000327

UNIVERSITARIO MERGO
SECTOR VIA SANDOVE
INTERROGANTE DE LA CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS
S. D. D.

Tengo el honor de dirigirme a Vuestra Excelencia, en representación del Gobierno Colombiano, con el propósito de presentar a la Honorable Corte Interamericana de Derechos Humanos, las excepciones preliminares que hemos oportunamente alegado, en relación con el caso 10.948, de Héctor Fabio Ortiz Sarmiento y María del Carmen Sanchez.

Las excepciones presentadas son las siguientes:

i) La contenida en el literal a) dispositivo de las partes con el fin de proteger una violación anterior mediante la aplicación del artículo 46.1 y 46 de la convención;

ii) La violación -hecho las disposiciones contenidas en los artículos 50 y 51 de la convención, y

iii) La violación de los recursos internos.

Los razones metodológicas y a fin de ceñirse con mayor exactitud a las excepciones de hecho de las relaciones anteriormente

I. FALTA DE INDICATIVA DE LA COMISION PARA DAR SOLUCION AMISTOSA

"SIGUE DESTACAR ANTE LA CORTE QUE EL GOBIERNO DE COLOMBIA NO HEMOS DIA NINGUN MOMENTO EL HECHO ANTERIA DE LA DENUNCIA EI LA RESPONSABILIDAD QUE LE CORRESPONDE COMO CONSECUTENCIA DE LOS ACTOS DE SUS AGENTES, AUTORES DE LOS HECHOS. SENDOS ACTOS NO HAYAN SIDO JURISDICCIONALMENTE IDENTIFICADOS POR SU FALTA DE DECLARACION EN LA INVESTIGACION" (SIETE DE MAYO DE 1 [illegible] PRESENTADO POR

INVESTIGACIÓN" (Aparte que tanto de la demanda presentada por la mencionada asociación internacional de Derechos Humanos Pag. 20.)

El artículo 61.2 de la convención exige el agotamiento de los trámites previstos en los artículos 48 a 50, antes de que se presente demanda ante la Corte para que pueda conocer del respectivo caso. El artículo 48.1.f establece que la comisión, "se pondrá a disposición de las partes interesadas, a fin de llegar a una solución amistosa del asunto...". Teniendo que se cumplió cabal.

El mismo artículo establecía en sus lías que la decisión de esta comisión por parte de la comisión por representante tanto el caso como inadmisible, en el presente asunto los hechos que dieron origen a la demanda no ocurrieron, y la comisión sólo del cumplimiento al mandato acorde de la norma transcrita, y así lograr una solución amistosa. La comisión mencionada permite evitar la improcedencia e inadmisibilidad de la demanda por falta de agotamiento de recurso previsto en la convención.

En la página 26, párrafo 52 de su informe 31/93 (Caso 10.231) del 29 de septiembre de 1993 la comisión señala que en este caso no era procedente recurrir al procedimiento de solución amistosa, el mencionado establecía:

> "Los hechos motivo de la demanda no son, por su naturaleza, susceptibles de ser resueltos a través de la aplicación del procedimiento de solución amistosa y de que las partes no solicitaron ante la comisión este procedimiento, previsto en el artículo 48.1.f de la convención y en el artículo 45, del reglamento de la CIDH.

El problema de fondo consistía en que la solicitud transcrita, convirtiendo de la comisión, contiene una de interna tendiente por interpretación equivocada de diferentes procesales.

Resulta claro que los términos utilizados por la demanda, a saber, que "los hechos motivo de la demanda no son, por su naturaleza, susceptibles de ser resueltos a través de la aplicación del procedimiento de solución amistosa..."

se lucha a repetir el texto del artículo 46.2 de su reglamento. De otra parte, la argumentación proferida por la mayoría nunca exclusivamente intentar justificar su criterio, y para tal fin pretende extender a la situación materia de estudio los alcances del fallo de la Corte Interamericana de Derechos Humanos en el caso Velásquez Rodríguez (excepciones preliminares, sentencia de 26 de junio de 1987). Olvida la mayoría que las circunstancias que llevaron a la corte a tomar la decisión mencionada, difieren sustancialmente de las que en Colombia se vienen en el presente caso al formular la demanda correspondiente.

En Velásquez Rodríguez, la Corte consideró:

> "Cuando se denuncia la desaparición forzada de una persona por acción de las autoridades de un Estado y esto viene que dicho acto se han realizado, resulta muy difícil lograr un acervo probatorio que se traduzca en el respeto de sus derechos a la vida a la libertad y seguridad personales. La corte, teniendo en consideración todas las consideraciones evidenciadas en el presente caso considera que no es imputable la actuación de la comisión o producción de la solución amistosa" (parrafo 65).

La anterior cita de la corte, indica claramente que el fallo adoptado en el caso Velásquez Rodríguez, se fundamenta en una serie de circunstancias predicables exclusivamente de dicho caso. En hecho, la decisión proferida por la corte interamericana, obedeció a que el gobierno desconocido en repetidas oportunidades negó que hubiera existido participación de autoridades gubernamentales o militares en la desaparición forzada de la víctima, incluso llegó a negar que se hubiera producido la desaparición forzada. Resulta claro que cuando un gobierno adopta posición como la que se acaba de relatar, no tiene sentido lógico que la comisión se ofrezca a prestar su ayuda para obtener una solución amistosa. Es absurdo pensar que un gobierno que niega la ocurrencia de determinados hechos, está dispuesto a negociar una solución amistosa, la cual sólo puede lograr que dicho gobierno reconozca, empieza a establecerse su responsabilidad en los hechos cuya existencia ha negado sistemáticamente. Son estas las consideraciones que llevaron a la corte a argumentar y obtener la posición jurídica citada anteriormente (Velásquez

Los hechos y circunstancias del caso IRIDRO CABALLERO que conoce actualmente la Corte son totalmente diferentes a los que constituyeron precisamente fundamental de la decisión que la comisión pretende por extensión aplicar con la única pretensión de asegurar la omisión en el trámite cumplido antes de formular la demanda correspondiente.

