



CONSEJO DE ESTADO
SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO
SECCIÓN TERCERA - SUBSECCIÓN "B"
Consejera Ponente: STELLA CONTO DIAZ DEL CASTILLO

Bogotá D.C., veintisiete (27) de marzo de dos mil catorce (2014).

Proceso número: 25000232600019990262601 (28642)
Asunto: REPARACIÓN DIRECTA
Actor: FAROUK YANINE DÍAZ Y OTROS (ACUMULADOS)
Demandado: NACIÓN - FISCALÍA GENERAL DE LA NACIÓN Y OTRO

Procede la Sala a resolver los recursos de apelación interpuestos por los demandantes dentro de los procesos identificados con los números internos 28642¹ y 27107², contra las sentencias del 28 de julio y 20 de enero de 2004 respectivamente, proferidas por la Sección Tercera del Tribunal Administrativo de Cundinamarca, mediante las cuales se resolvió:

Sentencia del proceso 28642

PRIMERO: Declarar no probadas las excepciones de inexistencia de perjuicios y la falta de legitimación en la causa por pasiva propuesta por la Dirección Ejecutiva de Administración Judicial y la Fiscalía General de la Nación, de conformidad con la parte motiva de este proveído.

SEGUNDO: Deniéguense las pretensiones de la demanda.

TERCERO: sin condena en costas

Sentencia del proceso 27107

PRIMERO: DECLÁRASE probada la falta de legitimación en la causa, por activa, de la señora GLADIS AMPARO NAVAS RUBIO.

SEGUNDO: Se niegan las pretensiones de la demanda, por las razones expuestas en la parte motiva de este proveído.

TERCERO: Sin condena en Costas.

¹Demanda interpuesta por el señor FAROUK YANINE DÍAZ y otros (acumulada en primera instancia con el proceso iniciado por el señor Otoniel Hernández Arciniegas). Rad. 250002326000105601.

²Demanda interpuesta por el señor HERNANDO NAVAS RUBIO. Rad. 25000232600020000105601.

I. ANTECEDENTES

1. Síntesis del caso

Los señores General (r) FAROUK YANINE DÍAZ, Teniente Coronel (r) HERNANDO NAVAS RUBIO y Sargento Primero (r) OTONIEL HERNÁNDEZ ARCINIEGAS del Ejército Nacional, fueron privados de la libertad en virtud de medidas de aseguramiento de detención preventiva sin beneficio de excarcelación libradas en las resoluciones de 29 de mayo, 13 de septiembre y 11 de octubre de 1996, por la Unidad de Derechos Humanos de la Fiscalía General de la Nación, dada su presunta participación en la comisión de los delitos de secuestro extorsivo, homicidio agravado y vinculación con grupos paramilitares, en el caso que terminó con la vida de diecinueve comerciantes que viajaban en la región del Magdalena Medio, los días 6 y 7 de octubre de 1987, secuestrados, descuartizados y arrojados a las aguas de un afluente del río Magdalena en el municipio de Puerto Boyacá (Boyacá), acciones atribuidas a grupos paramilitares, en complicidad con oficiales del Ejército Nacional.

Los señores Farouk Yanine Díaz, Hernando Navas Rubio y Otoniel Hernández Arciniegas fueron absueltos por el Comando del Ejército – Juzgado Militar de Primera Instancia, en sentencia de 18 de junio de 1997. Decisión confirmada por el Tribunal Superior Militar el 17 de marzo de 1998.

2. Lo que se pretende

2.1. El proceso originario 28642 (acumulados)

2.1.1. Demanda formulada por el ex General Farouk Yanine Díaz y otros

Con fundamento en los hechos mencionados, los señores Farouk Yanine Díaz, Gloria Teodora Neira Franco de Yanine, Gloria Zamira, Ana Karime y María Faride Yanine Neira –por intermedio de abogado–, formularon el 4 de noviembre de 1999 las siguientes pretensiones (fol. 4 a 25, c. ppal.):

*“PRIMERA. Que la Nación-Rama Judicial- Fiscalía General de la Nación, es administrativamente responsable de los daños tanto de orden moral como aludido(r) **FAROUK YANINE DIAZ**, por hechos que no cometió; según lo dijo dos (2) años después la misma justicia colombiana. Hechos que serán ampliamente expuestos en el capítulo correspondiente.*

SEGUNDA-. Que como consecuencia de la declaratoria de responsabilidad a que se refiere el punto anterior, se condene a la Nación-Rama Judicial, a pagar a mis poderdantes los siguientes valores:

1. Por concepto de Perjuicios Morales

a) *Para cada uno de mis poderdantes, el equivalente en pesos colombianos al*

Exp. No. 25000232600019990262601 (28642)
Actor: Farouk Yanine Díaz y otros (acumulados)

valor que a la fecha de ejecutoria de la sentencia tenga MIL (1000) gramos oro fino, conforme lo certifique el Banco de la República, a título de perjuicios morales subjetivados.

Se reconocerá que este valor devengará intereses comerciales durante los seis (6) meses siguientes a la ejecutoria de la sentencia e intereses comerciales moratorios después de dicho término.

b) Para el señor General **FAROUK YANINE DÍAZ**, el equivalente en Pesos Colombianos al valor que a la fecha de ejecutoria de la sentencia, tengan VEINTE MIL (20.000) gramos de oro fino y para cada uno de mis otros poderdantes: la señora **GLORIA TEODORA NEIRA FRANCO DE YANINE, GLORIA ZAMIRA YANINE NEIRA, ANA KARIME YANINE NEIRA y MARÍA FARIDE YANINE NEIRA**, el equivalente en pesos colombianos al valor que a la fecha de ejecutoria de la sentencia tengan DIEZ MIL (10.000) gramos de oro fino; conforme lo certifique el Banco de la República a título de perjuicios morales objetivados.

Se reconocerá que este valor devengará intereses comerciales durante los seis (6) meses siguientes a la ejecutoria de la sentencia e intereses comerciales moratorios después de dicho término.

2. Por concepto de perjuicios materiales

a) **Daño emergente.** El valor correspondiente a los perjuicios materiales causados a cada uno de mis poderdantes, en la cuantía que se determine en desarrollo del proceso conforme a las pruebas que se alleguen en su oportunidad, consistente en los gastos ocasionados, como el pago de honorarios profesionales, gastos de transporte, etc; suma estimada en un total de OCHENTA Y DOS MILLONES SEISCIENTOS MIL PESOS (\$82'600.000); valor que surgen (sic) de Honorarios por OCHENTA MILLONES DE PESOS (\$80.000.000) y pasajes del Señor General **FAROUK YANINE DÍAZ** y su señora **GLORIA TEODORA NEIRA FRANCO DE YANINE**, por DOS MILLONES SEISCIENTOS MIL PESOS (2'600.000) a mil novecientos noventa y ocho (1.998), más los intereses causados desde esa fecha.

Se reconocerá que este valor devengará intereses comerciales durante los seis (6) meses contados a partir de la ejecutoria de la sentencia e intereses comerciales moratorios después de dicho término.

b) **Lucro Cesante.** El valor correspondiente a los perjuicios materiales causados en la cuantía que se determine en desarrollo del proceso, conforme a las pruebas que se alleguen en su oportunidad. Consistente en la actividad que ejercía el Señor General (r) **FAROUK YANINE DÍAZ**, abandonada por razón de la detención y posterior privación de la libertad, así como el deterioro comercial sufrido después de su desvinculación judicial; consistente en: **a. QUINIENTOS MILLONES DE PESOS (\$500.000.000) y b. DOS MIL QUINIENTOS DÓLARES (us\$2.500) MENSUALES**, que dejó de percibir desde el mes de Septiembre de mil novecientos noventa y seis (1.996) – fecha de la detención-, que devengaba al momento de su detención, en su calidad de Asesor Distinguido de Colombia, ante el Colegio Interamericano de Defensa.

Se reconocerá que este valor devengará intereses comerciales durante los seis (6) meses siguientes a la ejecutoria de la sentencia e intereses comerciales moratorios después de dicho término.

TERCERA- La Nación – a través de las autoridades administrativas responsables y aquí demandadas-, darán cumplimiento a la sentencia, dentro de los precisos términos que establecen los artículos 172 y 177 del Código Contencioso Administrativo.

2.1.2. Demanda formulada por el ex Sargento Primero Otoniel Hernández Arciniegas y otros (acumulado)

De conformidad con los mismos hechos, los señores Otoniel Hernández Arciniegas y Hermeida Modesto Vega, en nombre propio y en representación del menor Otoniel Hernández Modesto; así como José Gregorio y Sandra

Liliana Hernández Modesto, Luís Hernández Murallas, Jorge, Gladys, Orlando y Luís Antonio Hernández Arciniegas y Alix, Humberto, Gerardo, Esperanza, Teresa Yamile y Martha Hernández Quintero, así como Miryam Hernández de Carrillo, formulan contra la Nación – Fiscalía General de la Nación, demanda de reparación directa en la cual solicitan las siguientes declaraciones (fol. 6-15, c. ppal. 2):

PRIMERA: Se declare a LA NACIÓN (FISCALÍA GENERAL DE LA NACIÓN) administrativa y extracontractualmente responsable de los perjuicios materiales y morales causados a los demandantes con motivo de la privación injusta de la libertad de que fue objeto Otoniel Hernández Arciniegas.

SEGUNDA: Condenar a la NACIÓN (FISCALÍA GENERAL DE LA NACIÓN) a pagar a cada uno de los demandantes a título de perjuicios morales el equivalente en pesos de las siguientes cantidades de oro fino según su precio internacional certificado por el Banco de la República a la fecha de ejecutoria de la sentencia de segunda instancia:

Para OTONIEL HERNÁNDEZ ARCINIEGAS, dos mil quinientos (2.000) gramos oro en su calidad de perjudicado directo.

Para HERMEIDA MODESTO VEGA, OTONIEL HERNÁNDEZ MODESTO, SANDRA LILIANA HERNÁNDEZ MODESTO, JOSÉ GREGORIO HERNÁNDEZ MODESTO y LUÍS HERNÁNDEZ MURALLAS, un mil quinientos (1.500) gramos de oro para cada uno de ellos en su calidad de esposa, hijos y padre de la víctima.

Para JORGE HERNÁNDEZ ARCINIEGAS, GLADYS HERNÁNDEZ ARCINIEGAS, ORLANDO HERNÁNDEZ ARCINIEGAS, LUIS ANTONIO HERNÁNDEZ ARCINIEGAS, ALIX HERNÁNDEZ QUINTERO, HUMBERTO HERNÁNDEZ QUINTERO, GERARDO HERNÁNDEZ QUINTERO, ESPERANZA HERNÁNDEZ QUINTERO, TERESA YAMILE HERNÁNDEZ QUINTERO, MARTHA HERNÁNDEZ QUINTERO y MIRYAM HERNÁNDEZ DE CARRILLO, setecientos (750) gramos de oro para cada uno de ellos, en su calidad de hermanos de la víctima.

TERCERA: Condenar a LA NACIÓN (FISCALÍA GENERAL DE LA NACIÓN) a pagar a favor de OTONIEL HERNÁNDEZ ARCINIEGAS, los perjuicios materiales sufridos con motivo de la privación injusta de su libertad, así:

A- El ingreso mensual que OTONIEL HERNÁNDEZ ARCINIEGAS, percibía para la época de los hechos, como contratista de Ecopetrol y en otras actividades comerciales.

B- El tiempo que OTONIEL HERNÁNDEZ ARCINIEGAS estuvo detenido.

C- Se reconocerán las sumas que OTONIEL HERNÁNDEZ ARCINIEGAS pagó por concepto de abogado para efecto de su defensa dentro del proceso penal.

D- Estas sumas se actualizarán de acuerdo con los índices de precios al consumidor certificados por el DANE mensualmente para cada uno de los meses que duró la detención de OTONIEL HERNÁNDEZ ARCINIEGAS y el vigente cuando se dicte sentencia definitiva o se apruebe la conciliación.

CUARTA: El señor Fiscalía General de la Nación (sic), según se disponga, por intermedio de los funcionarios a quienes corresponda la ejecución de la

sentencia, dictarán dentro de los treinta días siguientes a la comunicación de la misma, la resolución correspondiente en la cual se adoptarán las medidas necesarias para su cumplimiento y pagará intereses comerciales dentro de los seis (6) meses siguientes a su ejecutoria y moratorios después de dicho término.

2.2. Proceso acumulado 27107: Demanda formulada por el ex Teniente Coronel Hernando Navas Rubio y otros

Igualmente, los señores Hernando Navas Rubio y Nelly del Socorro Otero de Navas, en nombre propio y en representación de la menor Ana Stefany Navas Otero; Nelly Alexandra Navas Otero, Luís Navas Salamanca, Marina Rubio de Navas, Luís Rubelio Navas Rubio, Gladys Amparo Navas de Enríquez, Jorge Elberto Navas Rubio y Luz Marina Navas de Caicedo, formulan contra la Nación – Fiscalía General de la Nación, demanda de reparación directa en la cual solicitan las siguientes declaraciones:

PRIMERA. Que la Nación-Rama Judicial- Fiscalía General de la Nación, es administrativamente responsable de los daños tanto de orden moral como material, causados a los señores HERNANDO NAVAS RUBIO, NELLY DEL SOCORRO OTERO DE NAVAS, NELLY ALEXANDRA NAVAS OTERO, ANA STEFANY NAVAS OTERO, LUÍS NAVAS SALAMANCA, MARINA RUBIO DE NAVAS, LUIS RUBELIO NAVAS RUBIO, GLADYS AMPARO NAVAS DE ENRÍQUEZ, JORGE ELBERTO NAVAS RUBIO Y LUZ MARINA NAVAS DE CAICEDO; con ocasión de la vinculación penal con orden de captura y posterior auto de detención privativa de la libertad, dictado por la Fiscalía General de la Nación- Unidad Nacional de Derechos Humanos- el trece (13) de Septiembre de mil novecientos noventa y seis (1.996) contra el Señor Teniente Coronel (r) HERNANDO NAVAS RUBIO, por hechos que no cometió; según lo dijo dos (2) años después la misma justicia colombiana. Hechos que serán ampliamente expuestos en el capítulo correspondiente.

SEGUNDA-. Que como consecuencia de la declaratoria de responsabilidad a que se refiere el punto anterior, se condene a la Nación-Rama Judicial-Fiscalía General de la Nación, a pagar a mis poderdantes los siguientes valores:

1. Por concepto de Perjuicios Morales

a) Para cada uno de mis poderdantes, el equivalente en pesos colombianos al valor que a la fecha de ejecutoria de la sentencia tenga MIL (1000) gramos de oro fino, conforme lo certifique el Banco de la República, a título de perjuicios morales subjetivados.

Se reconocerá que este valor devengará intereses comerciales, durante los seis (6) meses siguientes a la ejecutoria de la sentencia e intereses comerciales moratorios después de dicho término.

b) Para el señor Teniente Coronel (r) HERNANDO NAVAS RUBIO, el equivalente en Pesos Colombianos al valor que a la fecha de ejecutoria de la sentencia, tengan VEINTE MIL (20.000) gramos de oro fino y para cada uno de mis otros poderdantes: NELLY DEL SOCORRO OTERO DE NAVAS, NELLY ALEXANDRA NAVAS OTERO, ANA STEFANY NAVAS OTERO, LUÍS NAVAS SALAMANCA, MARINA RUBIO DE NAVAS, GLADYS AMPARO NAVAS DE ENRÍQUEZ, JORGE ELBERTO NAVAS RUBIO y LUZ MARINA NAVAS DE CAICEDO; el equivalente en pesos colombianos al valor que a la fecha de

ejecutoria de la sentencia tengan DIEZ MIL (10.000) gramos de oro fino; conforme lo certifique el Banco de la República a título de perjuicios morales objetivados.

Se reconocerá que este valor devengará intereses comerciales durante los seis (6) meses siguientes a la ejecutoria de la sentencia e intereses comerciales moratorios después de dicho término.

1. Por concepto de perjuicios materiales

a) **Daño emergente.** *El valor correspondiente a los perjuicios materiales causados a cada uno de mis poderdantes, en la cuantía que se determine en desarrollo del proceso conforme a las pruebas que se alleguen en su oportunidad, consistente en los gastos ocasionados en: el pago de Sesenta Millones de Pesos (\$60'000.000) por concepto de Honorarios Profesionales, cancelados al Doctor AGUSTÍN PACHECO SAAVEDRA y Diez Millones de Pesos (\$10.000.000) por concepto de gastos de transporte y alojamiento en Bogotá; sumas estimadas en SETENTA MILLONES DE PESOS (\$70'000.000) MONEDA CORRIENTE; valor que surgen (sic) de septiembre de mil novecientos noventa y seis (1.996) a mil novecientos noventa y ocho (1.998), más los intereses causados desde esa fecha.*

Se reconocerá que este valor devengará intereses comerciales durante los seis (6) meses siguientes a la ejecutoria de la sentencia e intereses comerciales moratorios después de dicho término.

b) **Lucro Cesante.** *El valor correspondiente a los perjuicios materiales causados en la cuantía que se determine en desarrollo del proceso, conforme a las pruebas que se alleguen en su oportunidad. Consistente en la actividad que ejercía el Señor Teniente Coronel (r) **HERNANDO NAVAS RUBIO**, abandonada por razón de la detención y posterior privación de la libertad, así como el deterioro comercial sufrido después de su desvinculación judicial; consistente en una suma superior a OCHO MILLONES DE PESOS (\$8'000.000) MENSUALES, que dejó de percibir desde el mes de Septiembre de mil novecientos noventa y seis (1.996) – fecha de la detención-, que devengaba en este momento, en su calidad de Gerente de la Firma Comercial Número 14604-1, registrada a su nombre en la Cámara de Comercio de San Andrés y Providencia, dedicada al transporte, almacenaje y suministro de agua.*

Se reconocerá que este valor devengará intereses comerciales durante los seis (6) meses siguientes a la ejecutoria de la sentencia e intereses comerciales moratorios después de dicho término.

TERCERA- *La Nación – a través de las autoridades administrativas responsables y aquí demandadas-, darán cumplimiento a la sentencia, dentro de los precisos términos que establecen a los artículos 172 y 177 del Código Contencioso Administrativo.*

Como fundamento jurídico, aducen los accionantes que fueron injustamente incriminados por la Fiscalía General de la Nación, en su Unidad de Derechos Humanos, como autores intelectuales y materiales de la masacre de diecinueve comerciantes en la región del Magdalena Medio, la cual fue planeada y ejecutada por grupos de paramilitares en connivencia con la fuerza pública, hechos ampliamente conocidos y divulgados por los medios de comunicación.

Lo anterior, por cuanto, una vez investigados y juzgados por la justicia penal militar, no se encontró probada su responsabilidad penal, dado que el ex coronel no se encontraba prestando sus servicios a la XIV Brigada que operaba en la zona, sino que, de manera contraria, fue probado que el señor Navas se hallaba en la ciudad de Bogotá para el momento de los hechos; el señor Yanine, comandante de la Segunda División del Ejército –superior de la XIV Brigada– no cometió ningún delito según la normatividad vigente a la fecha y el señor Hernández se encontraba adscrito al Batallón de Infantería No. 1 de la Ciudad de Tunja, para entonces.

3. La defensa de los demandados

3.1. Contestación de la demanda en el proceso originario 28642

3.1.1. Contestación de la demanda interpuesta por el ex General Farouk Yanine Díaz y otros

La Nación–Rama Judicial (fol. 31 a 47, c. ppal.) solicitó la denegatoria de las pretensiones incoadas en la demanda, por considerar que las decisiones judiciales adoptadas dentro de la causa penal adelantada en contra del general (r) Farouk Yanine Díaz respetaron el debido proceso, al punto de librar medida de aseguramiento privativa de la libertad por existir indicios serios y graves de responsabilidad por los delitos que se le imputaban como lo ordenaba el artículo 388 del C.P.P. Así mismo, indicó que la institución actuó en cumplimiento de sus funciones, acorde con lo normado en los artículos 250 y 344 constitucional.

Igualmente, aseveró que el recaudo probatorio fue el que permitió determinar que el encartado no había violado la ley penal, lo que llevó a la adopción de la sentencia absolutoria en aplicación del principio *in dubio pro reo* y que dicha labor fue posible gracias a la detención preventiva del señor Yanine. En tal virtud, adujo que no se acreditó el daño antijurídico en el caso *sub exámine* y alegó la excepción de inexistencia de perjuicios, así como solicitó la declaratoria de cualquier otra excepción que se encuentre probada en el plenario.

3.1.2. Contestación de la demanda interpuesta por el ex Sargento Primero Otoniel Hernández Arciniegas y otros

3.1.2.1. Nación – Rama Judicial

La Nación – Rama Judicial (fol. 34 – 40, c. ppal. 2) se opuso a los hechos y pretensiones de la demanda y adujo estarse a lo probado en el curso del proceso. Como razones de defensa, esgrimió que la entidad actuó en cumplimiento de funciones de investigar los delitos y de decretar medidas de aseguramiento, cuando sea necesario.

Así mismo, indicó que las actuaciones lesivas fueron proferidas por la Fiscalía General de la Nación y por la justicia penal militar, las cuales no dependen de la Rama Judicial.

Finalmente, alegó las excepciones de caducidad de la acción, culpa de un tercero –habida cuenta que el daño fue causado por las Fuerzas Militares-, e inexistencia de perjuicios.

3.1.2.2. Nación – Fiscalía General de la Nación

La Nación – Fiscalía General de la Nación (fol. 41 a 54, c.ppal. 2) se opuso a la prosperidad de las pretensiones, así como advirtió que no le constan los hechos que las sustentan. Adujo que del libelo no se colige la falla del servicio de la Fiscalía General de la Nación, en reiteración de los argumentos esgrimidos por la Nación–Rama Judicial. Indicó que el Código de Procedimiento Penal, en su artículo 388, señala como requisito sustancial de las medidas de aseguramiento, la existencia de al menos un indicio grave de responsabilidad. En el mismo sentido, aseveró que, tanto la Corte Constitucional como el Consejo de Estado se han pronunciado en torno a la legalidad de la imposición de medidas de aseguramiento como herramienta para el cumplimiento de la misión de la entidad, siempre y cuando no se incurra en vías de hecho, ni en los supuestos consagrados en el artículo 414 del C.P.P., situación que no se presenta en el *sub exámine*.

Finalmente, la entidad demandada llamó en garantía a la Nación – Ministerio de Defensa. Solicitud que fue negada por el despacho sustanciador en primera instancia, mediante auto de 3 de octubre de 2000, dado que figura como demandada.

3.1.2.3. Nación – Ministerio de Defensa

La Nación – Ministerio de Defensa sostuvo que de los hechos alegados no se tienen pruebas, por lo cual deberían ser desechadas las pretensiones.

Igualmente, afirmó que, de los mismos, de llegarse a probar, no se colige que la jurisdicción penal militar haya actuado en contravía de las normas legales, pues las decisiones tomadas en dicha sede se ajustaron a los

requisitos exigidos para cada etapa procesal y en consideración a la gravedad de los delitos imputados.

3.2. Contestación de la demanda en el proceso acumulado 27107

3.2.1. Nación-Rama Judicial

La Nación–Rama Judicial, por intermedio de apoderado especial (folio 40 a 58 c.ppal. 2.) solicitó la denegatoria de la totalidad de las pretensiones incoadas en la demanda. Sostuvo, en relación con el fundamento jurídico de la acción que, de conformidad con el artículo 250 de la Constitución Política, corresponde a la Fiscalía investigar y acusar a los presuntos infractores de la ley penal ante las autoridades judiciales, con excepción de los delitos cometidos por los integrantes de la Fuerza Pública, en servicio activo que tengan relación con este. Con base en lo expuesto, puso de presente que la ley le permite dictar medidas de aseguramiento, calificar el mérito de las investigaciones, dirigir y coordinar las funciones de la policía judicial y velar por la protección de las partes e intervinientes en el proceso penal.

En tal virtud, las operaciones de inteligencia adelantadas en cooperación con los organismos de seguridad del Estado que arrojaron la posible participación del demandante en múltiples delitos contra los derechos humanos, justificaron de manera suficiente la apertura de instrucción y la imposición de la medida de aseguramiento privativa de la libertad, teniendo en cuenta la gravedad de los hechos punibles por los que se le investigaba.

Finalmente, adujo que del artículo 388 del C.P.P., vigente al momento de los hechos, da lugar a sostener que, respecto de los delitos de competencia de los jueces regionales –cuando la pena de prisión es o excede de dos años de prisión conforme con el art. 397 del C.P.P.– sólo procede la medida de aseguramiento de detención preventiva, como acaeció en el presente caso, en consecuencia, no existió un daño antijurídico imputable a la Nación-Rama Judicial.

3.2. 2. Nación-Fiscalía General de la Nación

La Nación-Fiscalía General de la Nación se limitó a solicitar la práctica de pruebas (Folios 60 y 61 *ibídem*).

4. Llamamiento en garantía dentro del expediente 28642

El *a quo* ordenó, en auto de 25 de junio de 2003 (fol. 126, c. ppal.), la vinculación de la Fiscalía General de la Nación como llamada en garantía. En tal virtud, se pronunció la entidad mediante memorial de 30 de enero de 2004 (fol. 128 a 140, c. *ibídem.*) en el sentido de solicitar que se negaran las pretensiones de la demanda, en el mismo sentido anotado en las demás contestaciones, dentro de los procesos acumulados.

5. Trámite procesal

A la demanda iniciada por el señor Farouk Yanine Díaz y otros, el 4 de noviembre de 1999, le fue acumulada, mediante auto de 30 de junio de 2004 proferido por la Subsección B de la Sección Tercera del Tribunal Administrativo de Cundinamarca, la iniciada el 14 de abril de 2000, por el señor Otoniel Hernández Arciniegas y otros (fol. 204 a 205, c. ppal). Dichas demandas fueron remitidas a la Sala de Descongestión de la Sección Tercera de la mencionada Corporación, la que decidió, el 28 de julio de 2004, negar las pretensiones (fol. 209 a 231, c. ppal. 4).

Por su parte, la demanda interpuesta el 10 de mayo de 2000 por el señor Hernando Navas Rubio y otros (fol. 2 a 19, c. ppal. 3) fue decidida el 20 de enero de 2004, por la Sala de Descongestión de la Sección Tercera del Tribunal Administrativo de Cundinamarca, también en sentido denegatorio.

Dichas decisiones fueron apeladas por los accionantes (fol. 233, c. ppal. 4 y fol. 174 c. ppal. 5). En esta instancia, el despacho sustanciador ordenó la acumulación de los procesos *sub exámine* bajo el número interno 28642 (fol. 382 a 384, c. ppal. 4).

6. Alegatos de conclusión

6.1. Alegaciones en el proceso originario 28642

6.1.1. Demanda interpuesta por el ex general Farouk Yanine Díaz y otros

La **parte actora** reiteró los argumentos de la demanda (fol. 96 a 99, c. ppal.). Sostuvo que se acreditó durante la etapa probatoria que el señor Yanine se desempeñaba, para el año 1997, como Vicepresidente de la Junta Interamericana de Defensa, en la ciudad de Washington (Estados Unidos), trabajo que debió interrumpir para presentarse ante las autoridades colombianas que lo investigaban por su presunta participación en la masacre de diecinueve comerciantes en el Magdalena Medio en el año 1987, hechos ampliamente conocidos por la opinión pública, con lo cual se acredita el daño

moral y material causado. Igualmente, aseguró que las pruebas recaudadas dan lugar a constatar la generalidad de las declaraciones que vinculan al general con la masacre y la múltiple valoración de un mismo testimonio de manera indebida, el del señor Alonso de Jesús Baquero Agudelo, conocido con los alias de “el negro”, “Pablo”, “Vladimir”, “negro Bladimir” y negro “Baquero”, *“testimonio que es presentado como proveniente de diversos deponentes, con el fin de dar mayor credibilidad a las falsas imputaciones”*.

Así mismo, sostuvo que, durante el proceso, se probó que el ex general Yanine no participó de los hechos delictivos que se le imputaron en la resolución No. 012 del 11 de octubre de 1996, que ordenó su detención preventiva, sin beneficio de excarcelación, comoquiera que, para entonces, trabajaba como Director de la Escuela de Cadetes José María Córdova en Bogotá, al punto que, posteriormente, en providencia de 23 de diciembre del mismo año, proferida por el Juzgado Primero de Instrucción Militar, se decretó la nulidad del proceso a partir del auto que ordenó la vinculación por no existir prueba de su participación en la comisión de los delitos investigados, sin perjuicio de la investigación por presunta infracción del artículo 3º del Decreto 180 de 1988 y finalmente, con las decisiones del Juzgado Primero de Instrucción Penal Militar y del Tribunal Superior Militar, a través de las cuales cesó el procedimiento y se determinó que no había mérito para convocar Consejo Verbal de Guerra.

Concluyó que, del material probatorio aportado, se colige que la Fiscalía General de la Nación se abstuvo de valorar adecuadamente las pruebas que demostraban la defensa del general en retiro, por lo cual incurrió en vías de hecho, sumado ello a que es claro que el daño antijurídico le es imputable a la entidad demandada.

Por su parte, la **Nación – Rama Judicial** (fol. 152 a 160, c. *ibídem.*) reiteró los argumentos de la contestación de la demanda. Igualmente, insistió en que, en caso de condena, debía ser afectado el presupuesto de la Fiscalía General de la Nación.

Finalmente, la **Fiscalía General de la Nación** (fol. 187 a 196, c. *ibídem.*), arguyó que no se probó la falla del servicio, aun cuando la jurisdicción penal militar no haya encontrado mérito para condenarlo por los delitos que se le imputaban, por lo cual el daño sufrido por el señor Yanine y su familia no puede calificarse como antijurídico.

