que el sujeto activo del delito debe ser un agente estatal o un particular autorizado, tolerado o apoyado por el Estado⁷³. De acuerdo con lo esbozado en el capítulo II y en este capítulo, y teniendo en cuenta la obligación estricta de respetar las estructuras de imputación de un hecho punible al Estado, el hecho de que el testimonio del señor ESCOBAR MEJÍA no tiene virtualidad probatoria alguna, así como la ausencia de indicios si quiera leves de la responsabilidad de los agentes, tampoco puede hacerse algún tipo de reproche al Estado colombiano por el delito de desaparición forzada. El apoyo o tolerancia, la intervención de los agentes no están probados.

⁷³ Cfr. Ampliamente sobre el delito de desaparición forzada de personas CÓRDOBA TRIVIÑO. *Derecho penal internacional*, Bogotá, 2001.

000982
4. Los mismos argumentos tienen validez para el cargo de la ejecución
extrajudicial de 6 personas identificadas como habitantes de Pueblo Bello.

**SEGUNDA ESTRUCTURA DE IMPUTACIÓN DE RESPONSABILIDAD
INTERNACIONAL ESTATAL POR HECHOS DE TERCEROS:
INCUMPLIMIENTO DEL DEBER DE PREVENIR LA VIOLACIÓN DE LOS
DERECHOS HUMANOS POR PARTE DE TERCEROS**

A. Características generales

1. La segunda estructura de imputación de responsabilidad internacional al Estado según la Convención es la infracción al deber de prevenir atentados contra los derechos humanos por parte de terceros.

Esta segunda estructura tiene unas características propias que la diferencian claramente de la primera estructura estudiada:

Primero, aquí no es presupuesto de imputación de responsabilidad internacional el juicio de reproche individual al agente. Esta estructura de imputación no está ceñida, entonces, a la comprobación de la intervención directa, por acción o por omisión, del representante del Estado en la violación de los derechos humanos por parte de terceros. Sencillamente el Estado no previene la violación de estos derechos en general.

Segundo, esta estructura hace alusión a un deber general de prevenir en sentido amplio, de manera que lo que se reprocha al Estado al fin y al cabo es una omisión general de prevención. Por el contrario, en la primera estructura estudiada se reprocha una *intervención directa* de los agentes por acción o por omisión en los hechos de los particulares. Ya que esa intervención es la infracción al deber en concreto, no es relevante la diferencia entre actuar y omitir, como se anotó en el capítulo anterior. En esta segunda estructura se trata más bien de una *omisión general*!

2. No es una responsabilidad internacional originada en el simple hecho de un tercero⁷⁴. Se requiere que el Estado quebrante los deberes de *diligencia* que tiene frente a los ciudadanos y la protección de sus derechos en su actividad estatal, y que surgen de la Convención; aquí la infracción es

⁷⁴ Cfr CRAWFORD. *Responsabilidad de los estados por actos de personas o grupos de personas bajo la Convención Americana de Derechos Humanos*

producto de la política de Estado. Esta Honorable Corte lo puso de manifiesto en el caso VELÁSQUEZ RODRÍGUEZ:

En efecto, un hecho ilícito violatorio de los derechos humanos que inicialmente no resulte imputable directamente a un Estado, por ejemplo, por ser obra de un particular o por no haberse identificado al autor de la trasgresión, puede acarrear la responsabilidad internacional del Estado, no por ese hecho en sí mismo, sino por falta de la debida diligencia para *prevenir* la violación o para tratarla en los términos requeridos en la Convención⁷⁵.

3. Los deberes de diligencia para prevenir la violación de los derechos humanos por parte de los terceros pueden ser objeto de graduación. Se tiene, por un lado, un deber general del Estado de prevenir atentados contra los derechos humanos de la población civil y, por el otro, un deber de diligencia individual que debe su intensidad al conocimiento o la cognoscibilidad de un atentado contra los derechos humanos. Al Estado se le harán dos reproches: se le reprochará la falta de prevención general y, teniendo en cuenta el grado de cognoscibilidad de los hechos en el supuesto específico, la falla en la prevención del peligro en concreto. También habrá de tenerse en cuenta el principio de proporcionalidad ya mencionado.

Es decir, si se demuestra en grado de certeza en el proceso que la infracción de los derechos humanos por parte de terceros fue cognoscible para el Estado en el caso concreto, cabrá el juicio de imputación de responsabilidad internacional, pues el deber de diligencia será mayor en ese supuesto. Habrá de tenerse en cuenta, sin embargo, que esa cognoscibilidad puede oscilar desde un nivel nulo, pasando por uno mínimo, hasta llegar a uno superior, de modo que habrá de analizarse la situación en el caso concreto para determinar la eventual responsabilidad. Si, por el contrario, se demuestra que los hechos no eran cognoscibles, no habrá lugar a responsabilidad internacional alguna.

4. La imputación de responsabilidad internacional al Estado por la infracción del deber de prevenir los atentados contra los derechos humanos es *menor* o *atenuada* respecto de la responsabilidad que cupiere por la intervención directa de sus agentes por acción u omisión en los hechos de los particulares,

⁷⁵ IA COURT HR, VELÁSQUEZ RODRÍGUEZ *Merits, judgment of 29 July 1988*, series C N 4, 164, 169, 172.

estructura de imputación analizada en el capítulo anterior. Es evidente que no es lo mismo que el Estado intervenga directamente en los hechos, por ejemplo la muerte de algunas personas, a que incumpla sus deberes de prevenir en sentido general respecto de terceros que lo hagan⁷⁶.

B. El deber de prevenir en el caso *sub iudice*

Si se analizan todas las circunstancias fácticas y jurídicas del caso que nos ocupa, tenemos que llegar a la conclusión de que el deber general y el especial de prevenir la violación de los derechos humanos por parte de terceros *no* ha sido infringido por parte del Estado colombiano.

1. Frente al deber general de diligencia, como reposa en el expediente y es de sobra conocido en este contradictorio, las fuerzas militares de Colombia hacían presencia constante en esa zona del país. Prueba suficiente de ello es la existencia de una base y un retén militares que velaban por las óptimas condiciones de orden público en esa región; también existía una inspección de policía directamente en Pueblo Bello.

La ubicación del retén era estratégica como lo pone de presente el experticio de la Oficina de Investigaciones Especiales de la Policía Judicial, de 3 de septiembre de 1990:

También se constató, con la prueba técnica que la visibilidad del reten (sic) hacia Pueblo Bello es apenas aproximadamente de 200 a 300 metros (foto 36) (fol. 436); (fol. 366, (fol. 373 - 374 - cuad. 2o.) imposibilitando el cubrimiento de los desvíos de la vía principal, no obstante que estratégicamente el retén se halla bien ubicado, en la altura predominante de la salida de San Pedro de Urabá a Pueblo Bello.

La existencia del retén y la base militar hacían parte de la política de seguridad del Estado para esta zona del país. Como se desprende del informe de inteligencia del Departamento Administrativo de Seguridad (DAS) de 12 de septiembre de 1990, la actividad del Estado estaba encaminada a

⁷⁶ Con razón HINESTROSA VÉLEZ (*Introducción a la responsabilidad internacional de los particulares en la violación a los derechos humanos*, Universidad Externado de Colombia, Bogotá, 2005), llama la atención acerca de la necesidad de que el Sistema Interamericano se pronuncie de forma más clara acerca de la responsabilidad moral y política de los grupos insurgentes por violaciones a los DH, pp. 87 y ss.

contrarrestar la situación de inseguridad que se venía presentando en esa zona y que había llevado, precisamente, a la instalación de retenes y bases militares. Evidentemente, la capacidad de reacción estatal estaba limitada por una situación crítica de orden público, que imposibilitaba una cobertura total del territorio, por lo demás muy extenso. No obstante, como se dijo, existían fuerzas militares en esa zona, por lo que el Estado colombiano sí había tomado medidas genéricas de protección, precisamente aquellas acordes con la capacidad de reacción del Estado.

2. El ejército realizaba operativos constantemente en la zona de los hechos. La declaración de ROGELIO DE JESÚS ESCOBAR MEJÍA, de 25 de abril de 1990 ante la Procuraduría Delegada, de la cual hemos reputado su divisibilidad, da cuenta de ello:

En el mes de mayo se reunió toda la gente en Las Tangas por unos veinte días y después nos tuvimos que esconder por un operativo militar del ejército, nosotros nos escondíamos en fincas aledañas a las de FIDEL, no sé de quién eran esas fincas, nosotros nos escondíamos allí porque FIDEL les ordenaba a los dueños y ya estaban conversando con ellos, estuvimos escondidos como veinte días, las provisiones entraban normalmente para nuestro sustento, el nombre de la finca donde estuvimos se llama Tequendama.

No se puede imputar al Estado el incumplimiento del deber de prevención, pues es claro que el ejército realizaba constantemente operativos en el lugar. Hay controles proporcionales a la situación de seguridad que se había venido conociendo en la zona, en este caso, posteriormente al secuestro del senador OSPINA OSPINA.

3. También se conoce que los delincuentes se desplazan a otras fincas para eludir así el control militar:

(...) nosotros vimos sacar de allá diez cajas de droga, allí permanecimos veinte días hasta que llegó una comunicación de Turbo diciendo que era posible que se acercara el ejército y ordenaron inmediatamente evacuar la finca (...)

4. En el momento de analizar el deber de prevención también debe tenerse en cuenta que la zona en cuestión es selvática y que existen varios grupos

armados, tanto del narcotráfico como de la guerrilla que obstaculizan el trabajo de los militares. Como quedó demostrado, el ejército colombiano operaba constantemente para controlar esta zona del país, pero su actividad se veía menguada por el accionar de los grupos armados ilegales quienes se escondían en propiedades privadas y se confundían entre la población civil para eludir la actividad estatal. Y el testigo citado continúa:

En agosto vino otro comunicado de que iban a hacer otro operativo en Las Tangas, ahí escondieron carros y armamento y el personal los trasladaron a Linares en un total de cuarenta y cinco hombres más o menos. Se hizo el operativo en Las Tangas en agosto del año pasado y al permanecer por varios días allí los militares, se les ordenó al personal nuevamente dirigirse a sus casas hasta el 22 de noviembre, donde todo el mundo debía reunirse nuevamente en Las Tangas (.)

5. La argumentación de la Procuraduría General de la Nación (fallo del 27 de noviembre de 1990) toma en cuenta el peritaje (citado supra) efectuado de la zona. Según dicha institución, en éste se demuestra la diligencia del Estado al establecer presencia militar adecuada en la región:

(...) el concepto táctico, de manera general también consideró acertada la forma táctica como el batallón FRANCISCO DE PAULA VÉLEZ y su compañía o unidad fundamental ha planeado y efectuado el control del área en la jurisdicción asignada a los mismos.

6. Aunado a lo anterior, en la audiencia todos los testigos coinciden en que existía un retén militar en el cual se llevaba a cabo un cuidadoso control del personal que transitaba. Por ejemplo, el señor RUBÉN DARÍO DÍAZ:

El ejército hacía requisa a todos los carros que pasaban, a la viceversa para ahí para acá. PREGUNTADO: ¿todas las veces que pasaban? CONTESTÓ: todas las veces que pasara uno. PREGUNTADO: ¿en qué consistían esas requisas? RESPONDIÓ: para la seguridad de las veredas y el pueblo. PREGUNTADO: ¿qué era lo que hacían los militares cuando las personas pasaban por ahí? CONTESTÓ: hacían bajar a todos los pasajeros, miraban los carros a ver qué llevaban, qué portaban, porque así era.

7. No se debe perder de vista que el reproche de falta de prevención debe estar acompañado de un juicio de proporcionalidad, criterio útil para la correcta interpretación de la teoría de los derechos humanos: la posible colisión de derechos debe ser tomada en cuenta.

Los militares presentes en la zona, los del retén y la base, cubrían un área determinada y prestaban la seguridad de unos caminos concretos, de modo que la exigencia de una mayor cobertura o simplemente de otra actividad atentaría contra el mismo plan de seguridad diseñado para la zona y que ya había sopesado las diferentes variantes y posibilidades de defensa. Por algo el retén estaba ubicado allí y no en otra parte! Si, por ejemplo, los militares hubiesen realizado visitas de control a las poblaciones cercanas, habrían descuidado el punto central de vigilancia que también servía a la protección de otros derechos, precisamente de aquellos de los habitantes de la zona en que se encontraban. Tampoco se les puede exigir desarrollar una estrategia que ponga en peligro su propia vida, pues ésta sería a todas luces ineficaz e incompatible con el objetivo estatal de seguridad y control.

Sobre esto también el fallo de la Procuraduría General de la Nación de 27 de noviembre de 1991, que cita la declaración del capitán ÁLVARO GÓMEZ LUQUE:

Para la noche de los hechos se encontraban doce hombres para retén nocturno salido Turbo parte alta San Pedro; treinta y dos soldados seguridad base número dos; treinta y dos soldados seguridad base uno; treinta y cuatro soldados de refuerzo de seguridad base número dos para plan de reacción y contra ataque.

La anterior distribución está de acuerdo con los reglamentos vigentes y es imposible una mayor dispersión no solamente por la limitación en cuanto a transporte, abastecimientos y disponibilidad del personal, sino porque se aumentaría la vulnerabilidad y la ineficacia ante el enemigo, por lo demás, cualquier otro movimiento debe ser ordenado o autorizado por el comando del batallón.

8. En cuanto al deber de diligencia en concreto, esto es, teniendo en cuenta las circunstancias de conocimiento y cognoscibilidad en el caso, tenemos que concluir que *no* se ha infringido el deber de prevención.

Como expusimos en detalle y nos remitimos allí (capítulo III), no existen medios probatorios que demuestren el conocimiento. Por el contrario, el desconocimiento en concreto de las autoridades militares acerca de una posible incursión armada en Pueblo Bello está sustentado probatoriamente. No era de conocimiento de los militares una situación complicada de orden público en dicho corregimiento. De la información de inteligencia con que se contaba no se podía colegir un posible atentado a Pueblo Bello. No está probado que los habitantes hubieran comunicado a la fuerza pública de un posible peligro; por el contrario, lo que sí consta es que ellos no lo comunicaron.

C. Conclusiones de este apartado

Así las cosas, resulta imposible reprochar al Estado colombiano la infracción al deber genérico de prevención y en el caso concreto. La actividad militar de la zona demuestra la diligencia del Estado en la prevención de cualquier atentado contra los derechos humanos de los habitantes de la región. No sólo se trataba de presencia militar, sino también, como quedó demostrado, de operativos constantes de persecución a los miembros de grupos armados presentes en esa región del país. La presencia militar era la que de acuerdo con la capacidad estatal resultaba pertinente y proporcional para la defensa de los derechos humanos. Los militares presentes en la zona no tuvieron conocimiento alguno de los hechos, ni éstos les fueron cognoscibles. Sobre el desconocimiento hay prueba suficiente en este contradictorio.