El gobierno de Colombia en ningún momento negó el hecho real y material de la desaparición forzada de una persona. Además los diversos procesos judiciales que se iniciaron con el fin de castigar a la víctima y determinar los autores de dicha desaparición ordenó. Un reconocimiento de que en las violaciones a los derechos individuales pudieron tener participación autoridades militares colombianas. La disputa central que se produce entre el gobierno de Colombia y la comisión, tiene que ver con la identidad de los responsables de las violaciones y si las autoridades judiciales nacionales cumplieron satisfactoriamente con sus obligaciones de deberar a dichas personas e imponerles las sanciones respectivas.

En este contexto, resulta absurdo e ilógico dar por sentado que cualquier ofrecimiento de ayuda por parte de la comisión para lograr una solución amistosa, carecería de sentido en el caso. Es decir, la posición del gobierno demostrada en el caso Velásquez Rodríguez, que fue lo que indujo a la Corte a tomar como lo hizo en ese caso, era totalmente distinta a la posición adoptada por el gobierno de Colombia. Por lo mismo lo que el tribunal arguyó en relación a Honduras no tiene ninguna aplicación en el presente caso.

En su artículo 51 de nuestra Ley de Ratificación, la comisión pretende aplicar "las partes no solicitaron ante la comisión esta procedimiento los solicitó amistosa". La expresión transcrita al pretender hacer incurrir a las partes, con el fin de acusar la falta de la comisión del cumplimiento de sus obligaciones, según lo establecido en el artículo 48.1 de la convención, y para tal efecto se apoya en el artículo 46.1 de su propio reglamento.

La convención citada claramente estipula que el proceso de solución amistosa puede iniciarse la comisión "a petición de cualquiera de las partes o por iniciativa propia...". La comisión tendría derecho de atribuir culpa a las partes si la petición solución amistosa dependiera exclusivamente de la solicitud

que hiciera cualquiera de las partes, pero debe recordarse que el artículo 48.1 f de la convención dispone que la comisión, al recibir una petición, "se pondrá a disposición de las partes interesadas, *a fin de llegar a una solución amistosa...*" y en ningún caso consagra esta obligación para las partes lo que textualmente ocurre con el trámite establecido en el artículo 45.1 del reglamento de la comisión. En otras palabras, el reglamento de la comisión (artículo 45.1) no corresponde a un desarrollo exacto del alcance y contenido del artículo 48.1f de la convención, norma que consagra una obligación exclusiva de dicha comisión. Si bien esta disposición establece que es la comisión misma quien debe iniciar el proceso de solución amistosa, de hecho no impide a la comisión permitir a las partes invitarla a hacerlo. No obstante, el artículo 48.1f no faculta a la comisión trasladar a las partes la obligación que la convención le exige en forma exclusiva, para luego poder argumentar que al no solicitar cualquiera de las partes una solución amistosa, esa parte queda impedida (estoppel) de sostener que la comisión ha incurrido en una violación de la convención. En el caso Velásquez Rodríguez, la corte subrayó que a pesar de que debe considerarse que queda a discreción de la comisión el proceder o no emprender una solución amistosa en determinado caso, bajo ninguna circunstancia puede ejercer esa facultad en forma arbitraria (Velásquez Rodríguez, Sobre párrafo 48).

En el presente caso resulta claro que la comisión ha actuado en forma arbitraria, pues no ha hecho el más mínimo esfuerzo por explicar su abstención de buscar la vía de la solución amistosa. En su informe se limita a citar el artículo 48.1f de la convención y el artículo 45 de su reglamento. Por otro lado, también se puede sostener, como tesis de hacerla la comisión en el caso Velásquez Rodríguez (párrafo 43 supra), que la violación de determinados derechos, por ejemplo aquellos que garantizan los artículos 4,5 y 7 de la convención, nunca pueden ser sujeto de una solución amistosa. En este caso encontró esa argumento tan poco convincente que ni siquiera se dignó a hacer cualquier comentario al respecto.

Cabe entonces preguntarse si la omisión en que incurrió la comisión de cumplir con sus obligaciones según el artículo 48.1f de la convención representa una violación lo suficientemente grave para justificar el rechazo del caso. El gobierno de Colombia está convencido de que las cortes internacionales dan

mayor importancia que las cortes nacionales al mantenimiento de normas procesales y que no permitan que consideraciones de forma sentenciar adecuada de fondo.

La obligación que tiene la comisión de ponerse a disposición de los estados partes a fin de llegar a una solución amistosa, no es un asunto que se limite a aspectos estrictamente formales. Fue incluido en la convención americana- este proceso también se encuentra en otros tratados importantes en materia de derechos humanos- para brindar a los estados partes la oportunidad de negociar una solución amistosa aceptable sin quedar marcados como violadores de derechos humanos. Cuando la comisión, en lugar de alentar, evaporar o impulsar esta clase de arreglos, decide arbitrariamente que el caso, por su propia naturaleza, no es susceptible de ser resuelto por la vía de la solución amistosa, está violando una obligación que le ha impuesto la convención para la protección de los estados partes. No se trata, pues, de un asunto de mera forma, sino de aspectos fundamentales que fueron desconocidos por la comisión de manera deferentible.

No se puede responder al anterior argumento con base a lo previsto en el artículo 45.1 del reglamento de la comisión que permite a las partes solicitar una solución amistosa. En primer lugar, se ha demostrado ya que una parte que no haya presentado la solicitud permitida en el artículo 45.1, no queda impedida (estopped) de invocar la falta de la comisión de cumplir con la obligación que le está atribuida expresamente por el artículo 48.1f de la convención. En segundo lugar, el artículo 45.1f. fue redactado con la intención de imponer esta obligación exclusivamente a la comisión por una razón evidente. Los estados partes subieron evitar verse avocados o encontrarse en la incómoda posición de tener que solicitar una solución amistosa, circunstancia que podría interpretarse como una confesión anticipada de responsabilidad, lo cual envolvía varios riesgos políticos y procesales. Con el propósito de evitar dichas consecuencias negativas para los estados partes, se impuso la obligación a la comisión de iniciar o impulsar al primer paso del trámite para llegar a un acuerdo amistoso.