6.1.2. Demanda interpuesta por el ex sargento primero Otoniel Hernández Arciniegas y otros

La **parte actora** reiteró los argumentos de la demanda (fol. 108 a 110, c. ppal. 2). Adujo que de la sentencia proferida por el Tribunal Penal Militar se deduce que el señor Otoniel Hernández Arciniegas no participó de los hechos delictivos por los que se lo privó de la libertad, pues se encuentra acreditado que se encontraba prestando servicios como oficial de operaciones en el Batallón Bolívar de la ciudad de Tunja, de donde su participación en la comisión del hecho punible, debía descartarse, de modo que procede la indemnización de los perjuicios causados con su detención injusta, en aplicación de lo dispuesto por el artículo 414 del C.P.P., el cual estatuye en estos casos una responsabilidad objetiva.

Por su parte, la **Nación – Fiscalía General** advirtió que en el caso no se acreditó la existencia de un daño antijurídico, ni de una falla del servicio que permita imputarle responsabilidad a la entidad (fol. 111 a 126, c. *ibídem*).

Adicionó que se probó el hecho de un tercero, puesto que la detención del señor Hernández se dio por cuenta de la falsa denuncia presentada por el señor Alonso de Jesús Baquero Agudelo, tenida como indicio grave y suficiente para librar la medida privativa de la libertad.

6.2. Alegaciones en el proceso acumulado 27107

La **parte accionante**, mediante memorial de 24 de febrero de 2003 (fol. 114 a 119, c. ppal. 3), solicitó acceder a sus pretensiones. Sostuvo, para el efecto que, además del daño, se demostró la falla del servicio en que incurrió la entidad demandada y los perjuicios morales y materiales causados a los actores. Igualmente, afirmó que la lesión a los derechos a la honra y buen nombre y la causación de los perjuicios materiales y morales se encuentran probados.

Por su parte, la **Nación-Fiscalía General** afirmó que, en el caso concreto, no se estructuran los elementos de la responsabilidad del Estado, toda vez que, de conformidad con el Código de Procedimiento Penal vigente para la época de los hechos, resultaba posible con un indicio grave de responsabilidad y sin vulnerar la presunción de inocencia imponer medidas de aseguramiento. Así las cosas, se desprende del material probatorio recaudado por la Unidad de Derechos Humanos de la Fiscalía que el señor Navas Rubio pudo haber participado en la comisión de delitos que ameritaban la imposición de detención preventiva, por lo que el daño sufrido no puede calificarse de antijurídico.

Finalmente, señaló que la Fiscalía General de la Nación adelantó la investigación por un lapso de 48 días, dado que el conflicto de competencias

propuesto fue fallado en favor de la justicia castrense, última que adelantó la investigación y posterior el juzgamiento. De donde su única actuación tuvo que ver con la imposición de la medida de aseguramiento.

7. Las sentencias apeladas

7.1. Expediente 28642

La Sala de Descongestión de la Sección Tercera del Tribunal Administrativo de Cundinamarca, en sentencia de 28 de julio de 2004 (fol. 209 a 231, c. ppal. 4) declaró no probadas las excepciones incoadas por las entidades demandadas y desestimó las pretensiones.

Del material probatorio recaudado encontró el *a quo*: *i)* que la medida de aseguramiento proferida por la Fiscalía General de la Nación en contra del general (r) Farouk Yanine Díaz y del Sargento Primero (r) Otoniel Hernández Arciniegas, se fundó en los indicios que comprometían su responsabilidad, como presuntos coautores de los delitos de secuestro, homicidio y conformación de grupos ilegales, entre los que se encontraban testimonios y documentos, como las declaraciones de los parientes de las víctimas y un informe de inteligencia del DAS, así como de ex miembros de las autodefensas lideradas por Henry Pérez que señalaron al General Yanine Díaz y al Sargento Hernández Arciniegas como autores intelectuales y materiales de los hechos. Pruebas que soportaron la decisión adoptada, mediante las resoluciones No. 06 y 012 de 1996 expedidas por la Fiscalía General de la Nación, en contra de los antes nombrados y *ii)* que los mismos fueron absueltos por el Juzgado Penal Militar de Primera Instancia – Comando del Ejército, decisión confirmada por el Tribunal Superior Militar por no haberse probado su responsabilidad, más allá de la duda razonable, aunado a que, quedó acreditado que, *“para la época de los hechos materia de investigación, los procesados militares no tenían injerencia alguna en la jurisdicción territorial, concebida militarmente, donde ocurrieron tales hechos”*. Por lo anterior, a juicio del *a quo*, la absolución de los encartados no se produjo por haberse acreditado alguno de los supuestos del artículo 414 del C.P.C., sino en aplicación del principio *in dubio pro reo*.

7.2. Expediente 27107

Mediante sentencia de 20 de enero de 2004, la Sala de Descongestión de la Sección Tercera del Tribunal Administrativo de Cundinamarca (folios 160 a 172 del cuaderno ppal. 5.) declaró probada la falta de legitimación en la causa

activa de la señora Gladis Amparo Navas Rubio y negó las pretensiones de la demanda.

Al respecto, expuso el *a quo*, que no obra prueba que certifique la efectiva privación de la libertad del señor Navas Rubio, su lugar de reclusión y la duración de la misma, por lo cual, aun cuando se advierte que la decisión judicial por la que se ordenó su captura fue injusta y hay indicios que conducen a pensar que la privación de la libertad se presentó, no es posible condenar a la entidad demandada, ni calcular los presuntos perjuicios. Así mismo, aseveró que tampoco puede predicarse error judicial en la providencia que ordenó la detención preventiva, dado que no se probó que en el marco de la investigación se interpusieron recursos, requisito exigido por la ley para la procedencia de responsabilidad por esa causa.

Igualmente, aseguró que de lo probado en el plenario, se colige que al demandado le fue concedida libertad provisional mediante el pago de una caución, que el mismo no aprovechó, de modo que el daño que se endilga en la demanda, al menos durante este tiempo, se debe atribuir a la propia víctima.

8. Los recursos de apelación

8.1. Expediente 28642

Mediante memoriales de 10 de agosto de 2004 (fol. 233 y 234 c. ppal. 4), los señores Farouk Yanine Díaz y Otoniel Hernández Arciniegas interpusieron sendos recursos que sustentaron en escritos de 22 y 23 de noviembre del mismo año.

Así las cosas, la defensa del señor Yanine (fol. 241 a 250, *ibídem.*) reiteró los argumentos esgrimidos en las anteriores etapas procesales y enfatizó en que la resolución No. 012 de 1996, por la que se lo privó de la libertad desconoció la presunción de inocencia y en consecuencia, el derecho al debido proceso. Adicionó que la detención no cumplió con sus fines constitucionales –pues no era necesaria para asegurar la comparecencia del encartado penal en tanto aquél se presentó voluntariamente a las autoridades–, ni facilitó el curso de la investigación penal. Así mismo, indicó que la entidad demandada incurrió en una falla del servicio pues valoró el testimonio de un delincuente, con interés en recibir una rebaja de pena por colaboración con la justicia, como prueba principal de la responsabilidad quien, además, era testigo de oídas.

Igualmente, sostuvo que la denegatoria de las pretensiones incoadas por haberse fundado la sentencia absolutoria en el principio *in dubio pro reo*

desconoce la jurisprudencia en la materia, puesto que, en todo caso, no se desvirtuó la presunción de inocencia del señor Yanine, por lo cual su privación de la libertad careció de sustento jurídico y los perjuicios derivados de la misma deben serle indemnizados.

Por su parte, el señor Otoniel Hernández replicó lo dicho en las anteriores instancias procesales (fol. 251, *ibídem.*), subrayó que no cometió el delito que se le endilgó, lo que resulta fácil de demostrar, porque se lo incriminó por, presuntamente, haber servido como escolta de las víctimas entre Cúcuta y el municipio de La Lizama, siendo que para entonces se encontraba en la ciudad de Tunja, como quedó demostrado.

8.2. Expediente 27107

La parte demandante apeló la decisión, mediante memorial de 27 de enero de 2004 (folio 174 c. ppal. 5.) sustentado el 12 de julio de 2004 (folios 182 a 191 *ibídem.*). Sostuvo que aunque el tribunal *a quo* encontró probada que la orden de captura dictada en contra del señor Hernando Navas Rubio fue injusta no condenó a la entidad demandada, por no haber certeza sobre las condiciones de tiempo, modo y lugar de la detención. Manifestó su disenso con la decisión por cuanto *i)* los actos generadores del daño antijurídico no se relacionan con su detención física, sino con las actuaciones adelantadas por la Fiscalía General de la Nación, como el ofrecimiento de prebendas a testigos con el fin de que involucraran a altos mandos militares en el proceso y la indebida valoración del testimonio del señor Alonso de Jesús Baquero, alias “Vladimir” y *ii)* dado que funcionarios de la Fiscalía entregaron información sobre la investigación a los medios de comunicación. Hechos configurativos de daño antijurídico.

Así mismo, adujo que la privación de su libertad se colige de la copia íntegra de las principales providencias proferidas en el proceso penal iniciado por la Fiscalía General de la Nación y, especialmente, del auto que dictó la medida de aseguramiento de detención preventiva sin beneficio de excarcelación en su contra y ordenó librar boleta de detención a la Escuela de Infantería de Santafé de Bogotá, con lo cual no cabe duda de que la privación se materializó. Sin embargo, sostuvo que en la demanda se solicitó allegar copia íntegra de la actuación, sin que la misma hubiera sido despachada favorablemente por la Auditoría Superior de Guerra del Ejército Nacional, por considerar que el expediente era muy voluminoso. En consecuencia, solicitó que, de ser necesario, se ordene la práctica de pruebas, dado que su ausencia en el plenario no le puede ser atribuida.

Igualmente objetó que se negara la presencia de un error judicial en la providencia *sub judice*, por no existir constancia de que se hubieran interpuesto los recursos, como lo ordena la Ley Estatutaria de la Administración de Justicia.

9. Alegatos de conclusión y trámite en esta instancia

Mediante auto de 1º de abril de 2005, el despacho sustanciador dio traslado para alegar de conclusión en esta instancia (fol. 255, c. ppal. 4). Durante dicho término se pronunciaron oportunamente la Nación – Rama Judicial (fol. 256 a 259, c. *ibídem*), y la Nación – Fiscalía General de la Nación (fol. 274 a 280, c. *ibídem*), así como el apoderado del señor Farouk Yanine Díaz (fol. 261 a 268, c. *ibídem*.) y la representante judicial del señor Otoniel Hernández Arciniegas (fol. 269 a 273, c. *ibídem*.) en escritos que reiteraron en su integridad los argumentos de la demanda y su contestación.

En providencia de 21 de octubre de 2013, el despacho dispuso la acumulación del proceso identificado con el radicado interno 27107, iniciado por el señor Hernando Navas Rubio y otros, al 28642, expediente acumulado de los procesos iniciados por los señores Otoniel Hernández Arciniegas y Farouk Yanine Díaz. Posteriormente, en auto de 13 de marzo de 2014, el despacho ponente declaró fundado el impedimento manifestado por el magistrado Ramiro Pazos Guerrero por estar incurso en la causal prevista en el numeral 2º del artículo 150 del Código de Procedimiento Civil quien, en consecuencia, fue separado del conocimiento.

10. Intervención del Ministerio Público

Mediante concepto rendido el 22 de mayo de 2005 (fol. 295 a 314, c. ppal.) la Procuraduría Cuarta Delegada ante esta Corporación solicitó a la Sala que se confirme la decisión de primera instancia, pues, a su parecer, la decisión adoptada por el Juzgado Penal Militar de Primera Instancia, confirmada por el Tribunal Militar, se fundamentó en el principio *in dubio pro reo*.

Así las cosas, afirmó que no se probó que la absolución se hubiera fundado en alguna de las causales dispuestas por el artículo 414 del C.P.P.

II. CONSIDERACIONES DE LA SALA

1. Presupuestos procesales de la acción

Esta Corporación es competente para conocer los recursos de apelación interpuestos por los demandantes, en procesos de doble instancia, seguidos ante el Tribunal Administrativo de Cundinamarca, tal como lo dispone el artículo 129 del C.C.A., habida cuenta de la naturaleza del asunto, actividad que debe ser juzgada bajo los parámetros establecidos en la Ley 270 de 1996 –Estatutaria de la Administración de Justicia y el Decreto 2700 de 1991– Código de Procedimiento Penal vigente al momento de los hechos, tal como lo definió la jurisprudencia de esta Corporación.

Efectivamente, sobre el particular la Sala Plena de lo Contencioso Administrativo, desde el 9 de septiembre de 2008, tiene sentado que, en aplicación de los artículos 73 de la Ley 270 de 1996 y 31 constitucional, la primera instancia de los procesos de reparación directa fundamentados en error judicial, **privación injusta de la libertad** o defectuoso funcionamiento de la administración judicial, iniciados en vigencia de dicha ley se tramitan ante los tribunales contencioso administrativos y la segunda instancia ante esta Corporación.

Finalmente, se advierte que la acción se presentó en el término consagrado en el artículo 136 del C.C.A., por lo cual no operó en el caso concreto el fenómeno jurídico de caducidad de la acción³.

2. Validez de los medios de prueba

En primer lugar, la mayoría de las pruebas a las que se hará alusión, fueron allegadas al proceso contencioso, provenientes de la causa No. 087 adelantada por la Fiscalía General de la Nación y por las Fuerzas Militares - Jurisdicción Penal Militar, documentos que fueron arrimados al proceso 27107 mediante oficio No. CE-AGINE-790 de 8 de noviembre de 2012 de la Auditoría de Guerra ante la Inspección del Ejército (fol. 47, c. 4), los que a su vez, fueron solicitados por los demandantes y por la Nación - Fiscalía General de la Nación, sin que ninguna de las partes haya objetado su contenido, por lo que

³ Para el caso concreto, la decisión que dejó en libertad a los señores Farouk Yanine Díaz, Hernando Navas Rubio y Otoniel Hernández Arciniegas quedó ejecutoriada el día 11 de mayo de 1998, según constancia visible a folio 16 del cuaderno 2 del expediente y la demandas en el caso *sub exámine* fueron presentadas el 4 de noviembre de 1999, el 10 de mayo y el 14 de abril de 2000 respectivamente, por lo cual no se había cumplido el término de dos años consagrado en el artículo 136 del C.C.A.

cuentan con plena validez de conformidad con lo dispuesto por el artículo 185 del C.P.C., en concordancia con la jurisprudencia de la Sección⁴.

3. Hechos probados

3.1. En lo relativo a la legitimación en la causa por activa, obra en el expediente copia de las resoluciones No. 010 del 13 de septiembre (fol. 48 a 109, c. 4) 012 de 11 de octubre (fol. 117, c. *ibídem*) y 006 de 29 de mayo de 1996 (fol. 380 a 401, c. 14) proferidas por la Unidad Nacional de Derechos Humanos de la Fiscalía General de la Nación, a través de las que se definió la situación jurídica de los investigados mediante la imposición de medida de aseguramiento sin beneficio de excarcelación y las sentencias de primera y segunda instancia, proferidas el 17 noviembre de 1997 por el Juzgado Militar de Primera Instancia (folio 130 del cuaderno No. 2) y el 17 de noviembre de 1998 por el Tribunal Superior Militar (fol. 20, c. *ibídem*.) por las que se declaró la falta de mérito para citar Consejo Verbal de Guerra y, en consecuencia, por las que se decretó la cesación del procedimiento a favor de los acusados General (r) Farouk Yanine Díaz, Teniente Coronel (r) Hernando Navas Rubio y Sargento Primero (r) Otoniel Hernández Arciniegas. Documentos que acreditan plenamente el interés de los referidos exmilitares en el proceso *sub examine*.

Así mismo, en el proceso acumulado 27107, fueron aportados los registros civiles de nacimiento de Nelly Alexandra y Ana Stefany Navas Otero (folio. 4 y 5, c. *ibídem*) que demuestran la relación filial de éstas con el señor Hernando Navas; el registro civil de matrimonio de este último con la señora Nelly del Socorro Otero (folio 1, c. *ibídem*); el registro civil del afectado, de donde se desprende su relación con los señores Luís Navas Salamanca y Marina Rubio de Navas (folio 2, c. *ibídem*) y los registros de nacimiento de Luís Rubelio, Luz Marina y Jorge Elberto Navas Rubio (folio 7- 9, c. *ibídem*) hermanos del señor Hernando Navas Rubio. Acorde con los cuales no cabe duda del interés que les asiste para comparecer al proceso.

En cuanto a Gladys Amparo Navas de Enríquez, quien compareció al proceso y dijo ser hermana de la víctima, es menester señalar que la partida de bautismo que aportó al plenario no resulta suficiente en este caso para acreditar el parentesco en vigencia de la Ley 92 de 1938⁵, aunque sí la

⁴ Cfr. Consejo de Estado, Sección Tercera – Sala Plena, C. P.: Danilo Rojas Betancourth, Bogotá D.C., 11 de septiembre de 2013, Exp. 20601.

⁵ En vigencia del artículo 347 del C.C., y la Ley 57 de 1887, el estado civil respecto de personas bautizadas, casadas o fallecidas en el seno de la iglesia, se acreditaba con los documentos tomados del registro del estado civil, o con las certificaciones expedidas por los curas párrocos, pruebas que, en todo caso, tenían el carácter de principales. Para aquellas personas que no pertenecían a la Iglesia Católica, la única prueba principal era la tomada del registro del estado civil. Con la entrada en vigencia de la Ley 92 de 1938 se estableció la posibilidad de suplir la falta de las pruebas principales mediante certificación sobre su

cercanía con el afectado, esto es así porque según la partida de bautismo la señora Navas Rubio nació el 26 de noviembre de 1946, hija de Luís Navas y Marina Rubio, en consecuencia, cercana al señor Teniente Coronel (r) (fol. 1, c. *ibídem*).

3.2. Igualmente, frente a este presupuesto procesal, en el expediente 28642 se encuentra plenamente acreditado el interés que le asiste a las señoras Gloria Teodora Neira Franco, Gloria Zamira, Ana Karime y María Faryde Yanine Neira, esposa e hijas del demandante Farouk Yanine Díaz, de conformidad con los respectivos civiles de matrimonio y nacimiento aportados (fol. 178 – 183, c. 5).

3.3. De otra parte, también fue acreditada la relación de parentesco y afinidad entre los señores Hermeida Modesto Vega, Otoniel, José Gregorio y Sandra Liliana Hernández Modesto, así como de Luís Hernández, Jorge, Gladys, Orlando, Luís Antonio Hernández Arciniegas, Alix, Humberto, Gerardo, Esperanza, Teresa Yamile, Martha y Myriam Hernández Quintero con el señor Otoniel Hernández Arciniegas (fol. 6 a 22, c. 12).

3.4. Ahora bien, en relación con la legitimación en la causa por pasiva, se tiene que las decisiones que dieron lugar a la privación de la libertad de los demandantes fueron adoptadas por la Nación-Fiscalía General de la Nación y Nación-Ministerio de Defensa-Ejército Nacional. En consecuencia, se habrá de concluir que la Nación–Rama Judicial, nada tiene que ver en este asunto y así se declarará.

3.5. En relación con los hechos que motivan las demandas acumuladas, se acreditó en el proceso, mediante la copia de las piezas procesales que componen el expediente penal:

3.5.1. El 27 de octubre de 1987, el Juzgado 8º de Instrucción Criminal de San Gil (Santander), abrió indagación preliminar en razón de la desaparición y asesinato de diecinueve comerciantes (fol. 3, c. 6), sin pistas completas sobre la autoría material e intelectual de los hechos, pero con indicios de que la misma había sido perpetrada por el grupo “paramilitar” liderado por Henry Pérez y patrocinado por el narcotraficante Gonzalo Rodríguez Gacha. Grupo que se presentaba como la Asociación Campesina de Ganaderos del Magdalena Medio (ACDEGAM), tal como se afirma en los antecedentes de la sentencia de primera instancia, proferida por la Justicia Penal Militar (fol. 78 a 83, c. 4).

inexistencia, expedida por el funcionario encargado del registro civil, que lo era el notario y, a falta de éste, el alcalde. Por su parte el Decreto 1260 de 1970 estableció como prueba única para acreditar el estado civil de las personas, el registro civil de nacimiento.

3.5.2. Entre el 18 de abril de 1989 y el 17 de julio de 1989, los Juzgados 8º de Instrucción Criminal de San Gil y 16 de Instrucción Criminal de Tunja provocaron un conflicto de competencia resuelto por la Corte Suprema de Justicia a favor del primer despacho judicial. El 3 de enero de 1992, el proceso fue remitido al Juzgado 1º de Instrucción Criminal de San Gil, al tiempo que se conocía la muerte de los principales sospechosos por la autoría de los hechos, Gonzalo de Jesús, Henry de Jesús y Marcelo Pérez (fol. 1 a 339, c. 6).

3.5.3. El 11 de agosto de 1992, la investigación fue asumida por la Fiscalía Seccional Quince de Vélez Santander y, sin ninguna actuación, el 21 de diciembre de 1992 pasó el proceso a la Fiscalía 16 Seccional del mismo municipio que, el 28 de diciembre siguiente, ordenó la remisión a la Fiscalía Regional de Cúcuta, la cual terminó la etapa preliminar y dispuso la vinculación, mediante indagatoria, de los particulares Nelson Lesmes Leguizamón, Marcelino Panesso Ocampo, Wilson de Jesús Pérez Durán y Carlos Yepes Londoño por los delitos de secuestro y homicidio, según información suministrada por Alonso de Jesús Baquero, alias “El negro Bladimir”, testigo calificado como de “alta credibilidad”, corroborada por dos testimonios más obtenidos por la Fiscalía. El señor Baquero confesó su participación en los hechos, así como en la masacre en contra de los funcionarios judiciales enviados a investigarlos, cometida en el corregimiento de “La Rochela” del municipio de Simacota (Santander).

3.5.4. Preguntado el señor Baquero sobre el personal del Ejército simpatizante o colaborador de la agrupación paramilitar bajo su mando, señaló entre otros, al entonces Sargento Otoniel Hernández Arciniegas. Acusación reiterada en indagatoria rendida el 3 de agosto de 1995 en la que aseveró que el señor Hernández lo llamó para ponerle en conocimiento la salida de la caravana de los comerciantes desde Bucaramanga, advirtiéndole que, desde el sitio denominado “La Lisama”, quedaban a disposición de ACDEGAM (fol. 168 a 169, c. *ibídem.*).

3.5.5. Dada la importancia jurídica del caso, el 25 de septiembre de 1995, la Dirección Nacional de Fiscalías remitió la actuación a la Unidad Nacional de Derechos Humanos de la entidad. En ampliaciones de indagatoria rendidas ante dicha unidad, Alonso de Jesús Baquero señaló a los oficiales retirados Farouk Yanine Díaz y Hernando Navas Rubio como colaboradores de los grupos de autodefensa en el Magdalena Medio para la época de los hechos, labor que ejercían a través del entonces Capitán Oscar de Jesús Echandía Sánchez, para entonces alcalde militar de Puerto Boyacá (fol. 170, c. *ibídem.*).

3.5.6. Así las cosas, el 11 de abril de 1996, la Unidad Nacional de Derechos Humanos de la Fiscalía ordenó la captura del Sargento Primero (r) Otoniel Hernández Arciniegas con el fin de escucharlo en indagatoria (fol. 44, c. 14),

diligencia surtida el 23 de mayo siguiente. Con fundamento en lo anterior, el 29 de mayo de 1996, la entidad profirió la resolución No. 006 (Rad. 087), en la cual resolvió su situación jurídica mediante la imposición de medida de aseguramiento privativa de la libertad, por la presunta comisión del delito de secuestro extorsivo (fol. 380 a 401, c. *ibídem*).

3.5.7. En relación con la participación del señor Hernández Arciniegas en los hechos, se sostuvo:

(...) En el relato de los hechos y de los cuales se declara coautor, ALONSO DE JESÚS BAQUERO AGUDELO, alias el 'Negro Baquero', o 'Bladimir', informa a la Fiscalía cual fue la participación del hoy Sargento retirado del Ejército Nacional OTONIEL HERNÁNDEZ ARCINIEGAS: Fue la persona encargada de coordinar junto con otro activo de la misma Fuerza, la vigilancia de la caravana desde Bucaramanga hasta el sitio Luisama, donde fueron entregados a los emisarios de BLADIMIR, quienes a su vez harían otro tanto con el grupo que finalmente daría cuenta de ellos. Es de advertir que este, para ese entonces miembro activo del Ejército Nacional de Colombia, sabía con antelación la suerte que correrían los mercaderes y plenamente consciente de ello participó activamente en su aprehensión ilícita con la cual se aseguró la consumación del delito de homicidio agravado en aquellos inermes seres humanos.

Y es que tal conducta asumida por HERNÁNDEZ ARCINIEGAS, no debe extrañarle a este Despacho. Remitámonos a las fotocopias de algunas de las piezas procesales que reposan en este expediente y que conformarán el proceso llamado en los estrados judiciales 'LA ROCHELA' (...). Ni más ni menos aparece allí condenado por el delito de encubrimiento, este ex miembro del Ejército Nacional, lo que demuestra indiscutiblemente la malsana alianza entre las fuerzas del Estado y los grupos paramilitares (...).

De otro lado, recuérdese que aquella sacrificada comisión judicial tenía entre otras, la tarea de investigar la desaparición de los diecinueve mercaderes y fue justamente este uno de los móviles de esa lamentable masacre.

La justicia no es tan ingenua como para creerle a este ex miembro de las fuerzas militares que no conocía, ni tuvo noticia de la existencia del grupo paramilitar de HENRY PÉREZ y sus secuaces cuando en su hoja de vida le aparece una condena por un delito atribuido a esa organización y una destitución por las mismas razones (...).

Así entonces, a esta altitud procesal, contamos no sólo con un cúmulo de indicios graves que demuestran su definitiva participación en los delitos que se radican en su cabeza, sino con testimonio rendido legalmente de una de las personas que participó directamente en la organización, ideación y parte de la materialización de los punibles que son materia de investigación. Y con la absoluta claridad de que estas conductas no las desplegó en circunstancias que guardarán relación con el servicio en calidad de miembro de las Fuerzas Armadas, un acto de tanta barbarie jamás se derivaría de un acto con ocasión de su actividad de militar (...) – se destaca.

3.5.8. Por los mismos hechos, el 3 de septiembre de 1996, fue capturado el Coronel (r) Hernando Navas Rubio (fol. 134, c. 15), quien se entregó voluntariamente a las autoridades y rindió indagatoria los días 5 y 6 del mismo mes (fol. 156 a 185, c. *ibídem*). En tal virtud, obra en el plenario, copia de la

resolución No. 010 de 13 de septiembre de 1996, proferida por la Unidad Nacional de Derechos Humanos de la Fiscalía General de la Nación (fol. 207 a 237, c. *ibídem*), a través de la cual se resolvió la situación jurídica del señor Hernando Navas Rubio con medida de aseguramiento privativa de la libertad por la presunta comisión de los delitos de secuestro extorsivo, homicidio agravado e infracción al Decreto 1194 de 1998, concordante con el artículo 4º del Decreto 2266 de 1991⁶, artículo 6º, esto es, por sus vínculos con grupos paramilitares.

3.5.9. En relación con la participación del señor Navas Rubio en los hechos, dice la providencia:

“Se le sindicó al Coronel (r) del Ejército Nacional de Colombia de haber sido una de las personas que previamente al secuestro y posterior asesinato de las diecinueve personas, se reuniera con uno de los jefes paramilitares con el fin de recalcar qué era lo que pasaba con los mercaderes que introducían a la zona armas y municiones con destino a la guerrilla, hasta que finalmente se fraguó el plan con los resultados conocidos. En resumen se le señala como uno de los autores intelectuales del múltiple homicidio.”

Son varias las personas que bajo juramento señalan y dan fe de la cercana amistad entre este oficial militar con ALONSO DE JESÚS BAQUERO AGUDELO. Es que además recuérdese que casi durante toda la década de los años ochenta, las maniobras ilícitas de los paramilitares fueron coonestadas por miembros del Ejército que en la zona prestaban sus servicios, sin interesar los relevos que se presentaran (...). Si recorremos la hoja de vida de este prestante militar, podemos verificar que toda su vida al servicio de las Fuerzas Militares del Estado giró alrededor del servicio de inteligencia, hasta llegar a obtener el grado de especialización en esta materia y se le concedió el título de ‘PROFESOR MILITAR DE 5ª CATEGORÍA, CIENCIAS MILITARES – INTELIGENCIA Y CONTRAINTELIGENCIA’. Así mismo, evidencias (sic.) las condecoraciones de que fue objeto por sus labores desarrolladas en orden público, múltiples felicitaciones de sus superiores; así como también sanciones impuestas con motivo de irregularidades por él cometidas contra la moral y en detrimento de la lealtad para con la Institución al avisar a un Sargento que el Comando del Batallón lo estaba investigando por tráfico de estupefacientes. Igualmente le aparece una sanción como consecuencia de un fallo de la Procuraduría General de la Nación, según investigación adelantada en su contra por torturas, en hechos ocurridos en el Municipio de San Vicente de Chucurí, cuando se desempeñaba como comandante del grupo CIAES de la V Brigada con sede en Bucaramanga. Finalmente, y como es de público conocimiento, inclusive a nivel internacional, fue retirado del servicio cuando se desempeñaba como Director del Instituto Nacional Penitenciario y Carcelario, a raíz de la fuga del capo del narcotráfico PABLO ESCOBAR GAVIRIA de la Cárcel la Catedral de Medellín (Antioquia).

Como se puede observar, este señor Coronel tuvo bajo su responsabilidad altos cargos que exigían toda una serie de cualidades y calidades y por lo menos bajo su radio de acción debió conocer o por lo menos preocuparse de lo que ocurría en la región del Magdalena Medio con los grupos paramilitares y el narcotráfico que justamente por la época en la que él prestó sus servicios en la décima cuarta brigada en Puerto Berrío, estos estaban en pleno auge. Por lo tanto no se

⁶ Artículo 6o. “Instigación o constreñimiento para ingreso a grupoterroristas. Quien fomente o ejecute actividades tendientes a obtener el ingreso de personas a grupos terroristas, incurrirá en prisión de cinco (5) a diez (10) años (...)”

puede excusar con la expresión simple de que no tuvo conocimiento acerca de la masacre de los diecinueve comerciantes con toda la publicidad que conllevó la situación y máxime él como oficial de inteligencia con todos los grados y galardones de que fue objeto en esta materia (...).