000990

CAPÍTULO V

Tercera estructura de imputación de responsabilidad internacional al Estado por hechos de terceros: incumplimiento de la obligación de respeto del deber de garantía en general y del derecho a las garantías y protección judiciales en especial

A. Introducción

A partir del numeral 56 de la Demanda, la Honorable Comisión expone los argumentos que demostrarían que las actuaciones judiciales llevadas a cabo por el Estado colombiano para esclarecer la responsabilidad de los civiles y militares por los hechos de Pueblo Bello no satisfacen los requisitos previstos en la Convención Americana, relativos a las garantías del debido proceso y la debida protección judicial.

Frente a este cargo la República de Colombia ya tuvo la oportunidad procesal para oponerse. En la contestación se expuso extensamente que Colombia, como Estado de derecho organizado y legítimamente reconocido, cuenta con los instrumentos jurisdiccionales idóneos para la aplicación de las garantías judiciales reconocidas en el artículo 8.º de la Convención. Que Colombia posee un ordenamiento jurídico estructurado, sistémico e integral con finalidades y ámbitos de protección específicos pero complementarios. Y que todos estos mecanismos fueron activados y puestos en marcha desde el momento en que sucedieron los hechos de Pueblo Bello.

B. Colombia no ha incumplido la obligación de respetar el derecho a las garantías y la protección judiciales

1. Aspectos generales del reproche de la Honorable Comisión y postura de la República de Colombia

1. La demanda comienza su relato reprochando al Estado colombiano el hecho de que sólo tres de los diez condenados cumplen pena privativa de la libertad y que la mayoría de las órdenes de captura proferidas contra las personas condenadas en ausencia no han sido ejecutadas, es decir, "que no

se ha juzgado en forma efectiva a los responsables y reparado a las víctimas y sus familiares”.

En el proceso ha ocurrido precisamente todo lo contrario a lo esbozado por la Honorable Comisión: sí se han realizado las investigaciones y calificaciones e impuesto las sanciones acordes con la ley. Como la misma Honorable Comisión lo expone, se ha condenado a un gran número de personas (diez en su totalidad) a penas ejemplarizantes y se pudo establecer que estas personas son las responsables de la organización, planeación y autoría de los hechos de Pueblo Bello. Por lo anterior, resulta bastante inconsistente afirmar el incumplimiento del deber por parte del Estado colombiano, pues no ha habido impunidad.

El hecho de que pudiesen existir otras personas autores o partícipes en estos hechos (teniendo en cuenta que se está ante el fenómeno de la macrocriminalidad) y que éstos no hayan sido judicializados hasta ahora, no afecta en nada el significado para la justicia y la verdad de los resultados judiciales ya obtenidos. El que exista claridad acerca de los hechos y de la responsabilidad de los autores principales demuestra el interés del Estado colombiano en la investigación y sanción por esos hechos y, al mismo tiempo, deja al descubierto el efectivo funcionamiento de los órganos de la administración de justicia. Se debe aclarar, por supuesto, que Colombia no ha renunciado a su deber de seguir utilizando las herramientas propias del Estado de derecho para llegar hasta las últimas consecuencias frente a estos hechos.

Esta Honorable Corte ya ha expuesto que la obligación de investigar y prevenir es una *obligación de medio o de comportamiento* que no puede considerarse como incumplida por el sólo hecho de que la investigación no haya producido un resultado satisfactorio⁷⁷. Sin embargo, como anotamos, los resultados de la investigación de responsabilidad en este caso pueden tenerse como satisfactorios: no sólo se conoce lo sucedido, sino también se ha condenado a diez personas por esos hechos.

2. Ahora, respecto de la no ejecución de las órdenes de captura proferidas contra las personas condenadas en ausencia, debe decirse que una cosa es

⁷⁷ CORTE I.D.H.. Caso VELÁSQUEZ RODRÍGUEZ. sentencia de 29 de Julio de 1988, numeral 175.

000992

que la captura no haya sido ejecutada por negligencia y otra muy distinta que ello no se haya dado por imposibilidad de establecer el paradero de los condenados. Como afirmamos anteriormente, en este caso nos encontramos ante un fenómeno de macrocriminalidad que, como tal, reviste unas características especiales que limitan de *facto* la efectividad de la administración de justicia. A esto habría que agregar las limitantes que surgen de las muchas veces precarias condiciones de la administración de justicia, propias de los países en vía de desarrollo. En nuestro caso, de diez condenados, tres cumplen sus respectivas y ejemplarizantes penas; entonces, el Estado colombiano sí ha ejecutado las órdenes de captura, precisamente aquellas que ha podido.

Aquí queremos hilar un poco más delgado, por lo que remitimos al artículo 8(1) de la Convención Americana de Derechos Humanos, citado por la demanda. En este artículo se consagra el derecho que tiene toda persona a ser oída con las debidas garantías (...) por un juez o autoridad competente (...) en la sustanciación de cualquier acusación penal formulada contra ella (...). Entonces, extraña el hecho de que la Honorable Comisión reproche que las capturas de las personas condenadas en ausencia no se hayan ejecutado, pues la misma condena en ausencia estaría en contravía con el citado artículo de la Convención. Evidentemente los ordenamientos procesales penales de muchos países consagran esta posibilidad precisamente para garantizar desde el derecho procesal otros derechos también importantes y esto también es reconocido por el derecho internacional.

3. En el numeral 65 de la demanda, la Honorable Comisión se refiere a la sentencia del Tribunal Nacional de 30 de diciembre de 1997, con la que se declaró la nulidad de lo actuado en relación con las víctimas de Pueblo Bello cuyos restos no habían sido encontrados. Según la Comisión, esto sería prueba de que la investigación "permanece abierta, tras catorce años ocurridos los hechos", lo que no satisface la "obligación del Estado de arbitrar los medios necesarios para cumplir con su obligación de esclarecer jurídicamente y reparar las violaciones perpetradas contra las víctimas".

Esta pretensión de la demanda tampoco es consistente. Lo primero que se debe destacar es que la nulidad declarada es una *parcial*, esto es, solamente referida a los moradores de Pueblo Bello que no han sido identificados, pues

000998

es un principio de derecho penal el que sólo se puede condenar por un delito cuando se tenga plena seguridad de su comisión, y para el caso del homicidio, lo mínimo exigible es la identificación de las personas muertas. Lo que sí demuestran estas actuaciones es el interés acusatorio de la Fiscalía y que llevase al proferimiento de sentencias condenatorias sin que se hubiese podido identificar a las víctimas.

No es cierto, entonces, que la investigación esté abierta injustificadamente después de catorce años; a este reproche la República de Colombia opone un estado jurídico de respeto de las garantías procesales.

En ese punto salta a la vista una paradoja. Se está reprochando el no investigar los hechos ocurridos en Pueblo Bello y, para fundamentar esto, se alude a la sentencia del Tribunal Nacional antes citada. No obstante, lo que viene a ordenar dicha sentencia cuando anula *parcialmente* lo actuado es precisamente que se investigue a los copartícipes no incluidos en la resolución de acusación original. Así las cosas, el Estado colombiano se encuentra en una especie de callejón sin salida: se reprocha el no investigar efectivamente, pero cuando un fallo judicial obliga a hacerlo, esta sentencia es la base del reproche. El que se haya dictado una sentencia declarando la nulidad parcial de una actuación es la prueba fehaciente de que sí se ha investigado. Como se sabe de autos, a la declaratoria de nulidad sobreviene otro procedimiento. Lo que no puede pretenderse es mantener un concepto de proceso penal meramente formal. El resultado de un proceso de averiguación de responsabilidad penal –como de cualquier otro– debe estar sustentado solamente en lo probado.

2. Sobre los conceptos de plazo razonable de duración del proceso penal, de derecho a la verdad y de reparación integral

a. El plazo razonable

La garantía del plazo razonable de duración del proceso penal tiene hoy en día una especial tutela a nivel del derecho internacional y en el derecho interno de los Estados.

La Convención también la consagra: art. 7, numeral 5 *Toda persona detenida o retenida debe ser llevada, sin demora, ante un juez u otro funcionario autorizado por la ley para ejercer funciones judiciales y tendrá derecho a ser juzgada dentro de un plazo razonable o a ser puesta en libertad, sin perjuicio*

000994

de que continúe el proceso. También en el art. 8, numeral 1, referido a las garantías judiciales Toda persona tiene derecho a ser oída, con las debidas garantías y dentro de un plazo razonable, por un juez o tribunal competente (...).

Mucho se ha discutido acerca del significado correcto de esta garantía⁷⁸. Ha sido a nivel jurisprudencial como se ha aclarado su verdadero contenido. El Tribunal Europeo de Derechos Humanos en el caso WEMHOFF (27 de junio de 1968) consagró la doctrina relativa a la imposibilidad de traducir el concepto de plazo razonable en un número fijo de días, semanas, meses o años, o en determinar la duración según la gravedad de la infracción. En otros casos (RIGIEN de 16 de julio de 1971, KÖNIG de 8 de junio de 1978, ECKLE de 15 de julio de 1982) el tribunal estableció que para determinar si la duración de un proceso ha sido razonable se debe, entre otras, *atender a la complejidad del caso*.

Esta Honorable Corte también ha sentado doctrina al respecto. En algunos casos (GIMÉNEZ, GENIE LACAYO, SUÁREZ ROSERO, entre otros) este tribunal ha expuesto la tesis del "no plazo", estableciéndose que la razonabilidad de la duración del proceso debe medirse según los criterios de la complejidad del caso, la conducta del inculpado y la diligencia de las autoridades⁷⁹. Entonces, deberá hacerse un estudio global del caso, del desarrollo y resultado de las investigaciones, donde se tendrá que considerar la complejidad del asunto, la multiplicidad de autores y víctimas y los resultados concretos obtenidos.

b. Los derechos a la verdad y a la reparación integral

Los perjudicados por la violación de los derechos garantizados en la Convención tienen un interés que va más allá de la búsqueda de la indemnización por los perjuicios sufridos. El Estado debe garantizar el derecho a saber la *verdad* de lo ocurrido, pues el acceso a la verdad constituye un pilar fundamental para el logro de los objetivos sociales, por ejemplo, el aseguramiento de la paz.

⁷⁸ Cfr. PASTOR. *El plazo razonable en el proceso del Estado de Derecho*, Una investigación acerca del problema de la excesiva duración del proceso penal y sus posibles soluciones, Buenos Aires, 2002

⁷⁹ C I D H Caso SUÁREZ ROSERO, sentencia de 2 de noviembre de 1997.

Este derecho a la verdad es inseparable del "derecho a la justicia" de contenido más general, por lo que en este acápite (sobre el deber de garantía) hemos decidido tratar toda esta problemática. Con este derecho se quiere resaltar que el derecho de las víctimas frente al Estado no se agota en la obtención de una compensación pecuniaria, sino que requiere una reparación integral que incluye el derecho a la justicia y al conocimiento de la verdad. El concepto de reparación integral requiere un esfuerzo por volver al *statu quo* antes, lo que en la mayoría de los casos no es posible; este concepto incluye la investigación y revelación de los hechos y un esfuerzo por procesar y castigar penal y disciplinariamente a quienes resultan responsables. Como afirma MÉNDEZ:

El derecho a la verdad es parte, entonces, de un más amplio derecho a la justicia que tienen las víctimas de este tipo de crímenes. Para ser más específicos, las obligaciones del Estado que nacen de estos crímenes son cuádruples: obligación de investigar y dar a conocer los hechos que se puedan establecer fehacientemente (verdad); obligación de procesar y castigar a los responsables (justicia); obligación de reparar integralmente los daños morales y materiales ocasionados (reparación); y obligación de extirpar de los cuerpos de seguridad a quienes se sepa han cometido, ordenado o tolerado estos abusos (creación de fuerzas de seguridad dignas de un Estado democrático). Estas obligaciones no son alternativas unas a las otras, ni son optativas; el Estado responsable debe cumplir cada una de ellas en la medida de sus posibilidades y de buena fe. Decimos en "la medida de sus posibilidades" porque se trata de obligaciones de medio y no de resultado. Por ejemplo, el hecho de que en una causa los presuntos autores resulten absueltos por falta de prueba no hace incurrir al Estado en violación de la obligación de justicia, si la causa se ha procesado y perseguido de buena fe⁸⁰.

c. El plazo razonable y los derechos a la verdad y la reparación en el caso concreto

1. Se impone la necesidad de analizar el caso objeto de estudio para determinar si el plazo de investigación es razonable y si se ha garantizado el derecho a conocer la verdad de lo ocurrido y se ha reparado integralmente a las víctimas.

⁸⁰ MÉNDEZ. *Derecho a la verdad frente a las graves violaciones a los derechos humanos*, www.aprodeh.org.pe

2. Lo primero que se debe advertir es que lo sucedido en Pueblo Bello fue resultado de la situación social y política de Colombia, que dada su *complejidad* ha demandado y sigue demandando grandes esfuerzos de las autoridades colombianas en la solución de la problemática. Tendríamos entonces un primer marco histórico complejo.

Las particularidades del caso, por su parte, de acuerdo con el acervo probatorio, reflejan en concreto dicha complejidad histórica; la existencia de un grupo armado ilegal de más de cincuenta personas, su incursión en una población, el transporte de dichas personas hasta otro sitio, la forma en que se desarrollaron los hechos violentos en las fincas, la sepultura de los cuerpos, etc., dan buena prueba de la complejidad del caso; estamos ante un número elevado de presuntos autores y de presuntas víctimas y de medios de actuación "no convencionales", más exactamente, por fuera de cualquier sentido humano. Esta complejidad queda evidenciada igualmente en el hecho de que de las cuarenta y tres personas trasladadas a las fincas, sólo se pudo identificar a seis de ellas.

Se debe tener en cuenta, además, que la forma de organización armada, ilegal, clandestina, etc., de este tipo de organizaciones armadas al margen de la ley aporta un componente adicional que hace dificultosa la actividad de las autoridades colombianas.

3. Esbozados así a grandes rasgos estos elementos, resulta importante, partiendo de esta complejidad y de la actividad de los miembros del grupo ilegal, determinar si los resultados obtenidos por las autoridades judiciales colombianas son acordes con el elevado grado de complejidad del caso; desde ya respondemos afirmativamente a este interrogante.