Por último, si bien es cierto que debe considerarse que los estados partes en la convención deben conocer los reglamentos de la comisión, es igualmente

cierto que la comisión que los redactó y que los aplica a diario, en la práctica está mucho más familiarizada con ellos que los estados partes. No es pretendido con la anterior afirmación, presentar un argumento apoyado en el desconocimiento o errada interpretación de un reglamento, sino enfatizar que le existe una obligación ineludible a quien interprete y aplique los reglamentos, consistente en conocer íntegramente su alcance y, en ningún caso, pretender sustraerse a una obligación impuesta en normas jerárquicamente superiores como son los mandatos incluidos en la convención. Además, mientras el caso no llegue a conocimiento de la Corte, la comisión no es una parte en dicho asunto, sino, como se desprende del artículo 48, un árbitro imparcial y un mediador. Concluyese de lo anterior que a la comisión se le impone la obligación, en esta etapa, de asistir a las partes para un estricto cumplimiento de todas las disposiciones reglamentarias aplicables y acordarles a resolver sus antagonismos, en cambio de actuar como un fiscal cuya única preocupación es llevar a juicio un caso determinado.

No se puede responder a lo que aquí se ha dicho acerca del procedimiento de solución amistosa y de las obligaciones de la comisión a ese respecto, argumentando que, de haberse interesado por una solución amistosa, el gobierno de Colombia simplemente hubiera acogido las recomendaciones de la comisión, contenidas en sus informes de los artículos 50 y 51. Este argumento deja de lado el hecho de que una vez que la comisión ha adoptado sus recomendaciones lo que está haciendo es imponer una solución. La comisión aquí desarrolla un papel muy distinto al que le impone el artículo 48.1f. En otras palabras, los procedimientos escalonados y sucesivos que establecen los artículos 48 a 51 sirven propósitos muy diferentes. Cuando la comisión omite cualquiera de ellos, sin un motivo justificable, socava la base jurídica de la convención.

El gobierno de Colombia, respetuosamente solicita que la corte declare inadmisible la demanda presentada ante la comisión al no haberse cumplido los requisitos enunciados en el artículo 61.2, debido a que no se siguieron los procedimientos previstos por el artículo 48.1f.

II. INCORRECTA APLICACION DE LOS ARTICULOS 50 Y 51 DE LA CONVENCION

000334

El presente caso fue referido a la corte por la comisión con violación de las disposiciones pertinentes de la convención, mas exactamente con indebida aplicación de los artículos 50 y 51. Estos dos artículos establecen un sistema doble de presentación de informes, destinado precisamente a diferenciar con exactitud los distintos funciones asignadas por la convención a la comisión y a la corte; también fijan los plazos y condiciones para someter un caso a la corte.

El gobierno colombiano sostiene que la comisión violó la disposiciones citadas cuando sometió el caso en estudio a la corte y por tal motivo la demanda se encuentra ante el honorable tribunal de manera irregular o improcedente.

El artículo 50 exige a la comisión al deber de redactar un informe en el que debe exponer los hechos y sus conclusiones con respecto a las peticiones o comunicaciones que haya examinado de conformidad con las facultades que le confiere la convención. (ver convención artículos 44-49). Este informe, junto con cualquier recomendación o propuesta que la comisión desee incluir, es luego transmitido a los estados interesados, quienes no lo podrán publicar. Una vez se haya transmitido este informe a los estados interesados, empieza a correr un término o plazo de suma importancia, porque al constituye fundamento para agotar una etapa procesal y dar comienzo a otra, y así mismo para determinar cual es la entidad competente para producir cualquier resolución. El plazo mencionado está previsto en el artículo 51.1 de la convención que dice textualmente:

> "1. Si en el plazo de tres meses, a partir de la remisión a los estados interesados del informe de la comisión el asunto no ha sido solucionado o sometido a la decisión de la corte por la comisión o por el estado interesado, aceptando su competencia, la comisión podrá emitir por mayoría absoluta de votos de sus miembros, su opinión y conclusiones sobre la cuestión sometida a su consideración."

El artículo 51 dispone que la comisión que los Estados Partes tienen un plazo de tres meses a partir de la fecha del envío del informe (artículo 50) para someter el caso a la corte. Una vez vencido ese plazo sin que se haya

000335

sometido el caso a la corte, esta queda de manera privativa en manos de la comisión. Es decir, la competencia de la comisión queda supeditada a que se soluciona o se someta a la consideración de la Corte dentro de los tres meses siguientes contados a partir de la transmisión del informe mencionado en el artículo 50 de la convención. Lo anterior significa que si dentro de ese plazo no ha tenido solución el caso propuesto a conocimiento de la comisión o sometido a la decisión de la Corte, la comisión considera la competencia necesaria para adoptar las diversas medidas que conforman los párrafos del artículo 51. Por decirlo de otra manera la competencia de la comisión se pierde cuando dentro de los tres meses ya mencionados el caso se somete a la corte o es solucionado.

Significa lo anterior, que el trámite previsto en la convención en los artículos 50 y 51 está conformado por diferentes etapas: la primera de competencia de la comisión que se agota con la transmisión del informe; la segunda constituida por el término de tres meses para que se solucione el caso o se ponga a conocimiento de la corte, y la tercera que está conformada por la competencia privativa de la corte cuando el caso ha sido sometido oportunamente a su estudio dentro del plazo perentorio ya mencionado, o por el contrario, la comisión conserva competencia para adoptar las medidas previstas en la misma convención (artículo 51). Estas etapas son sucesivas no admiten interferencias ni pueden omitirse porque constituiría una lesión al derecho de defensa de los estados partes.

Las medidas que según el artículo 51 puede tomar la comisión cuando un caso no ha sido sometido a la corte, incluyen la preparación de un informe o fallo- que ordinariamente se denomina informe artículo 51- que contenga "su opinión y conclusiones sobre la cuestión sometida a su consideración" (artículo 51.1). El artículo 51.2 autoriza a la comisión a elevar recomendaciones y fijar plazos dentro de los cuales el estado interesado ha de tomar las medidas señaladas. Por último, el artículo 51.3 dispone que cuando haya vencido el plazo fijado por la comisión para la implementación de las medidas señaladas en el artículo 51.2, la comisión "decidirá, por la mayoría absoluta de sus miembros si el estado ha tomado o no medidas adecuadas y si publica o no su informe".

Cabe señalar que las medidas que puede adoptar la comisión según el artículo

51, reflejan facultades muy distintas que se pueden ejercer, después de transcurrido el informe, una vez venza el plazo de tres meses para el sometimiento del caso a la Corte. Es decir, a la comisión se le da la autoridad para resolver el caso en lugar de la Corte. La anterior afirmación resulta lógica, porque si la comisión no contara con esa autoridad y por cualquier circunstancia el caso no fuera sometido a la Corte sería improcedente la adopción de cualquier medida quedando el hecho propuesto a la comisión en completo estado de indefensión.

