

Proceso No 26077

CORTE SUPREMA DE JUSTICIA

SALA DE CASACIÓN PENAL

Magistrado Ponente

Dr. SIGIFREDO ESPINOSA PÉREZ

Aprobado Acta N° 217

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

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

HECHOS

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

Tamayo.

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

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

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

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

ACTUACIÓN PROCESAL

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

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

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

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

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

De igual modo, allegó los testimonios de Janeth Suárez, Blanca Alvenis Nieto Chingate, José Benjamín Gutiérrez Farieta, Rocío Restrepo y Yuli Paredes, amplió los de Nelson Javier González y Miguel Ángel León, arrió la actuación de la Auditoría Auxiliar 35 de Guerra¹, incorporó los estudios hoplológicos, el acta de necropsia con los registros fotográficos y los informes balísticos, practicó dos inspecciones judiciales al lugar de los hechos², y allegó la hoja de vida del sindicado y el registro civil de defunción de la menor decedida.

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

Del estudio y análisis de las diligencias penales, se observa que la presencia de los agentes del orden en el lugar de los hechos, obedeció al llamado que se les hizo por parte de la Central de Radio para que acudieran allí, y fue precisamente en ese ejercicio que se verificó la acción de TULCÁN VALLEJOS, al disparar el arma de fuego que portaba como repulsa según su propio dicho, a la agresión de que eran objeto con armas de

similar naturaleza. Para el evento la relación con el servicio surge cuando el sindicato concurre al lugar de los hechos obedeciendo al llamado procedente de la Central de Radio, siendo tal requerimiento uno de los motivos de su posterior accionar, lo cual denota una íntima relación con la función que le asigna la Constitución a la Fuerza Pública. De allí que le asiste razón al señor Teniente Coronel PEDRO ANTONIO MOLANO BONILLA, Comandante del Departamento de Policía Bacatá, Juez de Primera Instancia, cuando no acepta la colisión positiva de competencia propuesta por la Unidad Nacional de Fiscalías de Derechos Humanos para convencerse de que es la Justicia Castrense quien debe juzgar el comportamiento del procesado

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

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

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

El fallador, además de otorgar credibilidad a los testimonios de los agentes de policía que concurrieron al lugar de los acontecimientos y considerar contradictorios los vertidos por los jóvenes acompañantes de la víctima, concluyó que se había creado “una irremediable duda que en el tracto de pesquisa no logró ser despejada y si bien es más evidente que el aquí procesado accionó el arma de fuego que portaba en ejercicio a la defensa y como repulsa a una agresión no solo por esa acción puede afirmarse concluyentemente que sea el autor del deceso de LEYDI DAYÁN, cuando es también conocido que procedieron otros disparos de entes particulares, aunando la situación

notoria que conforme al peritazgo de balística el disparo efectuado por TULCÁN VALLEJOS no pudo haber impactado en la humanidad de la joven si se tiene de presente el lugar de ubicación por el él (sic) señalado para el momento y el de sus acompañantes (sic)". Aplicó, por consiguiente, el principio universal del In Dubio Pro Reo y absolvió al procesado.

Dicho fallo fue consultado al Tribunal Superior Militar, dependencia que el 15 de mayo de 2001 le impartió confirmación, aduciendo que "como se ha determinado del examen probatorio, en este caso no hay cuestionamiento sobre la materialidad del homicidio investigado, pero el elemento de responsabilidad no está plenamente probado, y ante ese estado de duda probatoria resulta imperativo, dar aplicación al principio del In dubio pro reo como lo plantea el Fallador de Primer Grado invocando insignes tratadistas sobre la materia y también lo solicita el señor Agente Especial del Ministerio Público designado para este proceso y la Defensa".

Contra la citada sentencia, el apoderado de la Parte Civil interpuso oportunamente demanda de casación excepcional, la cual fue inadmitida por la Sala mediante auto del 27 de septiembre de 2002 (Radicado 18.563), teniendo en cuenta, básicamente, que si bien no ofrecía discusión lo atinente a la oportunidad, legitimidad e interés jurídico, el demandante, dentro del contexto de la justificación no planteó en debida forma la necesidad de que la Corte conociera del asunto, pues, a pesar de que aludió a la preservación de los derechos fundamentales del sujeto procesal por él representado, omitió por completo la identificación de la garantía supuestamente conculcada y nada indicó sobre la norma constitucional que la contempla, la forma como resultó violentada dentro de la actuación y su trascendencia en el fallo censurado.

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

LA DEMANDA

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

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

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

“51. La Comisión analizará a continuación la alegada vulneración del derecho a la vida

considerando ambos planos de su protección integral, en primer término, analizará el cumplimiento estatal de su obligación de respeto y en segundo lugar, su deber de garantía de este derecho.

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

(...)

58. En consecuencia, la Comisión concluye que el Estado colombiano no respetó el derecho a la vida de la niña Leydi Dayán Sánchez dado que sus agentes autorizados para usar la fuerza no actuaron en estricto cumplimiento de los estándares de necesidad, excepcionalidad y proporcionalidad que se han elaborado internacionalmente con relación al uso de la fuerza por parte de los agentes de seguridad pública y provocaron su fallecimiento. En efecto, ha quedado establecido que la niña Leydi Dayán Sánchez no ofreció resistencia armada a los oficiales de la Policía que la seguían, que se

encontraba en estado de indefensión –corriendo de espaldas- y que requería de medidas especiales de protección por ser una niña. Asimismo, el oficial de policía que efectuó un disparo la noche del 21 de marzo de 1998 no se identificó como tal al momento de proceder; no verificó las consecuencias que su disparo pudo haber ocasionado en las personas que presuntamente perseguía o se encontraban en las inmediaciones; y no reportó inmediatamente a las autoridades pertinentes que había hecho uso de su arma de dotación oficial. Aún más, el oficial de policía que empleó su arma, en sus primeras declaraciones negó haberla empleado ante las interrogaciones de sus superiores.

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

(...)

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

(...)

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

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

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

(...)

69. En consecuencia, según se ha establecido supra la muerte de la niña Leydi Dayán Sánchez, de 14 años de edad, se produjo como consecuencia del accionar de agentes del Estado, cuando se encontraba en estado de indefensión y por lo tanto no fue objeto de las medidas especiales de protección requeridas en razón de su edad y condición de vulnerabilidad. Por su parte, se ha comprobado que los mecanismos empleados no han resultado adecuados y eficaces para determinar la responsabilidad penal de los agentes involucrados e imponer las sanciones debidas. La CIDH concluye que a la luz de las pruebas ya referidas, el Estado colombiano violó la obligación de respetar el derecho a la vida de Leydi Dayán Sánchez, establecida en el artículo 4, en consonancia con el

artículo 1(1) y 19 de la Convención, al no haber creado las condiciones necesarias para garantizar su ejercicio, no haber impedido violaciones de este derecho en las circunstancias del fallecimiento de la niña, y dada la falta de una investigación judicial efectiva por parte de un tribunal penal competente e imparcial.

(...)

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

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

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

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

Aclara que el fundamento de la causal invocada es precisamente el pronunciamiento expreso de la Comisión, cuya importancia en el ámbito internacional no se discute, como tampoco su fuerza vinculante para el Estado colombiano, ya que legislativamente ha

admitido la vigencia en el orden interno de la Convención Interamericana de Derechos Humanos.

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

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

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

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

De las recomendaciones hechas por la comisión, aduce el actor, resulta evidente la

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

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

De este pronunciamiento, agrega, justamente la Corte Constitucional echó mano para destacar los alcances de las posibilidades de intervención de la parte civil en el código de procedimiento penal anterior y más recientemente, para fijar alcances de la acción de revisión³.