Ciertamente, como se desprende de las comunicaciones enviadas por el gobierno de Colombia a la Honorable Comisión y del expediente en general, inmediatamente después de tenerse conocimiento de los hechos se empezaron las investigaciones respectivas, alcanzándose resultados como a continuación relacionamos (debe tenerse en cuenta que esta investigación se realizó unificadamente con la del secuestro del senador OSPINA OSPINA):

000997

Según el informe de las Fuerza Militares de Colombia enviado al juez cuarto de Orden Público de Medellín de fecha 22 de febrero de 1990 se tiene que la fuerza pública colombiana (Policía Nacional y Ejército) adelantó varios operativos encaminados a la averiguación del paradero de las víctimas de Pueblo Bello.

- Difusión de la información del secuestro, orden a todas las unidades tácticas adscritas a la jefatura militar para controlar y vigilar la zona. Difusión de la información a la Policía Nacional y la Armada para operar en el área general de "Moñitos".

- Se reajustó el dispositivo de los batallones para mejorar las condiciones de búsqueda de los secuestrados.

- Los días 15, 16 y 17 de enero se efectuó el registro de la finca "Las Tangas" del presunto narcotraficante FIDEL CASTAÑO, allanamiento solicitado por la Procuraduría General de la Nación. Los días 1 y 2 de febrero se registraron las fincas "Las Tangas", "Las Cruces" y "Quebrada Pescado".

- Se elaboró un comunicado de prensa para obtener apoyo de la ciudadanía, esto gracias a las emisoras Ondas del Darién, la Voz de Urabá, Radio Prosperidad y Apartadó Estéreo.

- Se ordenó el desplazamiento a Pueblo Bello de dos unidades tipo pelotón del batallón de infantería Francisco de Paula Vélez. El jefe militar y el comandante del comando operativo número uno fueron personalmente. Se facilitó el uso de helicópteros a las comisiones de la Procuraduría General de la Nación.

- El 31 de enero altos mandos militares se reúnen para coordinar y desarrollar las actividades de búsqueda. Igualmente el director del DAS de Córdoba y el jefe de la Policía Técnica Judicial de Córdoba.

- El primero de febrero funcionarios de la Procuraduría, oficiales y dos civiles hacen una inspección a la finca "Las Tangas" (constatando la presencia de tropas del batallón Junín).

- El primero de febrero se difunde el comunicado que informa a la población sobre las operaciones de búsqueda y denuncian la campaña de desinformación que han venido promoviendo ciertos grupos.

- El 10 de abril de 1990, el Juez 7 de Instrucción Criminal de Montería, en compañía de un grupo de la Fuerza Elite de la Policía y del comandante de la SIJIN de Montería, practicó un allanamiento a la finca "Jaraguay". En dicha diligencia se ordenó la exhumación de cuatro cadáveres, y se encontraron armas, radios de comunicación y se capturó a seis personas:

- 1.- HÉCTOR DE JESÚS NARVÁEZ CRUZ,
- 2.- LUIS ÁNGEL GIL ZAPATA,
- 3.- RAMIRO ENRIQUE ÁLVAREZ PORRAS,
- 4.- TARQUINO RAFAEL MORALES DÍAZ,
- 5.- ELKIN DE JESÚS TOBÓN ZEA, y
- 6.- PEDRO HERNÁN OGAZA PANTOJA.

- El 12 de abril de 1990, el Juzgado 19 de Instrucción Criminal practicó diligencia de exhumación en la finca "Las Tangas", logrando extraer otros cuatro cadáveres.

- El 16 de abril de 1990, el Juzgado 15 de Instrucción Criminal se trasladó por tercera vez a la finca "Las Tangas", logrando exhumar 16 cadáveres más.

- Los 24 cadáveres exhumados en las tres diligencias descritas fueron trasladados al Coliseo de Montería, donde se realizaron las respectivas diligencias de inspección de cadáver, protocolos de necropsia y cartas dentales.

- Se continúa con la investigación penal de esas exhumaciones, bajo el radicado 030 del Juzgado 1 de Orden Público, utilizando todos los procedimientos legales establecidos para la época, para lo cual se tomaron indagatorias a los capturados y se ordenó la realización de declaraciones de testigos, individualizaciones e identificaciones de sindicados, inspecciones judiciales a otros procesos judiciales por hechos similares, así como el traslado de pruebas de otras investigaciones.

- Una vez individualizados e identificados los sindicados, se ordenó su captura.
- Se continúan las labores investigativas ordenadas por los diferentes despachos, encaminadas a ampliación de indagatorias, ampliación de declaraciones, y se ordena realizar exhumaciones en la finca "Las Tangas".
- El 12 de septiembre de 1990 el DAS envía un informe de inteligencia al Juzgado primero de Orden Público de Bogotá en donde se presenta el estudio de los movimientos delictivos de FIDEL CASTAÑO y su grupo armado.
- En el interregno se recibieron solicitudes por parte de Amnistía Internacional y ASFADES para continuar con las exhumaciones en la finca "Las Tangas".
- El 23 de julio de 1993, la extinta Fiscalía Regional Delegada resuelve situación jurídica a:

FIDEL ANTONIO CASTAÑO GIL, profiriendo medida de aseguramiento consistente en detención preventiva, por los delitos de violación al decreto 180 de 1998, secuestro en su modalidad de extorsivo, homicidio con fines terroristas, concierto para delinquir, porte ilegal de armas de uso privativo (Decreto 3664 de 1986), homicidio múltiple, y activa la orden de captura.

- El 23 de septiembre de 1993 la Fiscalía Regional Delegada resuelve la situación jurídica a otros vinculados:

JOSÉ ANIBAL RODRÍGUEZ URQUIJO, a quien se le profiere medida de aseguramiento consistente en detención preventiva, por los delitos de violación al decreto 180 de 1998, secuestro en su modalidad de extorsivo, homicidio con fines terroristas, concierto para delinquir, porte ilegal de armas de uso privativo (Decreto 3664 de 1986), utilización de equipos transmisores y receptores.

- El 23 de febrero de 1995 la Fiscalía Regional Delegada resuelve situación jurídica a otros sindicados, y profiere medida de aseguramiento consistente en detención preventiva, por los delitos de homicidio agravado, secuestro agravado, secuestro extorsivo agravado, delitos contra la libertad individual y otras garantías, violación al Decreto 2266 de 1991, porte ilegal de armas de

001000

uso privativo y violación al decreto 180 de 1988. En concurso con homicidio múltiple agravado, violación al decreto 3664 de 1986. Y adecua la medida de aseguramiento a FIDEL CASTAÑO GIL.

- 1- MARIO ALBERTO ÁLVAREZ PORRAS
- 2.- JHON DARÍO GIL HENAO
- 3.- MANUEL SALVADOR OSPINA CIFUENTES
- 4.- FRANCISCO JAVIER ÁLVAREZ PORRAS
- 5.- ELKIN DE JESUS HENAO CANO

- Entre el 18 y el 21 de octubre de 1994 se practicó una exhumación en el cementerio de San Antonio, Montería, exhumando 14 cadáveres, con los que se hicieron cotejos genéticos con las familias de Pueblo Bello, arrojando resultados negativos.

- Entre el 28 de marzo y el 3 de abril de 1995 se practicó una segunda exhumación en el cementerio de San Antonio, sin hallar restos óseos en la zona inspeccionada.

- El 26 de mayo de 1997, [los] extintos Juzgados Regionales de Medellín profieren sentencia condenatoria contra:

- 1.- FIDEL ANTONIO CASTAÑO GIL,
- 2.- ROGELIO DE JESÚS ESCOBAR MEJÍA,
- 3.- MARIO ALBERTO ÁLVAREZ PORRAS,
- 4.- FRANCISCO JAVIER ÁLVAREZ PORRAS,
- 5.- ELKIN HENAO CANO,
- 6.- HÉCTOR DE JESÚS NARVÁEZ ALARCÓN,
- 7.- PEDRO HERNÁN OGAZA PANTOJA,
- 8.- JHON DARÍO HENAO GIL,
- 9.- MANUEL SALVADOR OSPINA CIFUENTES,
- 10.- RAMIRO ENRIQUE ÁLVAREZ PORRAS

- Lo actuado fue objeto del recurso de apelación, instancia que se trasladó al Tribunal Nacional, en donde se profirió sentencia del 30 de diciembre de 1997, modificando las penas impuestas por el juzgado regional, por las seis

víctimas de Pueblo Bello que fueron identificadas, y por el homicidio del senador OSPINA.

001001

- En la misma providencia se ordenó la nulidad de lo actuado a partir del cierre de investigación, inclusive para que se continúe en etapa instructiva contra las mismas personas por los 37 pobladores de Pueblo Bello que aún no han sido encontrados; de la misma manera se dispuso compulsar copias para que se continuara en etapa previa, contra los otros posibles partícipes de los hechos.

- Posteriormente la investigación fue asignada a la Unidad Nacional de Derechos Humanos y de Derecho Internacional Humanitario, el 29 de enero de 2003, procedente de la Fiscalía Especializada de Medellín.

- Se continúa la investigación en etapa de Instrucción, se reiteran las órdenes de captura que se encuentran vigentes y se ordenan otras pruebas.

- A partir de esa fecha la Fiscalía General de la Nación ha practicado tres exhumaciones de cadáveres, dos de las cuales se han llevado a cabo en el cementerio de San Antonio, ubicado en Montería, Córdoba, las cuales arrojaron resultados negativos para la identificación de los desaparecidos de Pueblo Bello, y otra que se realiza actualmente en las fincas "Playa Caudillo", "Hacienda Costa de Oro", Villanueva y la población El Volador, en jurisdicción de Guacimal, Córdoba, y que se encuentran ubicadas en comprensión de las haciendas "Las Tangas" y "Jaraguay". Diligencias adelantadas por la Unidad Nacional de Derechos Humanos con el apoyo de funcionarios del área de Identificación del CTI, y a solicitud de la Comisión Colombiana de Juristas y ASFADES, quienes hacen presencia en ese lugar. Los resultados obtenidos no se pueden determinar hasta tanto no se termine la comisión, ya que la misma continúa a partir del cinco (5) de septiembre del año en curso.

3. Como se colige de todo lo anterior, no sólo se dan los presupuestos para afirmar la razonabilidad del plazo de duración de los procesos, sino que también se han tomado las medidas pertinentes para la garantía de los derechos a la verdad y a la reparación integral.

Se ordenaron varios operativos con el fin de localizar a las personas secuestradas en Pueblo Bello, se han realizado varios operativos en los cuales se exhumaron varios cadáveres que fueron reconocidos por los

familiares de los desaparecidos, se han hecho diversos intentos de localización de los desaparecidos, se adelantaron las investigaciones judiciales correspondientes que condujeron a las diferentes sentencias condenatorias que ya se han mencionado y se han corregido errores judiciales.

Además, también se han respetado las garantías judiciales de la acción disciplinaria en el sentido de que la Procuraduría General de la Nación adelantó la investigación a la que fueron vinculados miembros del Ejército Nacional de Colombia, en fin, el aparato judicial colombiano ha estado siempre en movimiento desde el momento en que se conocieron los hechos de Pueblo Bello hasta ahora. El hecho de que, por ejemplo, aún haya órdenes de captura por ejecutar no pone en entredicho la efectividad de la actuación jurisdiccional colombiana. Por el contrario, a pesar de la complejidad del caso, como anotamos, las autoridades colombianas tienen resultados concretos para mostrar.

4. El plazo de razonabilidad debe analizarse de acuerdo con todos los elementos expuestos, esto es, de acuerdo con la complejidad del caso, con las actividades de los imputados y con los resultados concretos de las autoridades. El análisis de conjunto de estos elementos frente al caso objeto de estudio deja claramente al descubierto que aunque hayan pasado catorce años después de los hechos, hay resultados judiciales claros, acordes con la magnitud de los hechos y producto del respeto de las garantías judiciales internas. Recordamos aquí que la razonabilidad del plazo no debe medirse solamente por los años que hayan transcurrido desde los hechos. Ella deberá determinarse con base en esos tres elementos analizados en concreto para nuestro caso.

5. En cuanto al derecho a conocer la verdad de lo ocurrido, la República de Colombia también tiene resultados concretos para mostrar. Se advirtió cómo se han hecho muchos esfuerzos, y dado la extensión tan grande de esa zona se siguen haciendo, por localizar cadáveres y así poder determinar con exactitud cuántas personas de las secuestradas en Pueblo Bello perdieron la vida. La República de Colombia sigue dispuesta a indagar la verdad allí donde todavía impere el secreto y el ocultamiento y a revelar esa verdad a las víctimas y a la sociedad. Los cadáveres exhumados han sido puestos a disposición de los familiares de las personas desaparecidas para lograr su

001003

identificación y se han utilizado las herramientas pertinentes para tal efecto. Con el objetivo de lograr esclarecer estos hechos se han tomado las indagatorias (existen también ampliaciones) a los capturados, ordenado las declaraciones de los testigos correspondientes, etc. Ha sido interés del Estado colombiano el establecimiento de la verdad sobre la estructura represiva causante de los hechos y su desvertebramiento.

6. En este punto también queremos hacer alusión a los parámetros que consideramos se deben tener en cuenta al momento de determinar si la reacción de los militares presentes en la zona fue oportuna.

Lo primero que se debe analizar es la correlación de fuerzas entre los miembros del grupo armado ilegal y la disponibilidad de la fuerza pública. Si se demuestra que el número de atacantes sobrepasa el de los militares de la zona, no se podrá exigir una reacción inmediata, pues se estaría renunciando a la vida. Una acción de persecución que implique la pérdida casi segura de la vida no puede ser exigible.

En segundo lugar, habría que tener en cuenta la posible colisión de derechos. Es perfectamente imaginable que un hecho como el acaecido y los derechos humanos que entran allí en cuestión se contrapongan a la protección de otros derechos, precisamente los que se desprotegerían con la reacción. Como vimos supra, aquí habrá que decidir con base en el principio de proporcionalidad; sólo un análisis de la mano de los subprincipios podrá determinar la racionalidad y razonabilidad de la afectación a los derechos humanos.

Independientemente del número de militares presentes en la zona, siempre se debe contar con un lapso para definir la estrategia de defensa pertinente para el caso. La fuerza pública tiene que tener tiempo para valorar las consecuencias de una posible reacción. Esta valoración se hará atendiendo a las circunstancias concretas del caso, por ejemplo, la extensión de la zona, número de militares y de insurgentes presentes allí, así como el grado de certeza acerca de la individualización del grupo atacante.

d. En el análisis de una posible violación del deber de garantía se debe tener en cuenta el sistema integral de protección de derechos humanos del Estado

1. El cumplimiento (o incumplimiento) de la obligación de garantía de los derechos consagrados en la Convención debe analizarse teniendo en cuenta todo el sistema de protección de estos derechos con que cuenta el Estado colombiano en general y su funcionamiento en concreto. El examen de cumplimiento debe ser integral.