Como queda verificado el señor CORONEL HERNANDO NAVAS RUBIO, tenía estrechas relaciones no sólo con los paramilitares, sino también con personas dedicadas al narcotráfico (...).

Al momento de tomar la decisión que esta resolución contiene, no sólo tenemos prueba de las circunstancias de tiempo, modo, lugar y autoría tanto intelectual como material de la masacre de que fueran víctimas diecinueve personas señaladas como auxiliares de la guerrilla por paramilitares y miembros del Ejército Nacional de Colombia, entre ellos el CORONEL (r) HERNANDO NAVAS RUBIO, sino también hechos indicadores tendientes a demostrar esta situación. Y lo mismo ocurre con relación a su participación directa que tuviera en calidad de oficial del Ejército de fomentar agrupaciones paramilitares, recuérdese que cuando el Decreto 1194 de 1989 entró en vigencia, y hoy ha sido declarado legislación permanente por el 2266 de 1991, NAVAS RUBIO aún campeaba en estos campos por la región del Magdalena Medio” –se destaca.

3.5.10. Posteriormente, el 4 de octubre de 1996, fue capturado el General (r) Farouk Yanine Díaz, quien rindió indagatoria en la misma fecha (fol. 62, c. *ibídem*). Estando vinculado al proceso y privado de la libertad en la Escuela de Infantería, el 11 de octubre siguiente, la Unidad Nacional de Derechos Humanos de la Fiscalía General de la Nación, profirió la resolución 012 de 1996, en la cual le imputó los mismos delitos endilgados al Coronel Navas Rubio (fol. 117 a 127, c. *ibídem*).

3.5.11. Respecto de su participación en la comisión de los mencionados hechos punibles, dice la resolución prenombrada, la cual se transcribe en extenso:

“(…) Lo anterior para resaltar que cuando se preparó el Decreto [1194 de 1989], el General (r) Farouk Yanine Díaz, se desempeñaba como Comandante de la Segunda División del Ejército, con Sede en la ciudad de Bucaramanga (Santander) y por lo tanto debió estar al tanto de las actividades desarrolladas por la organización sicarial de HENRY DE JESÚS PÉREZ. El primero (1º) de Junio de 1989 deja el comando de la Segunda División en Bucaramanga y en la misma fecha asume el Comando General de las Fuerzas Armadas en encargo. El mismo General en su indagatoria ilustra al Despacho de como la jurisdicción de la Segunda División, estaba conformada por la XIV Brigada con sede en Puerto Berrío de la cual fue comandante en alguna época de su vida militar, la Quinta Brigada con sede en Bucaramanga, Primera Brigada con sede en Tunja, Octava Brigada con sede en el Cesar, los Batallones Bárbula, Bomboná, Rafael Reyes, Luciano D’luyer y Sucre, justamente el área geográfica donde nació, creció, se desarrolló y la organización mal llamada paramilitar que no era otra cosa diferente a grupos sicariales de justicia privada, entrenados por mercenarios extranjeros.

Cuando se le interroga en su indagatoria sobre el Coronel ® HERNANDO NAVAS RUBIO, textualmente expresa: ‘El Coronel NAVAS perteneció al Estado Mayor de la Brigada Catorce (14) y por lo tanto perteneció a esta unidad operativa y por ende bajo la Segunda División a mi mando. No sé el tiempo exacto’.

Recuérdese que en este proceso y por los mismos hechos que se le imputan al indagado YANINE DÍAZ, pesa en contra de NAVAS RUBIO, medida de aseguramiento de Detención Preventiva. No es coincidencia el mismo GENERAL YANINE DÍAZ señala haber sido superior de NAVAS RUBIO y justamente en esta época se cometieron masacres como la de Segovia y consumada en funcionarios judiciales en inmediaciones de Simacota en el Magdalena Medio (sic).

Dice el implicado que nunca acudió a reuniones con comerciantes, ganaderos y campesinos. Si nos remitimos a su hoja de vida que forma parte del proceso, nos tropezamos con un memorial firmado por muchos habitantes del municipio de Puerto Berrío, reconociendo su infatigable labor y sus visitas en varias ocasiones a esa región para tratar el tema de la subversión. Inicia firmando una persona con la impresión de un sello en que se lee 'Hacienda Sebastopol' (...).

La hacienda 'Sebastopol', no es nada menos que el sitio donde se reunía la cúpula paramilitar para planear asesinatos en masa y luego evaluar los resultados (...).

Para cuando entró en vigencia el decreto antes referido, se tenía pleno conocimiento de la existencia y actividades criminales desarrolladas por HENRY PÉREZ Y SUS SICARIOS de esto debía tener conocimiento el Comando de la Segunda División del Ejército y con mayor razón, el Comandante General encargado de las Fuerzas Armadas que hacía escasos días ejercía como Comandante de la División anotada, pregunta esta unidad de Derechos Humanos: Qué acciones asumió este oficial del Ejército Nacional conociendo la situación plasmada, para contrarrestar no ya la acción vandálica de la subversión, sino las arremetidas criminales de un grupo de sicarios contra la población civil? NINGUNA.

(...)

Entre otros MARCELIANO PANESSO OCAMPO, hace concretas afirmaciones respecto a las reuniones que organizara el General (r) YANINE DÍAZ, hoy implicado en esta investigación en las que proclamara que de la defensiva, debían pasar a la ofensiva frente a los ataques de grupos subversivos, llegando inclusive a ofrecer todo el apoyo logístico que fuera necesario. No en vano se dio por llamarlo 'EL PACIFICADOR DEL MAGDALENA MEDIO'. Es cierto que acabó con este flagelo, pero a la par, se pregunta esta delegada ¿a cuántos inocentes e inermes seres ajenos al conflicto armado se les violó inmisericordemente desde sus más elementales derechos, hasta su vida misma, con el argumento de que había que salvaguardar las instituciones democráticas en este Estado de Derecho?

(...)

El mismo General (r) YANINE DÍAZ, en su indagatoria, manifiesta que no se enteró ni de la organización criminal, ni oyó mencionar a sus integrantes, mucho menos supo de sus acciones criminales (...). Cómo creer en un absoluto desconocimiento de hechos que conmocionaron en lo más profundo todos los estamentos de la sociedad colombiana cuando la Institución Militar por su función constitucional y legal y por ser parte del Estado, está en la obligación de darle vida al Artículo 2º de la Constitución Nacional.

Al respecto, lo anterior se canalizó dentro del proceso mediante las siguientes pruebas:

"RICARDO RAYO, señala textualmente 'Entre los paramilitares y el Ejército había una relación estrecha, por ejemplo, HENRY PÉREZ, podía disponer de los

abogados, de la patrulla, de los helicópteros del Ejército Nacional, allá llegaba HENRY PÉREZ a la base y pedía hasta hombres y el comandante le facilitaba todo’.

MARCELIANO PANESSO OCAMPO: ‘...inclusive el General YANINE DÍAZ comandante en esa época de la Décimo Cuarta Brigada, él reunió a todos los campesinos en Puerto Berrío (Antioquia) exactamente en el Batallón Bomboná, en donde estuve yo, y entonces él orientó a la gente, cómo nos teníamos que organizar para combatir la subversión y que no teníamos porqué dejarnos huevoniar (sic) de ellos, y nos dio instrucción precisa para defendernos e inclusive nos vendió el armamento con el respectivo salvoconducto...’

(...)

JOSÉ ANÍBAL QUINTERO POSADA, expresa literalmente, en declaración que reposa en la foliatura: ‘PREGUNTADO: Diga cuales eran los vínculos, si existían, entre las Fuerzas Militares, la Policía con los grupos paramilitares. CONTESTÓ: Pues lo único que sé era que el Ejército los apoyaba a los paramilitares y (ilegible) GERSAIN SÁNCHEZ y con ayuda directa del General FAROUK YANINE DÍAZ que fue el fundador de esos grupos, porque tuvo una reunión en LA INDIA y reunió a unos campesinos para que se organizaran y fue cuando creo esos grupos’.

(...)

LUIS EDUARDO GARZÓN DURÁN, quien pocos días después de rendir testimonio fue muerto en forma violenta, expresó: ‘PREGUNTADO: (ilegible) colaboración por parte del Ejército o de la Policía, en caso afirmativo qué comando o brigadas lo hacían. CONTESTÓ: Si ellos patrullaban junto con el ejército y los de los altos mandos militares mantenían en la casa de HENRY PÉREZ en Puerto Boyacá, uno miraba esos militares pero no sabía de donde venía...’ (...)

Siguiendo la secuencia, en su indagatoria, señala YANINE DÍAZ que no conoció a ALONSO DE JESÚS BAQUERO AGUDELO, hoy ampliamente reconocido como ‘BLADIMIR’ o ‘NEGRO BAQUERO’ y tristemente recordado como el asesino de los jueces y demás funcionarios en el sitio La Rochela en Santander y a quien tacha de farsante y mentiroso.

Sobre esto, es importante presentarle al General, las evidencias sobre las estrechas relaciones que cultivaba BLADIMIR con altos mandos militares, entre ellos, el hoy indagado.

Ante todo recuérdese que su captura sólo se hizo efectiva después de que fuera exigida casi que públicamente ante la negligencia de los organismos encargados de ello. Es frecuente encontrar citas en el expediente, según las cuales BAQUERO AGUDELO se paseaba orondo por las calles de Puerto Berrío, no obstante ser consciente de que era requerido por las autoridades judiciales.

(...)

BAQUERO AGUDELO, dice: ‘el general YANINE DÍAZ, se comunicó con HENRY PÉREZ, no sé cómo sería el medio de comunicación y después de eso HENRY PÉREZ me llama a mí y me dice que los comerciantes me estaban pasando por la galleta...’. Más adelante asevera: ‘...La colaboración de Yanine Díaz consistió en que coordinase con Henry Pérez para desaparecer los comerciantes...cuando salió la caravana ya sabía que los iban a matar como también sabía Yanine Díaz, el Mayor y el Sargento...’. Como se denota, la participación del GENERAL FAROUK YANINE DÍAZ fue encubierta, absurdo hubiera sido que él, con toda una carrera militar, experto en inteligencia, con

tantas medallas por Orden Público, fuera a asumir una conducta de tales características frente a la población, precisamente por eso se tardó tantos años para llegar a la verdad, acaso un abandono de los altos mandos militares, hacia sus tropas encubiertas, fue el origen de la verdad? (sic.). Es la posibilidad más lógica que en estos momentos se presenta.

(...)

Esta Unidad Fiscal no está poniendo en duda que para la fecha de la desaparición de los comerciantes, el General no hubiera estado en la Brigada Catorce, y tampoco en la Segunda División del Ejército, pero habrá acaso de creérsele que no tenía conocimiento de la situación? Cuando era el primer interesado en según sus palabras defender las instituciones y preservar el orden democrático y la subversión era su principal enemigo, recuérdese que a los infortunados comerciantes se les tildó de introducir al Magdalena Medio y con destino a la Guerrilla, armas y munición. No eran entonces un blanco perfecto. BAQUERO, DICE: EL General YANINE DÍAZ se comunicó con HENRY PÉREZ, de donde haya sido lo importante es resaltar la expresión del jefe paramilitar 'Se comunicó'. Pudo haber sido del sitio de trabajo que tenía en el momento, ya bastante se ha evidenciado a lo largo de la instrucción las estrechas relaciones del Ejército con el grupo paramilitar (...)

(...)

No se apartará esta Unidad de la prevalencia del debido proceso (artículo 29) de la Constitución Nacional, [el General (r) Farouk Yanine Díaz] tendrá todas las garantías procesales y en concordancia con el art. 333 del Código de Procedimiento Penal para que el implicado desvirtúe ampliamente los cargos que se le endilgan pero por hoy frente a lo probado donde a más de indicios hay pruebas testimoniales y documentales es más que suficiente dar aplicabilidad al contenido del art. 338 de la misma obra y decretar en contra del GENERAL FAROUK YANINE DÍAZ, medida de aseguramiento consistente en detención preventiva sin excarcelación por taxativo mandato legal, en razón a ser esta la única medida aplicable para delitos de conocimiento de los jueces regionales". – se destaca.

3.5.12. Mediante memorial fechado el 17 de octubre de 1996, el apoderado del General (r) Farouk Yanine Díaz solicitó la declaratoria de nulidad en el caso y, a la vez, suscitó un conflicto de competencia entre la justicia ordinaria y la justicia penal militar, por considerar que ésta última era la competente para juzgar sus actuaciones, habida cuenta de su calidad de aforado (fol. 194 a 196, c. 16). Dicha solicitud fue, igualmente, presentada por el Comando del Ejército Nacional – Juzgado de Primera Instancia, quien inició el incidente de colisión de competencias positivas. La Fiscalía General de la Nación en su Unidad Nacional de Derechos Humanos resolvió, abstenerse de remitir el expediente al Comando del Ejército Nacional y, en consecuencia, tramitar el respectivo conflicto de competencia ante el Consejo Superior de la Judicatura, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 256, numeral 6º de la Constitución Política (fol. 76 a 88, c. 20).

3.5.13. Mediante proveído de 26 de noviembre de 1996, la Sala Jurisdiccional Disciplinaria del Consejo Superior de la Judicatura dirimió la colisión positiva de jurisdicción planteada entre la Justicia Penal Militar y la Justicia Ordinaria,

atribuyéndole el conocimiento del proceso penal en comento al Comandante del Ejército Nacional, en su condición de juez de primera instancia (fol. 133 a 148, c. 20).

3.5.14. Así las cosas, en providencia de 10 de abril de 1997, el Tribunal Superior Militar decidió otorgar el beneficio de libertad provisional a los señores Farouk Yanine Díaz, Otoniel Hernández Arciniegas y Hernando Navas Rubio (138 a 145, c. 4.), decisión que fue revocada en relación con el último mencionado, porque el mismo no prestó caución prendaria de manera oportuna (fol. 152 a 156, *ibídem.*)

3.5.15. Mediante sentencia de 18 de junio de 1997, el Juzgado Militar de Primera Instancia resolvió (fol.164 a 226, c. *ibídem*):

PRIMERO: DECLARAR que en el presente proceso no existe mérito para convocar Consejo Verbal de Guerra que juzgue la conducta de los militares indagados en autos: General (r) FARUK YANINE DÍAZ (sic), Teniente Coronel (r) HERNANDO NAVAS RUBIO, Mayor (r) OSCAR DE JESÚS ECHANDÍA SÁNCHEZ Y Sargento Primero (r) OTONIEL HERNANDEZ ARCINIEGAS; de anotaciones personales y militares consignadas en autos, por no estructurarse la prueba requerida sobre materialidad y responsabilidad en los hechos que según la Unidad de Fiscalía Delegada para los Derechos Humanos impusieron su vinculación procesal en este expediente; de conformidad con las razones expuestas en la parte motiva de esta providencia.

SEGUNDO: Como consecuencia de lo anterior, CESAR TODO PROCEDIMIENTO en favor de los militares (...) por las consideraciones anotadas en el cuerpo de este proveído, en cumplimiento a lo dispuesto en el art. 655 del Código Penal Militar.

TERCERO: De conformidad con lo dispuesto en el artículo 639 del Código Penal Militar, otorgar la libertad provisional en este proceso a los procesados (...) – se destaca.

3.5.16. La anterior providencia fue confirmada por el Tribunal Superior Militar en decisión de 17 de marzo de 1998, la cual dispuso la libertad definitiva de los militares procesados (fol. 295 a 404, c. *ibídem.*) Dicha decisión quedó ejecutoriada el 11 de mayo de 1998, según constancia allegada por la Secretaria del Tribunal Superior Militar (fol. 16, c. 2).

3.5.17. Como motivo de la decisión adoptada, encontró el Tribunal, de conformidad con el acervo probatorio, demostrado *i)* que los comerciantes, quienes se dirigían de Cúcuta a Medellín, no pasaron por la ciudad de Bucaramanga, ciudad en donde se encuentra la sede de la XIV Brigada del Ejército Nacional; *ii)* que los hechos se produjeron entre la noche del 6 y la mañana del 7 de octubre de 1987 en cercanías al municipio de Puerto Boyacá, hacienda El Diamante; *iii)* el hurto de los vehículos en que aquellos se movilizaban y *iv)* advirtió que, para dicha data, los encartados no se encontraban en el lugar de los hechos. En relación con este último asunto,

señaló:

“a) General (r) FAROUK YANINE DÍAZ

Determinado probatoriamente que el secuestro y muerte de los comerciantes se ocurrió entre el 6 y 7 de octubre de 1987, ubicamos para esta fecha al señor General (r) FAROUK YANINE DÍAZ y en el grado de Brigadier General, como director de la Escuela Militar de Cadetes con sede en la ciudad de Bogotá, cargo que desempeñaba desde el 01 de diciembre de 1985 y que ocupó hasta el 01 de diciembre de 1987 (fl. 287ss Anexo 2).

b) Teniente Coronel (r) HERNANDO NAVAS RUBIO

Se ubica al señor oficial para la época de los hechos 6 y 7 de octubre de octubre de 1987, adelantando curso para ascenso del grado de Mayor al de Teniente Coronel en la Escuela Superior de Guerra con sede en Bogotá, desde el 01 de enero de 1987 y 30 de noviembre del mismo año, con salida del país hacia los Estados Unidos entre el 16 de septiembre y el 30 del mismo mes y año en comisión colectiva y especial del servicio (fl. 56 488 Anexo 5 y fl. 52 CO 18).

c) Mayor (r) OSCAR DE JESÚS ECHANDÍA SÁNCHEZ

Presta sus servicios para la época de los acontecimientos en el Batallón de Infantería Ricaurte con sede en Bucaramanga, como Oficial de operaciones desde el 01 de enero de 1987 y hasta el 31 de diciembre de mismo año (Anexo 4).

d) Sargento Primero OTONIEL HERNÁNDEZ ARCINIEGAS

Se desempeña como suboficial de operaciones en el Batallón Bolívar con sede en la ciudad de Tunja entre el 01 de enero de 1987 y el 31 de Diciembre del mismo año (Anexo 3). Para el día dos de octubre de 1987 el suboficial HERNÁNDEZ OTONIEL fue nombrado Comandante de Guardia del Batallón Bolívar (fl. 103 CO20).

Pues bien, registradas las anteriores precisiones probatorias mediante prueba documental debidamente allegada al proceso y no habiendo sido ésta tachada de falsa en ninguna decisión judicial, tenemos que aceptar sin vacilación, que esa es la realidad procesal y que por lo tanto los aquí sindicados no pudieron incurrir materialmente, a título personal ni del servicio, en los delitos de secuestro extorsivo y homicidio agravado que se les atribuye ni tampoco el de hurto agravado que también se le endilga al Mayor (r) OSCAR DE JESÚS ECHANDÍA SÁNCHEZ (...). Ahora, podría pensarse que al encontrarse el Mayor (r) ECHANDÍA SÁNCHEZ en la ciudad de Bucaramanga pudo haber contribuido a la realización del hecho disponiendo la vigilancia de los comerciantes como lo señala BAQUERO AGUDELO alias “BLADIMIR” pero resulta que también se ha demostrado suficientemente que los comerciantes no pasaron por la ciudad de Bucaramanga y entonces ECHANDÍA no pudo conocer la fecha, hora y ruta de su desplazamiento y de otra parte, el suboficial OTONIEL HERNÁNDEZ, quien según la acusación de alias BLADIMIR fue la persona que obedeciendo instrucciones de ECHANDÍA realizó la vigilancia en compañía del sicario alias “GORGI”, no se encontraba físicamente en el área de los acontecimientos sino que era orgánico del Batallón Bolívar con sede en Tunja como ya se acotó, y para el día anterior a cumplirse el seguimiento se encontraba como comandante de guardia del Batallón en la ciudad de Tunja a muchos kilómetros de distancia y de horas de viaje de la ciudad de Bucaramanga, luego entonces, cómo aceptar siquiera como posible el señalamiento formulado contra el Mayor (r) ECHANDÍA y el Sargento (r) HERNÁNDEZ, pero es más, estos dos procesados nunca trabajaron juntos ni se conocieron en ninguna unidad militar durante el servicio

activo, luego entonces, cómo establecer probatoriamente un vínculo anterior, siquiera un conocimiento personal para que tal cargo pueda transitar siquiera por el terreno de lo que puede tener forma o no? – se destaca.

Así mismo, en relación con el cargo relativo a la conformación de grupos de autodefensa y respecto de la posible participación en el ilícito por parte de los señores Yanine y Navas, indicó:

Pues bien, resulta perfectamente evidente frente a la legislación referida, que las conductas que hoy consagra como punibles el Decreto 2266 de 1991., recogidas del Decreto 1194 de 1989, hasta el 8 de junio del citado año, fecha en que cobró vigencia esta normatividad penal, no estaban consagradas como delitos y por lo tanto las acciones desarrolladas por cualquier persona con antelación a esta fecha, así estuvieran dirigidas a realizar las conductas hoy prohibidas, no se les puede atribuir reproche delictivo alguno, sencillamente porque así lo consagraba el Estatuto Constitucional de 1886 (art. 26) y hoy la Carta Política vigente (art. 29) (...).

Así las cosas, encontramos demostrado en el proceso y como antes se registró, que el señor General YANINE DÍAZ desempeñó el cargo de Comandante de la Segunda División con sede en Bucaramanga hasta el 1º de junio de 1989 y los cargos que se le formulan por violación del artículo 1º del Decreto 1194 de 1989 son anteriores al 8 de junio del mismo año, fecha en que cobró vida jurídica el citado Decreto; circunstancia esta que releva a la Sala de hacer cualquier análisis jurídico valorativo del acervo probatorio referido a este cargo por sustracción jurídica de materia. Sin embargo vale la pena comentar, que si bien es cierto el señor General pudo asistir a la reunión de campesinos de que da cuenta BAQUERO AGUDELO y también LUÍS ALBERTO ARRIETA MORALES, alias ‘piraña’, para manifestarles su apoyo a fin de que no siguieran siendo víctimas de la guerrilla y adoptaran una actitud ofensiva y se les autorizó la venta de armas amparadas con salvoconducto inclusive de las armas obsoletas de uso oficial, éstas acciones no estaban prohibidas por la ley y sólo se pretendía erradicar o aminorar la acción violenta y despiadada de la guerrilla contra quien se opusiera a su ideología y voluntad (...)”

Respecto al Teniente Coronel HERNANDO NAVAS RUBIO debemos señalar que se le formula un cargo anterior a la fecha de pertenecer a la Décima Cuarta Brigada y por lo tanto este cargo resulta equivocado, o por lo menos no responde a las circunstancias de tiempo y lugar, ya que si recordamos, para la época de ocurrencia de los hechos el Oficial adelantaba curso para ascenso en la ciudad de Bogotá, cargo que así formulado desconoce las exigencias de precisión y claridad de los hechos por los cuales se formula la imputación, así como precisión y claridad sobre las circunstancias de tiempo, modo y lugar en que ocurrieron, pues como lo señala la jurisprudencia, la elaboración de los cargos no es una actividad ni labor libre sino que se debe someter al lleno de requisitos formales y sustanciales entre ellos los ya citados. Por lo tanto, ante la vaguedad de la acusación, y no siendo posible la presencia física del oficial en el área de los acontecimientos, ni de ninguna manera haber participado como ya se examinó este cargo no puede prosperar – se destaca.

3.5.18. Se encuentra probado de la misma forma, la amplia difusión de los hechos criminales bajo investigación. Prueba de ello son las portadas de las ediciones No. 748 y 761 de 1996 y No. 793 de 1997 de la Revista “Semana”, indicativas de la trascendencia nacional de la acusación en contra de los altos oficiales del Ejército Nacional. Igualmente se aportó ejemplar original de la revista “Cambio 16” ediciones No. 173 y 182 de 1996, en donde se relatan los

hechos *sub judice* y la implicación de los militares prenombrados en los mismos. Por su parte el Periódico “El Tiempo” allegó copias de las noticias emitidas en relación con la presunta participación de los demandantes en la masacre de diecinueve comerciantes en el Magdalena Medio en doce notas de prensa. Finalmente, se tiene que la “Revista Cromos” reportó la noticia en su ejemplar No. 4144 de junio de 1997 (c. 2).

3.5.19. Es de público conocimiento que sobre este caso se pronunció la Corte Interamericana de Derechos Humanos –en adelante Corte IDH– en la sentencia del caso “19 comerciantes vs. Colombia” de 5 de julio de 2004, que condenó al Estado colombiano, entre otras razones, porque los derechos a la tutela judicial efectiva y las garantías judiciales (artículos 8.1 y 25 de la Convención Americana) de los familiares de los comerciantes desaparecidos y asesinados fueron desconocidos⁷.

4. Problema jurídico

De conformidad con los recursos de apelación interpuestos, el problema jurídico en el caso *sub lite* se contrae a determinar si se encuentran demostrados en el plenario, los elementos de la responsabilidad del Estado por privación injusta de la libertad.

Con tal fin, la Sala deberá esclarecer *i)* si le asistió razón al *a quo* para denegar las pretensiones acumuladas por las razones esgrimidas, *ii)* si se acreditó la antijuridicidad del daño alegado y *iii)* si el mismo le es imputable a las entidades demandadas.

Para el efecto se hará alusión a los requisitos consagrados en el ordenamiento jurídico y desarrollados por la jurisprudencia de la Sección en relación con la procedencia de indemnización por privación injusta de la libertad.

No obstante, teniendo en cuenta que la Corte IDH mediante sentencia fechada 5 de julio de 2004 condenó al Estado colombiano por el secuestro y brutal asesinato de diecinueve comerciantes y por el posterior descuartizamiento y hundimiento de sus cadáveres en las aguas del caño “El Ermitaño”, afluente del río Magdalena, frente al sitio “Palo de Mango” a manos de un grupo paramilitar del Magdalena Medio y que, respecto de los autores directos o indirectos del hecho delictuoso –algunos de ellos integrantes del ejército

⁷ Si bien, no obra en el plenario la copia de la sentencia “19 comerciantes vs. Colombia”, proferida por la Corte IDH, de conformidad con el artículo 177 del C.P.C., dicho hecho no requiere de prueba pues es un hecho notorio, de público conocimiento, cuyo texto se encuentra disponible para el público general en el sitio web de la Corte. [En línea:] http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_109_esp.pdf (18/03/2014).

nacional, entre quienes presuntamente se cuentan los demandantes en la presente acción–, el alto tribunal manifestó serios indicios de impunidad, debe la Sala pronunciarse sobre **i)** el alcance de las decisiones de la Corte IDH en el ordenamiento jurídico colombiano; **ii)** el contexto en que se dieron los sucesos por los cuales se incriminó a los aquí demandantes; **iii)** los derechos fundamentales al juez natural y a acceder a la administración de justicia en cuanto integrantes básicos del derecho fundamental a la garantía del debido proceso a la luz de la jurisprudencia interamericana; **iv)** el “Caso 19 Comerciantes Vs. Colombia” juzgado por la Corte IDH de Derechos Humanos y **v)** el derecho fundamental al juez natural y alcance del fuero penal militar en el caso concreto.

Dada la gravedad de los hechos en relación con los cuales la Corte IDH estimó que los demandantes en la presente actuación se encuentran presuntamente involucrados y, en virtud de la posición de garante respecto de graves violaciones de derechos humanos que asume el Estado y las autoridades que obran en su nombre –entre ellos, los integrantes de la fuerza pública y las autoridades judiciales–, la Sala expondrá los motivos por los cuales en el caso que se examina la decisión adoptada por la Corte IDH alcanza a los acá demandantes, hasta un punto tal que, en aras de garantizar su derecho fundamental al juez natural y de permitirles ejercer su derecho fundamental a acceder a la administración de justicia –evitando que permanezcan sub judice–, así como con miras a asegurar la protección de los derechos a la verdad, justicia y reparación integral de las víctimas de tan execrables hechos, dispondrá esta Sala adoptar las medidas indispensables para darle a las acusaciones presentadas en la decisión de la Corte IDH contra los acá demandantes –exmilitares General (r) Farouk Yanine Díaz, Sargento (r) Otoniel Hernández Arciniegas y Teniente Coronel (r) Hernando Navas Rubio– el trámite que corresponde ante el juez competente, a saber, la justicia penal ordinaria.

En fin, la Sala desarrollará los argumentos con sustento en los cuales la justicia penal ordinaria debe resolver acerca del alcance de la responsabilidad de los acá demandantes, presuntamente involucrados en graves violaciones de derechos humanos. Sin embargo, de encontrar el juez natural que los señores Yanine Díaz, Navas Rubio y Hernández Arciniegas deben ser absueltos o se materializa la preclusión, exhortará la Sala al tribunal competente, al igual que a la Sección Tercera del Consejo de Estado para que, si los interesados en la reparación la demandan, prioricen el reparto y sustanciación de la acción de reparación directa⁸, con apoyo en las razones que se aportarán más adelante.

4.1. Alcance de las decisiones de la Corte Interamericana de Derechos Humanos

⁸ Cfr. Corte Constitucional. Sentencia SU-915 de 2013.

4.1.1. La apertura de la Constitución, por la vía del artículo 93 C.P., hacia el derecho internacional de los derechos humanos

Es un hecho incontrovertible que el ordenamiento constitucional colombiano se abre hacia el derecho internacional de los derechos humanos. El hecho resulta inequívoco, entre otras, por virtud de lo dispuesto en el artículo 93 superior al tenor del cual los convenios internacionales sobre derechos humanos aprobados por el Congreso de la República y ratificados por el Gobierno Nacional que prohíben la limitación de estos derechos en estados de excepción, *“prevalecen en el orden interno”*. De la misma norma se deriva que el sentido y alcance de todos los derechos y deberes incluidos en el texto de la Constitución ha de ser fijado acorde con lo establecido por los tratados internacionales sobre derechos humanos aprobados por el Estado colombiano⁹.