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

ordinaria.

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

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

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

- Copia del Informe 5/06, caso 12.009, rendido por la Comisión Interamericana de Derechos Humanos.

- Copia de la comunicación dirigida al Ministerio de Relaciones Exteriores de Colombia, suscrita por el Secretario General de la Organización de Estados Americanos.

- Copia de las sentencias de primera y segunda instancias, a través de las cuales fue absuelto el oficial JUAN BERNARDO TULCÁN VALLEJOS, por parte de la justicia penal militar.

- Copia del auto del 29 de septiembre de 2003, por medio del cual la Corte no repuso el proveído que inadmitió el recurso extraordinario de casación discrecional; y

- Constancia de ejecutoria de las anteriores providencias.

ACTUACION SURTIDA EN LA CORTE

Como primera medida, por auto del 2 de octubre de 2006, la Sala ordenó incorporar a la

actuación el proveído del 27 de septiembre de 2002, por medio del cual inadmitió la demanda de casación discrecional promovida por el representante de la Parte Civil.

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

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

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

Notificado personalmente el señor JUAN BERNARDO TULCÁN VALLEJOS del referido pronunciamiento y recibido el expediente en la Corte, de conformidad con la previsión contenida en el artículo 224 del Código de Procedimiento Penal, se dispuso surtir traslado a los intervinientes para que solicitaran la práctica de las pruebas que consideraran conducentes a los fines de la presente acción, habiendo hecho uso de tal oportunidad el defensor designado por el absuelto, quien allegó memorial en el que disertó ampliamente sobre la improcedencia de la presente acción de revisión, pidiendo que se anulara o revocara el auto admisorio de la demanda.

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

ALEGATOS DE LOS INTERVINIENTES

1. Del Procurador 7° Judicial Penal II.

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

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

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

2. Del Ministerio Público.

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

¿Debe acatar el Estado Colombiano el pronunciamiento de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos, plasmado en el “INFORME No., 5/06 CASO 12.009 LEYDI DAYÁN SÁNCHEZ - COLOMBIA”, emitido el 28 de febrero de 2006; en otras palabras, están presentes los presupuestos de la causal invocada para que prospere la acción que nos reúne?”.

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

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

La decisión en comento, destaca el Procurador, es el fundamento de la causal de revisión prevista en el numeral 4° del artículo 192 de la Ley 906 de 2004, ya que es el resultado del examen adelantado sobre los hechos ocurridos el 21 de marzo de 1998. Por

lo tanto, debe dispensarse sobre ella “la correspondiente aprobación jurídica en punto a su vocación de prosperidad por satisfacer a cabalidad las exigencias legales contempladas para el efecto, dentro de las cuales no aparece incluida la necesidad de acreditar la existencia de hecho nuevo o prueba no conocida al tiempo de los debates”.

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

Esa la razón, también, para abogar por la aplicación retroactiva de la norma contentiva de la causal de revisión que ahora se invoca, como quiera que los referidos preceptos internacionales, aprobados por Colombia, estaban vigentes para cuando se registraron los sucesos y se adelantó el procedimiento que culminó con la absolución. Precisamente el desconocimiento del bloque de constitucionalidad, a juicio del libelista, fue el que condujo a la situación por la que ahora resulta declarado responsable el Estado colombiano.

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

Manifiesta, adicionalmente, que debe disponerse la remisión del diligenciamiento a la Fiscalía General de la Nación, por ser la autoridad competente para conocer del asunto,

acorde con lo precisado por la CIDH y la jurisprudencia nacional, en el sentido de que los casos relacionados con flagrantes violaciones de los derechos humanos, siempre serán del conocimiento de la justicia ordinaria, toda vez que no puede admitirse que ese tipo de conductas guarden correspondencia alguna con la noción de funciones propias del servicio de los uniformados o de los agentes estatales en general.

3. Del procesado y el defensor.

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

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

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

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

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

Para terminar, aseveran que no se encontró nexo o relación de causalidad entre la ojiva

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

CONSIDERACIONES DE LA SALA

1. Cuestión previa.

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

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

Esto ratificó, sobre el particular, la Corte, en reciente decisión⁴:

“1. La acción de revisión, a diferencia del recurso extraordinario de casación –a través del cual, con apoyo en los motivos legales que lo hacen procedente, es posible discutir la regularidad del trámite procesal, el cumplimiento de las garantías debidas a las partes, los

supuestos de hecho de la sentencia de segunda instancia no ejecutoriada y sus consecuencias jurídicas—, tiene como objeto una sentencia, un auto de cesación de procedimiento o una resolución de preclusión de la investigación que hizo tránsito a cosa juzgada y como finalidad remediar errores judiciales originados en causas que no se conocieron durante el desarrollo de la actuación y que están limitadas a las previstas en la ley.

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

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

2. La legitimidad del demandante.

Mediante el comunicado 574/297 del 31 de marzo de 2006, la Misión Permanente de Colombia ante la Organización de los Estados Americanos, remitió al Ministerio de Relaciones Exteriores el Informe N° 5/06, advirtiéndole que el Estado contaba con un plazo de dos meses para comunicar a la Comisión Interamericana de Derechos Humanos, las medidas adoptadas con el propósito de dar cumplimiento a las recomendaciones.

Dichas recomendaciones fueron las siguientes:

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

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

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

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

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

revisión se contempla en la Ley 600 de 2000.

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

Por su parte, el artículo 193 del Estatuto Procesal Penal de 2004, establece que la acción de revisión podrá ser promovida por el fiscal, el Ministerio Público, el defensor y demás intervinientes, siempre que ostenten interés jurídico y hayan sido legalmente reconocidos dentro de la actuación materia de revisión.

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

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

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

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

(...)

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

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

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

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

Por lo tanto, no es dable discutir la legitimidad que ampara al Procurador 7° Judicial II de Bogotá para incoar la demanda de revisión en este asunto, en cumplimiento de la

comisión expresa del Procurador General de la Nación.

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

Tiene a cargo la promoción y defensa de los derechos humanos, en desarrollo de lo cual

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

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

El 8 de mayo de 1985, mediante instrumento internacional, el Estado colombiano reconoció por tiempo indefinido la competencia de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos, bajo condición de estricta reciprocidad y para hechos posteriores a esta aceptación, sobre casos relativos a la interpretación o aplicación de la Convención, reservándose el derecho de hacer cesar la competencia en el momento que lo considere oportuno.

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

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

Establece la Convención que dichos informes serán presentados a los Estados

interesados, quienes no estarán facultados para publicarlos, y que transcurrido el plazo fijado, la Comisión decidirá, por la mayoría absoluta de votos de sus miembros, si el Estado ha tomado o no medidas adecuadas y si publica o no su informe.

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

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

La Corte Interamericana tiene competencias contenciosa y consultiva.

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

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

El procedimiento ante la Corte Interamericana es de carácter contradictorio. Termina con una sentencia motivada, obligatoria, definitiva e inapelable, la cual debe cumplir el Estado parte (artículos 66, 67 y 68 de la Convención).

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

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

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

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

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

En el presente caso, la entidad particular Corporación Colectivo de Abogados “José Alvear Restrepo” elevó petición ante la Comisión Interamericana de Derechos Humanos, el 12 de mayo de 1998, en la cual alegó la responsabilidad de agentes del Estado colombiano en la

muerte de Leydi Dayán Sánchez Tamayo, de 14 años de edad, ocurrida el 21 de marzo de ese año en la ciudad de Bogotá.