Además del sistema integral de protección de derechos humanos al que se hizo referencia concreta en el escrito de contestación de la demanda, la República de Colombia desea resaltar los avances logrados a nivel judicial para la protección de los derechos humanos, también en lo atinente a la garantía de los derechos a la verdad y a la reparación integral. Lo que en definitiva se pone al descubierto con las sentencias que citaremos es que ante fallos o errores de las instancias judiciales, el máximo tribunal constitucional colombiano ha ordenado su corrección y establecido nuevos criterios materiales y procesales de protección de los derechos humanos.

La Corte Constitucional de Colombia en Sentencia T-249 de 2003, M. P.: EDUARDO MONTEALEGRE LYNETT, aceptó la posibilidad de ejercer la acción popular en el proceso penal cuando existan violaciones al derecho internacional humanitario. Así la Corte:

La determinación en cada caso de quién tiene el interés legítimo para intervenir en el proceso penal, también depende, entre otros criterios, del bien jurídico protegido por la norma que tipificó la conducta, de su lesión por el hecho punible y el daño sufrido por la persona o personas afectadas por la conducta prohibida, y no solamente de la existencia de un perjuicio patrimonial cuantificable (...)

De acuerdo con lo anterior, podría plantearse que existen circunstancias en las cuales la comisión de un delito activa un interés de la sociedad en su conjunto, por establecer la verdad y lograr que se haga justicia, para lo cual estaría habilitado un actor popular como parte civil (...)

En este orden de ideas, debe admitirse que en presencia de hechos punibles que impliquen graves atentados contra los derechos humanos y el derecho internacional humanitario y una grave puesta en peligro de la paz colectiva, valorados por el respectivo juez o fiscal, debe

admitirse la participación de la sociedad —a través de un actor popular, como parte civil dentro del proceso penal.

La Corte Constitucional no duda en incluir dentro de esas graves conductas la comisión de delitos de lesa humanidad, pues la comisión de uno de tales delitos altera de manera significativa el orden mínimo de civilidad e implica el desconocimiento de principios fundantes del orden social imperante.

También en sentencia C-004 de 2003, M. P.: EDUARDO MONTEALEGRE LYNETT, se estableció la procedencia de la acción de revisión de sentencias en caso de violaciones de derechos humanos:

La Corte concluye entonces que existe una afectación particularmente intensa de los derechos de las víctimas (C. P. art. 229), que obstaculiza gravemente la vigencia de un orden justo (C. P. art. 2.º), cuando existe impunidad en casos de afectaciones a los derechos humanos o de violaciones graves al derecho internacional humanitario (...)

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 (C. P. art. 2.º) 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* (...)

La sentencia C-228 de 2002, M. P.: MANUEL JOSÉ CEPEDA y EDUARDO MONTEALEGRE LYNETT, establece que uno de los fines del proceso penal debe ser la protección y garantía de los derechos e intereses de las víctimas, los cuales no se reducen a la indemnización económica, sino

que también incluyen el derecho a la verdad, esto es, a la posibilidad de conocer lo que sucedió:

001006

El derecho de las víctimas a participar en el proceso penal, se encuentra ligado al respeto de la dignidad humana. Al tenor de lo dispuesto en el artículo primero de la Constitución, que dice que "Colombia es un Estado social de derecho fundado en la dignidad humana", las víctimas y los perjudicados por un hecho punible pueden exigir de los demás un trato acorde con su condición humana. Se vulneraría gravemente la dignidad de las víctimas y perjudicados por hechos punibles, si la única protección que se les brinda es la posibilidad de obtener una reparación de tipo económico. El principio de dignidad impide que el ser humano, y los derechos y bienes jurídicos protegidos por el derecho penal para promover la convivencia pacífica de personas igualmente libres y responsables, sean reducidos a una tasación económica de su valor. El reconocimiento de una indemnización por los perjuicios derivados de un delito es una de las soluciones por las cuales ha optado el legislador ante la dificultad en materia penal de lograr el pleno restablecimiento de los derechos y bienes jurídicos violentados en razón a la comisión de un delito (...).

La Constitución ha trazado como meta para la Fiscalía General el "restablecimiento del derecho", lo cual representa una protección plena e integral de los derechos de las víctimas y perjudicados. El restablecimiento de sus derechos exige saber *la verdad* de lo ocurrido, para determinar si es posible volver al estado anterior a la vulneración, así como también que se haga justicia (el subrayado es nuestro).

Mediante su jurisprudencia, la Corte Constitucional también ha dilucidado el contenido y alcance de los términos "genocidio", "desaparición forzada", "crímenes de guerra" y "crímenes de lesa humanidad". Así, en sentencia C-1076 de 2002, M. P.: CLARA INÉS VARGAS HERNÁNDEZ esta Corporación consideró que "la noción de crimen de guerra guarda una estrecha relación con los medios y métodos de combate, vale decir, con las armas elegidas por los combatientes, la manera como éstas se emplean y contra quiénes se hace, las tácticas y estrategias seleccionadas para atacar al enemigo o a quienes se consideran sus partidarios. De allí que los autores de estas atrocidades sean los combatientes. Las víctimas, en la mayoría

001007

de los casos, serán entonces los miembros de la población civil, aunque, se insiste, la noción de crimen de guerra abarca a los combatientes como sujetos pasivos, en determinadas y precisas circunstancias. Conviene de igual manera señalar que el concepto de autor de un crimen de guerra comprende asimismo a los superiores jerárquicos, bien sea porque directamente ordenaron la comisión del acto o debido a que gracias a su omisión de control y vigilancia, sus subalternos pudieron perpetrar el delito", y que por el contrario, el concepto de crimen de lesa humanidad "reviste importantes elementos cuantitativos y cualitativos, que permiten distinguirlo de otras categorías de delitos. En efecto, no se debe tratar de un acto aislado o esporádico de violencia, sino que debe hacer parte de un ataque generalizado, lo que quiere decir que esté dirigido contra una multitud de personas, y sistemático, lo que significa que el delito se inscriba en un plan cuidadosamente orquestado, que ponga en marcha medios tanto públicos como privados, sin que, necesariamente, se trate de la ejecución de una política de Estado. Además, el ataque debe ser dirigido exclusivamente contra la población civil, lo cual permite diferenciarlo de los crímenes de guerra, que abarcan, como hemos visto, a los combatientes. Se precisa, por último, que el acto tenga un móvil discriminatorio, bien que se trate de motivos políticos, ideológicos, religiosos, étnicos o nacionales".

Merced a la jurisprudencia de esta Corporación existe una nueva concepción de los derechos sustanciales y procesales de las víctimas en los casos de violaciones graves a los derechos humanos o al derecho internacional humanitario y los organismos de seguridad del Estado, los fiscales y los jueces cuentan con las herramientas teóricas necesarias y suficientes para investigar y castigar estos crímenes.

2. En conclusión, la República de Colombia, a través de la rama judicial, ha respetado la garantía del plazo razonable en relación con los hechos acaecidos en Pueblo Bello y ha garantizado, teniendo en cuenta las circunstancias especiales del caso, el derecho de las víctimas a conocer la verdad de lo ocurrido.

Téngase en cuenta, sin embargo, que dado que algunos procesos aún están en curso en las instancias internas, Colombia tiene mucho por hacer en aras de una total satisfacción de estos derechos. Colombia ofrece los mecanismos aptos para el conocimiento de los hechos y reconoce a las víctimas que su padecimiento no ha pasado desapercibido, sino que, por el contrario, es compartido por toda la comunidad colombiana.

3. Sobre la justicia penal militar

1. Otro punto al que debe hacerse referencia es el argumento de la Comisión acerca de la inidoneidad de la jurisdicción penal militar para satisfacer los estándares de independencia e imparcialidad requeridos por los artículos 8 (1) y 25 de la Convención Americana.

La República de Colombia considera que este reproche es demasiado genérico. La justicia penal militar, según la Constitución Política de Colombia, hace parte de los órganos que administran justicia, entonces, es una institución del Estado de derecho prevista para la investigación y juzgamiento de determinadas conductas y personas. Se trata sencillamente del respeto de la garantía del juez natural.

2. Frente a los hechos que nos ocupan, encontramos que tanto las investigaciones disciplinarias como de la justicia penal militar llegaron a conclusiones similares. Es decir, la falta de prueba suficiente para determinar la posible participación de los miembros de las Fuerzas Armadas colombianas en los hechos de Pueblo Bello quedó evidenciada tanto en el proceso disciplinario como en el procedimiento penal militar.

La Procuraduría General de la Nación realizó la indagación preliminar que continuó con formal investigación, a la que fueron vinculados dos miembros del Ejército Nacional, respecto de los cuales se dictó pliego de cargos, para culminar el proceso con la resolución de absolución 006 de 1991. Unos años después la Procuraduría Delegada para la Defensa de los Derechos Humanos ordenó la iniciación de una nueva investigación disciplinaria que culminó también con resolución absolutoria de 31 de julio de 2000. Esta decisión fue confirmada en vía de consulta por fallo del 9 de febrero de 2001. En estos fallos se hace un análisis detallado de la posible responsabilidad disciplinaria de los militares y no sólo se llega a la conclusión anotada, sino

001009
que también, y esto resulta relevante en este punto, se exponen claramente las inconsistencias y contradicciones del testimonio del señor ESCOBAR MEJIA a las que también referimos supra en nuestro análisis. Por lo anterior, si las conclusiones a las que se llegaron en diferentes instancias judiciales coinciden, y además encuentran respaldo pleno en este petitorio, no consideramos acertado poner en tela de juicio la actividad de la justicia penal militar en este caso.

3. Resulta importante mencionar los avances que en materia de derechos humanos se han alcanzado en Colombia frente a la vigencia y correcto entendimiento del fuero militar. La Corte Constitucional de Colombia (en sentencia SU-1184 de 2001. M. P.: EDUARDO MONTEALEGRE LYNETT) ha sostenido recientemente:

Para que un miembro activo de la fuerza pública sea investigado y juzgado por la justicia penal militar es presupuesto indispensable que el comportamiento realizado tenga una vinculación directa con el servicio. Esto significa que los actos deben estar orientados a realizar los fines que constitucionalmente le han sido asignados, pero en el desarrollo de ellos se presenta un exceso cuantitativo. Es decir, el servidor público *ab initio* dirige su actuación al cumplimiento de un fin legítimo, pero hay un error en la intensidad de su actuar que implica un desbordamiento de la función pública. Por ejemplo, cuando al capturar a una persona (fin legítimo) aplica una fuerza innecesaria que le ocasiona un daño a su integridad personal (exceso cuantitativo).

No basta en consecuencia una simple relación temporal o espacial entre el delito cometido y la función desarrollada, como en aquellos casos en que con ocasión o a causa del servicio se desvía en forma esencial la actividad inicialmente legítima para realizar conductas punibles que desbordan la misión constitucional asignada. Vr. gr., después del allanamiento, el servidor público abusa sexualmente de una mujer que se encontraba en el lugar. En este caso no se trata de un exceso cuantitativo, porque en vez de un error en la intensidad del actuar, lo que se presenta es la creación de una nueva relación de riesgo (exceso cualitativo) completamente ajena al acto del servicio programado

Hay ciertos comportamientos que siempre son ajenos al servicio, como aquellas violaciones graves a los derechos humanos o al derecho internacional humanitario, porque en ellas no puede afirmarse que la

001010

fuerza pública está realizando un fin constitucionalmente legítimo. De otra parte, cuando se produce en el contexto de una actuación que empezó para salvaguarda de los fines, valores y derechos de la carta, las violaciones a los derechos fundamentales de las personas constituyen una desviación esencial de una operación que tenía un origen ajustado a los preceptos jurídicos

La pregunta que surge entonces es la siguiente: ¿Cuándo una omisión de la fuerza pública puede ser considerada un acto fuera del servicio? La respuesta es la siguiente: en los mismos casos en que una conducta activa no tiene relación con la misión que constitucionalmente le ha sido asignada a la fuerza pública. Esto significa que no pueden quedar amparadas por el fuero penal militar las siguientes omisiones: i) las que se producen en el contexto de una operación que *ab initio* buscaba fines contrarios a los valores, principios o derechos consagrados en la Carta (surgió para capturar arbitrariamente a alguien y no se impide la vulneración de este derecho) o ii) las que surgen dentro de una operación iniciada legítimamente, pero en su desarrollo se presenta una desviación esencial del curso de la actividad (no se impide el maltrato de una persona que ya no presenta ninguna clase de resistencia en un combate) o iii) cuando no se impiden las graves violaciones a los derechos humanos o al derecho internacional humanitario (un miembro de la fuerza pública que tiene el deber de evitar un daño a la población civil no evita la producción del resultado). En los anteriores casos siempre es indispensable que el garante tenga dentro de su ámbito de competencia el deber concreto de evitar los resultados que vulneran los derechos fundamentales.

La jurisdicción constitucional de Colombia ha contribuido eficazmente a la defensa de los derechos humanos, en este caso, redefiniendo las fronteras de la legítima concepción del fuero militar.

C. Notas finales, conclusiones y posición de la República de Colombia frente a los cargos 2 y 4 de las alegaciones de derecho de la demanda

1. De lo expuesto en este capítulo se colige la imposibilidad de afirmar que la República de Colombia ha incumplido con el deber de respeto del derecho a la garantía y protección judiciales de las víctimas y sus familiares, previstos en los artículos 8 (1) y 25 de la Convención. Como se demostró, Colombia tiene resultados precisos y contundentes que dan buena cuenta

del interés del Estado colombiano en la investigación y sanción eficaz de los delitos atentatorios contra los derechos humanos reconocidos en la Convención.

2. También se expuso que el plazo de duración de los procesos penales respectivos puede considerarse razonable, y esto porque en virtud de los criterios elaborados doctrinal y jurisprudencialmente para determinar la razonabilidad estamos ante unos procesos históricos, y para el caso concreto complejos, propios de la macrocriminalidad, y que la reacción de los órganos judiciales competentes está en relación razonable con dicha complejidad. Los derechos a la verdad y a la reparación también han sido satisfechos (en la medida de los resultados obtenidos) por el actuar estatal.