Debe señalar ahora, haciendo un paréntesis, que los artículos 50 y 51 de la convención se originaron o tomaron como fuente los artículo 31 y 32 de la Convención Europea sobre Derechos Humanos, donde las facultades otorgadas a la Comisión Interamericana de Derechos Humanos quedan divididas entre la Comisión Europea de Derechos Humanos y el comité de ministros del consejo de Europa para todo caso que no haya sido sometido a la Corte Europea de Derechos Humanos.

Considero que lo que ha hecho la comisión en el presente caso es, por errónea interpretación, integrar y confundir los diferentes trámites y funciones que desempeña según el mandato de los artículos 50 y 51. Esta producir impidió que las partes supieran con exactitud y sin lugar a equívocos, cuales eran los plazos estimables y en que momento se había agotado una etapa procesal o en términos generales cual era el trámite en que se encontraba el caso en un momento determinado. Poco importa si la confusión que se originó fue producto voluntario por interpretación errada o simplemente consecuencia de descuido por parte de la comisión. El hecho es de que dicha confusión tuvo efectos negativos sobre los derechos que la convención confiere al gobierno de Colombia.

El 26 de septiembre de 1991, la comisión adoptó el "Informe número 31/91 caso 10.526 (Colombia)". Resulta evidente que teniendo en cuenta el contenido de la redacción de dicho informe, se trataba de cumplimiento del mandato del artículo 50 de la convención. Afirmación que tiene respaldo en el siguiente párrafo de la conclusión: "que al no ser aplicable el procedimiento de solución amistosa, la comisión debe dar cumplimiento a lo dispuesto en el artículo 50.1 de la convención emitiendo su opinión y conclusiones sobre el asunto sometido

a su consideración" (Informe 31/91 supra pag. 25 párrafo X.b.). Además de hacer varias recomendaciones al gobierno de Colombia ese informe resuelve "Incluir este informe en el próximo informe anual a la Asamblea general de los estados americanos, en caso de no recibirse la respuesta dentro del plazo de 60 días a partir de este informe" (Informe 31/91 supra Pag 27. Párrafo 5.

Por nota del 16 de enero de 1992 -es decir después de varias semanas del vencimiento del plazo de noventa días fijado por la comisión- el gobierno de Colombia solicita la reconsideración del caso, invocando el artículo 54 del reglamento de la comisión, disposición que solo se puede aplicar a casos sometidos contra estados que no son partes en la convención. La directora ejecutiva de la comisión acusó recibo de dicha nota por carta del 16 de enero de 1992, informando al gobierno que su solicitud de reconsideración sería presentada a la comisión en pleno durante su período 81º de sesiones que debían realizarse en febrero de 1992. Por carta fechada el 28 de febrero de 1992, el presidente de la comisión, comunicó la siguiente información al gobierno de Colombia con relación a las medidas adoptadas por el comisión en cuanto a la solicitud de reconsideración:

> "al respecto...me permito puntualizar a vuestra excelencia que la comisión acordó postergar la decisión definitiva sobre los informes Nos. 31,32,33/91 -aprobados durante su 80º período de sesiones-, habida cuenta de los alegatos presentados por el ilustrado gobierno de Colombia y de las manifestaciones de voluntad de cooperación de su gobierno con la Comisión Interamericana.
>
> "esta decisión, sin embargo, en modo alguno implica que los informes ya aprobados por la comisión durante el mes de septiembre de 1991 hayan perdido vigencia, sino que se ha suspendido la decisión sobre su adopción como informes definitivos con el propósito precisamente de dar una nueva oportunidad al gobierno de Colombia de cumplir efectivamente con las recomendaciones consignadas en esos contenidos.
>
> "En consecuencia, la CIDH tomará una decisión de carácter definitivo sobre su eventual publicación en el curso de su 82º

período de sesiones tomando como base para ello tanto la efectiva adopción de las recomendaciones formuladas en los mismos, como la implementación de aquellas que sean presentadas al gobierno en el curso de la visita "in loco" que realizara la comisión durante el mes de mayo próximo".

Para poder comprender esta comunicación y la acción tomada por la comisión, es necesario definir el alcance y contenido de algunas frases de las cuales se deduce lo que quizo la comisión al enviar dicha comunicación. Las frases son las siguientes: *"postergar la decisión definitiva sobre los informes"*; *"se ha suspendido la decisión sobre adopción como informes definitivos"*; y *"la comisión tomará una decisión de carácter definitivo sobre su eventual publicación"*.

Estas palabras y el contexto en que se insertan, señalan claramente que la comisión ha acordado postergar la adopción del informe originado en el mandato del artículo 51.

En cuanto al informe originado en el artículo 50, la carta del presidente declara expresamente: *"esta decisión (la de postergar la decisión definitiva), sin embargo, en modo alguno implica que los informes ya aprobados por la comisión durante el mes de septiembre de 1991 hayan perdido vigencia sino que se ha suspendido la decisión sobre su adopción como informes definitivos"*. Además, la declaración del presidente en el tercer párrafo de su comunicación también permite sustentar la conclusión de que los "informes definitivos" a los que se refiere son informes dado su carácter normativo en el artículo 51. Lo anterior se desprende del hecho de que estos últimos informes son los únicos que se pueden dar a la publicación, cosa que no ocurre con relación a los informes provenientes de lo ordenado por el artículo 50.

Descritos los hechos conforme a las anotaciones anteriores, cabe preguntar en que momento venció el plazo de tres meses, contemplado en el artículo 51.1, en lo que respecta a la presentación del caso materia de estudio ante la Corte.

La respuesta no resulta fácil y es precisamente la materia que permite fundamentar una de las excepciones propuestas. En primer lugar, al parecer

si un Estado parte solicita a al comisión la reconsideración de un informe elaborado con base en el artículo 50 dentro del plazo de tres meses que concede el artículo 51, y la comisión decide considerar la solicitud, el plazo de tres meses queda suspendido y no vuelve a correr hasta que la solicitud sea denegada. En segundo lugar, si la solicitud de reconsideración se presenta después de vencido el plazo, la consecuencia no es clara en la normatividad que regula el trámite para estos casos, pues en gran parte dependerá de la forma como la comisión decida tramitar la solicitud. Si interpreta la solicitud como un pedido de extensión o prórroga del plazo de tres meses y la comisión lo concede, a pesar de que se presentó extemporáneamente, el estado quedaría incapacitado (suspenso) de elevar queja y el caso debería tramitarse de forma similar a la solución dada al primer ejemplo propuesto. (caso Neira Alegría y otros excepciones preliminares, sentencia 11 diciembre 1991).