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

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

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

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

- “1. Realizar una investigación imparcial y efectiva ante la jurisdicción ordinaria con el fin de juzgar y sancionar a los responsables por la muerte de Leydi Dayán Sánchez Tamayo.
2. Reparar a los familiares de la víctima en forma integral por las violaciones a la Convención Americana establecidas en el presente informe.

3. Efectuar un reconocimiento público de responsabilidad estatal de las violaciones a la Convención Americana establecidas en el presente informe.
4. Adoptar medidas de capacitación, vigilancia y aplicación de la ley para garantizar que los agentes del Estado autorizados para emplear armas de fuego, hagan uso de aquéllas en estricto cumplimiento de los principios de necesidad, excepcionalidad y proporcionalidad, particularmente en situaciones que involucren la presencia de niños y niñas, los cuales requieren especiales medidas de protección.
5. Adoptar las medidas necesarias para evitar que en el futuro se produzcan hechos similares, conforme al deber de prevención y garantía de los derechos fundamentales reconocidos en la Convención Americana, así como dar pleno cumplimiento a la doctrina desarrollada por la Comisión y la Corte Interamericanas sobre el empleo exclusivo de la justicia penal militar respecto de los delitos de función”.

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

Ahora bien, es claro que la sola presentación de la demanda de revisión, no es suficiente para considerar acatada la recomendación N° 1, si en cuenta se tiene que la misma exige del Estado colombiano que realice una investigación imparcial y efectiva ante la jurisdicción ordinaria, con el fin de juzgar y castigar a los responsables por la muerte de

Leydi Dayán Sánchez Tamayo.

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

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

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

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

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

“A juicio de la Corte, el término “recomendaciones” usado por la Convención Americana debe ser interpretado conforme a su sentido corriente de acuerdo con la regla general de interpretación contenida en el artículo 31.1 de la Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados y, por ello, no tiene el carácter de una decisión jurisdiccional obligatoria cuyo incumplimiento generaría la responsabilidad del Estado. Como no consta

que en la presente Convención la intención de las partes haya sido darle un sentido especial, no es aplicable el artículo 31.4 de la misma Convención. En consecuencia, el Estado no incurre en responsabilidad internacional por incumplir con una recomendación no obligatoria. En cuanto al artículo 44 de la Convención Americana (norma transcrita en párrafos anteriores), la Corte encuentra que él se refiere al derecho a presentar peticiones ante la Comisión y que no tiene relación con las obligaciones del Estado” (apartado 67).

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

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

(...)

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

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

Se trata, entonces, la recomendación, de una sugerencia respetuosa, contenida en un

informe, que se le hace al Estado parte, sin que tenga carácter obligatorio, en tanto, la propia Convención omitió definir un alcance diferente o especial, distinto del natural y obvio atrás referenciado.

Por su parte, la Corte Constitucional se ha referido al tema de las recomendaciones en varios pronunciamientos, analizando, en primer término, las emanadas de la Organización Internacional del Trabajo⁶.

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

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

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

“Diferencias entre los Convenios y las Recomendaciones.

2. De acuerdo con el artículo 19 de la Constitución de la OIT, esa organización se pronuncia a través de convenios internacionales o de recomendaciones. Sin embargo, estos instrumentos no tienen la misma naturaleza jurídica. Los convenios son auténticas normas de derecho internacional que vinculan jurídicamente a los Estados, mientras que las recomendaciones no tienen tal característica pues son instrumentos que se limitan a señalar pautas para orientar la legislación y la práctica jurídica nacional. Los convenios buscan la ratificación de los Estados miembros a fin de que éstos adquieran

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

Las recomendaciones, a diferencia de los convenios, no son entonces tratados, pues no generan, modifican o extinguen obligaciones internacionales para los Estados. Esa diversa naturaleza jurídica se manifiesta incluso en el distinto lenguaje empleado por la OIT, según el caso. Así, las recomendaciones tienden a ser redactadas como sugerencias o invitaciones a los Estados a desarrollar determinadas políticas, por lo cual se usa en

general el modo condicional. La mayor parte de los artículos de estos documentos simplemente señalan que los Estados, los patronos o los trabajadores “deberían” efectuar determinada conducta, tal y como se puede observar mediante la lectura de las recomendaciones aprobadas por medio de la ley bajo revisión. Esto muestra que las recomendaciones no son, en estricto sentido, verdaderas normas jurídicas sino exhortaciones políticas a los Estados. En cambio, los convenios se formulan con el lenguaje preceptivo de las normas jurídicas, para lo cual basta revisar cualquiera de esos documentos jurídicos en donde se señala que los Estados “deberán” o se “comprometen” a efectuar determinadas políticas. Y no podía ser de otra forma pues mediante los convenios los Estados adquieren compromisos jurídicos internacionales.

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

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

ejecución, de la fuerza imperativa de que están dotados los Convenios de la O.I.T”.

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

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

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

Así, por ejemplo, dado que el artículo 41 de la Convención faculta a la Comisión para “b) formular recomendaciones, cuando lo estime conveniente, a los gobiernos de los Estados miembros para que adopten medidas progresivas en favor de los derechos humanos dentro del marco de sus leyes internas y sus preceptos constitucionales, al igual que disposiciones apropiadas para fomentar el debido respeto a esos derechos”, el Estado colombiano expidió la Ley 288 de 1996, “por medio de la cual se establecen instrumentos para la indemnización de perjuicios a las víctimas de violaciones de derechos

humanos en virtud de lo dispuesto por determinados órganos internacionales de derechos humanos”.

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

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

“1. Las fuentes del derecho internacional público.

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

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

En tal sentido, conviene señalar que los órganos de las organizaciones internacionales

pueden, de conformidad con el tratado multilateral constitutivo de cada una de ellas, u otros textos normativos como son los Estatutos o los Reglamentos Internos, adoptar actos jurídicos unilaterales de diversa denominación y con distintos efectos jurídicos como son: resoluciones, recomendaciones, decisiones, opiniones consultivas, medidas provisionales, medidas cautelares o incluso sentencias, como es el caso de la Corte Interamericana de Derechos Humanos.

La práctica internacional demuestra que existe en esta materia una gran incertidumbre terminológica y una ambigüedad conceptual que no permiten, en muchos casos, precisar con exactitud el alcance de cada una de estas clases de actos jurídicos. Por tales razones, la doctrina se limita a distinguir entre los actos de los órganos judiciales internacionales, que pueden ser “sentencias”, las cuales tienen efecto vinculante y hacen tránsito a cosa juzgada y “opiniones consultivas”, desprovistas de tales efectos; y por otra parte, están las decisiones y las recomendaciones.

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

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

Ahora bien, el tema del valor jurídico de las recomendaciones ha sido objeto, en los últimos

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

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

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

En tal sentido, el operador jurídico debe tomar en consideración la naturaleza del órgano internacional que adoptó la recomendación; si se trata de una invitación dirigida al Estado para que tome medidas legislativas o administrativas encaminadas a enfrentar situaciones generalizadas de violaciones de los derechos humanos o si por el contrario se

alude a un caso concreto; y finalmente, los principios y las disposiciones del tratado internacional con base en los cuales la recomendación fue adoptada.

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

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

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

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

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

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

Con el propósito de que esta variedad de recomendaciones pudiesen ser ejecutadas en el ordenamiento jurídico interno se expidió la Ley 228 de 1996 “Por medio de la cual se establecen instrumentos para la indemnización de perjuicios a las víctimas de violaciones de derechos humanos en virtud de lo dispuesto por determinados órganos internacionales de derechos humanos”, trámite que apunta, principalmente, al pago de una indemnización económica a las víctimas de una violación a sus derechos humanos y a sus familiares. De tal suerte que, en estos casos, también se cuenta con un mecanismo judicial para que la decisión del organismo internacional sea cumplida en Colombia.