Así las cosas, refiriéndose concretamente al derecho interamericano, la jurisprudencia constitucional no ha titubeado en sostener que se incumple con las obligaciones contempladas en el artículo 93 superior cuando –se destaca–¹⁰:

“(i) las autoridades competentes han fijado el alcance y sentido de los derechos en el orden interno de manera que estas interpretaciones resultan contrarias a los aseguramientos y previsiones establecidos en la Convención o cuando (ii) se desconocen las obligaciones contenidas en la Convención y, o bien, no se confiere la debida protección de los derechos en el orden jurídico interno o las instancias competentes en el ámbito nacional no resultan eficaces para conferir dicho amparo, entonces procede activar los mecanismos internacionales de protección de los derechos humanos por cuanto en estos eventos el Estado incumple con la obligaciones contenidas en la Convención y ello trae como consecuencia la necesidad de responder internacionalmente por las lesiones producidas y la exigencia de reparar sus consecuencias”.

Dicho en términos distintos: tanto las normas dictadas en el derecho interno como las prácticas y actuaciones que en él tienen lugar deben buscar el pleno desarrollo de los derechos y libertades convencionales, lo que comprende, asimismo, la necesidad de suprimir preceptos o prácticas –independiente de cual sea su naturaleza– de las que se pueda derivar el desconocimiento de las garantías previstas en la Convención. Como lo ha recordado la doctrina, *“[e]ste deber general del Estado Parte implica que las medidas del derecho interno han de ser efectivas (principio del effet utile), para el cual el Estado debe ‘adaptar’ su actuación a la normativa de protección de la convención”*¹¹.

⁹ Cfr. Corte Constitucional. Sentencias C-010 de 2000; T-306 de 2006; T-468 de 2006; T-435 de 2006.

¹⁰ Cfr. Corte Constitucional. Sentencia T-576 de 2008.

¹¹ Cfr. Juan Carlos HITTERS “¿Son vinculantes los pronunciamientos de la Comisión y de la Corte Interamericana de Derechos Humanos? (control de constitucionalidad y convencionalidad)” en Revista Iberoamericana de Derecho Procesal Constitucional núm. 10, julio-diciembre 2008, pp. 131-156.

A propósito de la extensión de la responsabilidad en cabeza de las autoridades estatales en general y, particularmente, de las judiciales, la jurisprudencia constitucional también ha sido firme en precisar que la misma hace imperioso tener en cuenta varios aspectos relacionados estrechamente con la imposibilidad de excusarse en normas internas para dejar de cumplir lo dispuesto por el derecho interamericano –se destaca; se mantienen las notas a pie de página en el texto citado; negrillas en el texto original–:

“La responsabilidad internacional surge, entonces, a raíz de la vulneración de las obligaciones contenidas en los pactos internacionales debidamente suscritos, aprobados y ratificados y es, por consiguiente, compleja tanto en su fuente como en las consecuencias que de ella se derivan¹². Aquí es importante acentuar lo siguiente: no es factible para los Estados declinar su responsabilidad alegando que existen normas de derecho interno que los eximen de responder por el incumplimiento de tales obligaciones. Tampoco puede esgrimir el Estado que como existen otros Estados que omiten cumplir con lo establecido en los Pactos Internacionales sobre Derechos Humanos, tampoco encuentra razón para cumplir. En estas eventualidades, se aplica el principio de derecho internacional según el cual los pactos deben ser cumplidos ‘pacta sunt servanda’.

No resulta posible, pues, argumentar la existencia de legislación interna para eludir un compromiso internacional”.

(...)

En pocas palabras: las obligaciones derivadas de los Tratados Internacionales sobre Derechos Humanos son, por consiguiente, múltiples y comprometen a todos los sectores estatales sin excepción: político, administrativo y judicial. En tal sentido, deben los Estados: (i) interpretar los derechos constitucionales de conformidad con lo dispuesto en los Pactos internacionales sobre Derechos Humanos aprobados por el Estado; (ii) ajustar la legislación interna así como los mecanismos internos de protección a lo establecido en tales Pactos; (iii) abstenerse de promulgar normas que contraríen esos Tratados sobre la protección de los Derechos Humanos; (iv) evitar que por la acción u omisión de las autoridades o agentes estatales se desconozcan las obligaciones establecidas en los acuerdos internacionales – con independencia del cargo en el cual se desempeñen las autoridades o agentes estatales o el nivel en que realicen sus funciones - sea en el plano nacional o en el territorial -incluso cuando se trata de la omisión de prevenir o reprimir acciones ilícitas de los particulares; (v) adoptar medidas y efectuar tareas encaminadas a lograr que se presenten las condiciones indispensables para garantizar la vigencia efectiva de los derechos así como reparar las consecuencias que se derivan de la vulneración de los mismos; (vi) procurar vías ciertas, ágiles y efectivas de acceso a la justicia”.

Se sabe que entre los principales tratados aprobados por Colombia sobre

¹² La responsabilidad internacional del Estado por desconocimiento de las obligaciones previstas en la Convención Americana también surge cuando se infringen otros documentos internacionales por medio de los cuales se reconoce la competencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos. Tal es el caso, por ejemplo, de la Convención Interamericana sobre Desaparición Forzada de Personas y los artículos 8 y 13 del Protocolo de San Salvador. Así mismo, de conformidad con lo dispuesto por el artículo 31 de la convención de Viena sobre los Tratados de 1969 y por el artículo 29 del Pacto de San José de Costa Rica, los que se encaminan a regular la interpretación sistemática de los tratados, la corte Interamericana también ha tenido ocasión de declarar la responsabilidad de los Estados por violación de derechos consagrados en la Convención Americana, interpretada a la luz de los Convenios de Ginebra de 1949, la convención de Derechos del Niño de 1989 y el Convenio 29 de la Organización Internacional del Trabajo sobre prohibición del trabajo forzado.

derechos humanos, la Convención Americana de Derechos Humanos ocupa un lugar destacado. Sea lo primero recordar que este tratado internacional sobre derechos humanos –denominado también “Pacto de San José de Costa Rica” en adelante CADH– fue suscrito por los países miembros de la Organización de Estados Americanos –OEA– en noviembre de 1969, en sesión en la que se hizo presente el Estado colombiano. Este instrumento internacional fue aprobado por el Congreso de la República mediante la Ley 16 de 1972, entró en vigor para los países miembros el 18 de julio de 1978, completado once ratificaciones. El artículo 5º del Decreto 2110 de 1988, *“por el cual se promulgan algunos tratados internacionales”* la declaró vigente para nuestro país desde su entrada en vigor.

4.1.2. La Corte Interamericana de Derechos Humanos –Corte IDH– y los efectos de sus sentencias en el orden nacional

La CADH, creó en el artículo 33 la Corte Interamericana como uno de los órganos *“competentes para conocer de los asuntos relacionados con el cumplimiento de los compromisos contraídos por los Estados Partes”*. Por su parte, el artículo 63. 1 de la CADH reza:

“cuando [se] decida que hubo violación de un derecho o libertad protegidos en esta Convención, la Corte dispondrá que se garantice al lesionado en el goce de su derecho o libertad conculcados. Dispondrá asimismo, si ello fuera procedente, que se reparen las consecuencias de la medida o situación que ha configurado la vulneración de esos derechos y el pago de una justa indemnización a la parte lesionada”.

Dentro de ese marco normativo, la Corte Interamericana ejerce atribuciones en materia consultiva y contenciosa, lo último en orden a resolver con fuerza vinculante el cumplimiento del Pacto de San José, por parte del Estado demandado y disponer la reparación de los derechos humanos. Ahora, de manera voluntaria, en ejercicio de su soberanía y, haciendo uso de su derecho a la autodeterminación, el Estado suscribió, en calidad de parte, el Pacto de San José de Costa Rica y aceptó la jurisdicción del tribunal internacional por él creado. Vínculo éste refrendado por la Carta Política.

Los derechos humanos reconocidos en la Convención pertenecen al *bloque de constitucionalidad* en sentido estricto¹³. Como se dejó dicho arriba, de acuerdo con el artículo 93 superior, las normas que contiene la Convención se entienden incorporadas al ordenamiento interno y surten efectos directos. Al aplicar el concepto de *bloque de constitucionalidad*, la declaratoria que hacen los jueces de la Corte IDH no solo repercute sobre la esfera internacional sino sobre el ordenamiento interno. Así, la violación declarada por la Corte Interamericana en su decisión que, como se mencionó, alcanza a los demandantes en el proceso de la referencia, surte efectos en el ámbito de las

¹³ Cfr. Corte Constitucional, sentencias C-442 de 2011, T-302 de 2008, C-187 de 2006, C-1260 de 2005, C-820 de 2005 y C-616 de 2001.

relaciones entre los Estados miembros y repercute necesariamente en las relaciones del país a nivel del cumplimiento de otros pactos y tratados sobre derechos humanos, firmados y ratificados por Colombia¹⁴.

La Corte Constitucional mediante sentencia T-653 de 2012 estableció el alcance y los efectos que en el orden jurídico interno tienen los fallos emitidos por la Corte IDH y, al respecto, precisó:

“4.1 Los fallos proferidos por los tribunales internacionales de derechos humanos, en ejercicio de la función jurisdiccional que le reconocen los [E]stados, no deben encontrar obstáculos en su cumplimiento y no deben tener oposición por parte de las autoridades encargadas de cumplirlos. Los argumentos de derecho interno –sean estos de la índole que sean– no deben servir de pretexto para la mora en su acatamiento; el genio local no puede fungir como un falso espíritu protector para el Estado condenado internacionalmente, detrás del cual este pueda esconderse para no honrar sus compromisos internacionales”.

De igual manera, a la luz de lo dispuesto por la CADH, recordó el alto tribunal que la Corte de San José tiene atribuciones en materia consultiva y contenciosa; en el marco de esa competencia y luego de adelantar un proceso, declara si encuentra probado o no el incumplimiento de la Convención por parte del Estado que voluntariamente aceptó acatar la jurisdicción del alto tribunal para emitir fallos vinculantes. Al respecto, sostuvo:

“(…) de manera voluntaria, expresando su voluntad de acatamiento y de cara a unas finalidades, el Estado Colombiano se hizo parte del Pacto de San José de Costa Rica y aceptó la jurisdicción del tribunal internacional por él creado”.

Y añadió:

“De esta manera, la actividad jurisdiccional ejercida en materia de protección de los derechos reconocidos en la Convención Americana sobre Derechos Humanos por parte de la Corte Interamericana, se erige como un mecanismo que desarrolla el reconocimiento del respeto de la dignidad humana, principio fundamental previsto en el artículo 1º de la Carta, y el de primacía de los derechos inalienables de las personas, establecido en el 5º constitucional. De igual forma, ampara los valores contenidos en el artículo 2º de nuestra Constitución, en especial en cuanto garantiza la efectividad de los derechos de las personas”.

Lo antes señalado forma parte del conjunto de consideraciones que la Corte Constitucional suele realizar de manera reiterada cuando se refiere a los efectos de las sentencias de la Corte IDH en el ámbito interno. A continuación, se citan en extenso esos lineamientos jurisprudenciales –se destaca el especial énfasis puesto por la jurisprudencia constitucional en el *control de convencionalidad* en cuanto posición compartida por la Corte IDH y la Corte Constitucional–:

“Ahora bien, los derechos humanos reconocidos en la Convención pertenecen a lo que esta Corte ha llamado bloque de constitucionalidad en sentido estricto. De

¹⁴ El principio de derecho internacional *pacta sunt servanda*, implica que todo tratado en vigor obliga a las partes y debe ser cumplido por ellas de buena fe (según lo señala el artículo 26 de la Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados de 1969 y el mismo artículo de la Convención de Viena sobre el derecho de los tratados celebrados entre Estados y Organizaciones Internacionales o entre Organizaciones Internacionales de 1986).

acuerdo con el contenido del artículo 93 superior, las normas que contiene se entienden incorporadas al ordenamiento interno y surten efectos directos. Al aplicar el concepto de bloque de constitucionalidad, la declaratoria que hacen los jueces de la Corte IDH no solo repercute sobre la esfera internacional sino sobre el ordenamiento interno. Así, la violación declarada por la Corte Interamericana surte efectos en el ámbito de las relaciones entre países soberanos y miembros de la OEA –donde se reconoce a la nación como infractora– y, a la vez, proyecta directamente consecuencias dentro del Estado.

Si bien el artículo 93 de la Carta Política no hace una mención directa de los efectos internos de ese tipo de decisiones, por vía jurisprudencial la Corte Constitucional ha venido decantando sus alcances. En primer término, ha sostenido que determinaciones de esa índole tienen un efecto general como criterio hermenéutico para establecer el sentido de las normas constitucionales sobre derechos fundamentales.

En esa línea, en diversos fallos esta Corporación se ha referido puntualmente a la Corte IDH, indicando que su jurisprudencia es un criterio relevante para fijar el parámetro de control de las normas que hacen parte del ordenamiento interno colombiano, precisamente porque establece el alcance de distintos instrumentos internacionales de derechos humanos. La Corporación ha sostenido que la jurisprudencia de la Corte IDH contiene la interpretación auténtica de los derechos contenidos en la Convención Americana sobre Derechos Humanos, instrumento internacional que integra el parámetro de control de constitucionalidad.

Así, por ejemplo, en la sentencia C-228 de 2002 este Tribunal retomó la doctrina de la Corte IDH en relación a las medidas legislativas que impidieran a las víctimas de violaciones de derechos humanos conocer la verdad de los hechos, concluyendo que resultaban contrarias a la Convención Americana de Derechos Humanos. Esto para efectos de examinar la constitucionalidad del artículo 137 de la Ley 600 de 2000, demandado en aquella ocasión.

En similar sentido, en la sentencia C-370 de 2006, al examinar distintas disposiciones de la Ley 975 de 2005 relacionadas con los derechos de las víctimas de graves violaciones de derechos humanos, se reconoció el carácter vinculante de la jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos. Dijo esta Corporación:

‘Por su relevancia como fuente de Derecho Internacional vinculante para Colombia, por tratarse de decisiones que expresan la interpretación auténtica de los derechos protegidos por la Convención Americana sobre Derechos Humanos, la Corte transcribirá algunos de los apartes más relevantes de algunas de las Sentencias de la Corte Interamericana de Derechos Humanos relativas a estándares sobre justicia, no repetición, verdad y reparación de las víctimas de los graves atentados contra el Derecho Internacional de los Derechos Humanos y el Derecho Internacional Humanitario’.

Esta posición de la Corte Constitucional colombiana es concordante con la postura de la misma Corte IDH. Este último Tribunal ha señalado el carácter vinculante de su jurisprudencia como interpretación auténtica de la Convención Americana de Derechos Humanos. Así, a manera de ejemplo, en el ‘Caso Almonacid Arellano y otros vs. Chile’ sostuvo que:

‘La Corte es consciente que los jueces y tribunales internos están sujetos al imperio de la ley y, por ello, están obligados a aplicar las disposiciones vigentes en el ordenamiento jurídico. Pero cuando un estado ha ratificado un tratado internacional como la Convención Americana, sus jueces, como parte del aparato del Estado, también están sometidos a ella, lo que les obliga a velar porque los efectos de las disposiciones de la Convención no se vean mermados por la aplicación de leyes contrarias a su objeto y fin, y que desde

un principio carecen de efectos jurídicos. En otras palabras, el Poder Judicial debe ejercer una especie de ‘control de convencionalidad’ entre las normas jurídicas internas que aplican en los casos concretos y la Convención Americana de Derechos Humanos. En esta tarea el Poder Judicial debe tener en cuenta no solamente el tratado, sino también la interpretación que del mismo ha hecho la Corte Interamericana, intérprete última de la Convención americana’.

En similar tenor, el ‘Caso Trabajadores Cesados del Congreso vs. Perú’, la Corte Interamericana puso de manifiesto que

‘...los órganos del Poder Judicial deben ejercer no solo un control de constitucionalidad, sino también ‘de convencionalidad’ ex officio entre las normas internas y la Convención Americana, evidentemente en el marco de sus respectivas competencias y de las regulaciones procesales correspondientes’.

4.6 Este último argumento de obligatoriedad, lo hizo extensivo la Corte Constitucional a lo ordenado directamente al Estado colombiano en aquellas sentencias en las que la Corte Interamericana de Derechos Humanos lo condena como infractor de la Convención Americana. Así ocurrió en la decisión T-367 de 2010, cuando estudió una acción de tutela que se relacionaba con el cumplimiento por parte de Colombia de las reparaciones ordenadas por el tribunal internacional en el caso conocido como ‘Masacres de Ituango’.

En el citado fallo, esta Corte adujo que como el artículo 26 de la Convención de Viena sobre Derecho de los Tratados dispone que ‘todo tratado en vigor obliga a las partes y debe ser cumplido por ellas de buena fe’ (pacta sunt servanda) y el artículo 27 del mismo instrumento señala que una parte no podrá invocar las disposiciones de su derecho interno como justificación del incumplimiento de un tratado, ‘las medidas de reparación ordenadas por la Corte Interamericana de Derechos Humanos, en desarrollo de su competencia judicial, obligan al Estado colombiano no sólo a un cumplimiento oportuno sino pleno, sin que sea admisible una potestad discrecional para escoger cuales cumple y cuales no; realizar equivalencias entre medidas, por ejemplo, cambiar la asignación de una vivienda por un subsidio para vivienda, o la asistencia médica especializada que deben recibir en razón de su particular situación de indefensión, por una general que haga caso omiso de tal condición; y sin trasladar la responsabilidad del cumplimiento o del incumplimiento de las medidas a las víctimas, a sus familiares, a sus representantes, o a todos ellos’.

También derivó la obligatoriedad de los fallos de la aplicación del artículo 68.1 de la Convención Americana, el cual estipula que ‘los Estados Parte en la Convención se comprometen a cumplir la decisión de la Corte en todo caso en que sean partes’, y se refirió al carácter definitivo e inapelable de las sentencias de la Corte Interamericana, previsto en el artículo 67 del Pacto de San José. Igualmente resaltó la obligación de los estados parte en la Convención de garantizar el cumplimiento de las disposiciones convencionales y sus efectos propios en el plano de sus respectivos derechos internos. Este principio –recordó la sentencia– se aplica no sólo en relación con las normas sustantivas de los tratados de derechos humanos (es decir, las que contienen disposiciones sobre los derechos protegidos), sino también en relación con las normas procesales, como las que se refieren al cumplimiento de las decisiones del Tribunal; y el compromiso que adquirió el Estado colombiano al reconocer la competencia contenciosa de la Corte Interamericana”.

En suma, la Corte Constitucional ha destacado que el Estado colombiano y las autoridades e instituciones que lo conforman, en ejercicio de sus competencias legales y reglamentarias –lo que abarca también las de índole judicial y se extiende, incluso, a las emitidas por la Corte Constitucional y demás cabezas de

jurisdicción– están obligadas a acatar los fallos de la Corte IDH. En tal sentido, deben: i) desarrollar los principios y valores contemplados en los artículos 1º, 2º y 5º de la Constitución; ii) cumplir con lo dispuesto por el artículo 93 superior de conformidad con el cual, por una parte, *“los tratados y convenios internacionales [aprobados por el Congreso y ratificados por el gobierno] que reconocen los derechos humanos y que prohíben su limitación en los estados de excepción, prevalecen en el orden interno”* y, por otra, *“[l]os derechos y deberes consagrados en [la Carta Política] se interpretarán de conformidad con los tratados internacionales sobre derechos humanos ratificados por Colombia”*; iii) observar el principio de derecho internacional según el cual *todos los compromisos internacionales que adquiere un Estado –dentro de los que están comprendidos los que reconocen la jurisdicción de la Corte IDH y la obediencia a lo que esta decida– deben ser cumplidos de buena fe*; iv) acatar no solo las obligaciones derivadas de los preceptos de orden sustantivo contemplados en la CADH, sino las disposiciones de orden procesal referentes a la observancia de las decisiones de la Corte IDH –con carácter definitivo e inapelable– correlato obligado del reconocimiento que el Estado colombiano hizo voluntariamente de su jurisdicción y v) ejercer el control de convencionalidad en el sentido de velar porque las normas que se aplican a los casos concretos se encuentren acordes con los preceptos convencionales y con la interpretación que de los mismos ha hecho la Corte IDH.

Las razones expuestas permiten a la Sala confirmar el carácter vinculante de la decisión adoptada por la Corte IDH en sentencia de 5 de julio de 2004, en que resolvió el caso “19 comerciantes vs. Colombia”. En consecuencia, las consideraciones y órdenes emitidas por el tribunal de San José deberán ser observadas en la decisión del caso *sub examine*, en el que un General, un Teniente Coronel y un Sargento Primero del Ejército pretenden reparación por haber sido privados de su libertad, como presuntos autores intelectuales de la desaparición y muerte de diecinueve comerciantes y luego absueltos por la justicia penal militar. Absolución que, como veremos, dio lugar a que Colombia haya sido condenada entre otras razones, por la impunidad que rodeó el caso.

4.2. Contexto histórico, jurídico y social de la masacre de diecinueve comerciantes

En primer lugar, la Sala estima indispensable recordar el contexto de la violación de derechos humanos por cuya presunta participación se investigó y privó de la libertad a los exmilitares General (r) Farouk Yanine Díaz, Sargento (r) Otoniel Hernández Arciniegas y Teniente Coronel (r) Hernando Navas Rubio. Para lo anterior, se referirá específicamente a lo atinente al nacimiento de los grupos de autodefensa en regiones con presencia de insurgencia –como sucedió en la región del Magdalena Medio y específicamente en el municipio de Puerto Boyacá (Boyacá)–, y su posterior actuar delictivo a través de los llamados

“grupos paramilitares”, al abrigo de normatividad interna y al amparo de autoridades de distintos órdenes.

4.2.1. Antecedentes

Diferentes estudios sobre la evolución del paramilitarismo¹⁵ coinciden en ubicar como punto de partida de los grupos de autodefensa, la expedición del Decreto Legislativo 3398 de 1965¹⁶, preceptiva de excepción expedida por el Gobierno Nacional como respuesta al surgimiento de grupos subversivos durante la década de 1960, adoptado como legislación permanente por la Ley 48 de 1968.

Específicamente, los artículos 25 y 33 del decreto mencionado, patrocinaron la aparición de los llamados “grupos de autodefensa”, en tanto promovieron el uso de armas de uso privativo de las Fuerzas Militares por los particulares. Así lo explicó la Corte IDH en la sentencia del caso “19 comerciantes contra Colombia”¹⁷:

“Los artículos 25 y 33 del referido Decreto Legislativo dieron fundamento legal a la creación de ‘grupos de autodefensa’. En la parte considerativa de esta normativa se indicó que ‘la acción subversiva que propugnan los grupos extremistas para alterar el orden jurídico, requiere un esfuerzo coordinado de todos los órganos del poder público y de las fuerzas vivas de la Nación’ y, al respecto, el referido artículo 25 estipuló que ‘[t]odos los colombianos, hombres y mujeres, no comprendidos en el llamamiento al servicio militar obligatorio, pod[er]ían ser utilizados por el Gobierno en actividades y trabajos con los cuales contribuy[eran] al restablecimiento de la normalidad’. Asimismo, en el parágrafo 3 del mencionado artículo 33 se dispuso que ‘[e]l Ministerio de Defensa Nacional, por conducto de los comandos autorizados, podrá amparar, cuando lo estime conveniente, como de propiedad particular, armas que estén consideradas como de uso privativo de las Fuerzas Armadas’¹⁸. Los ‘grupos de autodefensa’ se

¹⁵ Giraldo Moreno, Javier, S.J., “El paramilitarismo: una criminal política de Estado que devora el país”, agosto de 2004, [en línea:] www.javiergiraldog.org También Equipo Nizkor, “Conflicto Armado y Paramilitarismo en Colombia”, [En línea:] www.derechos.org Fundación hazloposible, “Origen y Desarrollo de los Grupos Paramilitares”, abril de 2004, [En línea:] www.canalsolidario.org, Rivas Nieto Pedro y Rey García Pablo, “Las Autodefensas y el Paramilitarismo en Colombia, 1964 – 2006”, enero de 2008, www.confines.mty.itesm.mx ; Pérez Gallo, Miriam Stella, “Sentidos de memoria e historia sobre el paramilitarismo en Colombia en el marco del actual proceso de negociación para la reincorporación a la vida civil”, www.scribd.com; citados por la Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Penal, M.P. María del Rosario González de Lemos, sentencia de abril 27 de 2011, Exp. 34547 Justicia y Paz, *sentencia contra los postulados Edwar Cobos Téllez y Uber Enrique Banquéz Martínez* [En línea:] <http://www.fiscalia.gov.co/jyp/wp-content/uploads/2012/10/Sentencia-Edwar-Cobos-T%C3%A9llez-y-Uber-Enrique-Banqu%C3%A9z-Mart%C3%ADnez-2011.pdf> (12/03/2014).

¹⁶ El decreto mencionado se emitió en virtud de la declaración de turbación del orden público y al amparo del Estado de Sitio declarado en el Decreto 1288 del 21 de mayo de 1965.

¹⁷ Corte Interamericana de Derechos Humanos, Sentencia del 5 de julio de 2004 (fondo, reparaciones y costas), *Caso 19 Comerciantes contra Colombia*, [En línea:] http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_109_esp.pdf (12/03/2014).

¹⁸ ^[18] Cfr. Decreto legislativo 3398 de 24 de diciembre de 1965; y Ley 48 de 16 de diciembre

conformaron de manera legal al amparo de las citadas normas, por lo cual contaban con el apoyo de las autoridades estatales¹⁹.

84.b) *En el marco de la lucha contra los grupos guerrilleros, el Estado impulsó la creación de tales “grupos de autodefensa” entre la población civil, cuyos fines principales eran auxiliar a la Fuerza Pública en operaciones antiterroristas y defenderse de los grupos guerrilleros. El Estado les otorgaba permisos para el porte y tenencia de armas, así como apoyo logístico²⁰ –se destaca–.*

En vigencia del decreto citado, surgieron diferentes grupos con el propósito inicial de protegerse de las acciones de la guerrilla, entre ellos la Asociación de Campesinos y Ganaderos del Magdalena Medio, ACDEGAM, creada en 1984, cuya influencia se extendió a los municipios de Puerto Boyacá, Puerto Berrío y Cimitarra. Esta organización, además de defenderse de la subversión, estructuró todo un sistema orientado a atacarla militarmente²¹ y, luego, a través del Movimiento de Renovación Nacional, MORENA, trató de extender su experiencia como ideología política²². Sólo unos años antes, en 1981, se había constituido el MAS, —Muerte a Secuestradores—, movimiento fundado por miembros de los carteles del narcotráfico como Pablo Escobar Gaviria y Gonzalo Rodríguez Gacha, para defenderse del secuestro. ACDEGAM replicó el modelo del MAS, trasladado por sus creadores al Magdalena Medio con el fin de proteger sus propiedades, adquiridas en forma masiva en esa zona, fundando los primeros grupos armados, particularmente en Puerto Boyacá²³ y, con la asistencia de mercenarios israelíes e ingleses, entrenaron militarmente a sus miembros. Al respecto, destacó la Corte IDH, en relación con la

de 1968 (prueba para mejor resolver presentada por el Estado el 26 de mayo de 2004, la cual fue solicitada por la Corte mediante Resolución de 22 de abril de 2004, tomo II, folios 3548 a 3556).

¹⁹ [19] Cfr. sentencia emitida por el Tribunal Superior Militar el 17 de marzo de 1998 (expediente de prueba presentada por el Estado el 18 de abril de 2002, la cual fue solicitada siguiendo instrucciones del Presidente de la Corte -párrafo 68 de la demanda-, tomo II, anexo 9, folios 1496 a 1498); e informe del Relator Especial de las Naciones Unidas sobre ejecuciones sumarias o arbitrarias sobre la visita a Colombia realizada del 11 al 20 de octubre de 1989, E/CN.4/1990/22/Add.1 de 24 de enero de 1990 (expediente de anexos a la demanda, tomo II, anexo B9, folio 965).

²⁰ [20] Cfr. sentencia emitida por el Tribunal Nacional el 14 de abril de 1998; sentencia emitida por el Tribunal Superior Militar el 17 de marzo de 1998 (expediente de prueba presentada por el Estado el 18 de abril de 2002, la cual fue solicitada siguiendo instrucciones del Presidente de la Corte -párrafo 68 de la demanda-, tomo II, anexos 5 y 9, folios 1276 a 1279 y 1496 a 1498); sentencia emitida por el Juzgado Regional de Cúcuta el 28 de mayo de 1997 (expediente de prueba presentada por el Estado el 18 de abril de 2002, la cual fue solicitada siguiendo instrucciones del Presidente de la Corte -párrafo 68 de la demanda-, tomo I, anexo 4, folios 1221 y 1223); informe del Relator Especial de las Naciones Unidas sobre ejecuciones sumarias o arbitrarias sobre la visita a Colombia realizada del 11 al 20 de octubre de 1989, E/CN.4/1990/22/Add.1 de 24 de enero de 1990 (expediente de anexos a la demanda, anexo B9, tomo II, folio 965); e informe del Departamento Administrativo de Seguridad (DAS) de 15 de marzo de 1989 (expediente de anexos a la demanda, tomo I, anexo B3, folio 614).