Por último si la comisión rechaza la solicitud de reconsideración, que es lo que sucedió en el presente evento el caso ya no puede ser sometido a la Corte ni por la comisión ni por el Estado parte, por vencimiento de los términos previstos en la normatividad que regula la convención. De lo anterior surge una sola pregunta, en cual momento se puede considerar que venció el plazo: ¿tres meses después de la fecha original del informe fundamentado con base en el artículo 50? o tres meses después de la fecha en que la comisión rechazó la solicitud de reconsideración. En el presente caso, la Corte no tendrá que resolver esta interrogante pues como se demostrará mas adelante la comisión remitió sometió el caso a la Corte dentro de cualquiera de los plazos aplicables.

Como se recordará, la comisión adoptó su informe del artículo 50 el 25 de septiembre de 1991. El dieciseis de enero de 1992, el gobierno de Colombia solicitó la reconsideración del informe. El 28 de febrero de 1992, el presidente de la comisión informó al gobierno de Colombia que la comisión había decidido mantener vigente su informe de 25 de septiembre de 1991 a al vez que postergaba su decisión en cuanto a la adopción y publicación del informe "definitivo" hasta su próximo período de sesiones.

Significa lo anterior que la comisión rechazó la solicitud de reconsideración del informe originado en el artículo 50, mientras que la decisión sobre el informe del artículo 51 quedó postergada hasta su próximo período de sesiones.

concluyese necesariamente, que el plazo aplicable a este caso venció: o bien tres meses después del 29 de septiembre de 1991, o tres meses después del 15 de enero de 1992, o tres meses después del 28 de febrero de 1992.

Este caso fue sometido a la corte por medio de una resolución simple titulada "Informe número 31/92, Colombia septiembre 25, 1992", mucho tiempo después del vencimiento de cualquiera de los plazos que pudieran ser aplicables. Si la corte decidiera que el presente caso resulta admisible, dadas las circunstancias descritas, sería un claro desacato de lo que la convención dispone sobre el particular.

La confusión generada por la comisión, origina serios inconvenientes a los estados partes en la convención para poder determinar cuándo es procedente someter un caso a la Corte, e impide el ejercicio adecuado del derecho de defensa ante la incertidumbre proveniente de la pluralidad de interpretaciones antagónicas que surgen de un estudio sistemático de la normatividad de la convención y de los reglamentos que desarrollan algunos artículos de la misma que, en ningún caso, pueden desbordar los mandatos que contienen la voluntad de los Estados Partes al aceptar la reglamentación contenida en la convención.

Por las razones anteriores corresponde a la Honorable Corte definir con exactitud el inicio y agotamiento de cada una de las etapas procesales para garantizar el ejercicio de los derechos que le corresponde a cada uno de los estados.

El gobierno de Colombia se siente obligado a llamar la atención de la honorable corte con relación al contenido del informe 31/92 de 25 de septiembre de 1992 que indica claramente que la comisión era consciente de el hecho indiscutible de que habían vencido todos los plazos que permitían presentar demanda ante la Corte. Por este motivo trató por todos los medios sin mucho éxito de confundir el problema materia de estudio. Es así que en el primer párrafo de la parte resolutiva del pronunciamiento, intenta adecuar su actuación al análisis que hizo la corte en el caso Velásquez Rodríguez al pretender dar la impresión de que nunca había rechazado la solicitud de reconsideración.

Por esa razón, la comisión resuelve "*desestimar la solicitud de reconsideración planteada por el gobierno de Colombia, ratificar el informe 31/93, de fecha 23 de septiembre de 1993 y remitir el presente caso a la Corte Interamericana de Derechos Humanos*" y en el segundo párrafo de la parte resolutiva de la misma, se refiere al 25 de septiembre de 1992 como la "*fecha de la adopción de la fecha definitiva de dicho informe*". Claro está que la referencia a la "*adopción definitiva*" trata de refrendar la carta de febrero de 1992 del presidente de la comisión. Sin embargo, lo que la comisión pasa por alto es que la convención contempla informes en sus artículos 50 y 51 que en ninguna de estas disposiciones se habla de decisiones o informes definitivos; y que al fin de caracterizarse como "definitivo" alguno de estos informes a los que se refieren los artículos mencionados, no cabe la menor duda que único informe "*definitivo*" que la comisión está facultada para adoptar es el informe mencionado en el artículo 51 al mismo que trata de asuntos pendientes en casos no referidos a la corte.

El gobierno de Colombia insiste ante la Corte que declare inadmisible la demanda presentada por la comisión por incorrecta aplicación de los artículos 50 y 51 de la convención.

III. FALTA DE AGOTAMIENTO DE LOS RECURSOS INTERNOS

El art. 46 del reglamento de la comisión interamericana de derechos humanos dispone:

> "1. Para que una petición o comunicación presentada conforme a los artículos 44 o 45 sea admitida por la comisión, se requerirá:
>
> a. que se hayan agotado los recursos de jurisdicción interna, conforme a los principios del Derecho internacional generalmente reconocidos;
>
> b. que sea presentada dentro del plazo de seis (6) meses, a partir de la fecha en que el presunto lesionado en sus derechos haya sido notificado de la decisión definitiva; (...)"

"2. Las disposiciones de los incisos 1.a. y 1.b. del presente Artículo no se aplicarán cuando:

a. no exista en la legislación interna del estado que se trata el debido proceso legal para la protección del derecho o derechos que se alega han sido violados;

b. no se haya permitido al presunto lesionado en sus derechos el acceso a los recursos de la jurisdicción interna, o haya sido impedido de agotarlos, y

c. haya retardo injustificado en la decisión sobre los mencionados recursos".