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

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

Francisco R. Barbosa Delgado⁷ sostiene que la eficacia de los informes individuales y generales en el Sistema Interamericano es precaria.

En cuanto a los informes individuales, manifiesta, “debe tenerse en cuenta que si se presenta la circunstancia de proferirse el informe preliminar por parte de la Comisión

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

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

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

A su turno, el Instituto Interamericano de Derechos Humanos⁸, considera que si bien en algunos países de la región se han venido invocando y aplicando las normas de derechos humanos de origen internacional, se trata de una medida insuficiente, debido, precisamente, a la falta de claridad existente acerca de la vigencia y exigibilidad de dicha normatividad.

Hay que tener presente, a juicio del Instituto, que no todas las fuentes del derecho internacional de los derechos humanos son equivalentes y en ese orden de ideas, diferencia entre los convenios o pactos -tratados- de los cuales los Estados se hacen parte a través de un procedimiento y las declaraciones de derechos de

determinados organismos internacionales. Así, mientras las primeras resultan exigibles ante los tribunales nacionales, las segundas pueden ser invocadas como fuentes auxiliares de interpretación y elaboración de las primeras.

En concreto, señala la entidad que “La Convención de Viena sobre Derecho de los Tratados entre Estados y Organizaciones Internacionales o entre Organizaciones Internacionales, de 1986, incorporó a estas organizaciones como partes potenciales de un tratado internacional y mantuvo los otros elementos de definición.

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

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

Y, en lo concerniente al segundo tipo de fuente del derecho internacional de los derechos humanos, es decir, las declaraciones u otro tipo de documentos emitidos por instancias internacionales (caso de las recomendaciones), indicó que “carece de las formalidades descritas para la entrada en vigencia dentro de un país dado y, por lo

mismo, no tiene la obligatoriedad que acompaña a los convenios y pactos internacionales, una vez ratificados por el país de que se trate.

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

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

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

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

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

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

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

El Informe y la mencionada recomendación que contiene, en tanto, acto jurídico unilateral internacional, tienen como única virtualidad la de propiciar la revisión por parte de la Corte, pero no la de declarar inválida la actuación, sin que previamente la Sala haya verificado si hubo algún tipo de violación en el desarrollo del proceso.

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

le corresponde más que avalar el proceso seguido en nuestro país.

4. La causal invocada.

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

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

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

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

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

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

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

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

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

En este orden de ideas, resulta válido afirmar que la Constitución, directamente, confiere

plenos efectos jurídicos a los tratados y convenios debidamente ratificados por Colombia.

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

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

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

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

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

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

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

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

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

Los derechos de las víctimas, por lo tanto, adquieren una importancia trascendental que es directamente proporcional a la gravedad del hecho punible, en la medida en que entre mas grave haya sido el daño social, mayor consideración debe brindárseles a quienes lo padecen. Ese mayor impacto conlleva a que el compromiso del Estado en las labores

investigativa y sancionatoria, comporte mayores niveles de exigencia.

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

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

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

En tales condiciones, la fuerza normativa de los derechos constitucionales de las víctimas y el imperativo que la Carta impone a las autoridades de lograr la vigencia de un orden justo (CP art. 2º) implican que en los casos de violaciones a los derechos humanos o infracciones graves al derecho internacional humanitario, si aparecen nuevos hechos o pruebas que puedan permitir la determinación de los responsables de esos atroces comportamientos, entonces pueden ser reabiertas las investigaciones, incluso si existen decisiones absolutorias con fuerza de cosa juzgada. La razón es que una prohibición absoluta de reiniciar esas investigaciones obstaculiza la realización de un orden justo e implica un sacrificio en extremo oneroso de los derechos de las víctimas. Por

consiguiente, en los casos de impunidad de violaciones a los derechos humanos o al derecho internacional humanitario, la búsqueda de un orden justo y los derechos de las víctimas desplazan la protección de la seguridad jurídica y la garantía del non bis in ídem, y por ello la existencia de una decisión absolutoria con fuerza de cosa juzgada no debe impedir una reapertura de la investigación de esos comportamientos, si aparecen hechos o pruebas nuevas no conocidas al tiempo de los debates. Y es que la seguridad jurídica en una sociedad democrática, fundada en la dignidad humana, no puede estar edificada sobre la base de silenciar el dolor y los reclamos de justicia de las víctimas de los comportamientos más atroces, como son las violaciones a los derechos humanos y las infracciones graves al derecho internacional humanitario.

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

32- Como ya se explicó anteriormente, la impunidad de las violaciones a los derechos humanos y al derecho humanitario es más grave, cuando el Estado ha incumplido en forma protuberante con sus deberes de investigar y sancionar seriamente esos delitos. En esos eventos, la preponderancia de los derechos de las víctimas y de la búsqueda de un orden justo sobre la seguridad jurídica y el non bis in ídem es aún más evidente, por las siguientes dos razones: De un lado, para las víctimas y los perjudicados por una violación a los derechos humanos, la situación resulta aún más intolerable, pues su dignidad humana es vulnerada en cierta medida doblemente, ya que esas personas no

sólo fueron lesionadas por un comportamiento atroz sino que, además, deben soportar la indiferencia del Estado, quien incumple en forma protuberante con su obligación de esclarecer esos actos, sancionar a los responsables y reparar a los afectados.

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

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

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

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

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

5. Las víctimas.

Precisamente, por los efectos que para la decisión tiene el tópico, la corte estima necesario hacer algunas precisiones en torno del concepto de víctima y cómo ella, en el ámbito internacional e incluso en nuestra legislación interna, goza en la actualidad de

un plus protectivo, bajo cuya égida se permite la intervención profunda de los organismos internacionales y de esta Corporación, a fin de materializar los derechos inherentes a su condición.

Partiendo del indiscutible reconocimiento de que los Estados están jurídicamente obligados a proteger los derechos humanos y, en consecuencia, deben investigar las violaciones que se hayan cometido dentro del ámbito de su jurisdicción con el fin de identificar los responsables e imponerles las sanciones pertinentes, porque la omisión a esta exigencia desconoce el derecho de las víctimas y sus familiares a conocer la verdad sobre lo sucedido, y a una adecuada reparación, la Constitución Política, los tratados internacionales y la jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, imponen el deber-obligación al Estado colombiano de incorporar en la legislación interna normas que permitan prohibir las violaciones del derecho a la vida, la integridad y libertad personales, etc., y que dispensen castigo a los responsables, lo cual, como lo recordó la Sala en la trascendente decisión del 11 de julio de 2007, no sólo incumbe al órgano legislativo,

“...sino a toda la institución estatal y a quienes deben resguardar la seguridad, sean éstas fuerzas de policía o fuerzas armadas. En razón de lo anterior, los Estados deben adoptar las medidas necesarias, no sólo a nivel legislativo, administrativo y judicial, mediante la emisión de normas penales y el establecimiento de un sistema de justicia para prevenir, suprimir y castigar la privación de la vida como consecuencia de actos criminales, sino también para prevenir y proteger a los individuos de actos criminales de otros individuos e investigar efectivamente estas situaciones⁹.

En el sistema interamericano, la jurisprudencia sobre los derechos de las víctimas ha evolucionado a partir de denuncias internacionales de derechos humanos, luego de la apertura democrática en países que vivieron dictaduras en las décadas de los 70 y 80, particularmente en los casos de la autoamnistía en Chile, en Uruguay y en los

casos contra Argentina por la promulgación de las leyes de Obediencia Debida y Punto Final, y de indultos presidenciales con posterioridad a la ratificación de la Convención¹⁰.