²¹ Cfr. Corte Interamericana de Derechos Humanos, *Op.Cit.*

²² Cfr. Giraldo Moreno, Javier, S.J., *Op. Cit*

²³ Cfr. Portal web Verdad Abierta.com. “El comienzo: los años del MAS y las Autodefensas del Magdalena Medio (1981-1991)”. [En línea:] <http://www.verdadabierta.com/la-historia/244-la-historia/auc/128-los-anos-del-mas-y-las-autodefensas-del-magdalena-medio> (12/03/2014).

relevancia del municipio de Puerto Boyacá y la región del Magdalena Medio, en la estructuración de estos grupos ilegales –se destaca–:

“84.c) En la década de los ochenta del siglo XX, principalmente a partir de 1985, se hace notorio que muchos ‘grupos de autodefensa’ cambiaron sus objetivos y se convirtieron en grupos de delincuencia, comúnmente llamados ‘paramilitares’²⁴. Primeramente se desarrollaron en la región del Magdalena Medio y se fueron extendiendo a otras regiones del país²⁵. En 1984 se conformó en el Municipio de Puerto Boyacá un ‘grupo de autodefensa’ denominado Asociación de Campesinos y Ganaderos del Magdalena Medio (ACDEGAM), el cual en sus inicios tenía fines sociales y de defensa contra posibles agresiones de la guerrilla. Con el tiempo esta agrupación derivó en un grupo ‘paramilitar’ o delincencial, que no solo pretendía defenderse de la guerrilla sino también atacarla y erradicarla. Este grupo tenía gran control en los Municipios de Puerto Boyacá, Puerto Berrío y Cimitarra y se encontraba comandado por Gonzalo Pérez y sus hijos Henry y Marcelo Pérez. En la época en que ocurrieron los hechos de este caso el Magdalena Medio era una región en la cual había una intensa actividad de lucha del Ejército y las ‘autodefensas’ contra los guerrilleros, en la cual los altos mandos militares de la zona no sólo apoyaron al referido ‘grupo de autodefensa’ para que se defendiera de la guerrilla, sino que además lo apoyaron para que adoptara una actitud ofensiva²⁶”

Entre 1982 y 1986 se produjo un fenómeno de expansión de los grupos de autodefensa, cuyas acciones atentaron de manera atroz contra los derechos fundamentales de la población civil, especialmente, contra ex integrantes de la guerrilla indultados, por lo cual, el Gobierno Nacional determinó en abril de 1989 la expedición, al amparo del estado de sitio, del Decreto 0815 a través

²⁴ [21] Cfr. audiencia pública celebrada en la sede de la Corte el 21 y 22 de abril de 2004, respuesta del Estado ante una pregunta del Tribunal; Decreto 0180 de 27 de enero de 1988; Decreto 0815 de 19 de abril de 1989; Decreto 1194 de 8 de junio de 1989 (prueba para mejor resolver presentada por el Estado el 26 de mayo de 2004, la cual fue solicitada por la Corte mediante Resolución de 22 de abril de 2004, tomo II, folios 3557 a 3572); sentencia emitida por el Tribunal Superior Militar el 17 de marzo de 1998 (expediente de prueba presentada por el Estado el 18 de abril de 2002, la cual fue solicitada siguiendo instrucciones del Presidente de la Corte -párrafo 68 de la demanda-, tomo II, anexo 9, folios 1496 a 1498); e informe del Relator Especial de las Naciones Unidas sobre ejecuciones sumarias o arbitrarias sobre la visita a Colombia realizada del 11 al 20 de octubre de 1989, E/CN.4/1990/22/Add.1 (expediente de anexos de la demanda, tomo II, anexo B9, folios 965, 968, 978, 991, 992 y 994).

²⁵ [22] Cfr. informe del Relator Especial de las Naciones Unidas sobre ejecuciones sumarias o arbitrarias sobre la visita a Colombia realizada del 11 al 20 de octubre de 1989, E/CN.4/1990/22/Add.1 de 24 de enero de 1990 (expediente de anexos a la demanda, tomo II, anexo B9, folio 965).

²⁶ [23] Cfr. sentencia emitida por el Tribunal Superior Militar el 17 de marzo de 1998 (expediente de prueba presentada por el Estado el 18 de abril de 2002, la cual fue solicitada siguiendo instrucciones del Presidente de la Corte -párrafo 68 de la demanda-, tomo II, anexo 9, folios 1496 a 1498); sentencia emitida por la Sala Penal del Tribunal Superior del Distrito Judicial de San Gil el 19 de octubre de 2001; sentencia emitida por el Juzgado Único Penal del Circuito Especializado de San Gil el 23 de marzo de 2001; sentencia emitida por el Juzgado Regional de Cúcuta el 28 de mayo de 1997, radicado No. 1723 (expediente de prueba presentada por el Estado el 18 de abril de 2002, la cual fue solicitada siguiendo instrucciones del Presidente de la Corte -párrafo 68 de la demanda-, tomo I, anexos 2, 3 y 4, folios 1045, 1112, 1113, 1114 y 1223); informe del Relator Especial de las Naciones Unidas sobre ejecuciones sumarias o arbitrarias sobre la visita a Colombia realizada del 11 al 20 de octubre de 1989.

del cual se suspendió la aplicación de los artículos 25 y 33, párrafo 3°, del Decreto Legislativo 3398 de 1965.

Además, en los términos de la sentencia N° 022 del 25 de mayo del mismo año, la Sala Plena de la Corte Suprema de Justicia declaró inconstitucional el párrafo 3° del Decreto 3398 de 1965, por considerar que se oponía al monopolio de las armas de guerra deferido por el ordenamiento superior al Gobierno Nacional, responsable de mantener el orden público y restablecerlo cuando es turbado, “(...) fórmula que tenía un sentido histórico y que ahora adquiere una renovada significación ante los problemas que suscitan las diversas formas de la actual violencia”.²⁷

Estas organizaciones armadas tenían, entonces, como finalidad primordial, la exterminación de la guerrilla y a sus reales o presuntos colaboradores y simpatizantes, haciendo uso de sus propios patrones delictivos, comunes en todas las zonas donde estos grupos tuvieron influencia, tales como torturas, desapariciones forzadas, homicidios y masacres selectivos, reclutamiento de menores, desplazamiento forzado, delitos sexuales, entre otros.

La actividad cumplida por estos grupos ilegales, fue posible por la ayuda brindada por las instituciones y funcionarios públicos de todos los órdenes y niveles, quienes por acción u omisión las promovieron o facilitaron, circunstancia que se ha encontrado probada en los estrados judiciales nacionales²⁸ e internacionales²⁹.

²⁷ Cfr. Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Penal, *Op.Cit*,pág.6.

²⁸ Por ejemplo, la Corte Suprema de Justicia en su Sala de Casación Penal se ha pronunciado en múltiples decisiones respecto de la vinculación del paramilitarismo con autoridades públicas y políticas en los niveles local, regional y nacional; Cfr. Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Penal, Rad. 23973 contra Ana María Flórez; Rad. 26118 contra Erick Julio Morris Tabohada; Rad. 26470 contra Mauricio Pimiento; Rad. 26470 A contra Luis Eduardo Vives Lacouture; Rad. 26942 contra Reginaldo Enrique Montes Álvarez y Juan Manuel López Cabrales; Rad. 27195 contra Karelli Lara Vence; Rad. 29640 contra Ricardo escure Chacón; Rad. 31943 contra Jorge Eliécer Anaya Hernández; Rad. 27941 contra Gonzalo García Angarita; Rad. 32672 contra Salvador Arana Sus; Rad. 23802 contra Vicente Blell Saad, entre otros. Así mismo, esta Corporación ha revelado la responsabilidad del Estado por inactividad del aparato estatal ante las agresiones lideradas por tales grupos organizados ilegales; Cfr. Consejo de Estado, Sección Tercera, Subsección B, sentencia 29 de agosto de 2013, Exp. 33824, demandante: Oscar de Jesús Echandía; Consejo de Estado, Sección Tercera, sentencia de 15 de agosto de 2007, Radicación número: 25000-23-27-000-2002-00004-01(AG); sentencia de enero 26 de 2006, Radicación número: 25000-23-26-000-2001-00213-01(AG)B, Así mismo, la Corte Constitucional ha tutelado los derechos de las víctimas de delitos de lesa humanidad cometidos por “paramilitares” en contubernio con agentes del Estado, Cfr. Corte Constitucional, sentencia T-653 de 2012, sentencia de 23 de agosto de 2012, M. P. Jorge Iván Palacio Palacio.

²⁹ Cfr. Corte Interamericana de Derechos Humanos, Caso “19 Comerciantes Vs. Colombia”, Sentencia de 5 de julio de 2004; Caso “Masacre de Mapiripán Vs. Colombia”, sentencia de 15 septiembre de 2005; Caso “Masacre de Pueblo Bello vs. Colombia”, sentencia de 31 de enero de 2006; Caso “Masacres de Ituango vs. Colombia”, sentencia de 1 de julio de 2006; Caso “masacre de la Rochela Vs. Colombia”, Sentencia de 25 de noviembre de 2006.

4.2.2. La garantía de los derechos fundamentales al juez natural y a acceder a la administración de justicia en cuanto *conditio sine qua non* para asegurar la protección del derecho fundamental al debido proceso

4.2.2.1. Alcance del derecho fundamental al juez natural y el sentido del fuero militar en vigencia de la Constitución de 1886

Como ya atrás se indicó, por la vía que abre el artículo 93 de la Carta Política los tratados internacionales sobre derechos humanos suscritos, aprobados y ratificados por el Estado colombiano resultan de obligatorio acatamiento en el momento de fijar el sentido y alcance de los derechos fundamentales contemplados en la Constitución. Sobre ese punto no existe discusión: si ha de interpretarse, por ejemplo, el derecho fundamental al juez natural y, en ese orden, el alcance del fuero militar, no podría hacerse de manera distinta que acudiendo a lo establecido en los pactos internacionales sobre derechos humanos aprobados por Colombia³⁰, entre ellos, lo dispuesto por el artículo 8º de la CADH.

Ahora bien, en gracia de discusión sería factible preguntarse si los alcances de estos pactos antes de la vigencia de la Constitución de 1991 era la misma o semejante o si, más bien, como para entonces no contaba Colombia con una norma igual a la incluida en el artículo 93 superior, los alcances de las obligaciones internacionales sobre derechos humanos eran menores o daban paso a excepciones.

Por los motivos que pasarán a desarrollarse enseguida, considera la Sala que un entendimiento encaminado a debilitar el carácter vinculante de las obligaciones contraídas voluntariamente por el Estado colombiano en materia de protección de derechos humanos por el hecho de no existir en el ordenamiento una cautela como la prevista en el artículo 93, aunque plausible,

³⁰ El artículo 10 de la Declaración Universal de Derechos Humanos dispone sobre el particular –se destaca–: *“Toda persona tiene derecho, en condiciones de plena igualdad, a ser oída públicamente y con justicia por un tribunal independiente e imparcial, para la determinación de sus derechos y obligaciones o para el examen de cualquier acusación contra ella en materia penal”*. El artículo 14.1 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos prescribe, a su turno, –se destaca–: *“Todas las personas son iguales ante los tribunales y cortes de justicia. Toda persona tendrá derecho a ser oída públicamente y con las debidas garantías por un tribunal competente, independiente e imparcial, establecido por la ley, en la substanciación de cualquier acusación de carácter penal formulada contra ella o para la determinación de sus derechos u obligaciones de carácter civil. La prensa y el público podrán ser excluidos de la totalidad o parte de los juicios por consideraciones de moral, orden público o seguridad nacional en una sociedad democrática, o cuando lo exija el interés de la vida privada de las partes o, en la medida estrictamente necesaria en opinión del tribunal, cuando por circunstancias especiales del asunto la publicidad pudiera perjudicar a los intereses de la justicia; pero toda sentencia en materia penal o contenciosa será pública, excepto en los casos en que el interés de menores de edad exija lo contrario, o en las acusaciones referentes a pleitos matrimoniales o a la tutela de menores”*.

resulta jurídicamente inadmisibile, especialmente, cuando el asunto que se juzga involucra graves violaciones de derechos humanos.

Cabe recordar que el objetivo y razón de ser de los pactos internacionales sobre derechos humanos consistió en elevar a la categoría de obligación jurídicamente vinculante lo que el consenso de un gran número de países estimaron configura el compendio mínimo de derechos, sin la protección de los cuales, un Estado difícilmente podría afirmar que respeta la dignidad de las personas que lo habitan. Tanto es ello así que, a la par de los tratados, se creó una institucionalidad encaminada a hacer judicialmente efectivos esos derechos, entre los que se encuentra el de ser juzgadas las personas por jueces de los que sea dable afirmar y, pueda sin asomo de duda esperarse, que van a adoptar una decisión en derecho, libre de prejuicios, de manera autónoma e independiente.

Es precisamente en ese contexto que la pregunta sobre la independencia de los tribunales militares para juzgar conductas no relacionadas con la actividad militar y, en particular, graves violaciones de derechos humanos, adquiere especial relevancia. Se sabe que Colombia, al igual que muchos países del mundo, ha reconocido la existencia de una jurisdicción militar y ello desde los comienzos de su historia. En ese sentido, se ha llamado la atención acerca de que –se mantienen las notas a pie de página en el texto citado–³¹:

“[L]a institucionalidad penal militar ha hecho presencia en nuestro país desde las primeras épocas de la colonia española, cuando con los mandatos reales llegaron las ordenanzas y las Leyes de indias, dentro de las cuales se señalaba la concesión de un fuero especial de juzgamiento a los integrantes del ejército real respecto de toda conducta ilícita que cometiesen, aun cuando ésta no guardase relación con las labores militares”³².

Dicho modelo mantuvo su vigencia incluso después de haberse producido la independencia de las colonias americanas antiguamente controladas por el Reino de España³³.

Tras haberse logrado la consolidación de la naciente República de Colombia, que reunía a los pueblos de la Nueva Granada y de Venezuela, se expidió la Constitución Política de 1821, en la que se estableció a título de excepción el alcance de la competencia de la justicia decretada en torno a las leyes militares. El artículo 174 de dicho cuerpo señalaba lo siguiente:

³¹ Consejo de Estado, Sala Plena de lo Contencioso Administrativo, sentencia de 8 de octubre de 2013, Exp. No. 11001-03-15-000-2011-01408-00 P.I. Aclaración de voto presentada por los consejeros Jaime Orlando Santofimio Gamboa, Stella Conto Díaz del Castillo y Hernán Andrade Rincón.

³² GIL GARCÍA. Luz Marina. “Reformas al sistema de justicia militar en Colombia”. En: A.A.V.V. *Reformas a los Sistemas de Justicia Militar en las Américas*, Bogotá, Universidad Militar Nueva Granada. 2007, pp. 186 a 191.

³³Obtenido

de:

<http://www.banrepcultural.org/blaavirtual/revistas/credencial/agosto2002/fuero.htm>.

Consultado el 30 de octubre de 2013.

*'Ningún colombiano, excepto los que estuvieren empleados en la marina o en las milicias que se hallaren en actual servicio, deberá sujetarse a las leyes militares ni sufrir castigo proveniente de ellas'*³⁴.

*En el mismo sentido, se pronunció el constituyente de 1830, cuando, además de definir el ámbito de aplicación la justicia castrense, afirmó que sólo serían cobijados por la disciplina militar aquellos integrantes del Ejército y la Armada Nacionales que se encontrasen en servicio activo, condición que definió de manera expresa'*³⁵.

Dos años más tarde, el texto superior diferenció la situación de los militares de acuerdo a las circunstancias en que fue cometida la infracción punible. El artículo 172 de dicho cuerpo normativo señalaba lo que sigue:

*'Los individuos de la fuerza armada de mar y tierra, cuando se hallen en campaña, serán juzgados por las ordenanzas del ejército; pero estando de guarnición, solamente lo serán en los delitos puramente militares'*³⁶.

*En virtud de dicha norma, se entiende que en época de campaña militar los integrantes de los cuerpos armados del Estado de la Nueva Granada estarían sujetos a la normatividad militar respecto de cualquier conducta susceptible de reproche, mientras que en aquel tiempo en que se encontrasen en guarnición militar sólo se estaría bajo dicho régimen frente a los delitos de carácter militar, debiendo, en contraposición, ser juzgados de manera ordinaria por delitos comunes'*³⁷.

*La Constitución Política de 1832 previó adicionalmente la imposibilidad de sustraer a los ciudadanos de sus jueces naturales para remitirlos a tribunales excepcionales o extraordinarios'*³⁸. Dicha disposición fue reiterada por los textos constitucionales de 1843³⁹, 1853⁴⁰, 1858⁴¹ y 1863⁴², aunque con redacciones disímiles.

Por su parte, la Constitución de 1886 imprimió una mayor amplitud al texto superior al momento de señalar las garantías con que contarían los ciudadanos dentro de los procesos donde se discutiese su responsabilidad penal. Así Sobre el tema, el artículo 26 de dicho texto sostuvo:

³⁴ RESTREPO PIEDRAHITA, Carlos. *Constituciones Políticas Nacionales de Colombia*.

Cuarta Edición, Bogotá. Universidad Externado de Colombia, 2009, p. 114.

³⁵ Artículo 106.-*"Los individuos del ejército y armada en cuanto al fuero y disciplina, juicios y penas, están sujetos a sus peculiares ordenanzas"*.

Artículo 107.-*"Los individuos de la milicia nacional que no se hallen en actual servicio, no deberán sujetarse a leyes militares ni sufrir castigos prevenidos por ellas; si no estarán como los demás ciudadanos sujetos a las leyes comunes y a sus jueces naturales; y se entenderá que se hallen en actual servicio, cuando estén pagados por el Estado, aunque algunos le sirvan gratuitamente, o en los ejercicios doctrinales que deben hacerse conforme a la ley"*.

RESTREPO PIEDRAHITA, Carlos. *Constituciones Políticas Nacionales de Colombia*. Cuarta Edición. Bogotá, Universidad Externado de Colombia, 2009, p146.

³⁶ *Ibídem*, p. 197.

³⁷ La normatividad citada se extendió a los miembros de la Guardia Nacional en los siguientes términos:

Artículo 173.- Cuando los individuos de la guardia nacional estén en actual servicio, quedan sujetos a las ordenanzas militares, en los mismos términos que expresa el Artículo anterior; y se entenderá que se hallan en actual servicio, cuando estén acuartelados, y deban ser pagados por el Estado, aunque algunos le sirvan gratuitamente.

Ibídem. p. 198.

³⁸ Artículo 182. *"Ningún granadino podrá ser distraído de sus jueces naturales, ni juzgado por comisiones especiales, ni por tribunales extraordinarios"*. *Ibídem*, p. 199.

³⁹ Artículo 158. *Ibídem*, p. 242.

⁴⁰ Artículo 5, numeral 2. *Ibídem*, 276.

⁴¹ Artículo 56, numeral 1°. *Ibídem*, p. 325.

⁴² Artículo 15, numeral 4. *Ibídem*, p. 354.

*‘Artículo 26.- Nadie podrá ser juzgado sino conforme a leyes preexistentes al acto que se impute, ante Tribunal competente, y observando la plenitud de las formas propias de cada juicio’.*⁴³

Ahora bien, frente al tema concreto del juzgamiento del personal armado, entregó la competencia para conocer de dicha clase de procesos a la Justicia Penal Militar, cuando dichas conductas hubiesen sido cometidas en servicio activo y en relación con éste. El artículo 170 de dicho texto superior establecía que:

*“De los delitos cometidos por los militares en servicio activo y en relación con el mismo servicio, conocerán las Cortes marciales o Tribunales militares, con arreglo a las prescripciones del Código penal militar”*⁴⁴.

Como se puede ver, el precepto contemplado en artículo 170 de la Constitución de 1886 fue claro en el sentido de prescribir que las Cortes marciales y los Tribunales militares solo serán competentes para conocer de delitos cometidos “por los *militares en servicio activo y en relación con el mismo servicio*” –se destaca–.

Así, desde el punto de vista constitucional, el precepto contemplado en la Carta de 1886 despeja toda incertidumbre en el sentido de que la justicia penal militar se instituyó para juzgar militares en servicio activo y en relación con delitos conectados con las funciones militares. Si en la práctica fue factible que militares juzgaran a particulares por conductas relacionadas con alteraciones de orden público o también que militares fueran juzgados por militares, tratándose de delitos cometidos por fuera del servicio o, sin relación con él, lo cierto es que, tanto en un caso, como en el otro, tal situación resulta incompatible con lo establecido en el precepto constitucional arriba aludido y, cabe recalcarlo en este lugar, contradice también lo dispuesto por los pactos internacionales aprobados por Colombia, entre ellos, la CADH, en vigor desde 1972. Vale acá recordar lo siguiente: una práctica contraria a la Constitución y a los pactos internacionales voluntariamente aceptados –en el caso de las normas *ius cogens* incluso sin necesidad de que medie aprobación estatal– por más arraigada que esté y, por mucho que se reitere, no crea derecho.

De esta suerte, la decisión emitida por un tribunal militar juzgando a integrantes del ejército o de la policía a los que se les ha imputado la comisión de graves violaciones de derechos humanos en actuaciones no relacionadas directamente con el servicio militar debe calificarse como ilegítima, inconstitucional e incapaz de producir consecuencias jurídicas, tal como lo ha sostenido la jurisprudencia constitucional, la de la Corte Suprema de Justicia y la interamericana. Sobre este aspecto, volverá la Sala más adelante; por lo pronto, se hará un breve recuento del derecho fundamental al juez natural a la luz del artículo 8º de la CADH y de la jurisprudencia interamericana.

⁴³ *Ibidem.*, p. 398.

⁴⁴ *Ibidem.*, p. 425.

4.2.2.2. El derecho fundamental al juez natural a la luz del artículo 8º de la CADH y de la jurisprudencia interamericana

Con el fin de fijar el sentido y alcance del derecho fundamental al juez natural, en tanto componente esencial del derecho a la garantía del debido proceso y presupuesto para asegurar la efectividad del derecho fundamental de acceso a la justicia debe tenerse en cuenta, entre otros aspectos, la disposición establecida por el artículo 8º de la CADH. Allí se consignan, de manera expresa, los elementos integrantes del “*debido proceso legal*” o “*derecho de defensa procesal*”, a saber, “*el derecho de toda persona a ser oída con las debidas garantías y dentro de un plazo razonable por un juez o tribunal competente, independiente e imparcial, establecido con anterioridad por la ley, en la sustanciación de cualquier acusación penal formulada en su contra o para la determinación de sus derechos de carácter civil, laboral, fiscal u otro cualquiera*”⁴⁵ –se destaca–.

Ha resaltado la Corte IDH que el juez natural es el que deriva su existencia de una norma jurídica de carácter general la cual, ceñida al bien común, emana de órganos constitucionalmente previstos y democráticamente elegidos y es emitida según el procedimiento establecido por las constituciones de los Estados parte para la formación de las leyes⁴⁶. Según los criterios especificados por la jurisprudencia interamericana, el juez natural es el competente y lo es si, además de haber sido preestablecido por el legislador, resulta capaz de asegurar que su decisión será independiente e imparcial acorde con los procedimientos legalmente establecidos para conocer y resolver el caso puesto bajo su jurisdicción –sentencias Almonacid Arellano y Otros Vs. Chile⁴⁷ y 19 Comerciantes Vs. Colombia⁴⁸–.

Concediendo que la existencia del fuero militar no desconoce *per se* la Convención, ha advertido la jurisprudencia interamericana sobre la necesidad de que exista una definición que no ofrezca lugar a dudas acerca de los sujetos, tipos, tribunales y procedimientos cuando de la aplicación del fuero militar se trata. En tal sentido se ha sostenido –se destaca–:

“las normas penales militares deben establecer claramente y sin ambigüedad quiénes son militares, únicos sujetos activos de los delitos militares, cuáles son las conductas delictivas típicas en el especial ámbito militar, deben determinar la antijuridicidad de la conducta ilícita a través de la descripción de la lesión o puesta en peligro de bienes jurídicos militares gravemente atacados, que justifique el ejercicio del poder punitivo

⁴⁵ Caso Genie Lacayo Vs. Nicaragua. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 29 de enero de 1997. Serie C No. 30, párr. 74.

⁴⁶ Ver entre otros pronunciamientos Caso Barreto Leiva Vs. Venezuela. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 17 de noviembre de 2009.

⁴⁷ Caso Almonacid Arellano y otros Vs. Chile. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 26 de septiembre de 2006. Serie C No. 154, párr. 130.

⁴⁸ Caso 19 Comerciantes Vs. Colombia. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 5 de julio de 2004. Serie C No. 109, párr. 167.

*militar, y especificar la correspondiente sanción. Las autoridades que ejercen la jurisdicción penal militar, al aplicar las normas penales militares e imputar el delito a un militar, también deben regirse por el principio de legalidad y, entre otras, constatar la existencia de todos los elementos constitutivos del tipo penal militar, así como la existencia o inexistencia de causales de exclusión del delito*⁴⁹.

Ha precisado la jurisprudencia interamericana –entre otras, en el caso La Cantuta Vs. Perú⁵⁰– que no es imparcial un juez perteneciente a las fuerzas armadas en combate contrainsurgente. Adicionalmente, ha puntualizado –caso Apitz Barbera y otros Vs. Venezuela⁵¹–, que los Estados deben abstenerse de crear tribunales no encaminados a aplicar normas procesales previamente establecidas y destinados, en su lugar, a reemplazar *ad hoc* la jurisdicción propia de los tribunales ordinarios.

Según los lineamientos fijados por la jurisprudencia interamericana, cuando la justicia militar asume la competencia sobre un asunto que, de conformidad con el ordenamiento constitucional y legal, corresponde conocer a la justicia ordinaria, se afectan los derechos al juez natural y al debido proceso estrechamente vinculados con la posibilidad de realizar en la práctica el derecho de acceso a la justicia. Ello fue acentuado por el alto tribunal precisamente en el caso de los diecinueve comerciantes contra Colombia en los siguientes términos –se destaca–:

*“[si] la justicia militar asume competencia sobre un asunto que debe conocer la justicia ordinaria, se ve afectado el **derecho al juez natural** y, a fortiori, el debido proceso”, el cual, a su vez, se encuentra íntimamente ligado al propio derecho de acceso a la justicia*⁵². *Como ha establecido la Corte con anterioridad, el juez encargado del conocimiento de una causa debe ser competente, independiente e imparcial*⁵³.

Más adelante retomará la Sala el análisis de las consideraciones de la Corte IDH sobre la necesidad de impedir que la justicia penal militar asuma el conocimiento de delitos que no están relacionados con la actividad militar propiamente dicha o lo están de una manera abstracta e imprecisa, ante todo, cuando lo que se encuentra en juego tiene que ver con fijar la responsabilidad de militares presuntamente comprometidos con la grave violación de derechos humanos. Y se volverá sobre este aspecto, porque con base en esas consideraciones concluirá la Sala que desde el punto de vista constitucional,

⁴⁹ Caso Palamara Iribarne Vs. Chile. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 22 de noviembre de 2005. Serie C No. 135.

⁵⁰ Caso La Cantuta Vs. Perú. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 29 de noviembre de 2006. Serie C No. 162, párr. 140.

⁵¹ Caso Apitz Barbera y otros (“Corte Primera de lo Contencioso Administrativo”) Vs. Venezuela. Excepción Preliminar, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 5 de agosto de 2008. Serie C No. 182, párr. 50.

⁵² Cfr. Caso Las Palmeras. Sentencia de 6 de diciembre de 2001. Serie C No. 90; y Caso Castillo Petrucci y otros. Sentencia de 30 de mayo de 1999. Serie C No. 52, párr. 128.

⁵³ Cfr. Caso Las Palmeras. Sentencia de 6 de diciembre de 2001. Serie C No. 90; Caso Ivcher Bronstein. Sentencia de 6 de febrero de 2001. Serie C No. 74, párr. 112; y Caso Castillo Petrucci y otros.

como convencional, en el caso sub lite la sentencia proferida por la justicia penal militar es ilegítima y no está llamada a producir efecto alguno.

En lo que sigue, se expondrán las generalidades del caso 19 Comerciantes Vs. Colombia” juzgado por la Corte Interamericana de Derechos Humanos.

4.3. El “Caso 19 Comerciantes Vs. Colombia” juzgado por la Corte Interamericana de Derechos Humanos

El 24 de enero de 2001, la Comisión Interamericana de Derechos Humanos presentó ante la Corte IDH demanda contra el Estado colombiano, originada en una denuncia recibida el 6 de marzo de 1996, con el fin de que la Corte decidiera si el Estado violó los artículos 4^o –derecho a la vida– y 7^o –derecho a la libertad personal– por el secuestro y brutal asesinato de diecinueve comerciantes y por el posterior descuartizamiento y hundimiento de sus cadáveres en las aguas del caño “El Ermitaño”, afluente del río Magdalena, frente al sitio “Palo de Mango”, el 6 de octubre de 1987 a manos de un grupo paramilitar. Así mismo, la Comisión solicitó al Tribunal que decidiera si el Estado desconoció los artículos 5^o –derecho a la integridad personal–, 8.1 –garantías judiciales– y 25 –protección judicial– de la CADH, en perjuicio de las presuntas víctimas y sus familiares, y que determinara si Colombia incumplió las disposiciones del artículo 1.1 del tratado –obligación de respetar los derechos–, en relación con los últimos dos artículos referidos.

La Comisión alegó que los hechos fueron cometidos por el grupo “paramilitar” que operaba en el municipio de Puerto Boyacá, con el apoyo y autoría intelectual de oficiales y suboficiales del Ejército colombiano. Las víctimas se dedicaban a actividades comerciales, consistentes en el transporte de mercaderías o de personas, la compra de mercancías en la frontera entre Colombia y Venezuela y la venta de éstas en las ciudades de Bucaramanga y Medellín, entre otras. El grupo paramilitar, con control en el municipio de Puerto Boyacá, reunido para el efecto, tomó la decisión de asesinar a los comerciantes y apropiarse de sus mercancías y vehículos, debido a que los mismos se mostraron renuentes a pagar los “impuestos” que el referido grupo cobraba por transitar por esa región y, en vista de que consideraba que las víctimas vendían armas a los grupos guerrilleros o subversivos del Magdalena Medio. Esta reunión –afirmó la sentencia de la Corte IDH, de conformidad con lo probado en el proceso– se realizó con la aquiescencia de algunos oficiales del Ejército, quienes estuvieron de acuerdo con lo propuesto y convenido.