3. Finalmente, debemos hacer una salvedad: todos los argumentos expuestos tendientes a demostrar el acatamiento de la obligación convencional por parte del Estado colombiano son, al igual que las pretensiones de la demanda, genéricos. Y es que resulta procesalmente imposible debatir correctamente pretensiones sin que ellas mismas concreten el hecho constitutivo del reproche. La demanda, por ejemplo, no establece cuáles han sido las garantías específicas violadas en un determinado proceso, qué testigos no fueron llamados, cuáles recursos fueron denegados, por qué el plazo de duración de un proceso penal concreto no es razonable, etc. No obstante esta situación, la República de Colombia ha respondido ampliamente al reproche genérico contenido en el demanda

4. Por todo lo anterior, la República de Colombia no es responsable por el incumplimiento de la obligación de respeto del derecho a las garantías y la protección judiciales. El Estado colombiano no incumplió la obligación de respeto del deber de garantía consagrado en el artículo 1(1) de la Convención Americana.

5. El Estado colombiano se opone igualmente a la pretensión de la demanda de los representantes de las víctimas en el sentido de que la República de Colombia habría infringido el derecho de éstas y de sus familiares, como de la sociedad a conocer la verdad de los hechos y la garantía del derecho a la

001012

libertad de expresión, de acuerdo con el artículo 13 de la Convención. La República de Colombia no ha incumplido este deber; como ya se expuso ampliamente, los diversos resultados de las investigaciones no sólo han esclarecido lo ocurrido, sino que también han marcado los derroteros para continuar las investigaciones pertinentes en este complejo caso.

CAPÍTULO VI

OPOSICIÓN DE LA REPÚBLICA DE COLOMBIA A OTROS
ARGUMENTOS DE LA DEMANDA**A. Oposición a los “Fundamentos de hecho” esbozados por la Comisión**

En este apartado final del alegato de audiencia debemos entrar a debatir los “Fundamentos de hecho” que esboza la demanda, como parte integrante de la oposición que ante la misma hará el Estado colombiano, pues de estos “Fundamentos” se pretenden sacar conclusiones para el análisis del caso que nos ocupa, las cuales no consideramos procedentes.

En efecto, obviamente, si dichos fundamentos fácticos fuesen erróneos – como habremos de concluir, efectivamente–, es decir, equivocados por falta de prueba o por una equivocada valoración de la prueba, los pretendidos “Fundamentos de derecho” que la demanda recoge a partir del numeral (o párrafo) 33 caerían de plano.

1. Sobre el “contexto” (numerales 20 a 25)

1. Los “Fundamentos de hecho” comienzan con lo que la demanda titula *contexto* y que abarca desde el numeral 20 al 25. En dichos numerales se hacen consideraciones generales sobre los orígenes de los grupos paramilitares, y, en concreto, sobre alguno de ellos, cuando lo cierto es que tales consideraciones fácticas nada tienen que ver con el supuesto de hecho que aquí está siendo enjuiciado.

Por ello, es claro que en este alegato de audiencia nos hallamos eximidos de entrar al debate fáctico sobre dichos aspectos, con los que se podrá estar más o menos de acuerdo, podrá existir mayor o menor prueba al respecto, incluso podrán ser considerados en mayor o menor grado como *hechos notorios* –y, por tanto, no necesitados de prueba–, pero, en todo caso –y esto es lo esencial realmente–, no son el objeto de este procedimiento.

001014

2. Y es que aquí únicamente interesa determinar si existe responsabilidad del Estado por la pretendida violación de las obligaciones internacionales en un caso concreto, frente a un supuesto de hecho específico (el cual ya analizamos supra) que tiene poco o, mejor dicho, nada que ver con las consideraciones generales hechas en la demanda.

3. Así, planteadas las cosas correctamente, la respuesta a estos primeros numerales de la demanda, a este "contexto" con el que la misma comienza, sólo puede darse desde dos puntos de vista:

a. Si la Comisión pretende con las citadas afirmaciones genéricas plantear un mero contexto, como aparece en el título, ello en realidad resulta absolutamente superfluo, pues el contexto sociopolítico de la República de Colombia en los últimos 40 años es de sobra conocido, exactamente igual que el contexto sociopolítico del resto de los países firmantes del Pacto.

b. Ahora bien, si lo que pretende la Honorable Comisión, como más bien parece, es extraer de las afirmaciones genéricas sobre la situación del conflicto triangular "guerrilla/paramilitares/legítimo Estado de derecho" conclusiones *fácticas* para el supuesto que esta Honorable Corte debe resolver, es decir, extraer conclusiones probatorias fácticas, la Honorable Comisión equivoca de plano el verdadero punto de vista probatorio que se debe adoptar.

4. En efecto, tal modo de argumentar conduciría a una suerte de *inquisitio generalis* del Estado colombiano, pero curiosa e ilícitamente no en un único proceso global por *todos* los casos ocurridos en los últimos años (lo cual sería lo único consecuente), sino desglosado en los diversos procesos que han llegado a conocimiento de la Corte, entre ellos el presente. En suma, se trataría de una suerte de "prueba" también global o, en otras palabras, de la denominada *Sippehaftung* o responsabilidad por la estirpe que conociese el histórico derecho germánico, donde la "familia" o "estirpe" que habría de responder en este caso sería el "Estado" de Colombia, acercándonos así a la poco deseada responsabilidad objetiva.

Este proceder procesal, de ser acogido por la Honorable Corte, dejaría al Estado colombiano en situación de flagrante indefensión e, insistimos, se

acerca peligrosamente a una responsabilidad *objetiva* en el ámbito internacional: no se juzgaría ya el caso concreto –cual es el objeto de este procedimiento–, sino que se estaría sometiendo a enjuiciamiento la responsabilidad objetiva del Estado colombiano, al parecer por periodos de tiempo indeterminados, pretendiendo aunar situaciones que, si bien es cierto, pertenecen al mismo y difícil momento histórico, no han sido así denunciadas ni siquiera por las propias víctimas.

Es a las víctimas que aparecen accionando en este proceso a quienes esta Honorable Corte *en su caso* puede amparar y no, volvemos a repetir, traer a colación en cada proceso situaciones que nada tienen que ver con el mismo en *inquisitio generalis* de la República de Colombia.

5. No obstante, se puede decir algo más sobre este pretendido "contexto". En la demanda –numerales 20 a 25– se recogen una serie de pretendidos hechos, sobre los que, como toda prueba, se cita varias veces un libro –creemos– de dos autores, MEDINA GALLEG0 y TÉLLEZ ARDILLA, como si la opinión, más o menos acertada, de dos autores pudiese constituirse en prueba para conformar unos "Fundamentos de hecho" con los que se pretende condenar nada más y nada menos que a un Estado de derecho como la República de Colombia.

Desde luego que el Estado colombiano rechaza tajantemente que se persiga su condena, conformando los Fundamentos de hecho –aunque sólo sea una parte de ellos– mediante meras afirmaciones que son traídas al proceso sin que exista verdadera prueba sobre las mismas. Pero, ¿es que lo que hayan explicado dichos autores en un libro puede hacer prueba contra el Estado colombiano para fundamentar su pretendida condena? ¿Y qué sucedería si esta parte presentase un libro en el que se dijese que los hechos no sucedieron así como dice la Honorable Comisión y el citado libro? Pues naturalmente que ello sería impensable, porque la cita bibliográfica, como es sabido, tiene validez solamente para fundamentar cuestiones *jurídicas*, pero nunca *fácticas*.

6. Por todo ello, la conclusión a la que se llega en el numeral 25 está en contravía de los principios elementales sobre la prueba en un proceso judicial: sin absolutamente ninguna prueba que pueda desvirtuar la presunción de licitud de las actuaciones de los agentes del Estado

colombiano; es más, sin ni siquiera haber intentado articular prueba al respecto, se afirma:

En suma, hacia enero de 1990 el grupo paramilitar conocido como "Los Tangueros" operaba libremente en la región de Córdoba, *con la aquiescencia de agentes del Estado apostados en la zona*" (sin cursiva en el original).

Y ello, pretendidamente extraído del "contexto" general y no probado que venimos refiriendo, constituye una ilícita generalización o, si se prefiere, la *inquisitio generalis* que ya fue puesta de manifiesto.

7. Antes bien, en otras ocasiones, como en el de caso de los hechos violentos de Mapiripán, el mismo Estado colombiano ha reconocido alguna participación de sus agentes, porque así ha procedido en derecho. Sin embargo, eso no significa que ya, *per se*, se deba concluir lo mismo en este caso concreto.

8. Por último, los hechos que expone la Comisión dentro de lo que ella entiende por "contexto" podrían ser tenidos como hechos notorios.

Estos hechos, como es sabido, no están necesitados de prueba. Por hechos notorios entendemos los que son de conocimiento general, bien por ejemplo porque pertenecen a una máxima de experiencia universal, o bien porque se trate de conocimientos que pueden ser adquiridos en una fuente de información accesible a la generalidad. Así, por ejemplo, respecto de hechos históricos, de los que se puede tener constancia con medios rudimentarios de prueba y accesibles a cualquiera, como un diccionario, una enciclopedia o un mapa, o también aquellos que resultan de una situación social, económica o cultural de una sociedad determinada. En cuanto a las máximas de experiencia, sólo las que no sean controvertidas pueden ser tenidas por hechos notorios. Resulta claro que si un hecho es de conocimiento generalizado no necesitará de prueba o –desde la otra cara de la moneda– que si de lo que se trata es de probar lo contrario al hecho notorio, la práctica de tal diligencia de prueba habrá de ser rechazada por inútil o "superflua", y más aun cuando ésta se basa en literatura que reproduce la percepción individual que un sujeto tenga sobre una concreta situación.

Así pues, también desde este punto de vista, si la Honorable Comisión pretende ilustrar a la Honorable Corte acerca de la "situación actual" de la República de Colombia, de la mano de hechos notorios, debe advertirse, una vez más, que los mismos, por muy notorios que sean no constituyen "prueba" del caso aquí a enjuiciar, sino de otras circunstancias del contexto en el que éste se desarrolló, pero que nada aportan al supuesto de hecho.

9. En suma, podemos y debemos afirmar que el "contexto" con el que los "Fundamentos de hecho" de la demanda comienzan, nada aporta al caso concreto que aquí se enjuicia, por lo que no puede erigirse en pretendida base fáctica para una condena del Estado colombiano. Por lo demás, como también ha sido suficientemente explicado, las conclusiones fácticas para nuestro caso que la demanda parece querer extraer de tal "contexto" carecen de todo rigor jurídico, como lo demuestra su parecido a instituciones ya superadas como la de la responsabilidad objetiva, la *Sippehaftung* o la *inquisitio generalis*.

2. Sobre el "desarrollo fáctico de los hechos del caso"

a. Introducción

1. Por fin, llega la Comisión a los hechos del caso que se enjuicia, ahora sí, a partir del numeral 26. Según lo que hemos expuesto, es esta base fáctica la que debe servir para la subsunción positiva o negativa (estimatoria o desestimatoria de la pretendida responsabilidad del Estado colombiano)

Sin embargo, como a continuación exponemos de forma pormenorizada, esta base fáctica (numerales 26 a 32) sobre la que se asientan los fundamentos jurídicos de la demanda, no responde en absoluto a la realidad acaecida, no sólo por las imprecisiones que contiene, sino también porque en la misma son recogidas diversas transcripciones de las distintas instancias de la justicia colombiana de forma equivocada.

2. En efecto, la Comisión reproduce diversos párrafos de dichas resoluciones como si los mismos fueran la opinión (fáctica o jurídica) de la justicia colombiana, cuando esto no es así. La mejor prueba de que esto no es así es que de otro modo sería absolutamente sorprendente la divergencia existente entre las resoluciones de la justicia colombiana y las pretensiones

acusatorias contra el Estado colombiano que ahora la Honorable Comisión esgrime.

En otras palabras, sorprende que la Honorable Comisión base su acusación contra el Estado colombiano en las propias resoluciones de la justicia colombiana, cuando estas instancias, en diversas ocasiones, exoneraron de responsabilidad al Estado colombiano. Adelantando alguna de las conclusiones, pues ya que ese es todo el material probatorio que aduce la Comisión en su demanda, ésta carece totalmente de prueba alguna que responsabilice al Estado colombiano de los graves ilícitos que se le vienen imputando.

3. Y, aunque sea como *excursus*, debemos decir, desde ya, que un argumento de contrario en el sentido de que *es claro que las resoluciones de la justicia colombiana exoneran al propio Estado colombiano de responsabilidad, porque la justicia colombiana estaría defendiendo a su propio Estado*, no puede prosperar: casos como el de Mapiripán demuestran que cuando había base fáctica suficiente para ello, a la justicia colombiana no le ha temblado la mano para condenar a su propio Estado. Lo que sucede en el caso que ahora nos ocupa es, precisamente, que falta dicha base fáctica.

b. Sobre las transcripciones fuera de contexto de resoluciones de las diversas instancias judiciales colombianas

1. En el numeral 26 la Comisión introduce el caso que da lugar al presente proceso con la fecha en la que el mismo sucedió (14 de enero de 1990), número de hombres armados implicados, etc.

A continuación, en este mismo numeral, aparece una primera afirmación, la cual es repetida de forma constante y mecánica en la demanda: *esta incursión se produjo con la aquiescencia y colaboración de agentes de la fuerza pública apostados en la zona*.

Pero las pruebas sobre las que se asentaría tan grave acusación no se mencionan en absoluto. Así, como todo fundamento para esta aseveración, que es además el *quid iuris* de la demanda, se transcribe un párrafo de la sentencia de 29 de noviembre de 1996 del Juzgado Regional de Medellín, en la que se indicaría que los grupos paramilitares *no actúan solos, sino que*

cuentan con el respaldo de los propios militares en muchas de las veces, para hacer de las suyas, de ahí su nombre. La Honorable Comisión extrae de tal transcripción un primer elemento del acervo probatorio, del que se carece. Es más, la propia cita deja claro precisamente lo contrario: (a) En primer lugar, la cita literalmente, es decir, sin tergiversaciones nada dice respecto del caso aquí enjuiciado: "muchas de las veces" prestan respaldo los militares a los paramilitares, pero precisamente, muchas de las veces y no todas; no en el caso que nos ocupa, al menos mientras que la Honorable Comisión no demuestre con otros datos del caso concreto que en los hechos de Pueblo Bello fue una de esas veces. Si este caso hubiera sido *una de estas veces*, pues obviamente el Juzgado Regional de Medellín así lo hubiera hecho constar en su sentencia. Un claro ejemplo, en definitiva, del empleo de transcripciones sacadas de contexto que anunciamos supra. (b) Pero es que, además, la propia transcripción de la sentencia que hace la Honorable Comisión demuestra, como ya expusimos, que cuando la justicia colombiana tiene que deducir responsabilidades de los propios militares por el apoyo a organizaciones paramilitares, así lo hace: "para hacer de las suyas", así de tajante se expresa la sentencia del Juzgado Regional de Medellín, pero precisamente en otros casos, incluso "en muchas de las veces", pero NO en el presente caso, que es el que está siendo sometido – insistiremos las veces que sea necesario– a esta Honorable Corte.