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

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

A su vez, la declaración sobre los Principios Fundamentales de Justicia para las Víctimas de Delitos y del Abuso del Poder, establece que:

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

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

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

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

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

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

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

- a. Por víctimas se entenderá las personas naturales que hayan sufrido un daño como consecuencia de la comisión de algún crimen de la competencia de la Corte.
- b. Por víctimas se podrá entender también las organizaciones o instituciones que hayan

sufrido daños directos a alguno de sus bienes que esté dedicado a la religión, la instrucción, las artes, las ciencias, la beneficencia y a sus monumentos históricos, hospitales y otros lugares y objetos que tengan fines humanitarios”.

En el orden interno, cabe señalar que la Carta Política de 1991 elevó a rango constitucional el concepto de víctima cuando en el numeral 4 del artículo 250 Superior (antes de la reforma introducida a través del Acto Legislativo 03 de 2002), señala que el Fiscal General de la Nación debe “velar por la protección de las víctimas”. Además, del artículo 2º de la Carta, se deduce que en las investigaciones y procedimientos necesarios para esclarecer los hechos punibles, las autoridades en general, y las judiciales en particular, deben propender por el goce efectivo de los derechos de todos los residentes en Colombia y la protección de bienes jurídicos de particular importancia para la vida en sociedad.

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

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

“...tanto en el derecho internacional, como en el derecho comparado y en nuestro ordenamiento constitucional, los derechos de las víctimas y perjudicados por un hecho

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

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

1. El derecho a la verdad, esto es, la posibilidad de conocer lo que sucedió y en buscar una coincidencia entre la verdad procesal y la verdad real. Este derecho resulta particularmente importante frente a graves violaciones de los derechos humanos.
2. El derecho a que se haga justicia en el caso concreto, es decir, el derecho a que no haya impunidad.
3. El derecho a la reparación del daño que se le ha causado a través de una compensación económica, que es la forma tradicional como se ha resarcido a la víctima de un delito”¹³.

Esa decisión influyó en la jurisprudencia de esta Corte, pues a partir de entonces comprendió que los derechos de las víctimas de una conducta punible no se agotan en la reparación del daño patrimonial causado con el delito, ya que en un Estado social de derecho, en el caso de delitos, la justicia para las víctimas no se obtiene con la simple reparación patrimonial, sino que es necesario, además, que se realicen sus derechos a

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

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

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

La Corte Suprema de Justicia, en la ya citada decisión del 11 de julio de 2007¹⁵, destacó, además, que frente a las violaciones de los derechos humanos el Estado debe

garantizar a las víctimas un recurso efectivo que ofrezca resultados o respuestas adecuadas¹⁶, lo cual significa que sólo se hace justicia y se obtiene eficacia del recurso efectivo, cuando quienes han sufrido la violación de los derechos humanos, obtienen verdad, justicia y reparación¹⁷.

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

“un sistema de garantías fundado en el principio de la tutela judicial efectiva¹⁸, de amplio reconocimiento internacional¹⁹, y con evidente acogida constitucional a través de los artículos 229, 29 y 93 de la Carta. Este principio se caracteriza por establecer un sistema de garantías de naturaleza bilateral. Ello implica que garantías como el acceso a la justicia (Art.229); la igualdad ante los tribunales (Art.13); la defensa en el proceso (Art.29); la imparcialidad e independencia de los tribunales²⁰; la efectividad de los derechos (Arts. 2º y 228); sean predicables tanto del acusado como de la víctima. Esta bilateralidad, ha sido admitida por esta Corporación al señalar que el complejo del debido proceso, que involucra principio de legalidad, debido proceso en sentido estricto, derecho de defensa y sus garantías, y el juez natural, se predicán de igual manera respecto de las víctimas y perjudicados”²¹.

Por lo tanto, debe entenderse que el complejo del debido proceso –legalidad, debido proceso en sentido estricto, derecho de defensa y respeto al juez natural- se predicán, en el proceso penal, de igual manera para el acusado como para la víctima.

La competencia para juzgar es uno de los principios basilares del debido proceso que atañe con el principio del juez natural y la organización judicial, expresamente consagrado en el artículo 29 constitucional cuando refiere al juzgamiento ante el “juez o tribunal competente”. Por lo tanto, el desconocimiento a este principio constituye una violación del derecho al debido proceso, ya que implica la ausencia de uno de sus elementos fundamentales, esto es, que la valoración jurídica sea llevada a cabo por

quien tiene la facultad y la autoridad para hacerlo, de modo que exista un fundamento para asumir las cargas e implicaciones que de ella se derivan.

Y ello adquiere especial connotación en punto a los derechos a la justicia y a la verdad de las víctimas de delitos, pues como lo advirtió la Corte Constitucional en el precedente que viene de citarse²², resulta decisivo establecer si un hecho punible atribuido a un militar es un acto relacionado con el servicio, ya que la responsabilidad derivada de la existencia o no de la mencionada relación será distinta. De esa manera, el primer elemento para conocer la verdad de lo acaecido y establecer quiénes son los responsables depende, en buena medida, de que se determine si el acto reunía dichas calidades.

6. Juez natural y fuero militar.

Respecto de este tema, resulta necesario, dentro de la legislación colombiana, acudir a lo expresado por la Corte Constitucional en la sentencia de exequibilidad C-358 de 1997:

“5. La nota de especialidad del derecho penal militar, que explica su contenido y fija su alcance, la determina la misma Constitución al vincular las conductas típicas sancionadas por este código a la prestación activa del servicio confiado a los integrantes de la fuerza pública. En un Estado de Derecho, la función militar y la policiva están sujetas al principio de legalidad. El ejercicio del monopolio de la fuerza por el Estado, y las condiciones y modalidades en que se desarrolla, sólo son legítimos cuando se realizan conforme a la Constitución y a la ley. Entre las muchas normas que configuran el marco jurídico aplicable al uso y disposición de la fuerza que detenta el Estado, las que se plasman en el Código Penal Militar tienen la mayor relevancia en cuanto que en ellas se imponen deberes de acción o de abstención a los miembros de la fuerza pública. A través del derecho penal militar se pretende excluir comportamientos reprochables que, pese a tener relación con el servicio, denotan desviación respecto de sus objetivos o

medios legítimos.

6. El concepto de servicio corresponde a la sumatoria de las misiones que la Constitución y la ley le asignan a la fuerza pública, las cuales se materializan a través de decisiones y acciones que en últimas se encuentran ligadas a dicho fundamento jurídico. La sola circunstancia de que el delito sea cometido dentro del tiempo de servicio por un miembro de la fuerza pública, haciendo o no uso de prendas distintivas de la misma o utilizando instrumentos de dotación oficial o, en fin, aprovechándose de su investidura, no es suficiente para que su conocimiento corresponda a la justicia penal militar. En efecto, la noción de servicio militar o policial tiene una entidad material y jurídica propia, puesto que se patentiza en las tareas, objetivos, menesteres y acciones que resulta necesario emprender con miras a cumplir la función constitucional y legal que justifica la existencia de la fuerza pública. El uniforme del militar, por sí sólo, no es indicativo de que lo que hace la persona que lo lleva sea en sí mismo delito militar; por lo tanto, deberá examinarse si su acción o abstención guarda relación con una específica misión militar. De otro lado, el miembro de la fuerza pública, así se encuentre en servicio activo, ha podido cometer el crimen al margen de la misión castrense encomendada: en este caso, el solo hecho de estar en servicio activo no lo exime de ser sometido al derecho penal común. Las prerrogativas y la investidura que ostentan los miembros de la fuerza pública pierden toda relación con el servicio cuando deliberadamente son utilizadas para cometer delitos comunes, los cuales no dejan de serlo porque el agente se haya aprovechado de las mencionadas prerrogativas e investidura, ya que ellas no equivalen a servicio ni, de otro lado, tienen la virtud de mutar el delito común en un acto relacionado con el mismo.