El 6 de octubre de 1987, en la tarde, las víctimas pasaron por el caserío de Puerto Araujo, donde fueron requisadas por miembros de las Fuerzas Militares, siendo esta la última indicación oficial sobre su paradero. El teniente a cargo del retén verificó si los detenidos portaban armas y les permitió seguir,

haciendo caso omiso de una cantidad considerable de mercancías de contrabando que logró detectar.

En la tarde de ese mismo día, las víctimas fueron interceptadas por miembros del grupo paramilitar que operaba en el municipio de Puerto Boyacá, cerca de la finca “El Diamante”, de propiedad de un dirigente del referido grupo. En la noche del 7 de octubre de 1987, miembros del grupo irregular dieron muerte a diecisiete de ellos, descuartizaron sus cuerpos y los lanzaron a las aguas del caño “El Ermitaño”, afluente del río Magdalena, frente al sitio “Palo de Mango”. Aproximadamente quince días después dos familiares de una de las víctimas que fueron en su búsqueda corrieron igual suerte.

Una parte de la mercancía fue repartida entre los integrantes del grupo y campesinos de la región. Algunos de los bienes fueron puestos a la venta en almacenes de propiedad de cabecillas del grupo paramilitar.

Ante la desaparición de los diecinueve comerciantes, sus familiares acudieron a diversas autoridades públicas para solicitar ayuda y denunciar las desapariciones, quienes no realizaron una búsqueda inmediata de las víctimas, sumado esto a que los miembros del grupo ilegal destruyeron los vehículos relacionados con estos hechos. Al punto que, 16 años después de la comisión de tan graves delitos –momento en que la Corte IDH decidió sobre el caso–, no se habían localizado e identificado los cuerpos de las víctimas.

Dichos crímenes fueron cometidos con la complicidad de agentes de la fuerza pública, muchos de los cuales ostentaban la calidad de oficiales de alto rango. Afirmó a este respecto la Corte IDH –se destaca–:

“86.b) En la época de los hechos de este caso, el referido grupo ‘paramilitar’ que operaba en la región del Magdalena Medio actuaba con la colaboración y apoyo de diversas autoridades militares de los Batallones de dicha zona. Los ‘paramilitares’ contaron con el apoyo de los altos mandos militares en los actos que antecedieron a la detención de las presuntas víctimas y en la comisión de los delitos en perjuicio de éstas.

86.c) A pesar de que en la época de los hechos las autoridades de la Fuerza Pública de Puerto Boyacá tenían conocimiento de que el grupo ‘paramilitar’ que operaba en esa zona tenía gran control sobre ésta y actuaba en contravención de la ley, ‘les dejaron [tomar] ventaja y descuidaron su control y vigilancia’^{54,55}.

⁵⁴ [50] “Cfr. sentencia emitida por el Juzgado Militar de Primera Instancia el 18 de junio de 1997 (prueba para mejor resolver presentada por el Estado el 26 de mayo de 2004, la cual fue solicitada siguiendo instrucciones del Presidente de la Corte –párrafo 68 de la demanda–); y sentencia emitida por el Tribunal Superior Militar el 17 de marzo de 1998 (expediente de prueba presentada por el Estado el 18 de abril de 2002, la cual fue solicitada siguiendo instrucciones del Presidente de la Corte –párrafo 68 de la demanda–, tomo II, anexo 9, folios 1425, 1428 y 1429).”

⁵⁵ Corte Interamericana de Derechos Humanos, *Op. Cit.*

Es de resaltar, para efectos de resolver el problema jurídico aquí planteado, lo considerado por la Corte IDH en lo relativo al cargo de violación de los artículos 8.1 y 25 de la CADH y con el artículo 1.1. de la misma, relacionados con las garantías judiciales y la protección judicial efectiva. Sobre el punto, en el alegato, la Comisión Interamericana sostuvo:

i) Que los recursos judiciales utilizados por el Estado con el fin de esclarecer la muerte de las presuntas víctimas no satisfacen los estándares de justicia previstos en la CADH, en materia de imparcialidad, independencia y celeridad; lo cual fue manifiesto en que la primera sentencia condenatoria contra algunos de los autores materiales fue proferida por el Tribunal Nacional el 14 de abril de 1998, a más de una década de ocurridos los hechos y sin que hayan sido juzgados la mayoría de sus autores materiales, lo cual no puede justificarse –al parecer de la Comisión– en la grave situación de riesgo que corrían los funcionarios judiciales destinados a investigar los crímenes cometidos por las autodefensas en esa zona⁵⁶.

Y ii) que después de que en abril y junio de 1996 la Unidad de Derechos Humanos de la Fiscalía General de la Nación vinculó a la investigación al Mayor Oscar de Jesús Echandía Sánchez, al Sargento Otoniel Hernández Arciniegas, al Coronel Hernando Navas Rubio y al General Farouk Yanine Díaz a la investigación, el juez de primera instancia de la jurisdicción penal militar promovió la colisión de competencia positiva contra la Unidad de Derechos Humanos. El Consejo Superior de la Judicatura la dirimió a favor de la jurisdicción militar y, posteriormente, el juez militar de primera instancia ordenó la “cesación de procedimiento” a favor de los oficiales del Ejército vinculados y el Tribunal Superior Militar confirmó dicha resolución; lo cual condujo al juzgamiento ante los tribunales militares de los oficiales del Ejército, presuntos autores intelectuales de los homicidios de los diecinueve comerciantes, que culminó con la “cesación de procedimiento”, en clara vulneración de las garantías previstas en los artículos 8.1⁵⁷ y 25⁵⁸ de la CADH,

⁵⁶ Al respecto, vale la pena anotar que con posterioridad a la desaparición y asesinato de 19 comerciantes en el municipio de Puerto Boyacá, fue enviada una comisión judicial a investigar dichos delitos, corriendo éstos con la misma suerte de las víctimas de los delitos investigados, hechos delictivos conocidos como “masacre de la Rochela”, respecto de los cuales también fue condenado el Estado colombiano. Cfr. AAVV Sánchez, Gonzalo (Coord.), *La Rochela, Memorias de un crimen contra la justicia*, Centro de Memoria Histórica, Ed. Taurus, Col. Pensamiento, Bogotá D.C., 2010.

⁵⁷ Organización de Estados Americanos – OEA. Convención Americana de Derechos Humanos. Artículo 8.1. Toda persona tiene derecho a ser oída, con las debidas garantías y dentro de un plazo razonable, por un juez o tribunal competente, independiente e imparcial, establecido con anterioridad por la ley, en la sustanciación de cualquier acusación penal formulada contra ella, o para la determinación de sus derechos y obligaciones de orden civil, laboral, fiscal o de cualquier otro carácter.

⁵⁸ Organización de Estados Americanos – OEA. Convención Americana de Derechos Humanos. Artículo 25. Toda persona tiene derecho a un recurso sencillo y rápido o a cualquier otro recurso efectivo ante los jueces o tribunales competentes, que la ampare contra actos que violen sus derechos fundamentales reconocidos por la Constitución, la ley o

en relación con el artículo 1.1 de dicho tratado; habida cuenta que la jurisdicción penal militar no satisface los estándares de independencia e imparcialidad, requeridos en el artículo 8.1 de la Convención, en virtud de su naturaleza y estructura.

Aseveró la Comisión que, de acuerdo con la CADH, el adelantamiento de juicios penales por hechos de tal gravedad por la justicia ordinaria, es un derecho de las víctimas. Así mismo, afirmó que mediante sentencia C-358 de 5 de agosto de 1997, la Corte Constitucional indicó que el fuero penal militar será aplicable al juzgamiento de actividades directamente relacionadas con el servicio público, vínculo que se rompe cuando se trata de un acto criminal, como ocurre con los delitos de lesa humanidad cometidos en el caso *sub examine*, en donde los elementos probatorios recaudados en las investigaciones que fueron adelantadas por la justicia ordinaria apuntan a la responsabilidad de miembros de la fuerza pública, sin que se hayan producido condenas.

Así las cosas iii) a juicio de la comisión, las absoluciones de los señores Farouk Yanine Díaz, Hernando Navas Rubio, Otoniel Hernández Arciniegas y Oscar de Jesús Echandía constituyen una clara violación del deber del Estado de esclarecer los hechos, juzgar y sancionar a los responsables de graves violaciones a los derechos humanos.

A estos cargos se opuso el Estado Colombiano, alegando, especialmente, que para el momento de los hechos, la justicia penal militar era la encargada de resolver las acusaciones relacionadas con delitos cometidos por miembros de las fuerzas armadas, sin importar la entidad de los mismos. Adicionó que la absolución de los militares señalados se dio ante la plena comprobación de su inocencia.

Los argumentos esgrimidos por la Comisión fueron acogidos por la Corte IDH, que mediante sentencia de 5 de julio de 2004, condenó al Estado Colombiano por considerar *i)* que había sido negligente su actuación en relación con la persecución de los grupos de autodefensa, los cuales, siendo inicialmente legales y creados por el mismo ordenamiento jurídico, posteriormente incurrieron en graves violaciones a los derechos humanos, por lo cual su conformación fue proscrita desde el año 1989, años después de que ya el Estado conocía que dichos grupos armados organizados estaban usando dicha estructura con fines ilegales y *ii)* que el Estado colombiano no evitó ni

la presente Convención, aun cuando tal violación sea cometida por personas que actúen en ejercicio de sus funciones oficiales // 2. Los Estados Partes se comprometen:// a) a garantizar que la autoridad competente prevista por el sistema legal del Estado decidirá sobre los derechos de toda persona que interponga tal recurso; // b) a desarrollar las posibilidades de recurso judicial; y // c) a garantizar el cumplimiento, por las autoridades competentes, de toda decisión en que se haya estimado procedente el recurso.

combatió la impunidad en el caso *sub exámine*, pues altos militares, posiblemente involucrados en los hechos, fueron juzgados por la justicia castrense y no por la ordinaria, aun cuando los delitos cometidos tuvieron la connotación de crímenes de lesa humanidad y en consecuencia, por no estar directamente asociados a actividades del servicio.

Frente a este último asunto, se pronunció la Corte en los siguientes términos –se destaca–:

“173. En el presente caso el derecho a un debido proceso debe ser analizado de acuerdo al objeto y fin de la Convención Americana, cual es la eficaz protección de la persona humana⁵⁹, es decir, debe hacerse una interpretación pro persona. No hay lugar a dudas de que la participación que pudieran haber tenido los militares investigados al “conoc[er] de las actividades delictivas de grupos al margen de la Ley, [...] presta[ndoles] apoyo y cohonest[ando] los acontecimientos delictivos” (supra párr. 169) de la detención, la desaparición y la muerte de los 19 comerciantes, así como en la sustracción de sus vehículos y mercancías, no tiene una relación directa con un servicio o tarea militar. Esta Corte considera que la anterior atribución de competencia de la jurisdicción penal militar para conocer de los supuestos delitos perpetrados en perjuicio de los 19 comerciantes por miembros del Ejército, quienes ya estaban siendo investigados por la jurisdicción penal ordinaria, no respetó los parámetros de excepcionalidad y el carácter restrictivo que caracteriza a la jurisdicción castrense, ya que dicha jurisdicción no era competente para conocer de tales hechos, todo lo cual contravino el principio del juez natural que forma parte del derecho a un debido proceso y del derecho de acceso a la justicia, consagrados en los artículos 8.1 y 25 de la Convención Americana.

174. El juzgamiento de los militares vinculados a la investigación de los delitos cometidos contra los 19 comerciantes por jueces penales militares que carecían de competencia, el cual culminó con la cesación de procedimiento a su favor, implicó una violación al principio de juez natural y, consecuentemente, al derecho al debido proceso y acceso a la justicia, y además conllevó a que no fueran investigados y sancionados por tribunales competentes los miembros de la fuerza pública que participaron en los hechos (infra párr. 263).

175. En reiteradas oportunidades el Tribunal ha señalado que el Estado tiene el deber de evitar y combatir la impunidad, que la Corte ha definido como “la falta en su conjunto de investigación, persecución, captura, enjuiciamiento y condena de los responsables de las violaciones de los derechos protegidos por la Convención Americana”⁶⁰. Al respecto, la Corte ha advertido que

[...] el Estado tiene la obligación de combatir tal situación por todos los medios legales disponibles ya que la impunidad propicia la repetición crónica de las violaciones de derechos humanos y la total indefensión de las víctimas y de sus familiares⁶¹.

⁵⁹[164] Cfr. Caso Baena Ricardo y otros. Competencia. Sentencia de 28 de noviembre de 2003. Serie C No. 104, párrs. 94, 98, 99 y 100; Caso Cantos. Excepciones Preliminares. Sentencia de 7 de septiembre de 2001. Serie C No. 85, párr. 37; y Caso Constantine y otros. Excepciones Preliminares. Sentencia de 1 de septiembre de 2001. Serie C No. 82, párr. 75 y 86.

⁶⁰ [165] Caso Maritza Urrutia, supra nota 3, párr. 126; Caso Bulacio, supra nota 3, párr. 120; y Caso Juan Humberto Sánchez, supra nota 147, párr. 143.

⁶¹ [166] Caso Maritza Urrutia, supra nota 3, párr. 126; Caso Bulacio, supra nota 3, párr. 120; y Caso Juan Humberto Sánchez, supra nota 147, párr. 143.

176. *El Tribunal ha indicado que sólo si se esclarecen todas las circunstancias en cuanto a la violación, el Estado habrá proporcionado a las víctimas y a sus familiares un recurso efectivo y habrá cumplido con su obligación general de investigar y sancionar, permitiendo a los familiares de la víctima conocer la verdad, no sólo sobre el paradero de sus restos mortales sino sobre todo lo sucedido a la víctima⁶².*

177. *Por todo lo anterior, la Corte concluye que Estado violó los artículos 8.1 y 25 de la Convención Americana, en relación con el artículo 1.1 de la misma, en perjuicio de los señores Álvaro Lobo Pacheco, Gerson Javier Rodríguez Quintero, Israel Pundor Quintero, Ángel María Barrera Sánchez, Antonio Flórez Contreras, Víctor Manuel Ayala Sánchez, Alirio Chaparro Murillo, Álvaro Camargo, Gilberto Ortiz Sarmiento, Reinaldo Corzo Vargas, Luis Hernando Jáuregui Jaimés, Luis Domingo Sauza Suárez, Juan Alberto Montero Fuentes, José Ferney Fernández Díaz, Rubén Emilio Pineda Bedoya, Carlos Arturo Riatiga Carvajal, Juan Bautista, Alberto Gómez (posiblemente de segundo apellido Ramírez) y Huber Pérez (posiblemente de segundo apellido Castaño) y sus familiares⁶³ - se destaca.*

Correlativamente, en lo que tiene que ver con la obligación del Estado de investigar los hechos que generaron las violaciones e identificar y sancionar a los responsables, consideró la Corte IDH que el juzgamiento por parte de la Justicia Penal Militar de los mandos militares, posiblemente ejecutores de los hechos, vulnera el derecho a la verdad, por lo cual, ordenó que contra los militares absueltos en sede judicial por dicha jurisdicción especial, se adelanten nuevos procesos, esta vez ante la justicia ordinaria. Sostuvo el alto tribunal –se destaca–:

“263. A la luz de las anteriores consideraciones, Colombia debe investigar efectivamente los hechos del presente caso, con el fin de identificar, juzgar y sancionar a todos los autores materiales e intelectuales de las violaciones cometidas en perjuicio de los 19 comerciantes, para los efectos penales y cualesquiera otros que pudieran resultar de la investigación de los hechos. Es preciso que tribunales penales ordinarios competentes investiguen y sancionen a los miembros de la fuerza pública que participaron en los hechos. Además, el Estado deberá abstenerse de recurrir a figuras como la amnistía, la prescripción y el establecimiento de excluyentes de responsabilidad, así como medidas que pretendan impedir la persecución penal o suprimir los efectos de la sentencia condenatoria. El proceso deberá versar sobre los hechos y sus implicaciones jurídicas. Asimismo, los familiares de las víctimas deberán tener pleno acceso y capacidad de actuar, en todas las etapas e instancias de dichas investigaciones, de acuerdo con la ley interna y las normas de la Convención Americana. Finalmente, la Corte dispone que el resultado de este proceso deberá ser públicamente divulgado, para que la sociedad colombiana conozca la verdad de lo ocurrido”.

⁶²[167] Cfr. *Caso Trujillo Oroza. Reparaciones* (art. 63.1 Convención Americana sobre Derechos Humanos). Sentencia de 27 de febrero de 2002. Serie C No. 92, párr. 109; *Caso Bámaca Velásquez. Reparaciones* (art. 63.1 Convención Americana sobre Derechos Humanos). Sentencia de 22 de febrero de 2002. Serie C No. 91, párr. 75; y *Caso Caballero Delgado y Santana, supra* nota 148, párr. 58.

⁶³ Corte Interamericana de Derechos Humanos, sentencia de 5 de julio de 2004, *Caso de los 19 comerciantes contra Colombia*. Exp. pág. 83 y ss. (pár. 173 y ss.).

Respecto de esta orden, no obra prueba en el proceso que indique el adelantamiento de investigaciones ante la jurisdicción ordinaria sobre estos hechos.

4.4. En virtud de los mandatos constitucionales y convencionales la Sala dispondrá la adopción de las medidas indispensables para darle a las acusaciones hechas en la sentencia fallada por el tribunal de San José el curso ordinario que corresponde ante el juez competente

Como se indicó en párrafos anteriores y, se profundizará más adelante, dada la gravedad de los hechos en relación con los cuales la Corte IDH estimó que los demandantes en la presente actuación se encuentran presuntamente involucrados y en virtud de la posición de garante que respecto de graves violaciones de derechos humanos asume el Estado y las autoridades que obran en su nombre –entre ellos, los integrantes de la fuerza pública y las autoridades judiciales–, la Sala expondrá los motivos por los cuales en el caso que se examina la decisión adoptada por la Corte IDH alcanza a los acá demandantes –exmilitares General (r) Farouk Yanine Díaz, Sargento (r) Otoniel Hernández Arciniegas y Teniente Coronel (r) Hernando Navas Rubio– hasta un punto tal que, en aras de garantizar su derecho fundamental al juez natural y de permitirles ejercer su derecho fundamental a acceder a la administración de justicia –evitando que permanezcan sub judice–, así como con miras a asegurar la protección de los derechos a la verdad, justicia y reparación integral de las víctimas de tan execrables hechos, esta Sala dispondrá la adopción de las medidas indispensables para darle a las acusaciones hechas en la decisión de la Corte IDH el curso que corresponde ante el juez competente, a saber, la jurisdicción penal ordinaria.

En fin, la Sala desarrollará los argumentos con sustento en los cuales la justicia penal ordinaria debe resolver acerca del alcance de la responsabilidad de los acá demandantes presuntamente involucrados en graves violaciones de derechos humanos y solo así, de encontrar el juez natural que los señores Yanine Díaz, Navas Rubio y Hernández Arciniegas deben ser absueltos o se materializa la preclusión, exhortará al juez contencioso de primera y segunda instancia, este último el que bien podría ser esta corporación, para que priorice el reparto y sustanciación de la correspondiente acción de reparación directa, con apoyo en las razones que se expondrán más adelante.

4.4.1. La justicia penal ordinaria debe resolver acerca del alcance de la responsabilidad de los acá demandantes presuntamente involucrados en graves violaciones de derechos humanos

Arriba se mencionó que en el proceso de la referencia se suscitó un conflicto de competencia entre la justicia penal ordinaria y la jurisdicción penal militar, conflicto que fue dirimido por la Sala Jurisdiccional Disciplinaria del

Consejo Superior de la Judicatura, mediante auto del 26 de noviembre de 1996, a favor del juez de primera instancia de la jurisdicción penal militar con el argumento de que resultaba evidente la existencia de una relación causal con la función militar que desempeñaban los demandados y que, si la participación delictiva resultaba ser cierta –como lo había señalado la Fiscalía– ésta guardaba relación con la actividad militar que desempeñaban. Ya se indicó atrás que, cuando se asumió el caso por parte de la jurisdicción penal militar, se declaró la cesación de procedimiento a favor de los imputados, sentencia que finalmente fue confirmada.

4.4.1.1. Consideraciones generales de la sentencia de 5 de julio de 2004 en la que resolvió el caso “19 comerciantes vs. Colombia” y, particularmente, el énfasis puesto por el tribunal de San José en el tipo de delitos que pueden ser ventilados en la jurisdicción penal militar

En este lugar cabe traer a colación, de modo más detenido, algunas de las principales consideraciones de la Corte IDH en la sentencia que condenó a Colombia por la grave violación de derechos humanos en el asunto de los diecinueve comerciantes y, concretamente, su profundo desacuerdo con el traslado del proceso que estaba siendo conocido por la justicia penal ordinaria hacia la justicia penal militar.

En desarrollo de sus consideraciones, la Corte IDH recordó lo enunciado en el artículo 31.1. de la Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados de 1969, precepto en el cual se establece que un tratado internacional ha de ser interpretado siempre de buena fe, teniendo en cuenta el sentido corriente que se le atribuye a los términos del mismo, así como apreciando su objeto y fin. Luego de efectuada esta precisión, señaló que el derecho al debido proceso debe ser analizado a la luz de los preceptos contemplados en la CADH, entre los cuales adquiere especial relevancia la protección de la persona humana o, lo que resulta ser lo mismo, acorde con una interpretación *pro persona*.

Encontró el alto tribunal que en el caso de los diecinueve comerciantes contra Colombia se le atribuyó competencia a la jurisdicción penal militar para conocer de delitos cometidos por miembros del ejército cuando el asunto ya estaba siendo investigado por la jurisdicción penal ordinaria; con ello –sostuvo–, se irrespetó el criterio de excepcionalidad y el carácter restrictivo de ésta jurisdicción.

Enfatizó también la Corte que la penal militar no era la jurisdicción competente para conocer de un asunto sin relación directa con actividades militares propiamente dichas, con lo cual se vulneró el derecho fundamental al juez natural que –como arriba se mostró– integra la garantía fundamental al

debido proceso y da paso a afianzar el derecho fundamental de acceso a la justicia consignados en los artículos 8.1 y 25 de la CADH.

Además, dejó claro el tribunal de San José que lo importante de la controversia en estudio no se centra en observar si en el ámbito interno se emitieron sentencias condenatorias por las violaciones cometidas en contra de los diecinueve comerciantes; lo trascendental tiene que ver con la pregunta sobre si los procesos internos garantizaban, en efecto, un acceso a la justicia acorde con los estándares establecidos en la CADH. Acentuó la Corte IDH que la obligación de investigar graves violaciones de derechos humanos debe cumplirse con seriedad y no como una mera formalidad que, a la postre, resulta infructuosa para obtener la protección que se exige con miras a obtener justicia, verdad y reparación. En ese horizonte, puso énfasis en que toda investigación –se destaca–:

“[d]ebe tener un sentido y ser asumida por el [Estado] como un deber jurídico propio y no como una simple gestión de intereses particulares, que dependa de la iniciativa procesal de la víctima o de sus familiares o de la aportación privada de elementos probatorios, sin que la autoridad pública busque efectivamente la verdad”⁶⁴.

De igual forma, refiriéndose al caso de las Palmeras, señaló que el artículo 8.1 de la Convención debe ser interpretado de manera amplia, esto es, no solo ha de considerarse el tenor literal del precepto sino, lo que es aún más importante, el espíritu que lo informa y anima. Sobre este extremo sostuvo:

“(...) del artículo 8 de la Convención se desprende que las víctimas de las violaciones de los derechos humanos, o sus familiares, deben contar con amplias posibilidades de ser oídos y actuar en los respectivos procesos, tanto en procura del esclarecimiento de los hechos y del castigo de los responsables, como en busca de una debida reparación”⁶⁵.

En esa misma línea de pensamiento, hizo hincapié el alto tribunal en que el artículo 8.1 de la CADH concordante con el artículo 25.1 de la misma, le otorga a los familiares de las víctimas el derecho a que i) la muerte de sus parientes asesinados sin fórmula de juicio sea efectivamente investigada por las autoridades del Estado; ii) se procese a los responsables de tales hechos; iii) se impongan las sanciones a que hayan lugar y iv) se reparen los daños y perjuicios que tales familiares han sufrido.

En pocas palabras, la Corte fue enfática en señalar que el derecho de acceso a la justicia no se entiende cumplido con el solo trámite de los procesos internos; ello debe conllevar, igualmente, a la efectiva protección del derecho a conocer la verdad de lo sucedido y a que se impongan las sanciones a los eventuales responsables. También recalcó la necesidad de

⁶⁴Cfr. *Caso Bulacio Vs. Argentina*, párr. 112; *Caso Juan Humberto Sánchez Vs. Honduras*, párr. 144; y *Caso Bámaca Velásquez Vs. Guatemala*, párr. 212.

⁶⁵ *Caso Las Palmeras*, sentencia 6 de diciembre de 2001.

que los procesos internos se cumplan dentro de un plazo razonable para lo cual resulta indispensable tener en cuenta –dijo la Corte– i) la complejidad del asunto; ii) la actividad procesal del interesado y iii) la conducta de las autoridades judiciales.

La Corte efectuó el análisis de la violación de los artículos 8.1 y 25 bajo dos ópticas i) el respeto al principio del plazo razonable y ii) la efectividad de los procesos.

En ese orden, recordó el alto tribunal los lineamientos sentados por la sentencia del Caso Hilaire, Constantine y Benjamin y otros Vs. Trinidad y Tobago en el sentido en que, de presentarse ciertas circunstancias, la demora prolongada puede constituirse, por sí misma, en una violación de las garantías judiciales; ello explica por qué se le exige al Estado justificar la razonabilidad del tiempo que se toma para dictar sentencia definitiva en un caso concreto.

Así mismo, llamó la atención la Corte IDH acerca de un aspecto analizado reiteradamente por la jurisprudencia interamericana y que gira en torno a la efectividad de los recursos. Frente al punto, insistió el tribunal sobre los lineamientos trazados en casos anteriores en el sentido de que –se destaca–:

“[...] no basta con la existencia formal de los recursos sino que éstos deben ser eficaces, es decir, deben dar resultados o respuestas a las violaciones de derechos contemplados en la Convención. [...] No pueden considerarse efectivos aquellos recursos que, por las condiciones generales del país o incluso por las circunstancias particulares de un caso dado, resulten ilusorios. Ello puede ocurrir, por ejemplo, cuando su inutilidad haya quedado demostrada por la práctica, porque el órgano jurisdiccional carezca de la independencia necesaria para decidir con imparcialidad o porque falten los medios para ejecutar sus decisiones; por cualquier otra situación que configure un cuadro de denegación de justicia, como sucede cuando se incurre en retardo injustificado en la decisión”⁶⁶.

Adicionalmente, recordó que la garantía del recurso efectivo constituye uno de los pilares básicos de la Convención y del Estado de derecho en una sociedad democrática. Frente a lo dispuesto por el artículo 25.1 de la Convención, indicó que allí se encuentra incorporado el principio de la efectividad de los instrumentos o mecanismos procesales de protección destinados a que se garanticen los derechos convencionales. En relación con este aspecto afirmó:

“[l]os Estados Partes se obligan a suministrar recursos judiciales efectivos a las víctimas de violación de los derechos humanos (art. 25), recursos que deben ser sustanciados de conformidad con las reglas del debido proceso legal (art. 8.1), todo ello dentro de la obligación general a cargo de los mismos Estados, de garantizar el libre y pleno ejercicio de los derechos reconocidos por la Convención a toda persona que se encuentre bajo su jurisdicción”⁶⁷.

⁶⁶ Cfr. Caso Baena Ricardo y otros. Vs. Panama.

⁶⁷ Caso Godínez Cruz, Excepciones Preliminares. Sentencia de 26 de junio de 1987. Serie C

Luego, procedió la Corte IDH a realizar un análisis de cada uno de los procesos surtidos en el ámbito interno, señalando que el primero, iniciado en la jurisdicción penal ordinaria, tuvo una duración de más de catorce años. Posteriormente, se pronunció sobre la excepción de no agotamiento de los recursos internos, frente a lo cual señaló que, cuando el caso fue ventilado ante la Comisión Interamericana de Derechos Humanos, ya habían transcurrido más de ocho años de sucedida la desaparición de los diecinueve comerciantes, sin que se hubiera emitido pronunciamiento alguno en el ámbito interno sobre los hechos y, por tanto, se configuró la excepción al requisito del agotamiento de los recursos internos estipulada en el artículo 46.2.c) de la CADH.

La Corte admitió que se trataba de un caso complejo. No obstante encontró que, examinado el mismo a la luz de los estándares convencionales, era factible confirmar cómo desde el comienzo de la investigación se contó con elementos probatorios que habrían permitido una actuación más diligente por parte de las autoridades judiciales. En consecuencia, concluyó que el Estado no había observado el principio del plazo razonable previsto en la Convención.

Por consiguiente, declaró que el Estado colombiano violó los derechos consagrados en los artículos 8.1 y 25 de la Convención, en relación con el artículo 1.1. de la misma.

De igual forma, analizó la posible vulneración del artículo 5º en relación con el artículo 1.1. respecto de los familiares –derecho a la integridad personal–. Indicó que en el caso quedó demostrado el sufrimiento y angustia en detrimento de la integridad psíquica y moral de los familiares de los diecinueve comerciantes desaparecidos, en la medida en que los cuerpos de las víctimas fueron descuartizados y lanzados a un río, haciendo prácticamente imposible encontrarlos e identificarlos.

Sumado a lo anterior, resaltó el hecho de que con los testimonios presentados por los familiares se demostró la falta de apoyo de las autoridades estatales en la búsqueda inmediata de las víctimas, lo cual provocó que ellos mismos realizaran la pesquisa generando un riesgo para su vida; peligro que se materializó en dos de ellos, quienes corrieron con la misma suerte de los diecisiete comerciantes inicialmente desaparecidos.