2. En el numeral 27 se recoge el testimonio de ROGELIO DE JESUS ESCOBAR MEJIA sobre los terribles hechos que cometieron los paramilitares. En esa primera descripción no se hace imputación alguna a las Fuerzas Armadas colombianas. Por tanto, el Estado colombiano no tiene nada que decir al respecto.

3. A continuación el numeral 28 prosigue con amplia transcripción del testimonio del señor ESCOBAR MEJIA, el cual es considerado en la demanda auténtico testigo de cargo en contra del Estado colombiano en el caso que nos ocupa. A la valoración de este testimonio, así como a las conclusiones que la Honorable Comisión extrae del mismo, le dedicamos un epígrafe especial supra.

En la demanda se extraen conclusiones de la mano de las diversas resoluciones de los tribunales de justicia colombiana. Y así, a renglón seguido del testimonio del señor ESCOBAR MEJIA, la Honorable Comisión

vuelve a llevar a cabo dos transcripciones de instancias jurisdiccionales colombianas, que pasamos a analizar a continuación:

(a) En primer lugar es citada la sentencia de 26 de mayo de 1997 del Juzgado Regional de Medellín, la que, según la Honorable Comisión, "establece" que los paramilitares "en el camino se encontraron con un retén militar lo que no fue ningún problema, porque al fin de cuentas todo estaba debidamente planeado (con razón el nombre de grupos paramilitares)" (sic).

En realidad, la sentencia del Juzgado Regional de Medellín no "establece" lo que acaba de ser transcrito, sino que *tan sólo lo refiere*. En otras palabras, el párrafo transcrito por la Honorable Comisión no es en modo alguno una aseveración de la sentencia citada, sino la mera transcripción del relato que el señor ESCOBAR MEJÍA hizo en su declaración. Así, el párrafo de dicha sentencia del que está extraída la cita comienza:

Según su propio relato [el del señor ESCOBAR MEJÍA], no estuvo presente cuando sus compañeros de fechorías se tomaron Pueblo Bello, pero personalmente pudo enterarse de lo ocurrido al escuchar a varios de sus compinches (...).

La cuestión pues es absolutamente clara: la sentencia del Juzgado Regional de Medellín relata lo que un testigo ha afirmado, pero eso no es lo que "establece" dicha instancia. Antes bien, dicha sentencia lo que sí estableció (¡esto sí!) es la nula credibilidad que concedió al testimonio del señor ESCOBAR MEJÍA. Es más, ha dicho precisamente lo contrario de lo que la Honorable Comisión quiere hacer ver. Sobre este punto no hace falta decir nada más.

(b) En exactamente la misma imprecisión incurre la Honorable Comisión en el siguiente párrafo y con el cual termina el numeral 28, numeral clave en la imputación fáctica que la demanda hace al Estado colombiano.

En efecto, como en el caso anterior la demanda señala:

... las consideraciones formuladas por la propia jurisdicción disciplinaria confirman que: "es claro conforme al material probatorio recaudado, particularmente con base en lo expuesto por ROGELIO DE JESÚS ESCOBAR MEJÍA (...) no encuentra esta delegada razón alguna para que

este testigo hubiera mentido en relación con la colaboración que dice le prestó al grupo paramilitar al cual pertenecía, un oficial del ejército nacional del que no dio mayores elementos para lograr su identidad y que prestaba sus servicios en el retén que para la fecha de los hechos se había instaurado en San Pedro de Urabá, cuando afirma que el teniente se subió a la cabina del carro de adelante (...).

Vale decir que los vehículos paramilitares que transportaban a las víctimas pasaron por controles del ejército sin ser detenidos ni cuestionados y que durante el recorrido contaron con la colaboración directa de miembros de la fuerza pública

Pues bien, la "propia jurisdicción disciplinaria" ni "confirma" el tan repetido testimonio del señor ESCOBAR MEJIA, ni, por tanto, puede ser sustento de la conclusión a la que llega la Honorable Comisión en el sentido de que el ejército colombiano habría colaborado con los vehículos paramilitares. No se puede afirmar que el citado fallo de la Procuraduría confirma tal aseveración; éste solamente parte de lo dicho por el señor ESCOBAR MEJIA sin que se refiera a una posible corroboración objetiva. Además, reconoce las imprecisiones de la declaración y que de ella no se puede deducir responsabilidad para el teniente BARRERA VEGA, sobre cuya responsabilidad se ocupa el fallo.

En conclusión, por lo que al numeral 28 se refiere, esta Honorable Corte no puede dejarse confundir por las transcripciones imprecisas y gravemente lesivas de los intereses del Estado colombiano que realiza la demanda que estamos impugnando. Es claro que en el caso que nos ocupa, la jurisdicción colombiana no ha atribuido la responsabilidad a miembros del ejército colombiano por los hechos de Pueblo Bello. Esta Honorable Corte sabe de sobra que si así hubiese sido no estaríamos en este proceso; antes bien, los propios tribunales de justicia ordinaria de la República de Colombia habrían deducido la correspondiente responsabilidad jurídico penal de los autores militares, indemnizatoria del Estado, disciplinaria, etc., como en otros casos ha sucedido (recuérdese el citado caso de Mapiripán). Pero resulta que en este caso, como vimos en detalle en los capítulos precedentes, no existe el material probatorio para determinar la responsabilidad del Estado colombiano.

4. El numeral 29 de la Demanda hace referencia a los actos crueles, inhumanos, degradantes y de tortura a que fueron sometidas algunos de los habitantes del corregimiento de Pueblo Bello, para lo cual se cita la sentencia del Juzgado Regional de Medellín. Ya que en esa descripción no se hace imputación alguna a las Fuerzas Armadas colombianas, el Estado colombiano no tiene nada que decir al respecto.

5. En el numeral 30 continúa la Honorable Comisión relatando los hechos ocurridos en Pueblo Bello. Ninguna imputación se hace en este apartado a las fuerzas militares de la República de Colombia. Se citan, una vez más, diversas resoluciones de la jurisdicción colombiana que relatan la motivación de los hechos ocurridos, en el sentido de que se trató de un ajuste de cuentas, fruto de una "deslealtad", etc., al respecto, pues, nada tiene tampoco que objetar el Estado colombiano.

Sí conviene añadir, empero, que el relato contenido en este numeral 30 da buena cuenta de la existencia de autoridad militar en el lugar, a la que recurrió la comisión de vecinos de Pueblo Bello en solicitud de ayuda. De lo anterior habrá de extraerse, al menos, una conclusión: de haber existido la pretendida connivencia entre la fuerza pública y los grupos paramilitares, realmente es impensable que los vecinos del pueblo hubieran acudido en busca de ayuda a los cómplices, cuando no coautores de los propios captores. Antes bien, el relato de hechos confirma que el pueblo todavía confiaba en la fuerza pública como garante de la seguridad.

Por lo demás el hecho de que el Batallón Vélez indicara "a la Comisión de vecinos de Pueblo Bello que no contaba con tropas para realizar un reconocimiento del lugar e investigar la suerte de los 43 civiles" ni aparece como hecho reprochable en la propia demanda ni, en verdad, puede ser reprochado en modo alguno. Como es claro, ante una semejante acción paramilitar como la ocurrida de secuestro de 43 civiles, no es sencillo ni prudente tratar de llevar a cabo una contrarréplica por parte de la fuerza pública sin haber sopesado convenientemente la estrategia a seguir, en su caso solicitud de refuerzos, estudios del posible escondite de los captores y secuestrados, etc. Tampoco puede olvidarse que una tal acción de la fuerza pública debía garantizar la vida de los secuestrados y que son precisamente las Fuerzas Armadas de Colombia quienes han tenido experiencias negativas producto de un proceder no calculado. Por todo ello, lo que quizás

la demanda por falta de desconocimiento parece querer también reprochar al Estado colombiano no puede ser acogido. La actuación de la fuerza pública, una vez que habían sucedido los hechos, tampoco fue, por ende, reprochable. La precipitación hubiese sido contraproducente.

En todo caso todo lo anterior se trata más bien de algo accesorio a la acusación por cuanto se refiere a un comportamiento de la fuerza pública posterior a la supuesta ayuda.

6. A continuación y ya casi concluyendo el relato fáctico, la demanda se refiere a lo que ella denomina “desarrollos de la investigación”. Este punto es de indudable trascendencia, teniendo en cuenta que en el petitorio de la demanda se solicita a la Honorable Corte ordene “I. Que la República de Colombia debe llevar a cabo una investigación completa, imparcial y efectiva en la jurisdicción ordinaria con el fin de juzgar y sancionar a todos los responsables de la desaparición de las víctimas”.

Pues bien, una vez más, la base fáctica que presenta la demanda y sobre la que se debieran apoyar tanto los fundamentos de derecho como el citado petitorio, resulta absolutamente insuficiente para las pretensiones de la Honorable Comisión. En efecto, se trae a colación una amplia cita del Juzgado Regional de Medellín (sentencia del 26 de mayo de 1997, radicado 153 B, p. 55, aportada como anexo C1), en la que se recoge una discusión jurídica de la aplicación de los tipos penales de homicidio y de desaparición forzada de personas, que lo único que denota es que la Fiscalía Delegada ante la Justicia Regional mostró su máximo interés en la persecución penal de los hechos, incluso, tratando de que existiera condena por delito de homicidio también respecto de los desaparecidos, a pesar de que no habían sido hallados los cadáveres de tales personas. El punto de vista de la Fiscalía no fue acogido por el Juzgado Regional de Medellín, por cuanto para que se produzca condena por un delito de homicidio se viene requiriendo por la jurisprudencia la prueba de la muerte mediante la aparición de cadáver. Pero, desde luego, difícilmente se puede reprochar a la Fiscalía falta de interés acusatorio.

7. En un primer momento, en el numeral 32, la Honorable Comisión comenta una situación procesal para, al parecer, reprochar al Estado colombiano el no haber ejecutado las órdenes de detención dictadas contra los diez

condenados en sentencia de mayo 26 de 1997 por el Juzgado Regional de Medellín.

Lo primero que se debe tener en cuenta, y que ya advertimos en el numeral anterior, es que efectivamente se dieron sentencias condenatorias contra diez personas implicadas en los hechos de Pueblo Bello y en el secuestro del parlamentario, sentencia ésta debidamente motivada; además que tres de los condenados cumplen su respectiva pena y que el hecho de que los demás no la estén cumpliendo se debe evidentemente a la imposibilidad de ejecutarlas y no a la falta de voluntad del Estado para hacerlas efectivas. Una cosa es que algo no se haya podido ejecutar y otra muy diferente que no se haya querido ejecutar! Si bien la idea de Estado de derecho impone obligaciones al soberano, la situación de muchos países del mundo, incluida la de Colombia coloca límites al ejercicio efectivo de las tareas estatales.

Respecto de los agentes del Estado llamados a responder por estos hechos, la Honorable Comisión deja constancia que el 15 de septiembre el Juzgado 21 de la Jurisdicción Penal Militar decidió abstenerse de abrir investigación al teniente FABIO ENRIQUE RINCÓN PULIDO. Si con este comentario fáctico la Comisión pretende poner en duda las decisiones en derecho de la jurisdicción militar, remitimos a las consideraciones del capítulo IV, pues en ellas se da respuesta plena a dicha inquietud.

B. Oposición a las “consideraciones previas” de los fundamentos de derecho esbozados por la Comisión

A partir del numeral 33 y hasta el 38 de la demanda, la Honorable Comisión pretende “establecer” que los “actos de los particulares implicados en los hechos referidos (...) relacionados con el goce de derechos fundamentales resultan atribuibles al Estado colombiano y, en consecuencia, comprometen su responsabilidad conforme al derecho internacional”.

Para este fin expone como prefacio de los “Fundamentos de Derecho” la situación socio-política de Colombia en los últimos años y pretende que se declare la responsabilidad del Estado colombiano por tolerancia con los grupos armados de autodefensa ilegal, por haber permitido su actuar con protección legal y no haber adoptado medidas oportunas para dismantelar estas estructuras delictivas.

La República de Colombia no acepta estos cargos. Como quedó al descubierto en la contestación de la demanda, los pormenores de la vigencia y alcance del decreto 3398 de 1965, así como la normatividad expedida por el Estado colombiano para combatir a los grupos armados de autodefensa ilegales, dan buena cuenta no sólo de la complicada situación político-social que ha vivido Colombia, sino también de los esfuerzos que el Estado colombiano ha hecho para conjurar las dificultades mencionadas. El esfuerzo de los poderes del Estado colombiano para combatir, prohibir, prevenir y castigar adecuadamente las actividades ilícitas demuestran, precisamente, todo lo contrario de lo que la Honorable Comisión sostiene: el Estado colombiano ha buscado siempre responder a los desafíos sociales y políticos de su sociedad, y para esto se ha valido de los instrumentos con que cuenta a la luz del ordenamiento jurídico interno e internacional⁸¹. Para los detalles nos remitimos a la contestación de la demanda.

También llama la atención la forma como la Honorable Comisión obtiene sus conclusiones. Como ya hemos anotado hasta aquí, sin que exista prueba suficiente de la supuesta ayuda o tolerancia del poder público en los hechos de Pueblo Bello, la Honorable Comisión insiste en que esta situación es "evidente", en que "existen elementos de prueba que apuntan a la complicidad de agentes del Estado". Una vez más, sin que haya una concreta subsunción nada puede ser catalogado como evidente. La evidencia se debe obtener, procesalmente hablando, a través de pruebas idóneas, y esto es precisamente lo que se extraña en demasía en este proceso, como quedó demostrado.

⁸¹ Sobre la discusión internacional acerca de la necesidad estatal de crear fuerzas de defensa civil y sus límites RAMELLI ARTEAGA. *La Constitución colombiana y el derecho internacional humanitario*, pp 256 y ss.

DE LAS REPARACIONES Y COSTAS

A. Sobre la reparación

1. El Estado colombiano ha demostrado ante la Honorable Corte que en el presente caso no se dan los supuestos de hecho y de derecho que permitan, al amparo de las distintas reglas de imputación de responsabilidad internacional, despachar favorablemente las pretensiones de la Comisión ni de los peticionarios, y por ello ha solicitado se le libere de toda responsabilidad por los hechos ocurridos en Pueblo Bello.

Como consecuencia de esto se solicita a esta Honorable Corte se abstenga de ordenar a la República de Colombia al reconocimiento y pago de indemnización alguna. Además, se debe esperar a los pronunciamientos de las autoridades judiciales nacionales, ante quienes cursan los procesos pertinentes.