Es necesario precisar que la excepción propuesta como falta de agotamiento de los recursos internos no coincide ni se puede identificar con el aspecto sustancial de fondo que apunta a determinar la responsabilidad del Estado respectivo por conducta reprochable de sus agentes o autoridades. Para Colombia, el agotamiento de los recursos internos constituye una exigencia de orden procesal para que las posibles víctimas puedan recurrir a organismos internacionales que, conforme a los convenios, sólo pueden aplicarse en la medida en que el Estado-parte haya desconocido o no haya tramitado las pretensiones legítimas de los reclamantes.

En otros términos, y conforme lo enseña la norma transcrita, la tramitación de reclamaciones tendientes a obtener indemnización ante la Corte Interamericana, exige el cumplimiento estricto de determinadas etapas que tienen por finalidad atender las solicitudes que las víctimas de desapariciones forzadas elevan ante autoridades competentes, tramitarlas y optar por determinadas decisiones, no es posible adelantar una etapa cuando la anterior no ha precluido, porque ello traería como consecuencia la concurrencia simultánea de competencias con posibles decisiones antagónicas.

La norma que se analiza permite deducir que las competencias internas e internacionales no son acumulativas sino sucesivas, precisamente para evitar que simultáneamente y prescindiendo el orden lógico de las instancias, se

000343

evitando llevar a los organismos internacionales conflictos que pueden resolverse a nivel interno. La inobservancia de la necesidad de agotamiento de las vías internas ha dado lugar a que las posibles víctimas o sus representantes, sin haber siquiera intentado petición de reclamación ante las autoridades nacionales colombianas, concurran directamente a organismos internacionales, desnaturalizando la finalidad por la cual Colombia se sometió a la jurisdicción internacional.

A. OPORTUNIDAD PARA PRESENTAR EXCEPCION DE NO AGOTAMIENTO DE LOS RECURSOS INTERNOS.

Sobre la oportunidad procesal para excepcionar el agotamiento de recursos internos sostuvo la Honorable Corte:

> *"De los principios de derecho internacional generalmente reconocidos resulta, en primer lugar, que se trata de una regla cuya invocación puede ser renunciada en forma expresa o tácita por el Estado que tiene derecho a invocarla, lo que ya ha sido reconocido por la Corte en anterior oportunidad (v. asunto de Viviana Gallardo y otras, Decisión del 13 de noviembre de 1981, No 8 (01 1 #1, Serie A parr. 26). En segundo lugar, que la excepción de no agotamiento de los recursos internos, para ser oportuna, debe plantearse en las primeras etapas del procedimiento, a falta de lo cual podrá presumirse la renuncia tácita a valerse de la misma por parte del Estado interesado. En tercer lugar, que el Estado que alega el no agotamiento tiene a su cargo el señalamiento de los recursos internos que deben agotarse y de su efectividad". (Caso Velásquez Rodríguez, excepciones preliminares; Caso Fairén Garbi y Solís Corrales, Excepciones preliminares y caso Godínez Cruz, Excepciones preliminares)*

> *"La regla del previo agotamiento es un requisito establecido en provecho del Estado, el cual puede renunciar a hacerla valer, aún de modo tácito, lo que ocurre entre ella cuando no se interpone oportunamente para fundamentar la inadmisibilidad de la*

denuncia." (caso Fairén Garbi y Solís Corrales)

III. FUNDAMENTOS DE LA EXCEPCION

1º LA OPORTUNIDAD

Una vez admitida la denuncia en contra del Gobierno Colombiano, ésta invocó, desde el inicio de la actuación procesal adelantada por la Honorable Comisión Interamericana de Derechos Humanos la excepción de no agotamiento de los recursos internos, pues la jurisdicción interna del Estado y el control disciplinario que recae sobre los funcionarios públicos implicados en las investigaciones, se encauza a obtener claridad sobre los acontecimientos denunciados ante la Honorable Comisión.

Por lo tanto, la excepción de no agotamiento no ha sido renunciada tácita, ni expresamente por el Gobierno Colombiano y la oportunidad para invocarla ha sido acorde con los pronunciamientos recientes de la Honorable Corte Interamericana De Derechos Humanos.

2º LOS RECURSOS INTERNOS Y SU EFECTIVIDAD

A. EL HABEAS CORPUS O EXHIBICION PERSONAL. NATURALEZA Y ALCANCE.

1. Naturaleza.

Tradicionalmente se ha entendido que el Habeas Corpus es un mecanismo de control específico de constitucionalidad e instrumento legal para restablecer la libertad de locomoción de aquellas personas que han sido aprehendidas con violación de las garantías constitucionales o legales. Es, en síntesis, una acción de naturaleza constitucional, externa a la causa de la privación ilícita de la libertad y de carácter subsidiario.

Acción, por cuanto es una tramitación autónoma con pretensión específica dirigida a funcionarios judiciales.

Constitucional, en cuanto su objeto es la guarda de un derecho fundamental, positivizado constitucionalmente, como es la libertad; en este sentido bien puede decirse que se trata de una acción específica de tutela.

Externa al proceso, por cuanto necesariamente debe tramitarse por funcionario distinto de aquel que dispuso la privación de la libertad.

Y de carácter subsidiario, porque sólo opera cuando no existe otro mecanismo para obtener la libertad.

II. Alcance

La última característica citada establece el alcance de la acción de habeas corpus, toda vez que no está concebida para suplir o reemplazar recursos o peticiones directas de excarcelación. Por tal razón, la legislación Colombiana únicamente la ha previsto para hacer cesar los efectos de capturas realizadas con violación de garantías constitucionales y/o legales (mandamiento escrito de autoridad judicial competente, con las formalidades legales y por motivos previamente definidos en la ley (art. 28 Constitución Nacional) o, la prolongación ilícita de la privación de la libertad (después de que la captura ha cumplido su finalidad, no colocar al imputado a disposición de autoridad judicial competente dentro de los términos establecidos por el ordenamiento jurídico o por vencimiento de términos para realizar una actuación o tomar una determinación).

Supuesto indispensable para que la acción de Hábeas Corpus esté llamada a prosperar, es la comprobación de la ilícita privación de la libertad de una persona por organismos o agentes estatales. Acogiendo estos lineamientos, el Código de Procedimiento Penal (arts. 430 y ss) da desarrollo legal al artículo 30 de la Constitución Nacional.