Por último, destacó que las consecuencias de la demora en la investigación y sanción de los civiles que participaron en las violaciones, provocó incertidumbre en los familiares de los diecinueve comerciantes, toda vez que, como ya se mencionó, la primera sentencia penal se emitió casi diez años

después de que ocurrieran las desapariciones, esto es, exactamente el 28 de mayo de 1997. De acuerdo con las consideraciones hechas, la Corte encontró que el Estado colombiano vulneró el artículo 5º en relación con el artículo 1.1. respecto de los familiares –derecho a la integridad personal–.

Con todo, en este lugar cabe ahondar el análisis sobre lo ya resaltado en otra parte de la presente providencia y es el énfasis puesto por el tribunal de San José acerca del tipo de delitos que pueden ser ventilados en la jurisdicción penal militar.

Para tales efectos, señaló la Corte IDH la necesidad de cumplir con i) el criterio personal, esto es, que sean delitos cometidos por militares con ocasión de la actividad militar propiamente dicha y con ii) el criterio material, es decir, que se trate de actuaciones que, observadas desde una perspectiva sustancial, se relacionen “*con las funciones que la ley asigna a las fuerzas militares*”⁶⁸.

Sobre el punto, fue enfática la Corte IDH en precisar que la jurisdicción penal militar no es el fuero competente para investigar, juzgar ni sancionar a los autores de graves violaciones de derechos humanos –se destaca–:

*“Este Tribunal ha establecido que la jurisdicción penal militar debe tener un alcance restrictivo y excepcional, teniendo en cuenta que solo debe juzgar a militares por la comisión de delitos o faltas que por su propia naturaleza atenten contra bienes jurídicos propios del orden militar. En este sentido, cuando la justicia militar asume competencia sobre un asunto que debe conocer la justicia ordinaria, se ve afectado el derecho al juez natural. Esta garantía del debido proceso debe analizarse de acuerdo al objeto y fin de la Convención Americana, cual es la eficaz protección de la persona humana. Por estas razones y por la naturaleza del crimen y el bien jurídico lesionado, la jurisdicción penal militar no es el fuero competente para investigar y, en su caso, juzgar y sancionar a los autores de violaciones de derechos humanos”*⁶⁹.

Brevemente, el alto tribunal insistió en afirmar que el traslado de competencias propias de la justicia ordinaria a la justicia militar constituye una violación al derecho fundamental al debido proceso, en la medida en que se afecta el derecho al juez natural y, al paso, se quebranta el derecho fundamental de acceso a la justicia:

“El traslado de competencias de la justicia común a la justicia militar y el consiguiente procesamiento de civiles por el delito de traición a la patria en este fuero, supone excluir al juez natural para el conocimiento de estas causas. En efecto, la jurisdicción militar no es la naturalmente aplicable a civiles que carecen de funciones militares y que por ello no pueden incurrir en conductas contrarias a deberes funcionales de este

⁶⁸ Caso Durand y Ugarte Vs. Perú. Fondo. Sentencia de 16 de agosto de 2000. Serie C No. 68, párrs.116 y 117.

⁶⁹ Caso de la Masacre de la Rochela Vs. Colombia. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 11 de mayo de 2007. Serie C No. 163, párr. 200. En este mismo sentido ver entre otras: Caso Zambrano Vélez y otros Vs. Ecuador. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 4 de julio de 2007. Serie C No. 166, párr. 66.

*carácter. Cuando la justicia militar asume competencia sobre un asunto que debe conocer la justicia ordinaria, se ve afectado el derecho al juez natural y, a fortiori, el debido proceso, el cual, a su vez, encuéntrase íntimamente ligado al propio derecho de acceso a la justicia*⁷⁰.

Reiteró, además, el carácter restrictivo que tiene la jurisdicción penal militar:

*“En un Estado democrático de Derecho la jurisdicción penal militar ha de tener un alcance restrictivo y excepcional y estar encaminada a la protección de intereses jurídicos especiales, vinculados con las funciones que la ley asigna a las fuerzas militares. Así, debe estar excluido del ámbito de la jurisdicción militar el juzgamiento de civiles y sólo debe juzgar a militares por la comisión de delitos o faltas que por su propia naturaleza atenten contra bienes jurídicos propios del orden militar*⁷¹.

Con relación a la finalidad de la jurisdicción penal militar en un Estado democrático, afirmó el alto tribunal que –se destaca–:

*“En un Estado democrático de Derecho la jurisdicción penal militar ha de tener un alcance restrictivo y excepcional y estar encaminada a la protección de intereses jurídicos especiales, vinculados con las funciones que la ley asigna a las fuerzas militares. Así, debe estar excluido del ámbito de la jurisdicción militar el juzgamiento de civiles y sólo debe juzgar a militares por la comisión de delitos o faltas que por su propia naturaleza atenten contra bienes jurídicos propios del orden militar*⁷².

En pocas palabras, indicó que en el momento en que la justicia militar asume la competencia sobre determinado asunto atribuida por el ordenamiento jurídico a la jurisdicción ordinaria, se afecta claramente el derecho al juez natural y, de idéntica forma, se vulnera el derecho al debido proceso; para ilustrar el punto, aludió la Corte a pronunciamientos anteriores – particularmente en los casos Las Palmeras y Castillo Petruzzi–. Especial relevancia le confirió el tribunal a lo resuelto en la providencia emitida el 5 de agosto de 1997 –se destaca–:

“[...] para que un delito sea de competencia de la justicia penal militar [...] el hecho punible debe surgir como una extralimitación o un abuso de poder ocurrido en el marco de una actividad ligada directamente a una función propia del cuerpo armado. [...] Si desde el inicio el agente tiene propósitos criminales, y utiliza entonces su investidura para realizar el hecho punible, el caso corresponde a la justicia ordinaria, incluso en aquellos eventos en que pudiera existir una cierta relación abstracta entre los fines de la Fuerza Pública y el hecho punible del actor. [...] E]l vínculo entre el hecho delictivo y la actividad relacionada con el servicio se rompe cuando el delito adquiere una gravedad inusitada, tal como ocurre con los llamados delitos de lesa humanidad. En estas circunstancias, el caso debe ser atribuido a la justicia ordinaria, dada la total contradicción entre el delito y los cometidos constitucionales de la Fuerza Pública”.

⁷⁰ Caso Castillo Petruzzi y otros Vs. Perú. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 30 de mayo de 1999. Serie C No. 52.

⁷¹ Caso Cesti Hurtado Vs. Perú. Fondo. Sentencia de 29 de septiembre de 1999. Serie C No. 56, párr.151.

⁷² Caso Durand y Ugarte Vs. Perú. Fondo. Sentencia de 16 de agosto de 2000. Serie C No. 68, párrs.116 y 117.

Considera la Corte IDH que lo anterior resulta indispensable si se pretende garantizar la independencia e imparcialidad de la judicatura y si, a un mismo tiempo, se busca asegurar la efectiva protección de los derechos humanos:

“Al respecto, la Corte resalta que si bien es cierto que la independencia y la imparcialidad están relacionadas, también es cierto que tienen un contenido jurídico propio. Así, esta Corte ha dicho que uno de los objetivos principales que tiene la separación de los poderes públicos es la garantía de la independencia de los jueces. Dicho ejercicio autónomo debe ser garantizado por el Estado tanto en su faceta institucional, esto es, en relación con el Poder Judicial como sistema, así como también en conexión con su vertiente individual, es decir, con relación a la persona del juez específico. El objetivo de la protección radica en evitar que el sistema judicial en general y sus integrantes en particular se vean sometidos a posibles restricciones indebidas en el ejercicio de su función por parte de órganos ajenos al Poder Judicial o incluso por parte de aquellos magistrados que ejercen funciones de revisión o apelación”⁷³.

En cuanto a la noción de imparcialidad, la Corte IDH hizo alusión al sentido y alcance que le ha fijado la jurisprudencia emitida por la Corte Europea de Derechos Humanos:

“Primero, el tribunal debe carecer, de una manera subjetiva, de prejuicio personal. Segundo, también debe ser imparcial desde un punto de vista objetivo, es decir, debe ofrecer garantías suficientes para que no haya duda legítima al respecto. Bajo el análisis objetivo, se debe determinar si, aparte del comportamiento personal de los jueces, hay hechos averiguables que podrán suscitar dudas respecto de su imparcialidad. En este sentido, hasta las apariencias podrán tener cierta importancia. Lo que está en juego es la confianza que deben inspirar los tribunales a los ciudadanos en una sociedad democrática y, sobre todo, en las partes del caso”⁷⁴.

Lo expuesto permite constatar que la Corte IDH en la sentencia los 19 comerciantes contra Colombia fue clara en reiterar la jurisprudencia interamericana sobre el carácter excepcional y restrictivo del fuero penal militar⁷⁵ y, ante todo, en subrayar que la jurisdicción penal militar no es el fuero competente para investigar, juzgar, ni sancionar a los autores de graves violaciones de derechos humanos⁷⁶.

En ese orden de ideas, los militares solo pueden ser juzgados por militares cuando se cumplen las exigencias derivadas del criterio personal y del criterio material. Desde esa doble perspectiva, solo gozarán de fuero militar quienes hayan cometido las faltas o delitos que se imputan obrando como militares en servicio activo –criterio personal– y, únicamente, cuando las conductas que se

⁷³ Apitz Barbera, op. cit., párr. 55.

⁷⁴ Caso Herrera Ulloa Vs. Costa Rica. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 2 de julio de 2004. Serie C No. 107.

⁷⁵ Caso de la Masacre de la Rochela Vs. Colombia. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 11 de mayo de 2007. Serie C No. 163, párr. 200. En este mismo sentido ver entre otras: Caso Zambrano Vélez y otros Vs. Ecuador. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 4 de julio de 2007. Serie C No. 166, párr. 66.

⁷⁶ *Ibíd.*

imputan equivalen a *“delitos o faltas que por su propia naturaleza atenten contra bienes jurídicos propios del orden militar”*⁷⁷.

Si el agente ostenta la calidad de militar pero comete una falta o delito que no guarda relación directa con la actividad militar ni se relaciona con el servicio o se vincula con el mismo, pero en un grado remoto y abstracto o cuando el delito que se le atribuye al militar activo adquiere una gravedad inusitada – como sucede cuando se trata de la comisión de delitos calificados como de lesa humanidad–, entonces, bajo tales circunstancias, el juez natural o competente es el juez ordinario.

Y, no podría ser de otra manera, toda vez que el juez militar no estaría en condición de ofrecer imparcialidad desde el punto de vista subjetivo –en el sentido de un juicio despojado de prejuicios–, ni desde el punto de vista objetivo –en el sentido de un juicio que ofrezca las garantía institucional indispensable para que, de cara a la sociedad, no se ponga en tela de juicio la imparcialidad y legitimidad del juzgador–. Tratándose de un tema tan especialmente complejo, en el que se pone en juego la legitimidad misma del Estado, de la justicia y del derecho, ha reiterado la jurisprudencia interamericana cómo *“hasta las apariencias podrán tener cierta importancia”*, por cuanto lo que está entre manos es, nada más y nada menos, que *“la confianza que deben inspirar los tribunales a los ciudadanos en una sociedad democrática y, sobre todo, en las partes del caso”*⁷⁸.

4.4.1.2. La Sala debe acatar la decisión adoptada por la CIDH en la sentencia emitida el 5 de julio de 2004, en que resolvió el caso “19 comerciantes vs. Colombia”

Las consideraciones previas son suficientes para concluir que la Sala debe observar la obligación derivada de lo dispuesto en nuestro ordenamiento constitucional y legal de acatar los convenios internacionales sobre derechos humanos aprobados por Colombia antes de entrar en vigencia la Constitución de 1991 y que, a voces del artículo 93 de la Carta Política hoy en vigor, tienen prelación en el ordenamiento jurídico interno y deben ser usados como criterio para fijar el sentido y alcance de las normas sobre derechos fundamentales contempladas en la Constitución. Así mismo, la Sala debe respetar y acatar las decisiones que, con carácter vinculante, emite la Corte IDH.

Si bien en razón a la estructura abierta y abstracta de las normas que integran el ordenamiento jurídico se impone admitir la existencia de un espacio amplio de configuración judicial y ha de concederse, igualmente, que ello conlleva, en ocasiones, a aceptar decisiones que miradas a la luz de lo

⁷⁷ Caso Durand y Ugarte Vs. Perú. Fondo. Sentencia de 16 de agosto de 2000. Serie C No. 68, párrs.116 y 117.

⁷⁸ Caso Herrera Ulloa Vs. Costa Rica. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 2 de julio de 2004. Serie C No. 107.

dispuesto por el ordenamiento jurídico podrían calificarse de incorrectas o de injustas, ese margen de apreciación no puede llevarse al extremo de desconocer las normas contempladas en los pactos internacionales sobre derechos humanos que constituyen, en conjunto, preceptos de un contenido ético mínimo encaminados a preservar la convivencia humana y resguardarla de la barbarie y de la arbitrariedad.

Debe recordarse acá lo dicho líneas atrás en el sentido de que la existencia de los pactos sobre derechos humanos hunde sus raíces en la experiencia nefasta que se vivió con ocasión de los sucesos que desembocaron en la segunda guerra mundial y le recordaron al mundo que los Estados por sí solos muchas veces sucumben a la barbarie y a la arbitrariedad sin límite alguno y que, para que tales prácticas violatorias de la dignidad humana puedan proscribirse, debe la soberanía estatal entenderse en términos no absolutos y dar paso al reconocimiento de obligaciones que, así hayan sido aprobadas por el derecho interno, tienen su fuente en el ordenamiento internacional –algunas de ellas incluso directamente vinculantes dado el carácter *ius cogens* que las informa e impregna– sin que quepa alegar medidas o prácticas internas para excusar su observancia.

Justamente en ese catálogo de normas originadas en el contexto internacional se halla aquella que prohíbe vulnerar el derecho fundamental al debido proceso y, de paso, desconocer el derecho al juez natural y el derecho de acceso a la administración de justicia cuando, sin existir justificación alguna, se atribuye a la justicia penal militar la competencia para conocer de graves violaciones de derechos humanos, como la que se le imputó a los demandantes en el proceso de la referencia.

En consecuencia, si existen serios indicios de que integrantes de la fuerza pública –de manera directa o indirecta– con el ánimo de luchar contra la insurgencia han incurrido en un escalamiento intolerable de la violencia cayendo en la sinrazón y en la ausencia de sensibilidad, –solo factible allí donde se ha perdido por entero la capacidad de ver reflejada en las otras personas la humanidad que se reconoce en la propia–, corresponde al juez natural establecer con claridad la responsabilidad de los presuntos implicados y garantizar el derecho a la verdad, a la justicia y a la reparación integral de las víctimas. Lo contrario, esto es, llevar el conocimiento de un asunto donde se presenta ese grave desconocimiento de derechos humanos a la justicia penal militar, implica incurrir en una actuación intolerable e incompatible con las obligaciones que el ordenamiento interamericano impone a los Estados que voluntariamente han reconocido la vigencia de la CADH y la jurisdicción de la Corte IDH para emitir fallos vinculantes, como es el caso de Colombia.

En el sub bite se hace forzoso e ineludible para la Sala ejercer el control de convencionalidad en los términos en que ha sido precisado por la jurisprudencia interamericana para afianzar la garantía de los derechos contemplados en la Convención Americana de Derechos Humanos –en adelante CADH–⁷⁹:

“La Corte es consciente que los jueces y tribunales internos están sujetos al imperio de la ley y, por ello, están obligados a aplicar las disposiciones vigentes en el ordenamiento jurídico. Pero cuando un Estado ha ratificado un tratado internacional como la Convención Americana, sus jueces, como parte del aparato del Estado, también están sometidos a ella, lo que les obliga a velar porque los efectos de las disposiciones de la Convención no se vean mermadas por la aplicación de leyes contrarias a su objeto y fin, y que desde un inicio carecen de efectos jurídicos. En otras palabras, el Poder Judicial debe ejercer una especie de “control de convencionalidad” entre las normas jurídicas internas que aplican en los casos concretos y la Convención Americana sobre Derechos Humanos. En esta tarea, el Poder Judicial debe tener en cuenta no solamente el tratado, sino también la interpretación que del mismo ha hecho la Corte Interamericana, intérprete última de la Convención Americana”.

En tal sentido, insiste la Sala en que, a la luz del derecho constitucional –el vigente en el momento de cometerse las conductas imputadas a los acá demandantes y el que nos rige actualmente– y del derecho convencional, llevar el conocimiento de graves violaciones de derechos humanos a la justicia penal militar trae consigo impunidad y hace nugatorio los derechos a la verdad, la justicia y la reparación integral de las víctimas, lo que rebasa el margen de apreciación que en todo ordenamiento jurídico se le reconoce a las autoridades judiciales al tratarse de actuaciones cuya incompatibilidad con las obligaciones internacionales colma los límites de lo tolerable.

Las duras experiencias que rodearon y dieron paso a la segunda guerra mundial, condujeron a los Estados a institucionalizar mecanismos de resolución de conflictos en sociedades cruzadas por múltiples motivos de discordia –como es característico en sociedades pluralistas–. Así, fueron adoptadas un conjunto de cautelas que deben ser observadas, sin excepción, por autoridades públicas y por los asociados. Desde luego, quien actúa en nombre del Estado asume una mayor responsabilidad, pues debe responder respecto de sus acciones y también de sus omisiones.

A partir del derecho interamericano y constitucional se habla, incluso, de que el Estado asume una posición de garante. Se subraya que esa posición no sólo se asienta en los preceptos constitucionales ya mencionados –que han sido desarrollados también por preceptos legales–, sino que se apoya en lo establecido por los tratados internacionales sobre derechos humanos y sobre derecho internacional humanitario.

En fin, todo este espectro normativo configura un marco preciso a partir del cual puede explicarse y justificarse la existencia de la posición de garante en

⁷⁹ Corte Interamericana de Derechos Humanos. Caso Almonacid Arellano y otros Vs. Chile. Sentencia de septiembre 26 de 2006. Serie C No. 154, párrafo 124.

cabeza de quienes actúan a nombre de la autoridad estatal, posición ésta que incluye la responsabilidad tanto por los hechos propios, como de terceros cuando estos ocurren, bien habiendo mediado la participación o complicidad de algunas autoridades estatales o se hicieron factibles gracias a que éstas omitieron tomar las medidas necesarias para impedirlos o se abstuvieron de adelantar las acciones ineludibles para evitarlos, debiendo hacerlo.

La posición de garante se predica también de los integrantes de la fuerza pública y de las autoridades judiciales quienes están obligadas a que sus actuaciones: i) se ajusten a los postulados del Estado de derecho; ii) respeten y hagan respetar los derechos constitucionales fundamentales, los derechos humanos y el derecho internacional humanitario; iii) se encaminen a preservar los bienes jurídicos que la Constitución y la ley ponen bajo su salvaguarda o tutela.

Por otro lado, debe tenerse presente que el progreso de los pueblos se construye sobre bases fuertes si se reconocen los errores y si, en esa medida, se evita incurrir en los mismos. Las nuevas generaciones tienen derecho a contar con fuentes ciertas que les permitan conocer qué pasó. Es de esta forma y no de otra que se podrá edificar un futuro en el que resulte factible asegurar que actos tan profundamente desconocedores de los principios básicos de la humanidad –como los que se les imputa a los demandantes en el *sub lite*– no quedarán impunes, estarán rotundamente proscritos y no se repetirán.

En consecuencia, si existe sospecha de que integrantes de la fuerza pública en forma directa o indirecta se han arrogado, sin sujeción a límite alguno –guiados por el odio, el deseo de venganza o la mera arbitrariedad–, la posibilidad de decidir acerca de que sus congéneres tachados de subversivos o pertenecientes a grupos insurgentes sean eliminados de la faz de la tierra, sin fórmula de juicio y sin el menor asomo de compasión, la decisión que impide fijar el alcance de la responsabilidad por parte del juez natural competente –para el caso la justicia ordinaria–, difícilmente armoniza con las exigencias constitucionales ni con las que surgen a partir del derecho internacional de los derechos humanos, para el caso, de la CADH.

En breve, la acusación por graves violaciones de los derechos humanos –como la que se atribuye a los demandantes en el proceso de la referencia– no es, ni puede ser de competencia de la justicia penal militar. Admitirlo, no solo pondría en entredicho y cuestionaría las obligaciones que voluntariamente asumió el Estado colombiano al aprobar la CADH y al aceptar la jurisdicción de la Corte IDH para emitir fallos vinculantes; implicaría deslegitimar profundamente la práctica del derecho y de la justicia institucional.

Vale acá recordar lo que la sabiduría griega descubrió en tiempos aciagos y debe ser traído una y otra vez a la memoria de los pueblos que, como los griegos antaño, luchan por dejar atrás la justicia impuesta por mano propia – bajo el imperio exclusivo de la ley del talión–, que inunda de terror y de barbarie el panorama, al tiempo que destruye cualquier posibilidad de construir el tejido social sobre la base de la justicia institucional, única vía capaz de romper con el círculo de la venganza:

¡Ese día verá, pues el establecimiento de una ley nueva, si la causa –el crimen– de este parricida logra triunfar aquí! No habrá mortal que no se sienta tentado de imitar al asesino, viendo con este ejemplo asegurada su impunidad. ¡Ah! ¡Cuán cierto es que todo padre, a partir de ese momento, vivirá bajo la amenaza del puñal de su hijo! Nuestra cólera, la cólera de las Furias, encargadas de vigilar a los mortales, no perseguirá ya al asesino; a partir de hoy dejaremos curso libre a toda suerte de crímenes. Y los hombres se acusarán unos a otros; entonces aprenderán, cada cual a su vez, que no existe ya para sus males ni paz ni una tregua durable, que no existe ya consuelo para el afligido.

Que nadie entonces, cuando se sienta herido por la suerte, pretenda llamar en su auxilio, que no clame, diciendo: ¡Oh Justicia, oh Justicia! ¡Oh tronos de las Erinias!’ Este será sin duda el grito de dolor de un padre, de una madre, afligidas víctimas ambos de un atroz destino. Pero clamarán en vano. El palacio de la Justicia habrá caído hoy en ruinas.

Muchos casos hay en que el Terror es inútil y, guardián atento de corazones, debe estar en ellos permanente. La mejor sabiduría se aprende con la ayuda del dolor. ¿Quién, pues, así entre los hombres como entre las ciudades, no habiendo nada bajo el cielo que infunda el temor a su alma, guardará a la justicia el respeto que debe?

(...)

También yo lo repito, y esta es la ley suprema: ‘Venera el altar de la Justicia; no quieras con ultraje, mirando sólo a tu provecho, derribarlo con pie sacrílego’⁸⁰.

Las ejecuciones extrajudiciales suponen que las propias autoridades institucionales resuelven por motivos de una supuesta efectividad mal entendida –sustentada en la ausencia de los controles propios del Estado social de derecho que facilita sus actuaciones y se convierte en garantía de impunidad–, tomar la justicia por su propia mano. No sobra acá recalcar que las consecuencias que de ello se derivan resultan nefastas y lejos de conseguir los objetivos propuestos sumen a la sociedad en el terror, la desconfianza, la ausencia de solidaridad. Tanto es ello así, que hoy por hoy ha sido esta funesta práctica de las ejecuciones extrajudiciales objeto de duro reproche por el derecho internacional de los derechos humanos así que mal podría la Sala secundar la decisión adoptada por el Consejo Superior de la Judicatura de resolver el conflicto de competencia a favor de la justicia penal militar en un caso en el que, como el de los demandantes en el proceso de la referencia, se les imputa haber incurrido en ejecuciones extrajudiciales. La Corte IDH ha sostenido en jurisprudencia reiterada que este grave delito quebranta de modo profundo los

⁸⁰ Esquilo, *Las Euménides*, Barcelona, Talleres Gráficos Agustín Núñez, 1955, pp. 146-147.

derechos humanos, motivo por el cual los Estados adquieren la obligación de investigar de forma seria y completa ese tipo de vulneraciones. Sobre este extremo, ha sostenido el alto Tribunal –se destaca–:

“Constituye reiterada jurisprudencia de este Tribunal que en casos de ejecuciones extrajudiciales, desapariciones forzadas, tortura y otras graves violaciones a los derechos humanos, la realización de una investigación ex officio, sin dilación, seria, imparcial y efectiva, es un elemento fundamental y condicionante para la garantía y protección de ciertos derechos afectados por esas situaciones, como la libertad personal, la integridad personal y la vida⁸¹. En esos casos las autoridades estatales deben realizar esa investigación como un deber jurídico propio, más allá de la actividad procesal de las partes interesadas, por todos los medios legales disponibles, y orientada a la determinación de la verdad. Además, dependiendo del derecho que se encuentre en riesgo o del que se alegue la violación, como en este caso la vida, la investigación debe procurar la persecución, captura, enjuiciamiento y eventual castigo de todos los autores de los hechos, especialmente cuando están o puedan estar involucrados agentes estatales⁸².”

En casos complejos, la obligación de investigar conlleva el deber de dirigir los esfuerzos del aparato estatal para desentrañar las estructuras que permitieron esas violaciones, sus causas, sus beneficiarios y sus consecuencias, y no sólo descubrir, enjuiciar y en su caso sancionar a los perpetradores inmediatos. Es decir, la protección de derechos humanos debe ser uno de los fines centrales que determine el actuar estatal en cualquier tipo de investigación. De tal forma, la determinación sobre los perpetradores de la ejecución extrajudicial del Senador Cepeda sólo puede resultar efectiva si se realiza a partir de una visión comprehensiva de los hechos, que tenga en cuenta los antecedentes y el contexto en que ocurrieron y que busque develar las estructuras de participación.

Como parte de la obligación de investigar ejecuciones extrajudiciales como la del presente caso, las autoridades estatales deben determinar procesalmente los patrones de actuación conjunta y todas las personas que de diversas formas participaron en dichas violaciones y sus correspondientes responsabilidades⁸³. No basta el conocimiento de la escena y circunstancias materiales del crimen, sino que resulta imprescindible analizar el conocimiento de las estructuras de poder que lo permitieron, diseñaron y ejecutaron intelectualmente y materialmente, así como de las personas o grupos que estaban interesados o se beneficiarían del crimen (beneficiarios). Esto puede permitir, a su vez, la generación de hipótesis y líneas de investigación; el análisis de documentos clasificados o reservados, y un análisis de la escena del crimen, testigos, y demás elementos probatorios, pero sin confiar totalmente en la eficacia de mecanismos técnicos como éstos para desarticular la complejidad del crimen, en tanto los mismos pueden resultar insuficientes. En consecuencia, no se trata sólo del análisis de un crimen de manera aislada, sino inserto en un contexto que proporcione los elementos necesarios para comprender su estructura de operación⁸⁴.”

⁸¹ Cfr. Caso de la Masacre de Pueblo Bello vs. Colombia, supra nota 136, párr. 145; Caso Radilla Pacheco vs. México, supra nota 24, párr. 143, y Caso Anzualdo Castro vs. Perú, supra nota 36, párr. 65.

⁸² Cfr. Caso de la Masacre de Pueblo Bello vs. Colombia, supra nota 136, párr. 143; Caso González y otras (“Campo Algodonero”) Vs. México, supra nota 15, párr. 290, y Caso Valle Jaramillo y otros Vs. Colombia, supra nota 16, párr. 101.

⁸³ Cfr. Caso de la “Masacre de Mampiripán” Vs. Colombia. Fondo, Reparaciones y Costas, supra nota 22, párr. 219; Caso González y otras (“Campo Algodonero”) Vs. México, supra nota 15, párr. 454, y Caso Valle Jaramillo y otros Vs. Colombia, supra nota 16, párr. 101.- 46

⁸⁴ Corte IDH. Caso Manuel Cepeda Vargas vs. Colombia. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 26 de mayo de 2010. Serie C No. 213.

La Corte IDH, ha ido más allá y no sólo ha destacado la necesidad de investigar de manera exhaustiva los hechos relacionados con las ejecuciones extrajudiciales, sino que incluso ha establecido los elementos que deben ser tenidos en cuenta para efectuar la investigación, tal como lo hizo en la sentencia *Garibaldi vs. Brasil*⁸⁵ en los siguientes términos:

“Esta Corte ha especificado los principios rectores que es preciso observar en una investigación cuando se está frente a una muerte violenta. Conforme a la jurisprudencia de la Corte Interamericana, las autoridades estatales que conducen una investigación de este tipo deben intentar como mínimo, inter alia: a) identificar a la víctima; b) recuperar y preservar el material probatorio relacionado con la muerte, con el fin de ayudar en cualquier potencial investigación penal de los responsables; c) identificar posibles testigos y obtener sus declaraciones en relación con la muerte que se investiga; d) determinar la causa, forma, lugar y momento de la muerte, así como cualquier patrón o práctica que pueda haber causado la muerte, y e) distinguir entre muerte natural, muerte accidental, suicidio y homicidio. Además, es necesario investigar exhaustivamente la escena del crimen, se deben realizar autopsias y análisis de restos humanos en forma rigurosa, por profesionales competentes y empleando los procedimientos más apropiados”⁸⁶.

En este sentido, la Corte ha señalado que en un caso de ejecución extrajudicial los derechos afectados corresponden a los familiares de la víctima fallecida, quienes son la parte interesada en la búsqueda de justicia y a quienes el Estado debe proveer recursos efectivos para garantizarles el acceso a la justicia, la investigación y eventual sanción, en su caso, de los responsables y la reparación integral de las consecuencias de las violaciones”⁸⁷.

De igual modo, en el caso de la Masacre de Mapiripán vs. Colombia⁸⁸ señaló:

“El Tribunal ha sostenido que al llevar a cabo o tolerar acciones dirigidas a realizar ejecuciones extrajudiciales, no investigarlas de manera adecuada y no sancionar, en su caso, a los responsables, el Estado viola el deber de respetar los derechos reconocidos por la Convención y garantizar su libre y pleno ejercicio, tanto de la presunta víctima como de sus familiares, impide que la sociedad conozca lo

⁸⁵ Corte IDH. Caso *Garibaldi vs. Brasil*. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 23 de septiembre de 2009. Serie C No. 203.