Un entendimiento distinto del que se concede a estas hipótesis en esta sentencia, conduciría a desvirtuar la esencia del fuero militar y policial, que de otro modo terminaría por convertirse en privilegio estamental. Repárese que si se aceptara que fueran juzgadas por la justicia penal militar todas las personas a las que se imputa un

delito, que haya sido perpetrado haciendo uso de las prendas distintivas de la fuerza pública o utilizando armas de dotación oficial, se estaría admitiendo que el fuero se discierne por la mera circunstancia de que el sujeto activo tenga el carácter de miembro de la fuerza pública sin parar mientes en la relación de su proceder con el servicio castrense objetivamente considerado. El simple hecho de que una persona esté vinculada a la fuerza pública no dota a sus propósitos delictivos de la naturaleza de misión de la fuerza pública. Ellos continúan siendo simplemente la voluntad delincuencial imputable a la persona, desconectada del servicio público de la defensa y de la seguridad públicas, la cual en un plano de estricta igualdad deberá ser investigada y sancionada según las normas penales ordinarias.

7. Además del elemento subjetivo – ser miembro de la fuerza pública en servicio activo -, se requiere que intervenga un elemento funcional en orden a que se configure constitucionalmente el fuero militar: el delito debe tener relación con el mismo servicio. Lo anterior no significa que la comisión de delitos sea un medio aceptable para cumplir las misiones confiadas a la fuerza pública. Por el contrario, la Constitución y la ley repudian y sancionan a todo aquel que escoja este camino para realizar los altos cometidos que se asocian al uso y disposición de la fuerza en el Estado de derecho, puesto que éste ni requiere ni tolera el recurso a medios ilegítimos para la consecución de sus fines. El servicio está signado por las misiones propias de la fuerza pública, las cuales por estar sujetas al principio de legalidad en ningún caso podrían vulnerarlo.

No obstante que la misión o la tarea cuya realización asume o decide un miembro de la fuerza pública se inserte en el cuadro funcional propio de ésta, es posible que en un momento dado, aquél, voluntaria o culposamente, la altere radicalmente o incurra en excesos o defectos de acción que pongan de presente una desviación de poder que, por serlo, sea capaz de desvirtuar el uso legítimo de la fuerza. Justamente a este tipo de conductas se orienta el Código Penal Militar y se aplica el denominado fuero militar. La legislación penal militar, y el correspondiente fuero, captan conductas que reflejan

aspectos altamente reprochables de la función militar y policial, pero que no obstante tienen como referente tareas y misiones que, en sí mismas, son las que de ordinario integran el concepto constitucional y legal de servicio militar o policial.

La exigencia de que la conducta punible tenga una relación directa con una misión o tarea militar o policiva legítima, obedece a la necesidad de preservar la especialidad del derecho penal militar y de evitar que el fuero militar se expanda hasta convertirse en un puro privilegio estamental. En este sentido, no todo lo que se realice como consecuencia material del servicio o con ocasión del mismo puede quedar comprendido dentro del derecho penal militar, pues el comportamiento reprochable debe tener una relación directa y próxima con la función militar o policiva. El concepto de servicio no puede equivocadamente extenderse a todo aquello que el agente efectivamente realice. De lo contrario, su acción se desligaría en la práctica del elemento funcional que representa el eje de este derecho especial.

La Corte Constitucional, a este respecto, coincide con el criterio adoptado por la Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Penal, en el auto del 23 de agosto de 1989, MP. Gustavo Gómez Velásquez:

“Los delitos de carácter común son los que usualmente, por su naturaleza, dan lugar a perplejidades en cuanto a deducir el fuero de carácter militar. Es corriente, en un principio, considerar los mismos como ajenos a la función castrense. Pero este general y apriorístico criterio, no resulta de fatal aplicación. Cuando esta clase de infracción aparezca como realizada dentro del ejercicio de un servicio de carácter militar, a no dudarlo, debe discernirse el fuero. Pero la función castrense debe aparecer nítida, esto es, que no se dude que se estaba en su desempeño legítimo y que, como consecuencia de su aplicación, que inicialmente no envolvía la comisión de hecho delictuoso alguno, ocurrió eventualmente el hecho criminoso.

Estos aspectos son de sumo interés y establecen nota distintiva fundamental para apreciar la cobertura y alcance del fuero militar. Si se llega a la función, con el propósito de ejercerlas con fines delictivos y en desarrollo de éstos se cumple aquélla, es indubitable que se está frente a una actividad criminosa que no puede cobijar el fuero para que sea la justicia castrense la que conozca de tal comportamiento. Pero sí por el contrario se está dentro de una sana y recta aplicación de la función militar y en cumplimiento de la misma se origina y desarrolla la conducta punible, por lo mismo que ésta tiene con aquélla un vínculo sustancial, debe inferirse la vigencia y reconocimiento del cuestionado fuero.

En el caso sub examine es cierto que los procesados cumplían una tarea de carácter militar (guardia externa y mantenimiento en el barrio Navy Cay), aunque caprichosamente resolvieron mudar el sitio de su prestación, lo cual ha originado una sindicación por el delito de “desobediencia”. Para nada tenía que involucrarse ésta con funciones policivas relacionadas con el control de estupefacientes. Accidentalmente apareció en la playa un costal con unos 55 kilos de marihuana, siendo llamados los infantes de marina para recogerla, actividad ésta que no implica delito alguno, pero sí el comportamiento posterior, esto es, el haber aprovechado la posesión del estupefaciente para intentar, en asocio de un particular, su venta. En estas condiciones, la retención de ese alucinógeno, que bien pudo hacerlo cualquier particular y llevarlo a la autoridad respectiva, no comporta la aplicación específica de un servicio, que dé lugar a la acción delictiva. El servicio se roza con ésta, pero no es propia de aquél. De ahí que no pueda extenderse su alcance a comportamiento de tales características.

Conviene, además, enfatizar sobre lo siguiente: el ámbito restringido sobre el cual opera la justicia penal militar, ya que por mandato constitucional sólo puede ésta conocer de conductas delictuosas cometidas por militares en servicio activo y en relación con el mismo servicio (art. 170 C.N.), no posibilita el que entren a éste ámbito judicial de excepción otros comportamientos u otros procesados, ni siquiera por vía del Instituto

de la conexidad o de la acumulación. De ahí, pues, que para que éstos operen, debe tratarse de personas procesadas que tengan ese carácter y realicen conductas de tan específica índole. Ni los delitos comunes, privados de relación con el servicio, ni personas ajenas a la condición militar pueden llevarse a tales tribunales militares, así unos y otros exhiban algunos nexos, como la participación conjunta en los hechos o ligámenes de naturaleza probatoria, etc.

La excepcionalidad de este fuero impone su rigor y de ahí que no puedan establecerse esta clase de unidades procedimentales, muy propias y amplias en el estatuto ordinario de procesamiento. De ahí que se imponga la separación de las investigaciones y de los juzgamientos, para que la justicia castrense sólo se ocupe de lo que a ésta le permite conocer la Constitución: lo exclusivamente relacionado con el servicio que presta el militar activo inculcado.