El artículo 430 dispone taxativamente los dos eventos en que se procede a saber:

a) "...cuando alguien es capturado con violación de las garantías constitucionales o legales..."; y

b) Cuando "...se prolongue ilícitamente la privación de su libertad...": naturalmente, en este último evento sólo para casos de captura, por cuanto una vez resuelta la situación jurídica, la libertad solo puede otorgarse por el juez o fiscal que esté dirigiendo el proceso.

Importa destacar que el estudio a realizar por el funcionario que resuelve una acción de habeas corpus es de carácter estrictamente formal, esto es, dirigido a corroborar el cumplimiento o incumplimiento objetivo de las formalidades que la ley ha dispuesto para dar captura a una persona, o de los términos para resolverle situación jurídica; en manera alguna puede acometerse un análisis sustancial de las razones que motivaron la orden o que dieron lugar al vencimiento de términos para resolver situación jurídica.

En tales condiciones, la acción de Habeas Corpus permitirá restablecer el estado de libertad de una persona que inconstitucional o ilícitamente ha sido privada de ella por organismos o agentes del Estado, siempre y cuando exista certeza sobre la autoridad que dispuso y ejecutó la captura o retención indebida, porque sólo en ese evento será ejecutable la orden de libertad.

Para determinar que una persona se encuentra ilícitamente privada de su libertad por cuenta de organismos o agentes al servicio del Estado, procesalmente se dispone la práctica inmediata de una inspección al lugar en que probablemente se encuentra la persona retenida o al proceso en el cual se dispuso su aprehensión. Si a través de este mecanismo la persona no es localizada en poder de autoridades o agentes estatales, el habeas corpus será negatorio.

De no existir certeza sobre la intervención de organismos o agentes estatales en la ilícita privación de la libertad, el mecanismo del Habeas Corpus no es idóneo para restablecer el derecho vulnerado. En tales eventos lo pertinente es adelantar las investigaciones tendientes a determinar si organismos o agentes estatales intervinieron y, en caso afirmativo, quien o quienes son los responsables, dónde se encuentra la persona retenida, etc.

La Honorable Corte Interamericana de Derechos Humanos, y la Comisión Interamericana acogiendo este criterio han considerado, que en eventos en los

00034

cuales se investiga la desaparición de ciudadanos, el único recurso "reparador" es la exhibición personal, y que las demás acciones internas no tienen eficacia suficiente para reparar el eventual daño causado por el Estado.

Ello sin duda es acertado, pero partiendo de una noción de hábeas corpus mucho más amplia que la establecida en la legislación Colombiana, en la que no se despliega una actividad encaminada prioritaria a establecer el paradero de la persona privada de la libertad, sino que parte del presupuesto del conocimiento del lugar de retención y de las autoridades comprometidas en la violación de las garantías constitucionales o legales. En caso contrario, otras son las vías procesales idóneas para investigar la ilegal privación de la libertad y restablecer el derecho vulnerado o, en su caso, para sancionar a los responsables y determinar las indemnizaciones a que haya lugar.

El agotamiento de los recursos internos se predica de las acciones idóneas para localizar a personas privadas ilícitamente de su libertad (no necesariamente en poder de organismos o agentes estatales) y para restablecer el derecho, ya sea naturalísticamente -poniendo en libertad a la persona- o a través del subrogado pecuniario -indemnización-. Sobre el particular expresó la HONORABLE CORTE:

> *"...que (los recursos) sean adecuados, significa que la función de esos recursos, dentro del sistema de derecho interno, sea idónea para proteger la situación jurídica infringida".(Caso Manfredo Velásquez. Sentencia)*

Lo anterior, sin embargo, no quiere decir que en el ordenamiento jurídico no existan acciones eficaces y concretas que puedan dar solución al problema, pues si la exhibición personal no estaba llamada a prosperar, en razón a que en un comienzo no fue posible determinar que se trataba exactamente de una retención ilegal por parte de autoridad que la hubiese ordenado u ejecutado, existen diversas acciones que no han sido agotadas y que pueden dar solución -en la medida de lo posible- al problema con resultados concretos reparadores y sobre las cuales el estado Colombiano tiene toda su atención puesta.

3º. LA EFECTIVIDAD DE LAS ACCIONES EJERCIDAS ANTE LA JURISDICCION

INTERNA.

Si la acción de HABEAS CORPUS por su misma naturaleza no es efectiva para reparar el derecho violado en los casos de desapariciones, ello no quiere decir en manera alguna que el Estado Colombiano, por intermedio de su ordenamiento jurídico no esta dotado de mecanismos concretos y reparadores que sean eficaces para lograr que los eventuales lesionados tengan posibilidad de ser indemnizados. Seguidamente, nos referiremos a las dos acciones que tienen efectividad clara e indiscutible en el caso concreto y que pueden ser libremente ejercidas por los perjudicados.

a. LA ACCION PENAL

Tiene como propósito establecer si se violó la ley penal por parte de particulares o agentes del Estado y, en caso afirmativo, determinar quien o quienes son responsables, imponer las sanciones correspondientes, restablecer el derecho y/o (según el caso) disponer el pago de las indemnizaciones a que haya lugar.

Como en cualquier régimen democrático, la acción penal en Colombia está revestida de todas las garantías procesales consagradas en los tratados internacionales. El respeto al debido proceso y al derecho de defensa (con todas las garantías a ellos inherentes) supone la imposibilidad de adjudicar responsabilidad penal objetiva y sin fórmula de juicio; de allí que en la mayoría de los casos una investigación penal se prolongue por términos superiores a un año, sin que ello suponga ineficacia o morosidad intencional del funcionario que la dirige.

b. ACCION DICIPLINARIA.

El fundamento de la acción diciplinaria del estado en contra de sus agentes se incluyó en la nueva constitución politica de colombia en los siguientes articulos: 2,5,90,91,92 y 209.

El texto de las anteriores normas, consagran el principio básico que rige en el Estado Colombiano de que los funcionarios públicos responden por violación

a la constitución y a las leyes y por extralimitación de funciones u omisión en el ejercicio de las mismas y por los eventuales daños (materiales y morales) que cause su conducta en el orden civil, penal, en el caso que sea dolosa o culposa, y disciplinario; sin que el mandato de autoridad superior los exima de esa responsabilidad, pues las autoridades están establecidas para la protección de las personas en sus derechos fundamentales y la administración pública, en cabeza del ejecutivo, está al servicio de los intereses generales.