⁸⁶ Cfr. Caso *Juan Humberto Sánchez vs. Honduras*. Excepción Preliminar, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 7 de junio de 2003. Serie C No. 99, párr. 127; Caso *Kawas Fernández*, *supra* nota 14, párr. 102, y Caso *Zambrano Vélez y otros vs. Ecuador*. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 4 de julio de 2007. Serie C No. 166, párr. 121. Asimismo, conforme a lo dispuesto en el Manual sobre la Prevención e Investigación Efectiva de Ejecuciones Extrajudiciales, Arbitrarias y Sumarias de las Naciones Unidas puede resultar necesario, dependiendo de las circunstancias del caso, otras medidas tales como: mantener informados a los familiares de la persona fallecida y sus representantes legales de las audiencias que se celebren, a las que tendrán acceso, así como a toda la información pertinente relativa a la investigación, y tendrán derecho a presentar otras pruebas; redactar, en un plazo razonable, un informe por escrito sobre los métodos y las conclusiones de las investigaciones, entre otras. Cfr. Manual sobre la Prevención e Investigación Efectiva de Ejecuciones Extrajudiciales, Arbitrarias y Sumarias de las Naciones Unidas, Doc. E/ST/CSDHA/12 (1991).

⁸⁷ Cfr. Caso *Valle Jaramillo y otros*, *supra* nota 95, párr. 170, y Caso *Kawas Fernández*, *supra* nota 14, párr. 120.

⁸⁸ Caso de la Masacre de Mapiripán vs. Colombia. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 15 de septiembre de 2005. Serie C No. 134.

ocurrido⁸⁹ y reproduce las condiciones de impunidad para que este tipo de hechos vuelvan a repetirse⁹⁰.

Vale anotar finalmente que en relación con la responsabilidad del Estado – por acción y por omisión– en casos de ejecuciones extrajudiciales, ha destacado la Corte IDH las obligaciones que se derivan de la Convención Americana. Así lo hizo por ejemplo en el caso de la masacre de la Rochela⁹¹, asunto éste, en el que dispuso:

“Este Tribunal ha establecido que la responsabilidad internacional de los Estados, en el marco de la Convención Americana, surge en el momento de la violación de las obligaciones generales, de carácter erga omnes, de respetar y hacer respetar – garantizar– las normas de protección y de asegurar la efectividad de los derechos allí consagrados en toda circunstancia y respecto de toda persona, recogidas en los artículos 1.1 y 2 de dicho tratado⁹². De estas obligaciones generales derivan deberes especiales, determinables en función de las particulares necesidades de protección del sujeto de derecho, ya sea por su condición personal o por la situación específica en que se encuentre. En este sentido, 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 todo su alcance. En efecto, dicho artículo impone a los Estados Partes los deberes fundamentales de respeto y garantía de los derechos, de tal modo que todo menoscabo a los derechos humanos reconocidos en la Convención que pueda ser atribuido, según las reglas del Derecho Internacional, a la acción u omisión de cualquier autoridad pública, constituye un hecho imputable al Estado que compromete su responsabilidad internacional en los términos previstos por la misma Convención y según el Derecho Internacional general. Es un principio de Derecho Internacional que el Estado responde por los actos y omisiones de sus agentes realizados al amparo de su carácter oficial, aun si actúan fuera de los límites de su competencia”⁹³.

4.5. El derecho fundamental al juez natural y alcance del fuero penal militar en el caso concreto

Como ya en líneas precedentes se indicó, la Constitución Política de 1886 – vigente para el momento de los hechos– en sus artículos 26⁹⁴, 58⁹⁵ y 170⁹⁶ disponía,

⁸⁹ Cfr. Caso de la Comunidad Moiwana, supra nota 4, párr. 153; Caso Juan Humberto Sánchez, supra nota 78, párr. 134, y Caso Trujillo Oroza. Reparaciones. Sentencia de 27 de febrero de 2002. Serie C No. 92, párrs. 99 a 101 y 109.

⁹⁰ Cfr. Caso de los Hermanos Gómez Paquiyauri, supra nota 185, párr. 130, y Caso Myrna Mack Chang, supra nota 5, párr. 156.

⁹¹ Caso de la Masacre de la Rochela Vs. Colombia. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 11 de mayo de 2007. Serie C No. 163.

⁹² Cfr. Caso Masacre de Pueblo Bello, supra nota 12, párr. 111; Caso de la "Masacre de Mapiripán", supra nota 12, párr. 111; y Condición Jurídica y Derechos de los Migrantes Indocumentados. Opinión Consultiva OC- 18/03 de 17 de septiembre de 2003. Serie A No. 18, párr. 140.

⁹³ Cfr. Caso Masacre de Pueblo Bello, supra nota 12, párr. 111; Caso de la "Masacre de Mapiripán", supra nota 12, párr. 108; y Caso de los Hermanos Gómez Paquiyauri. Sentencia de 8 de julio de 2004. Serie C No. 110, párr. 72.

⁹⁴ *“ARTÍCULO 26. Nadie podrá ser juzgado sino conforme a las leyes preexistentes al acto que se impute, ante Tribunal competente y observando la plenitud de las formas propias de cada juicio...”*

⁹⁵ *“ARTICULO 58. La Corte Suprema, los Tribunales Superiores de Distrito y demás Tribunales y Juzgados que establezca la ley, administran justicia. // El Senado ejerce*

al igual que la Carta Política actual, el ámbito de aplicación del fuero penal militar⁹⁷.

Así las cosas, la Sala Jurisdiccional Disciplinaria del Consejo Superior de la Judicatura tendría que haber considerado el alcance de esas disposiciones y de los preceptos contemplados en los pactos internacionales sobre derechos humanos aprobados por Colombia –art. 10 de la Declaración Universal de Derechos Humanos; art. 14.1 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos y art. 8º de la CADH– vigentes al momento de presentarse los hechos y llamados a reforzar el sentido de esas normas, de donde se desprende, a las claras, que no le asistía razón jurídica alguna para resolver el conflicto de competencias entre la justicia ordinaria y la penal militar en el sentido de conducir el juzgamiento de los señores General (r) Farouk Yanine Díaz, Teniente Coronel (r) Hernando Navas Rubio y Sargento Primero (r) Otoniel Hernández Arciniegas a la justicia castrense.

Como señaló la sentencia emitida por la Corte IDH, la asignación desconoció el derecho del juez natural, el cual constituye una de las garantías básicas que, junto al complejo del derecho de defensa y el principio de legalidad, definen el debido proceso. De acuerdo con la jurisprudencia de la Corte Constitucional⁹⁸, el derecho en cuestión se encontraba previsto en la Constitución de 1886 –art. 26–⁹⁹ y se halla consagrado en la Carta en el artículo 29 en cuanto *“nadie podrá ser juzgado sino conforme a las leyes preexistentes al acto que se le imputa, ante juez o tribunal competente”*. Así mismo, esta Corporación ha considerado que la asignación de jurisdicción y competencia realiza la igualdad, garantiza la imparcialidad y propugna por infundir seguridad jurídica.

La importancia de ser juzgado por juez competente no solo ha sido destacada por la justicia contenciosa, sino por la constitucional, quien ha subrayado sus principales características: i) se reserva al legislador ii) es imperativa lo que significa que no es derogable por la voluntad de las partes; iii) deviene en inmodificable porque no varía en el curso de una actuación (principio *perpetuatio jurisdictionis*) salvo las excepciones contempladas en la misma ley; iv) no puede ser delegada por quien la detenta y v) es de orden

determinadas funciones judiciales. // La justicia es un servicio público de cargo de la Nación”.

⁹⁶ *“ARTÍCULO 170. De los delitos cometidos por los militares en servicio activo y en relación con el mismo servicio, conocerán las Cortes Marciales o Tribunales Militares con arreglo a las prescripciones del Código Penal Militar” –se destaca–.*

⁹⁷ Reza el artículo 221 superior: *“[d]e los delitos cometidos por los miembros de la fuerza pública en servicio activo, y en relación con el mismo servicio, conocerán las cortes marciales o tribunales militares, con arreglo a las prescripciones del Código Penal Militar” –se destaca–.*

⁹⁸ Cfr. Corte Constitucional, Sentencia C-111 de 2000, M. P. Álvaro Tafur Galvis.

⁹⁹ *“ARTÍCULO 26. Nadie podrá ser juzgado sino conforme a las leyes preexistentes al acto que se impute, ante Tribunal competente y observando la plenitud de las formas propias de cada juicio...” –se destaca–.*

público, puesto que se funda en principios de interés general. Elemento medular del concepto de competencia lo constituye el principio del juez natural¹⁰⁰, acorde con el cual las investigaciones y luego los juicios adelantados por la autoridad que corresponde y solo su decisión resulta vinculante.

Así, se tiene a quien la Constitución y la ley le asignaron el conocimiento de cierto asunto. *“Ello implica que es consustancial al juez natural que previamente se definan quienes son los jueces competentes, que estos tengan carácter institucional y que una vez asignada –debidamente– competencia para conocer un caso específico, no les sea revocable el conocimiento del caso, salvo que se trate de modificaciones de competencias al interior de una institución”*¹⁰¹.

En ese horizonte, vale recordar que tanto la Corte Constitucional como la Corte Suprema de Justicia en su Sala de Casación Penal¹⁰², se han pronunciado respecto del carácter excepcional de la justicia penal militar. Afirmó la Corte Constitucional en sentencia C-358 de 1997:

“Por ende, la ley que señala cuáles son los delitos que corresponde conocer a esta jurisdicción debe respetar la orden constitucional que impone tanto el contenido esencial del fuero militar como su carácter limitado y excepcional. La extensión de éste, por fuera de los supuestos constitucionales, menoscabaría la jurisdicción ordinaria, que se impone como juez natural general, por mandato de la misma Constitución y, por contera, violaría asimismo el principio de igualdad, el cual sólo se concilia con una interpretación restrictiva de las excepciones a la tutela judicial común.” –se destaca–.

Bajo tales consideraciones, en la misma providencia judicial, la Corte estableció los criterios que dan cuenta de la admisibilidad de una causa penal en la jurisdicción castrense –se destaca–:

*“a. para que un delito sea de competencia de la justicia penal militar debe existir un vínculo claro de origen entre él y la actividad del servicio, esto es, el hecho punible debe surgir como una extralimitación o un abuso de poder ocurrido en el marco de una actividad ligada directamente a una función propia del cuerpo armado”*¹⁰³. Respecto de esta regla, la Corporación precisó que la conducta debía ser realizada dentro del marco de actividades que le corresponden, por norma, a las Fuerzas Militares o a la Policía Nacional. De esta manera se excluyen de dicha jurisdicción, los actos cometidos por personal militar en ejercicio de actividades no vinculadas con el servicio. De otra parte, se indicó que la existencia de dicho vínculo desaparecía cuando el agente ab initio tenía un propósito criminal. En tales casos, el ejercicio de funciones militares

¹⁰⁰ Consejo de Estado, Sala Plena de lo Contencioso Administrativo, C.P.: Mauricio Fajardo Gómez, sentencia de 9 de septiembre de 2008, Rad.: 11001-03-26-000-2008-00009-00(ij).

¹⁰¹ Cfr. Sentencia SU.1184/01, M.P. Eduardo Montealegre Lynett.

¹⁰² Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Penal, sentencia de 6 de marzo de 2003, M.P. Yesid Ramírez, Rad. 17550

¹⁰³[42] “Sentencia C-358 de 1997 Fundamento jurídico 10. a).”

constituye un mero disfraz o fachada para la actividad delictiva.

*b. que el vínculo entre el hecho delictivo y la actividad relacionada con el servicio se rompe cuando el delito adquiere una gravedad inusitada, tal como ocurre con los llamados delitos de lesa humanidad*¹⁰⁴. *Esta regla tiene como base la idea de que nunca podrán ser considerados como actos relacionados con el servicio aquellas conductas que desconocen abiertamente el principio de dignidad humana y que, de manera flagrante, aparejan la violación de los derechos constitucionales de los asociados*¹⁰⁵ (...)."

Es así que delitos que les fueron imputados a los demandantes en el proceso de la referencia –exmilitares General (r) Farouk Yanine Díaz, Sargento (r) Otoniel Hernández Arciniegas y Teniente Coronel (r) Hernando Navas Rubio–, no eran objeto de juzgamiento de la jurisdicción penal militar, en tanto atentatorios de las normas contenidas en la Carta Política de 1886 –artículos 26, 58 y 172– y contrarios a las obligaciones derivadas de los pactos internacionales sobre derechos humanos aceptadas por Colombia y vigentes al momento de los hechos –art. 10 de la Declaración Universal de Derechos Humanos; art. 14.1 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos y art. 8º de la CADH– que coinciden con las que se encuentran actualmente en vigor y de las que se desprende que no se trató de conductas “*cometidas por los militares en servicio activo y en relación con el mismo servicio*”¹⁰⁶.

De otra parte, en el estado actual de la jurisprudencia no se discute el carácter objetivo¹⁰⁷ de la responsabilidad estatal cuando la sentencia deviene

¹⁰⁴[43] “Sentencia C-358 de 1997 Fundamento jurídico 10. b).”

¹⁰⁵[44] “Sobre este punto la Corte había avanzado en la sentencia C-578 de 1995, en la que se precisó bajo cuales condiciones se aplicaba la eximente constitucional contenida en el inciso 2 del artículo 91 de la Constitución, relativa a la “obediencia debida”. En la mencionada decisión la Corte sostuvo que “La orden del servicio es la que objetivamente se endereza a ejecutar los fines para los cuales está creada la institución. Una orden que de manera ostensible atente contra dichos fines o contra los intereses superiores de la sociedad, no puede reclamar válidamente obediencia. La orden de agredir sexualmente a una persona o de infligirle torturas, bajo ninguna circunstancia puede merecer el calificativo de orden del servicio. Estas acciones que se enuncian, a título de ilustración, son ajenas completamente al objeto de la función pública confiada a los militares y al conjunto de sus deberes legales.” Más adelante añadió “La Corte aprecia la distancia que existe entre el mero ejecutor de una orden inconstitucional y el ejecutor que es plenamente consciente del vicio que la afecta y no obstante la lleva a término. Las circunstancias objetivamente pueden impedir al militar subalterno, anteponer su deber superior y prevalente de obediencia a la Constitución, en relación con órdenes que la quebrantan y, por consiguiente, exceden la órbita de competencia de su emisor y, en este caso, la misma Constitución excusa la responsabilidad que de otro modo se le debería imputar. Empero, en ese caso, si el subalterno está en grado de conocer la inconstitucionalidad de la orden y evitar la acción, anteponer el deber de obediencia militar al de obediencia constitucional, comprometerá su responsabilidad y no podrá alegar en su favor eximente alguna, pues no es ajeno volitivamente a su vulneración.” Finalmente, concluyó: “En consecuencia, la Corte declarará que es exequible, siempre que se entienda que las órdenes militares violatorias de los derechos fundamentales intangibles e inescindibles de la dignidad humana (Ley 137 de 1994, artículo 4º), no deben ser ejecutadas y que, en caso de serlo, tales órdenes no podrán ser alegadas como eximentes de responsabilidad.”

¹⁰⁶ Art. 172 Constitución de 1886.

¹⁰⁷ Sentencia de 15 de septiembre de 1994, exp. 9.391.

absolutoria en los casos previstos en el art. 414 del Decreto 2700 de 1991, esto es, cuando, el afectado con la medida no tiene que soportar la privación de la libertad, porque i) el hecho delictivo no existió, ii) el encartado no lo cometió, iii) la conducta no es típica, o por que dichas situaciones no hayan sido probadas más allá de la duda razonable por el ente acusador, estando incólume la presunción de inocencia.

En este mismo sentido, en la Sección no ha habido resistencia para encontrar conformado el daño antijurídico en los casos antes referidos, inclusive, en vigencia de la Ley 270 de 1996¹⁰⁸, no como aplicación ultractiva del referido Decreto 2700 de 1991, sino de los supuestos previstos en él¹⁰⁹, a la luz del art. 90 constitucional.

4.6. Juicio de responsabilidad

Atendiendo a las líneas jurisprudenciales comentadas, al marco jurídico, tanto de la procedencia de la indemnización por privación injusta de la libertad, como de la competencia de la justicia penal militar y a los hechos verificados mediante el voluminoso expediente probatorio obrante en el proceso, advierte la Sala que, si bien se acreditó ampliamente el daño mediante las órdenes de captura ejecutadas el 11 de abril de 1996 en contra del Sargento Primero (r) Otoniel Hernández Arciniegas (fol. 44, c. 14) el 3 de septiembre de 1996, en contra del Coronel (r) Hernando Navas Rubio (fol. 134, c. 15) y el 4 de octubre de 1996 (fol. 62, c. *ibídem*) respecto del General (r) Farouk Yanine Díaz; así como a través de las resoluciones No. 006 de 29 de mayo de 1996 (fol. 380 a 401, c. 14) No. 010 del 13 de septiembre (fol. 48 a 109, c. 4) y No. 012 de 11 de octubre (fol. 117, c. *ibídem*) de 1996, proferidas por la Unidad Nacional de Derechos Humanos de la Fiscalía General de la Nación, a través de las que se definió la situación jurídica de los investigados, mediante la imposición de medida de aseguramiento sin beneficio de excarcelación, dando lugar a privación de la libertad de los referidos demandantes, no cuenta la Sala con elementos para determinar su antijuridicidad.

Lo dicho, por cuanto, si bien los referidos ex militares fueron absueltos por la justicia castrense de los delitos de secuestro extorsivo, homicidio agravado e infracción al decreto 1194 de 1998, concordante con el artículo 4º del

¹⁰⁸ Sentencias de 4 de diciembre de 2006, exp. 13.168 y de 2 de mayo de 2001, exp.: 15.463.

¹⁰⁹ En sentencia de 9 de junio de 2010, exp. 19.312, se dijo: “...la Sala no avala una aplicación ultractiva del citado precepto legal (art. 414) que se encuentra derogado, sino de los supuestos que se regulaban de manera específica en el mismo. Es decir, cuando se absuelve al sindicado o al procesado porque el hecho no existió, el investigado no lo cometió, o la conducta no constituía hecho punible el régimen de responsabilidad es el objetivo y, por consiguiente, no será determinante a la hora de establecer la responsabilidad de la entidad demandada si actuó o no de manera diligente o cuidadosa”.

decreto 2266 de 1991, artículo 6º, por considerar que los sindicatos no cometieron el delito que se les endilgó, lo cierto es que el fallo absolutorio fue proferido sin los presupuestos sustanciales de jurisdicción y competencia, como se señaló *ut supra*, esto es, con desconocimiento del debido proceso mediante la decisión emitida por un operador distinto al juez natural del proceso. Razón suficiente para que la decisión no pueda ser considerada.

En este punto se aparta la Sala de las consideraciones del *a quo* acorde con las cuales los inculpados habrían sido absueltos por aplicación del principio *in dubio pro reo* y por no estar demostradas las fechas efectivas de privación de la libertad, habida cuenta que se sostuvo que la conducta probada en los inculpados de promover grupos de autodefensa campesina no sólo no se encontraba tipificada por la ley, sino que era promovida por ésta; supuestos comprendidos en el artículo 414 del C.P.P. y en tanto, se indicó que los encartados no cometieron el hecho y que una de las conductas endilgadas no es típica.

Sustento de lo anterior reside en la condena proferida por la Corte IDH al Estado Colombiano precisamente porque el personal militar, sindicado de haber participado en las graves violaciones de derechos humanos en franco desconocimiento de los derechos a las garantías judiciales y a la protección judicial consagrados en los artículos 8.1 y 25 de la Convención Americana fue absuelto por la justicia castrense, en contradicción con la prohibición constitucional y convencional, respecto del juzgamiento de conductas penales que atentaran de manera grave los derechos humanos por jueces de excepción.

En consecuencia, siendo la jurisdicción un presupuesto de hondo calado en cuanto no solo compromete el debido proceso, aspecto en sí mismo no sólo de importancia sino de supervivencia de la conformación del Estado, en su forma republicana –pues si las autoridades no pueden adelantar aquello que no les ha sido confiado, menos aun lo que les ha sido prohibido– no puede la Sala darle fuerza material a dicha decisión, al punto de que conlleve a la indemnización de perjuicios demandada por los señores Yanine, Navas y Hernández.

Además, como ya se indicó, tratándose de la decisión de someter un caso de graves violaciones de derechos humanos al conocimiento de la justicia penal militar ello implica incurrir en una actuación que rebasa los límites de lo tolerable y resulta incompatible con las obligaciones que el ordenamiento interamericano impone a los Estados que, voluntariamente, han aceptado la vigencia en su derecho interno de los preceptos convencionales y han reconocido expresamente la jurisdicción de la Corte IDH para emitir fallos vinculantes, como es el caso de Colombia.

Así las cosas, debe esta Sala darle cumplimiento a la sentencia de la Corte IDH que advirtió que, en relación con los miembros de la institución castrense involucrados en el secuestro, desaparición y asesinato de diecinueve comerciantes en jurisdicción de Puerto Boyacá (Boyacá), existía impunidad, al punto de ordenar que se adelanten las investigaciones y juicios que correspondan en la jurisdicción ordinaria penal, con el fin de dar cumplimiento a los derechos de las víctimas a la verdad, la justicia y la reparación integral.

Corresponde, pues, a la Sala poner al tanto de esta decisión a la Fiscalía General de la Nación, para que, en aras del esclarecimiento de la conducta de los demandantes y, con el fin de dar cabal cumplimiento a la decisión internacional vinculante emitida en el *sub lite* por la Corte IDH adelante la investigación a que haya lugar. Igualmente, se informará de esta decisión al Ministerio de Relaciones Exteriores, para lo de su cargo respecto de la decisión internacional en comento.

Por ende, no estando probada la antijuridicidad del daño alegado, nada hay que decir en relación con la imputación del mismo a las entidades demandadas, con lo que se impone confirmar las sentencias de 28 de julio y 20 de enero de 2004 proferidas por la Sala de Descongestión de la Sección Tercera del Tribunal Administrativo de Cundinamarca, en el sentido de negar la prosperidad de las pretensiones de la demanda, por las razones expuestas.

4.7. De encontrar el juez natural que respecto de los señores Yanine Díaz, Navas Rubio y Hernández Arciniegas –de todos en conjunto, de uno de ellos o de algunos– no existen motivos para establecer la antijuridicidad de su conducta y deben ser absueltos o se materializó la preclusión, exhortará al juez de la responsabilidad estatal para que se priorice la definición de la correspondiente acción

De hallar la justicia penal ordinaria que en relación con la conducta desplegada por los señores Yanine Díaz, Navas Rubio y Hernández Arciniegas –de todos en conjunto, de uno de ellos o de algunos– no existen motivos para establecer su antijuridicidad y, en consecuencia, deben ser absueltos o se materializó la preclusión, exhortará a los jueces de primera y segunda instancia, que podrían ser esta corporación, a fin de que prioricen la sustanciación de la correspondiente acción de reparación directa¹¹⁰, con apoyo en las razones que a continuación se aportan.

Cierto es y lo ha sostenido la jurisprudencia constitucional de manera reiterada, que:

“el sistema de la cola o la fila’ adoptado por el legislador, declarado exequible por la Corte, en tanto no supere el límite de lo que resulta constitucionalmente aceptable, se

¹¹⁰ Cfr. Corte Constitucional. Sentencia SU-915 de 2013.

*erige como mecanismo racionalizador de la administración de justicia, garante en lo más cercano del derecho a la igualdad, al debido proceso y al acceso a la administración de justicia, por parte de ciudadanos que demandando justicia del Estado, buscan obtener una respuesta oportuna y eficaz, la cual no puede estar supeditada a apreciaciones subjetivas en función de las circunstancias de cada caso particular sometido a escrutinio judicial*¹¹¹.

No menos cierto resulta que el precepto contemplado en el artículo 18 de la Ley 446 de 1998 prevé excepciones aplicables, precisamente, en el trámite ante la jurisdicción de lo contencioso administrativo. Desde luego, la norma es clara al establecer que los turnos pueden obviarse única y exclusivamente si se presentan poderosos motivos que lo justifique, entre los cuales, se mencionan i) la naturaleza del asunto; ii) la importancia jurídica y iii) la trascendencia social, aspectos éstos que deben estar acreditados y justificados sin que quepa alegarlos para recubrir de barniz jurídico lo que no obedece más que al arbitrio del juzgador y, en esos términos, constituye falta disciplinaria.

En el presente asunto el hecho de que se haya promovido por el juez de primera instancia el conflicto de competencia y que el Consejo Superior de la Judicatura en su Sala Disciplinaria haya fallado a favor de la jurisdicción militar supone, como ya antes se indicó, haber rebasado los límites de lo tolerable jurídicamente e implica haber desconocido obligaciones internacionales derivadas de pactos sobre la protección de los derechos humanos, concretamente la CADH, que el Estado colombiano se obligó voluntariamente a observar.

Teniendo en cuenta los efectos que esa situación trajo consigo i) dejar sub judice a los afectados impidiéndoles ser juzgados por su juez natural y obstaculizar su acceso a la administración de justicia quebrantándoles gravemente su derecho fundamental a la garantía del debido proceso así como ii) abrir camino a la impunidad y al desconocimiento de los derechos a la verdad, la justicia y la reparación integral de las víctimas, cabe poner de presente que si la justicia penal ordinaria –su juez natural– absuelve en derecho a quienes fueron inicialmente denunciados como presuntos actores de graves violaciones de derechos humanos, pues no logra demostrar su culpabilidad o, de llegarse a materializar la preclusión, los afectados tengan derecho a que la acción de reparación les ofrezca un tratamiento diferenciado y preferente.

No priorizar la sustanciación y definición en ambas instancias de la correspondiente acción de reparación directa significaría imponerles, luego de haber surtido el proceso de en el expediente de la referencia y, de haberse sometido al turno en la jurisdicción contenciosa, una carga desproporcionada por la pérdida de tiempo y de esfuerzos físicos, intelectuales, emocionales y legales, tanto como por los costos materiales e inmateriales que un proceso de

¹¹¹ Cfr. Corte Constitucional. Sentencia T-1019 de 2010.

esa naturaleza suele traer consigo.

Por los motivos señalados, en la parte resolutive del presente proveído exhortará la Sala a los jueces de primero y segundo grado para que si se llegare a presentar acción de reparación directa una vez en firme la investigación penal –ya fuere por absolución o por preclusión– se otorgue prelación de turno a todos los imputados –demandantes en el proceso de la referencia, exmilitares General (r) Farouk Yanine Díaz, Sargento (r) Otoniel Hernández Arciniegas y Teniente Coronel (r) Hernando Navas Rubio, a uno de ellos o a algunos–, de conformidad con lo dispuesto por el artículo 18 de la Ley 446 de 1998, esto es, en razón de la naturaleza del asunto¹¹².

Finalmente i) la Nación – Rama Judicial también demandada en este asunto será absuelta, pues nada tuvo que ver con la privación de la libertad de los demandantes e ii) igualmente lo será la Fiscalía General de la Nación –para lo cual se confirmarán las decisiones impugnadas– comoquiera que fue privada de su competencia y no se le permitió avanzar y definir la responsabilidad penal de los demandantes en este asunto.

4.8. Costas

En atención al artículo 55 de la Ley 446 de 1998, no hay lugar a la imposición de costas.

En mérito de lo expuesto, el Consejo de Estado, en Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, Subsección “B”, administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la Ley,

FALLA:

PRIMERO. ABSOLVER a la Nación – Rama Judicial.

SEGUNDO. CONFIRMAR las sentencias de 28 de julio y 20 de enero de 2004 proferidas por la Sala de Descongestión de la Sección Tercera del Tribunal Administrativo de Cundinamarca, en el sentido de negar las pretensiones de la demanda, por las razones expuestas en la parte motiva de esta providencia.

TERCERO.- Por Secretaría, **OFICIAR** a la Fiscalía General de la Nación con el fin de ponerla al tanto de este fallo en aras del cabal cumplimiento de la decisión internacional emitida por la Corte IDH en el caso del secuestro y

¹¹² Cfr. Corte Constitucional. Sentencia SU-915 de 2013.

asesinato de diecinueve comerciantes, así como el posterior descuartizamiento y hundimiento de sus cadáveres en las aguas del caño “El Ermitaño”, afluente del Río Magdalena, los días 6 y 7 de octubre de 1987, en jurisdicción del municipio de Puerto Boyacá, en lo atinente a la participación de los señores general (r) Farouk Yanine Díaz, Teniente Coronel (r) Hernando Navas Rubio y Sargento Primero (r) Otoniel Hernández Arciniegas, conforme a lo señalado en la parte motiva de esta providencia.

CUARTO.- Por Secretaría, **OFICIAR** al Ministerio de Relaciones Exteriores para lo de su cargo, en concordancia con la decisión adoptada por la Corte Interamericana de Derechos Humanos en el caso “19 comerciantes contra Colombia”.

QUINTO.- EXHORTAR a los jueces de primero y segundo grado para que si se llegare a presentar acción de reparación directa una vez en firme la investigación penal –ya fuere por absolución o por preclusión– se otorgue prelación de turno a todos los imputados –demandantes en el proceso de la referencia, exmilitares General (r) Farouk Yanine Díaz, Sargento (r) Otoniel Hernández Arciniegas y Teniente Coronel (r) Hernando Navas Rubio, a uno de ellos o algunos–, de conformidad con lo dispuesto por el artículo 18 de la Ley 446 de 1998, esto es, en razón de la naturaleza del asunto.

Sin condena en costas.

En firme esta providencia, **REMÍTASE** la actuación al tribunal de origen.

CÓPIESE, NOTIFÍQUESE y CÚMPLASE.

Los Magistrados,

RAMIRO PAZOS GUERRERO
Presidente
(Impedido)

DANILO ROJAS BETANCOURTH

STELLA CONTO DÍAZ DEL CASTILLO

Exp. No. 25000232600019990262601 (28642)
Actor: Farouk Yanine Díaz y otros (acumulados)