No es posible, entonces, que delitos comunes, cometidos por militares en servicio activo, pero ajenos a su actividad oficial, y que se puedan mostrar conexos con delitos propios del fuero castrense, se unifiquen, para su conocimiento por parte de los tribunales militares. Debe procederse a separar unos de otros: aquéllos irán a la justicia ordinaria y éstos pasarán a la justicia penal militar”.

8. La Constitución se ha ocupado de trazar las coordenadas básicas de la justicia penal militar. Cometido específico del Código Penal Militar será el de especificar, por vía general, los comportamientos que dentro de dicho marco quedan sometidos a la justicia penal militar. Los tipos penales típicamente militares no pueden acuñarse sin tomar en consideración las características propias del servicio militar y policial.

En algunos casos, los tipos penales comunes se incorporan en el Código Penal Militar, con el objeto de introducir elementos y circunstancias inherentes al servicio que presta la fuerza pública y que resulta conveniente tomar en consideración.

Finalmente, el Código Penal Militar – entre otras opciones reservadas al campo de libertad configurativa del legislador -, puede efectuar un reenvío a la legislación penal ordinaria, en lo concerniente a los tipos penales no considerados expresamente, pero que pueden eventualmente ser violados por parte de los miembros de la fuerza pública al dar cumplimiento a las misiones relacionadas con actos y operaciones vinculados con el servicio.

En este último caso, el legislador puede limitarse a trasladar literalmente al Código Penal Militar los tipos penales ordinarios, siempre que se determine como elemento del tipo la relación directa del supuesto criminal con la prestación del servicio militar o policial. De lo contrario, sin justificación alguna se expandiría la justicia penal militar y, además, ella adoptaría un sesgo puramente personalista, ajeno por entero a la finalidad que la anima y que apunta a preservar la legitimidad que ha de rodear todo acto de disposición y uso de la fuerza pública.

En el plano normativo el legislador no puede, pues, construir los tipos penales militares, modificar los tipos penales ordinarios o incorporarlos en el Código Penal Militar, sin tomar en consideración lo que genuinamente tiene relación directa con los actos propios del servicio militar y policial. La justicia penal militar está montada sobre dos elementos que se equilibran mutuamente: uno de carácter personal – miembro de la fuerza pública en servicio activo – y, otro, de índole funcional – relación del delito con un acto del servicio. Por consiguiente, el legislador no puede sin más alterar este equilibrio.

Hacer caso omiso de la relación funcional o relajarla hasta el punto de que por ella pueda entenderse todo lo que ocurra mientras se adelanta una acción emprendida por miembros de la fuerza pública o todo aquello que se siga de su actuación, como se desprende de las expresiones examinadas, conduce inexorablemente a potenciar sin justificación alguna el aspecto personal del fuero militar.

Tanto en los delitos típicamente militares como en los comunes cuyos elementos, de una o de otra manera, han sido modificados con el objeto de adaptarlos al contexto de la función militar o policiva, el concepto de servicio o misión legítima constituye un referente obligado para el legislador, que toma de éste características y exigencias propias para proyectarlas luego como ingredientes o aspectos de las diferentes especies punitivas. En estos dos casos convergen de manera ciertamente más acusada los elementos personal y funcional que integran la justicia penal militar.

En el tercer caso - recepción pasiva de tipos penales comunes -, el riesgo de reforzar el elemento personal de la justicia penal militar en detrimento del elemento funcional es definitivamente mayor, lo que debe llevar a la Corte a un examen más estricto y riguroso sobre esta parte de la normativa, máxime si se repara en que por dicho sendero el fuero puede fácilmente trocarse en privilegio y, paralelamente, el derecho especial extender su dominio a costa del derecho penal común y de la jurisdicción ordinaria.

9. Antes de decidir acerca de la aplicación del derecho penal militar en un caso concreto es indispensable que el juez, al analizar el contexto fáctico en el que se cometió el acto delictivo, distinga y confronte la conducta efectivamente realizada y la operación o acción propios del servicio. Tratándose del delito típicamente militar y del delito común adaptado a la función militar - o "militarizado" como lo señalan algunos autores -, tanto el elemento personal como el funcional, constitutivos de la justicia penal militar, son forzosamente estimados por el juez, habida cuenta de que la norma penal los involucra conjuntamente. En el caso de los delitos comunes objeto de recepción pasiva por parte del Código Penal Militar, la ausencia de un condicionamiento positivo estricto dentro del mismo tipo penal, que supedita la competencia de la justicia penal militar a su vinculación directa con un acto u operación propios del servicio, dificulta la decisión acerca de cuál es el derecho penal aplicable. Esa decisión está siempre expuesta a dos peligros igualmente graves y lesivos de la igualdad y del debido proceso: por una parte, la discrecionalidad judicial para definir el

juez natural y el derecho aplicable; por otra, la conversión del fuero en privilegio personal y el socavamiento injustificado de la jurisdicción ordinaria. Los mencionados peligros pueden menguarse, sin embargo, si se parte de la definición del fuero penal militar como una excepción a la regla del juez natural general. Ello significa que en todos aquellos casos en los que no aparezca diáfananamente la relación directa del delito con el servicio habrá de aplicarse el derecho penal ordinario.

10. La jurisdicción penal militar constituye una excepción constitucional a la regla del juez natural general. Por ende, su ámbito debe ser interpretado de manera restrictiva, tal como lo precisa la Carta Política al establecer en su artículo 221 que la justicia penal militar conocerá “de los delitos cometidos por los miembros de la fuerza pública en servicio activo, y en relación con el mismo servicio”. Conforme a la interpretación restrictiva que se impone en este campo, un delito está relacionado con el servicio únicamente en la medida en que haya sido cometido en el marco del cumplimiento de la labor – es decir del servicio – que ha sido asignada por la Constitución y la ley a la Fuerza Pública. Esta definición implica las siguientes precisiones acerca del ámbito del fuero penal militar:

a. que para que un delito sea de competencia de la justicia penal militar debe existir un vínculo claro de origen entre él y la actividad del servicio, esto es, el hecho punible debe surgir como una extralimitación o un abuso de poder ocurrido en el marco de una actividad ligada directamente a una función propia del cuerpo armado. Pero aún más, el vínculo entre el delito y la actividad propia del servicio debe ser próximo y directo, y no puramente hipotético y abstracto. Esto significa que el exceso o la extralimitación deben tener lugar durante la realización de una tarea que en sí misma constituya un desarrollo legítimo de los cometidos de las Fuerzas Armadas y la Policía Nacional. Por el contrario, si desde el inicio el agente tiene propósitos criminales, y utiliza entonces su investidura para

realizar el hecho punible, el caso corresponde a la justicia ordinaria, incluso en aquellos eventos en que pudiera existir una cierta relación abstracta entre los fines de la Fuerza Pública y el hecho punible del actor. En efecto, en tales eventos no existe concretamente ninguna relación entre el delito y el servicio, ya que en ningún momento el agente estaba desarrollando actividades propias del servicio, puesto que sus comportamientos fueron ab initio criminales.

a. que el vínculo entre el hecho delictivo y la actividad relacionada con el servicio se rompe cuando el delito adquiere una gravedad inusitada, tal como ocurre con los llamados delitos de lesa humanidad. En estas circunstancias, el caso debe ser atribuido a la justicia ordinaria, dada la total contradicción entre el delito y los cometidos constitucionales de la Fuerza Pública. Al respecto es importante mencionar que esta Corporación ya ha señalado que las conductas constitutivas de los delitos de lesa humanidad son manifiestamente contrarias a la dignidad humana y a los derechos de la persona, por lo cual no guardan ninguna conexidad con la función constitucional de la Fuerza Pública, hasta el punto de que una orden de cometer un hecho de esa naturaleza no merece ninguna obediencia. En efecto, en la sentencia C-578 de 1995, en el fundamento jurídico 5.3.1. se expresó:

“La orden del servicio es la que objetivamente se endereza a ejecutar los fines para los cuales está creada la institución. Una orden que de manera ostensible atente contra dichos fines o contra los intereses superiores de la sociedad, no puede reclamar válidamente obediencia. La orden de agredir sexualmente a una persona o de infligirle torturas, bajo ninguna circunstancia puede merecer el calificativo de orden del servicio. Estas acciones, que se enuncian a título de ilustración, son ajenas completamente al objeto de la función pública confiada a los militares y al conjunto de sus deberes legales”.