Dichas acciones disciplinarias, están siendo adelantadas en el caso concreto; pero como es obvio en todo estado sometido constitucionalmente al debido proceso, el resultado de tales acciones está condicionado al acervo probatorio que de la respectiva investigación surja, lo cual, es tarea difícil en éstos casos, sin que ello implique que el Gobierno Colombiano no esté al frente de estas acciones para individualizar y responsabilizar a los eventuales funcionarios.

c. ACCION CONTENCIOSO ADMINISTRATIVA.

Los dos recursos anteriores buscan individualizar y responsabilizar a los autores o partícipes del hecho que originó desaparecimiento forzoso de personas. Las dos acciones tienen una finalidad común, a pesar de implicar consecuencias diferentes. La primera se concreta en la imposición de una pena, ordinariamente privativa de la libertad; la segunda se concreta en la separación del cargo, suspensión del mismo, censura o amonestación, entre otras.

Como se dijo anteriormente, dentro del trámite del proceso penal puede intentarse constitución de parte civil, como forma adecuada para pretender la indemnización de perjuicios a cargo del autor o autores responsables del hecho. A pesar de no existir constitución de parte civil, el Estado directamente y por ser la acción penal oficiosa, a través del órgano judicial, debe concretar en la sentencia condenatoria el monto pecuniario de los perjuicios, tanto materiales como morales, y para lograr su efectividad, es posible que se tomen medidas cautelares sobre bienes de los procesados o sentenciados.

Independiente y simultáneamente a las dos acciones anteriores, las víctimas de actos irregulares de las autoridades o de sus agentes, pueden recurrir a la jurisdicción contenciosa administrativa a efecto de obtener una declaratoria de responsabilidad, no de las personas naturales que intervinieron en el hecho, sino del Estado, a consecuencia de la cual se dispondrá el restablecimiento del derecho. Varias características de esta acción merecen ser analizadas individualmente:

1º La acción contenciosa administrativa no se adelanta oficiosamente sino por impulso de los interesados, no puede el Estado promover oficiosamente una acción de esta índole, pues presupuesto de procedibilidad de ella es la demanda por parte de los particulares. De allí que esta sea una vía interna de imposible agotamiento si las supuestas víctimas de actos irregulares de las autoridades no impulsan la correspondiente acción.

2º La acción contenciosa administrativa no se dirige contra los autores o partícipes del hecho que originó el desaparecimiento forzado de cualquier persona, sino contra La Nación, como persona jurídica, para que restablezca el derecho, mediante la indemnización de perjuicios, por actos atribuidos a sus agentes.

3º Por la razón anterior, la probabilidad de éxito de esta acción es notoriamente superior a la acción penal o disciplinaria, pues no requiere la individualización de autores o partícipes del hecho, y es ajena a consideraciones de tipo subjetivo. Basta con adquirir certeza sobre la participación de servidores públicos en hechos de los que se derivan perjuicios para los particulares.

4º Cuando tales hechos corresponden a violación de derechos fundamentales, el objeto de la acción contenciosa administrativa coincide plenamente con la pretensión dirigida a organismos internacionales, originándose una indebida concurrencia de competencias, con posibles pronunciamientos contradictorios y desconociendo el mandato del artículo 46, numeral 1o, literal a del Reglamento de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos.

5º La concurrencia de los particulares a los Tribunales de lo Contencioso

Administrativo, debido a la naturaleza de la acción y contra quien va dirigida (la Nación), es totalmente libre y dependiente de su propia iniciativa, sin que exista limitación o restricciones al respecto, lo que puede demostrarse con la pluralidad de fallos mediante los cuales se ha condenado a la Nación al pago de indemnizaciones por conductas atribuidas a servidores públicos.

En relación con tales fallos, existe en la república de Colombia, una extensa tradición jurídica, puesta de manifiesto por el Honorable Consejo de Estado (máximo tribunal de lo contencioso administrativo) en relación con la responsabilidad de la Nación en aquellos casos en que son violados los derechos humanos. Inicialmente con base en el artículo 16 de la constitución de 1886, y actualmente fundamentándose en el artículo 90 de la carta vigente, se ha condenado al estado por iniciativa de los particulares, en ejercicio de la denominada "acción de reparación directa" consagrada en el artículo 86 del código contencioso administrativo, en aquellos casos en que los funcionarios violan los derechos humanos. Dichas condenas se han apoyado, en los casos en que la fuerza pública se extralimita en sus actuaciones, en la denominada "teoría de la falla del servicio", llegándo a indemnizar a quienes fueron objeto de la violación y sirviendo de apoyo para efectos de sancionar ejemplarmente a los funcionarios que utilizan indebidamente la investidura de funcionarios públicos.

50 El carácter jurisdiccional de la acción Contencioso Administrativa (independiente del gobierno) asegura su imparcialidad y la observancia de todas las garantías a los particulares para acceder a ella. Los funcionarios que conocen de este tipo de acciones hacen parte de la Rama Judicial y no tienen nexo alguno de dependencia con el Gobierno Nacional.

En el caso que se estudia, las víctimas no concurrieron a esta vía, el cual ofrecía posibles éxitos en sus pretensiones. Contrariando el orden de las instancias, prefirieron acudir directamente a organismos internacionales, absteniéndose de agotar las vías internas que les permitían obtener un pronunciamiento favorable a sus pretensiones.

IV. PETICIONES.

Colombia solicita a Vuestra Excelencia y por vuestro digno conducto a los Honorables Integrantes de la Honorable Corte Interamericana de Derechos Humanos:

1.- Inadmitir la demanda formulada por la Comisión Interamericana de Derechos Humanos, bajo el número 10.319, correspondiente al caso Isidro Caballero Delgado y María del Carmen Santana, con fundamento en las excepciones propuestas en este escrito y abstenerse de dar trámite al presente proceso para proferir decisión de fondo.

2.- Ordenar, si lo considera conveniente, práctica de audiencia pública, para que Colombia tenga la oportunidad de sustentar las excepciones propuestas.

3.- Acceder a la práctica de pruebas, para lo cual Colombia se reserva el derecho de presentarlas o solicitarlas durante la audiencia pública.

De Vuestra Excelencia, con sentimientos de consideración,

JAIME BERNAL CUELLAR
TARJETA PROFESIONAL 8847

WEIMER ARIZA MORENO
TARJETA PROFESIONAL 43296