En el derecho internacional la obligación de reparar es la consecuencia necesaria de un hecho ilícito imputable al Estado, que compromete su responsabilidad internacional. Según la Corte Internacional de Justicia, es un principio de Derecho Internacional que la violación de un compromiso implica la obligación de reparar en forma adecuada. En armonía con lo anterior, la Corte Interamericana ha sostenido que el art. 63.1 de la Convención Americana reproduce el texto de una norma de derecho consuetudinario, que constituye uno de los principios fundamentales del Derecho Internacional en materia de responsabilidad de los Estados⁸².

Habiéndose demostrado en este proceso que el Estado no ha incumplido con sus compromisos convencionales, forzoso resulta concluir que no tiene obligación alguna de reparar los perjuicios que las víctimas de Pueblo Bello sufrieron a manos de delincuentes particulares. Sin embargo, nos parece importante hacer algunas observaciones respecto de los apartes respectivos

⁸² FAUNDEZ LEDESMA. *El sistema interamericano de protección de los derechos humanos*, tercera edición, Ed. Instituto Interamericano de Derechos Humanos, 2003.

al tema de reparaciones que aparecen en los escritos introductorios de la Comisión y de los peticionarios.

2. Tanto la Comisión como los representantes de los familiares de las víctimas han solicitado, aplicando reglas convencionales y clara jurisprudencia de la Honorable Corte, que se condene al Estado a reparar integralmente los perjuicios que las víctimas y sus causahabientes padecieron como consecuencia de los lamentables hechos de enero de 1990, incluyendo, además de medidas de satisfacción y garantías de no repetición, el pago de indemnizaciones pecuniarias que reparen tanto los daños materiales como los inmateriales o morales

Tanto para la indemnización de los perjuicios morales como para los materiales, los demandantes han solicitado a la Corte acudir al expediente de la valoración apelando tan sólo a criterios de equidad, amparándose en pronunciamientos jurisprudenciales de la propia Corte, valorados equívocadamente, como pasará a explicarse.

3. Sea lo primero referirnos al tema de los perjuicios materiales solicitados atendiendo tan sólo criterios de equidad. No existe en todo el expediente prueba alguna que demuestre que este tipo de perjuicios se causaron a las víctimas ni a sus familiares, por lo que, apelando a interpretaciones poco ortodoxas de la jurisprudencia de la Honorable Corte en donde se ha acudido a este principio informador del derecho para fijar montos de condena, pretenden excusarse de la carga procesal de arrimar al expediente medios de convicción adecuados para que se pueda llegar a conclusiones en derecho.

Ha dicho la Corte que *el daño material supone la pérdida o detrimento de los ingresos de la víctima, los gastos efectuados con motivo de los hechos y las consecuencias de carácter pecuniario que tengan un nexo causal con los hechos del caso sub judice*⁸³.... Este Tribunal observa que por la actividad que realizaba la presunta víctima no es posible determinar cuál era su ingreso mensual, además de que no fueron aportados comprobantes idóneos para determinar con exactitud el ingreso que percibía en la época de su

⁸³ Cfr. Caso HUILCA TECSE, *Supra* nota 88, párr. 93; Caso de las Hermanas SERRANO CRUZ, *supra* nota 2, párr. 150; y Caso "INSTITUTO DE REEDUCACIÓN DEL MENOR", *supra* nota 59, párr. 283.

detención⁸⁴.

001028

Para concluir, habiéndose probado la falta convencional del Estado, que debía repararse el perjuicio material soportado por la víctima de la violación apelando a criterios de equidad para tasar la indemnización, pero partiendo de la prueba cierta de la actividad económica de la víctima.

Hay que resaltar que en el caso analizado había prueba en el expediente que demostraba que la víctima desplegaba una actividad económica remunerada al momento de la vulneración de su derecho, es decir, la Corte tenía al menos un principio de prueba para fundar la decisión tomada, y sólo cuando tasó la extensión del perjuicio para fijar el monto de la indemnización recurrió a la equidad, lo que no ocurre en el presente caso.

En el caso de Pueblo Bello la Comisión no hace referencia alguna a la actividad económica de las víctimas, pues deja ello en manos de los representantes de los familiares de las víctimas, y éstos, en el numeral 197 de su escrito, se limitan a afirmar sin sustento probatorio alguno que "Las víctimas de Pueblo Bello eran campesinos que se dedicaban a cultivar la tierra y a otras labores agropecuarias en pequeña escala", para concluir en el numeral 198 que "Cuando no se tiene certeza de los ingresos percibidos por una persona, como es el caso de los 43 campesinos desaparecidos del corregimiento de Pueblo Bello, entonces puede recurrirse a un método que parta del mínimo vital que requiere una persona para subsistir junto con su familia".

Sea lo primero decir que en Colombia los menores de edad no tienen *per se* autorización legal para trabajar, pues en consideración a su situación que goza de especial protección con rango constitucional, se supone su tiempo útil lo dedican a su escolarización⁸⁵. Luego de quienes eran menores de edad al momento de su desaparición debe presumirse su falta de ingreso laboral, a falta de prueba que demuestre lo contrario. Lo mismo puede predicarse de quienes, siendo mayores de edad, no habían alcanzado la edad de 25 años, desde la cual la legislación interna tiene por completo

⁸⁴ C.I.D.H. Caso ACOSTA CALDERÓN vs. ECUADOR, sentencia de 24 de junio de 2005

⁸⁵ CÓDIGO DEL MENOR, Artículo 238. Los menores de dieciocho (18) años necesitan para trabajar autorización escrita del Inspector del Trabajo o, en su defecto, de la primera autoridad local, a solicitud de los padres y, a falta de éstos, del Defensor de Familia

emancipados del sustento paterno a los jóvenes, por presumir que siguen adelantando su ciclo educativo⁸⁶.

Para quienes habían superado la edad de los 25 años es posible presumir un ingreso equivalente al salario mínimo legalmente establecido en Colombia, y que se actualiza anualmente para mantener su poder adquisitivo constante en porcentaje que recoge la inflación. Pero no puede ser objeto de actualización con base en porcentajes de interés por cuanto, por un lado, su valor mensual ya ha sido corregido por efectos de la inflación, y por el otro, por cuanto el criterio que permite acudir a este expediente es el de la equidad, que parte de la suposición de que la víctima habría logrado este ingreso mensual, pero no de la prueba real del ingreso al momento de los hechos, no existiendo causa legal para proferir una condena a cancelar intereses. Lo anterior hablando de los ingresos que presumiblemente hubieran recibido las víctimas desde el momento de los lamentables hechos y hasta el momento de la sentencia. Para el cálculo de los ingresos futuros habría que aplicar la tabla de expectativa de vida en Colombia en zonas rurales, actualizando el valor del salario mínimo en porcentajes de la inflación en Colombia de los últimos dos años, y traer ese resultado a valor presente. En ambos casos habría que restar un 25% en que la propia Corte ha fijado el monto de ingresos que la víctima directa gasta en su propia subsistencia⁸⁷.

4. Respecto de la petición de que el Estado sea condenado al pago de los perjuicios morales sufridos por las víctimas y sus causahabientes, la defensa quiere presentar algunas consideraciones, que ya fueron presentadas con ocasión de la defensa en el caso de la masacre de Mapiripán.

La jurisprudencia de la Honorable Corte en materia de reparaciones ha ido decantando algunos patrones respecto de la forma y el *quantum* a que son condenados los Estados cuando se les encuentra responsables por la violación de los compromisos convencionales en materia de derechos humanos, en especial cuando tasa los llamados perjuicios extrapatrimoniales.

⁸⁶ LEY 100 DE 1993, Artículo 47 literal b. Los hijos menores de 18 años; los hijos mayores de 18 años y hasta los 25 años, incapacitados para trabajar por razón de sus estudios y si dependían económicamente del causante al momento de su muerte; y, los hijos inválidos si dependían económicamente del causante, mientras subsistan las condiciones de invalidez.

⁸⁷ C I D H, Caso BAMACA VELÁSQUEZ, sentencia de reparaciones

Si bien el Estado encuentra loables las motivaciones que han llevado a la Corte ha acoger tales patrones, en especial los que hacen referencia a los montos, respetuosamente se permite compartir experiencias de derecho interno que en materia de indemnización de perjuicios por responsabilidad del Estado ha venido fijando el Honorable Consejo de Estado cuando condena al mismo Estado al encontrar que ha causado un daño antijurídico en favor de un particular, concepto que, consagrado en el artículo 90 de la Constitución Política, es bajo el cual se enmarcan todas las categorías y fuentes de responsabilidad patrimonial en que puede resultar incurso el Estado colombiano.

Y lo presenta de esta manera ante la Honorable Corte por considerar que los montos reconocidos en casos semejantes, *vr. gr.*, la sentencia de 19 comerciantes, han orientado un desplazamiento de la jurisdicción interna hacia la internacional, motivada, fundamentalmente, por razones económicas, de manera tal que los representantes de víctimas de violaciones de derechos humanos tratan de enmarcar los procesos dentro de la competencia del Sistema Interamericano de Derechos Humanos, pues allí encuentran que las reparaciones que se reconocen son mucho mas altas que aquellas que por los mismos hechos reconoce la jurisdicción interna

Como consecuencia de lo anterior se abandonan los procesos internos, o no se presentan completas las pruebas con las cuales justificar la reparación pedida, o no se impulsan estos procesos internos como deberían, o ni siquiera se intentan las demandas, a fin de obtener el funcionamiento del sistema subsidiario previsto en la Convención Interamericana, no en interés de obtener verdad, justicia y reparación justa, sino tan sólo de acrecentar el valor de esta última.

Con lo anterior se infringen principios superiores que informan tanto el derecho internacional de los derechos humanos como el derecho interno, en especial el de la igualdad, pues aquellos que logran acceder a estas instancias bajo el patrocinio de organizaciones especializadas de derechos humanos (a los cuales no tienen acceso todos los colombianos) logran reparaciones cuantiosas que, en relación con el medio en donde van a ser canceladas pueden ser constitutivas de enriquecimiento y no sólo de compensación, en tanto que la mayoría de víctimas de perjuicios causados por la actividad estatal encuentran cuantías y presunciones de

responsabilidad que se adecuan a las circunstancias del medio en donde van a ser entregadas, pues teniendo en cuenta tales circunstancias es que el Consejo de Estado las ha ido fijando.

También es importante resaltar los efectos fiscales que nuevos fallos como el de 19 comerciantes (y que podemos predecir en atención a la situación generalizada de violencia que padecemos los colombianos), pueden producir en el Erario público, afectando la marcha de programas y proyectos que deberían beneficiar a la mayor cantidad posible de conciudadanos, toda vez que los escasos recursos existentes se destinarían a compensar daños sufridos por unos cuantos (sin que desconozcamos el derecho a que sean reparados por los padecimientos que han tenido que soportar) rompiendo criterios de igualdad que se deberían materializar conforme se ha estructurado el proceso de asignación de recursos por nuestra Constitución Política de manera democrática.

Tanto la Honorable Corte como el Consejo de Estado parten de los mismos supuestos de justicia y equidad para reconocer la existencia de perjuicios morales a quienes han padecido en carne propia la vulneración de sus derechos, en los mismos supuestos se fundamentan para presumir, en atención a grados de parentesco, quienes sufren también el dolor y la angustia de ver lastimados a sus seres queridos⁸⁸, en criterios de equidad han tasado, gracias al arbitrio judicial, las cuantías a indemnizar, y en los mismos criterios han basado su decisión de que en casos de extremo padecimiento tales montos pueden ser proporcionalmente aumentados⁸⁹.

⁸⁸ C I D H , sentencia de reparaciones caso LAS PALMERAS, # 55: "El Tribunal considera que es necesario probar el daño moral que se invoca, salvo cuando se trate de muy cercanos familiares de la víctima, o de personas unidas con ésta por relación conyugal o de convivencia permanente. En esta hipótesis, la Corte aplicará la presunción, establecida en otros casos, de que las violaciones de derechos humanos y la impunidad relacionada con éstas, causan sufrimientos".

⁸⁹ Sentencia del CONSEJO DE ESTADO de 21 de febrero de 2002, C. P.: ALIER EDUARDO HERNÁNDEZ ENRÍQUEZ, Radicación: 5615: "Con fundamento en estas declaraciones y en relación con la víctima, puede tenerse por establecido el perjuicio moral sufrido; adicionalmente, es claro que la presunción sobre su existencia puede construirse con apoyo en la prueba del daño físico sufrido por él, sobre el cual existen en el proceso suficientes elementos de convicción. En efecto, es lo común, lo esperable y comprensible, que los seres humanos sientan tristeza, depresión, angustia, miedo y otras afectaciones de los sentimientos, cuando ven disminuidas su salud y sus facultades físicas, especialmente cuando la lesión sufrida tiene carácter permanente y resulta tan grave que afecta, como en el caso de NERI FLORENCIO HURTADO, el desarrollo de sus funciones vitales e, inclusive, su capacidad laboral. También puede presumirse, dando aplicación a las reglas de la experiencia, que las personas más allegadas a NERI FLORENCIO HURTADO, esto es, sus padres, su abuela y sus hermanos, quienes lo quieren y sostienen con él relaciones de afecto y solidaridad, sufrieron un perjuicio moral como consecuencia del accidente de aquél. En efecto, puede presumirse que sintieron y sienten aún preocupación y angustia, al ver a NERI FLORENCIO limitado físicamente y con restricciones para desarrollar una vida totalmente

001032

En cuadro anexo se confrontan las presunciones del sufrimiento de perjuicios en razón al parentesco que reconocen tanto la Honorable Corte como el Consejo de Estado, así como los montos que por perjuicios morales se reconocen a ellos cuando se declara la responsabilidad del Estado.

Corte Interamericana de Derechos Humanos		Consejo de Estado de Colombia
Víctima	U\$ 80.000.00	100 smmlv (\$ 38.150.000.00)*
Cónyuge o Compañero	U\$ 80.000.00	100 smmlv (\$ 38.150.000.00)
Hijo o hija	U\$ 50.000.00	100 smmlv (\$ 38.150.000.00)
Padres	U\$ 50.000.00	100 smmlv (\$ 38.150.000.00)
Hermanos	U\$ 8.500.00	Entre 25 y 50 smmlv (\$ 9.537.500.00 y \$ 19.075.000.00) **

* No se reconocen a la víctima cuando es por muerte, salvo cuando ésta ha padecido vejaciones o grandes sufrimientos antes de la muerte.

** Dependiendo de si conviven o no con la víctima, o de la prueba de una estrecha relación con ésta.

Actualmente la tasa de cambio oficial en Colombia, o tasa representativa del mercado, equivale a \$ 2,306.71 pesos por dólar de los Estados Unidos.

Dentro de la lista de familiares de las víctimas de Pueblo Bello los representantes presentan, como posibles beneficiarios, a personas que no han sido cobijadas por la Jurisprudencia de la Corte con la presunción de padecimiento, tampoco en la Jurisprudencia del Consejo de Estado, razón por la cual, y al no haber prueba específica que demuestre el padecimiento cierto que sufrieron por la muerte o desaparición de los 43 pobladores de Pueblo Bello, deben ser excluidos de toda consideración pecuniaria.

Vale la pena resaltar en este punto la *declaración sobre los principios fundamentales de justicia para las víctimas de delitos y del abuso de poder*

normal. También puede deducirse que el sufrimiento de sus padres es más fuerte que aquél padecido por su abuela y sus hermanos.

adoptada por la Asamblea General de las Naciones Unidas en su resolución 40/34 de 29 de noviembre de 1985, que en su capítulo A.- LAS VÍCTIMAS DE LOS DELITOS, ha señalado:

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

2. 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 para prevenir la victimización (subraya fuera de texto).

En atención a esta declaración, interpretada a la luz de los criterios de la Corte, dentro de los que vale la pena resaltar lo dicho en el caso Paniagua Morales y Otros vs. Guatemala, sentencia de mayo 25 de 2001 que señaló: *En el caso de los padres de la víctima, no es necesario demostrar el daño moral, pues éste se presume⁹⁰. Igualmente se puede presumir el sufrimiento moral por parte de la hija de la víctima. Con respecto a sus hermanos, debe tenerse en cuenta el grado de relación y afecto que existía entre ellos, se solicita a la Corte, en el evento de que disponga una condena en contra del Estado, que en materia de perjuicios morales exija para quienes ostentan la calidad de hermanos prueba sobre la cercanía o convivencia con la víctima directa, de lo contrario niegue la indemnización solicitada, y tan sólo presuma el perjuicio a favor de los hijos, padres y cónyuge o compañera permanente de aquélla.*

En todo caso se solicita negar las indemnizaciones solicitadas a favor de parientes lejanos tales como cuñados, primos, hijos de crianza, sobrinos, tíos, suegros, etc., solicitadas en el escrito de los peticionarios. Cree el

⁹⁰ Cfr. Caso CASTILLO PÁEZ, Reparaciones, *supra* nota 2, párr. 88; Caso LOAYZA TAMAYO, Reparaciones, *supra* nota 2, párr. 142; Caso GARRIDO Y BAIGORRIA, Reparaciones, *supra* nota 22, párr. 62; y Caso ALOEBOETOE Y OTROS, Reparaciones, *supra* nota 19, párr. 76

Estado que solicitar indemnización de perjuicios en favor de estas personas, sin aportar prueba que demuestre realmente el perjuicio con ocasión de la estrecha relación familiar, pues para estos casos no es posible acudir a una presunción, desnaturaliza la existencia de esta especial jurisdicción, pues da muestras de un interés fundamentalmente pecuniario en la presentación de estos casos ante estadios internacionales.

B. Costas y gastos de los representantes de las víctimas

1. La República de Colombia solicita a la Honorable Corte determine que el pago de costas y gastos sea asumido por cada una de las partes intervinientes.

2. En cuanto a las costas y gastos de los representantes de las víctimas, para su reconocimiento la Honorable Corte los ha condicionado a que sean sólo de gastos necesarios y razonables, según las particularidades del caso y efectivamente realizados o causados a cargo de la víctima o sus representantes. De todos modos su reconocimiento procede sobre bases de equidad.

3. Aquí queremos hacer mención sobre algunas inconsistencias de la solicitud de pago de costas y gastos de los representantes de las víctimas:

- En el anexo 6.2 relacionado con el certificado de los gastos en que incurrió la Comisión Colombiana de Juristas no hay sustento de los mismos diferente al certificado de la contadora, señora LUCÍA SANTACRUZ HOYOS, lo cual no consideramos suficiente para tal efecto

- En el anexo 6.4 el valor de las agencias en derecho solicitado corresponde al de los proceso de nulidad y restablecimiento del derecho, por lo que sería más apropiado invocar las agencias en derecho de una constitución de parte civil.

- En el anexo 6.5 sobre la certificación de los gastos de ASFADES (Asociación de Familiares de Detenidos Desaparecidos) en el trámite del caso ante las instancias judiciales colombianas, se incluyen gastos diferentes a los realizados ante la Corte Interamericana. No se adjunta la copia de la tarjeta profesional del contador que expide la certificación en cuestión y no se

relacionan los soportes de los mismos. Además, las actividades descritas corresponden a costas en proceso internos.

- Anexo 6.6 los gastos de CEJIL (Centro por la Justicia y el Derecho Internacional) ante el Sistema Interamericano de Derechos Humanos, no presenta una discriminación de los mismos que permita evaluar su pertinencia.

4. Para que pueda condenarse a un Estado a cubrir el detrimento patrimonial sufrido por quienes vencieron en el proceso con ocasión del mismo es ineludible que ese daño patrimonial pueda ser imputado jurídicamente al Estado; la República de Colombia ha demostrado que dicha imputación no tendría sustento jurídico en este proceso.

CAPÍTULO VIII

001036

CONCLUSIONES GENERALES

1. La investigación de la responsabilidad internacional de la República de Colombia por los hechos ocurridos en el corregimiento de Pueblo Bello debe partir del análisis de los deberes asumidos por esta Parte. De acuerdo con la Convención, el Estado colombiano está obligado a *respetar* los derechos y libertades reconocidos y a *garantizar* a todos los sujetos su libre y pleno ejercicio. Cada uno de estos deberes puede ser descompuesto en otros más concretos. Estos deberes se conocen como derechos de defensa del ciudadano frente al Estado y son derechos de acciones *negativas* del Estado. Pero existen también derechos a acciones *positivas* del Estado, a prestaciones.

2. Para deducir responsabilidad internacional del Estado por hechos de terceros es imperioso atender a las estructuras de imputación de responsabilidad y que devienen de la Convención y de la jurisprudencia de la Honorable Corte. Estas estructuras de imputación de responsabilidad al Estado constituyen *numerus clausus*, pues son enumeración cerrada de los eventos en los cuales la infracción del deber convencional es imputable al Estado en cuestión. Este presupuesto constituye garantía al principio de *certeza* jurídica. Ellas son, además, criterios autónomos e independientes, las cuales se diferencian claramente de las estructuras de imputación en el derecho civil y penal, aunque comparten elementos comunes. En el momento de realizar el ejercicio de imputación de responsabilidad internacional al Estado debe tenerse en cuenta el principio de proporcionalidad. Este principio es una herramienta de interpretación de los derechos humanos, en caso de colisión.

3. La primera estructura de imputación se refiere al caso de cuando un agente del Estado, perfectamente *individualizado*, interviene en el hecho realizado directamente por un tercero. También se hace referencia a los casos en los cuales si bien el agente *no está individualizado*, está plenamente demostrada la intervención por acción o por omisión de un agente cualquiera en los hechos de particulares. La imputación de responsabilidad internacional al Estado presupone, en esta primera estructura, la imputación personal (penal o disciplinaria) al agente estatal. Este tipo de responsabilidad está condicionada por el juicio de imputación individual al agente, sin embargo, no por ello deja

de ser autónoma, esto es, propia de la responsabilidad internacional del Estado.

4. En el caso de Pueblo Bello se está ante el evento de atribución de responsabilidad al Estado por el comportamiento de terceros, de miembros del grupo armado ilegal. Lo importante entonces es determinar si la conducta de los particulares atentatoria contra los derechos a la vida y la integridad personales puede ser imputada a los miembros de las Fuerzas Armadas de Colombia como incumplimiento de los deberes en concreto.

5. En este análisis resulta de gran importancia atender a las estructuras de imputación personal del hecho. Es decir, el Estado colombiano sólo será responsable cuando los hechos de Pueblo Bello sean imputables a los militares. Se requiere, en primer lugar, determinar si los militares estaban obligados en el caso concreto, esto es, si tenían una posición de garante respecto de los habitantes de dicho corregimiento. Una vez que esto se determine, será necesario dar un paso siguiente: habrá de hacerse un análisis acerca de la creación de un riesgo jurídicamente desaprobado. La creación de este riesgo coincide en su estructura con la infracción del deber en concreto.

6. La existencia de una competencia material, funcional y territorial de los servidores públicos en el área en que sucedieron los incidentes es clara, pues los miembros de las Fuerzas Armadas hacían presencia con una base y un retén militar en la zona. Los deberes que los miembros de las Fuerzas Armadas de Colombia tenían en el supuesto en análisis eran de protección de la población y de garantía de seguridad en dicha región, deberes que se deben concretar en el marco de la imputación personal. Entonces, los militares tenían una posición de garante.

7. Ahora bien, se pudo demostrar que en el caso concreto no se infringió ese deber derivado de la posición de garante.

La tesis que la defensa sostiene: el que los militares presentes en la zona crearan un riesgo jurídicamente desaprobado por infringir los deberes resultantes de su actividad, así como porque conocieran con claridad la situación de riesgo actualizante del deber es algo que NO se ha probado en absoluto en este proceso. Tampoco existen elementos de prueba que permitan colegir la cognoscibilidad. Entonces, no está probado ni el

conocimiento ni la cognoscibilidad. Por el contrario, existen elementos dentro del proceso que apuntan al total desconocimiento por parte de los militares de la situación concreta de peligro y de una posibilidad de ataque a la población.

El único instrumento probatorio con el que se ha pretendido sustentar una posible participación de los militares es el testimonio de ROGELIO DE JESÚS ESCOBAR MEJÍA; éste, como quedó demostrado, carece de toda virtualidad para poder destruir la presunción de inocencia de los militares.

8. El testimonio del señor ROGELIO DE JESÚS ESCOBAR MEJÍA no puede fundamentar un fallo condenatorio de esta Honorable Corte, pues su contenido no ha sido probado. La única forma de poder tomar en cuenta como hecho probado el contenido de la citada declaración hubiera sido que la misma estuviera corroborada por elementos objetivos externos a ella, lo que no sucede en modo alguno en nuestro caso. Es más, ha quedado acreditado que el testimonio del señor ESCOBAR MEJÍA ha de ser considerado implausible.

También quedó demostrado que el testimonio del señor ESCOBAR MEJÍA deja abiertos muchos interrogantes frente al análisis que se haga de acuerdo con las máximas de experiencia de la psicología del testimonio.

9. No existe una única vía de acceso a la finca a la que fueron trasladadas las personas secuestradas en Pueblo Bello, como se afirma en la demanda. Muy por el contrario, está probado suficientemente, esto es, de la mano de varios medios de prueba (prueba pericial y testimonial), que hay otras vías de acceso desde Pueblo Bello a la finca Las Tangas, a través de las cuales se pudo evadir la presencia y control militares. Lo que en un primer momento se podría considerar como indicio de responsabilidad de los militares, no tiene tal calidad, pues no está probado el hecho indicador, precisamente la existencia de esa única vía de acceso. Lo que sí está probado es la existencia de vías alternativas, y esto constituye el hecho indicador del contraindicio, el cual, en su estructura, cumple en nuestro caso la función de exclusión de responsabilidad de los militares. Los testimonios practicados en la audiencia no poseen igualmente fuerza probatoria.

10. No existe, entonces, prueba de la responsabilidad del Estado colombiano por la violación de los derechos a la vida, la libertad y la integridad personales en los hechos de Pueblo Bello. Entonces, el Estado colombiano tampoco ha incumplido la obligación de respeto de los derechos del niño, ni es responsable del delito de desaparición forzada de personas.

11. La segunda estructura de imputación hace referencia al deber estatal de prevenir los atentados contra los derechos humanos por parte de terceros. Aquí ya no es presupuesto de imputación de responsabilidad internacional el juicio de reproche individual al agente. Esta estructura de imputación no está ceñida, entonces, a la comprobación de la intervención directa, por acción o por omisión, del representante del Estado en la violación de los derechos humanos por parte de terceros. Se hace alusión a un deber general de diligencia de prevenir en sentido amplio, de manera que lo que se reprocha al Estado al fin y al cabo es una omisión general de prevención.

La infracción de este deber de prevenir los atentados contra los derechos humanos por parte de terceros debe ser analizada desde dos perspectivas: por un lado, de forma general, esto es, si el deber es violado como política de Estado y, por el otro, de forma concreta, donde se hace referencia al grado de conocimiento o cognoscibilidad del peligro para los bienes jurídicos.

Resulta imposible reprochar al Estado colombiano la infracción al deber genérico de prevención y la lesión de este deber en el caso concreto. La actividad militar de la zona demuestra la diligencia del Estado en la prevención de cualquier atentado contra los derechos humanos de los habitantes de la región. No sólo se trataba de presencia militar, sino también, como quedó demostrado, de operativos constantes de persecución a los miembros de grupos armados presentes en esa región del país. La presencia militar era la que de acuerdo con la capacidad estatal resultaba pertinente y proporcional para la defensa de los derechos humanos. Los militares presentes en la zona no tuvieron conocimiento alguno de los hechos, ni éstos les fueron cognoscibles. Sobre el desconocimiento hay prueba suficiente en este proceso.

12. La República de Colombia no ha incumplido con el deber de respeto del derecho a la garantía y protección judiciales. Colombia tiene resultados

001040

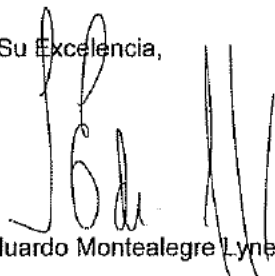
precisos y contundentes que dan buena cuenta del interés del Estado colombiano en la investigación y sanción eficaz de los delitos atentatorios contra los derechos humanos reconocidos en la Convención.

El plazo de duración de los procesos penales respectivos es razonable, y esto porque en virtud de los criterios elaborados doctrinal y jurisprudencialmente para determinar la razonabilidad, se trata de un caso de gran complejidad y la reacción de los órganos judiciales competentes está en relación razonable con dicha complejidad. Los derechos de las víctimas a conocer la verdad de lo ocurrido y a la reparación integral han sido igualmente garantizados en la medida de las posibilidades estatales y del estado de los procesos judiciales que aún cursan en las jurisdicciones internas.

13. La República de Colombia también se opuso abiertamente a varias afirmaciones de la demanda, las cuales resultan lesivas de los intereses procesales de la República de Colombia.

14. Por todo lo anterior, la República de Colombia se opone a las pretensiones de la demanda y de las víctimas en relación con reparaciones y costas del proceso.

A Su Excelencia,



Eduardo Montealegre Lynett
Agente del gobierno de Colombia