Por consiguiente, un delito de lesa humanidad es tan extraño a la función constitucional de la Fuerza Pública que no puede jamás tener relación con actos propios del servicio, ya que la sola comisión de esos hechos delictivos disuelve cualquier vínculo entre la conducta del agente y la disciplina y la función propiamente militar o policial, por lo cual su conocimiento corresponde a la justicia ordinaria.

La Corte precisa: es obvio que nunca un acto del servicio puede ser delictivo, razón por la cual una conducta propia del servicio no amerita jamás castigo. Por ello la justicia castrense no conoce de la realización de “actos del servicio” sino de la comisión de delitos “en relación” con el servicio. Es decir, lo que esta Corporación afirma no es que los delitos de lesa humanidad no constituyen actos del servicio, pues es obvio que en un Estado de derecho jamás un delito – sea o no de lesa humanidad – representa una conducta legítima del agente. Lo que la Corte señala es que existen conductas punibles que son tan abiertamente contrarias a la función constitucional de la Fuerza Pública que su sola comisión rompe todo nexo funcional del agente con el servicio.

a. que la relación con el servicio debe surgir claramente de las pruebas que obran dentro del proceso. Puesto que la justicia penal militar constituye la excepción a la norma ordinaria, ella será competente solamente en los casos en los que aparezca nítidamente que la excepción al principio del juez natural general debe aplicarse. Ello significa que en las situaciones en las que exista duda acerca de cuál es la jurisdicción competente para conocer sobre un proceso determinado, la decisión deberá recaer en favor de la jurisdicción ordinaria, en razón de que no se pudo demostrar plenamente que se configuraba la excepción.

11. Conforme a lo anterior, la extensión del fuero penal militar a conductas que están más allá de los delitos estrictamente relacionados con el servicio representa una

vulneración a la limitación que impuso el Constituyente al ámbito de aplicación de la justicia penal militar. En tales circunstancias, los argumentos expuestos conducen inevitablemente a la declaración de inconstitucionalidad de las expresiones “con ocasión del servicio o por causa de éste o de funciones inherentes a su cargo, o de sus deberes oficiales” incluida en el artículo 190; “con ocasión del servicio o por causa de éste o de funciones inherentes a su cargo”, contenida en los artículos 259, 261, 262, 263, 264 y 266; “con ocasión del servicio o por causa de éste” comprendida en el artículo 278; y “u otros con ocasión del servicio”, incluida en el artículo 291 del Código Penal Militar. En efecto, en todos estos casos el Legislador extendió el ámbito de competencia de la justicia castrense más allá de lo constitucionalmente admisible, por lo cual la Corte retirará del ordenamiento esas expresiones, en el entendido de que la justicia penal militar sólo se aplica a los delitos cometidos en relación con el servicio, de acuerdo con los términos señalados en el numeral precedente de esta sentencia.

12. Para finalizar este aparte y teniendo en cuenta que luego de esta sentencia el texto del artículo 291 del Código Penal Militar puede resultar equívoco, importa precisar que el contenido vigente del mencionado artículo quedará así: “Juez Natural. Los militares en servicio activo y los miembros de la Policía Nacional, cuando cometan delitos contemplados en este Código, y en relación con el mismo servicio, sólo podrán ser juzgados por los jueces y tribunales establecidos en este Código”.

Igualmente, en vista de que las declaraciones de inexecutableidad podrían dejar el artículo 259 del Código Penal Militar sin contenido específico, se declarará la inconstitucionalidad total del artículo, bajo el entendido de que para los delitos de homicidio que deban ser conocidos por la justicia penal militar se aplicará lo establecido en el artículo correspondiente del Código Penal ordinario”.

En seguimiento de lo anotado, el nexo causal directo que ha de existir entre el servicio y la conducta punible, para que se entienda pasible de adelantar el conocimiento del asunto

por la Justicia Penal Militar, ha sido definido reiteradamente por la Corte²³:

“La Sala de Casación Penal de la Corte Suprema de Justicia, con palabras suyas, pero también compartiendo las de la Corte Constitucional, ha explicado de manera pacífica, reiterada y conteste, que para que una conducta sea considerada “en relación con el servicio”, no basta que el agente ostente esa condición para la época de comisión de los hechos. Es imprescindible, además, que de manera patente el acto esté vinculado con las funciones asignadas a las fuerzas militares.

Por vía de ejemplo, en sentencia de segunda instancia del 3 de septiembre del 2002 (radicado 16.482), la Sala hizo propio el siguiente análisis de la Corte Constitucional, expuesto en el fallo T-806 del 29 de junio del 2000:

En sentencia C-358 de 1997, esta Corporación fijó el alcance del término “en relación con el servicio” a que alude el artículo 221, para concluir, en el mismo sentido que en su momento lo hiciera la Sala Penal de la Corte Suprema de Justicia, que el fuero militar, por ser una excepción a la regla del juez ordinario, sólo puede operar cuando el delito cometido por el miembro de la fuerza pública tenga una relación directa, un nexo estrecho con la función que la Constitución le asigna a ésta, esto es, la defensa de la soberanía, de la independencia, de la integridad del territorio nacional y del orden constitucional, como el mantenimiento de las condiciones necesarias para el ejercicio de los derechos y libertades públicas y la convivencia pacífica de todos los habitantes del territorio colombiano (artículos 217 y 218 de la Constitución).

Por tanto, al no existir el vínculo directo entre conducta delictiva y función militar o policial, y en razón del carácter restrictivo que tiene la institución del fuero militar, la competencia para investigar y sancionar aquélla sólo le corresponde al juez ordinario. Una interpretación diversa, produciría una violación flagrante del texto constitucional, al socavarse la competencia de los órganos que por regla general están llamados a

administrar justicia, transgrediéndose así, no sólo uno de los pilares del principio de legalidad y del debido proceso, como lo es el del juzgamiento por el juez natural, sino el principio de igualdad, por cuanto el fuero castrense se convertiría en un privilegio para la fuerza pública, sin razón alguna para ello.

(....)

Como consecuencia del fallo anterior, los términos “con ocasión del servicio o por causa de éste o de funciones inherentes a su cargo” que estaban contenidos en algunos de los preceptos del Código Penal Militar, se excluyeron del ordenamiento jurídico, por cuanto se entendió que el legislador amplió el ámbito o radio de competencia de la justicia castrense por fuera de los límites establecidos en la Constitución. Por tanto, se dejó en claro que el artículo 221 de la Constitución sólo podía ser aplicable cuando, además de verificarse el elemento personal, es decir, la pertenencia activa a la fuerza pública, se demostrase que el delito tuvo “un vínculo claro de origen entre él y la actividad del servicio, esto es, el hecho punible debe surgir como una extralimitación o un abuso de poder ocurrido en el marco de una actividad ligada directamente a una función propia del cuerpo armado. Pero aún más, el vínculo entre el delito y la actividad propia del servicio debe ser próximo y directo, y no puramente hipotético y abstracto. Esto significa que el exceso o la extralimitación deben tener lugar durante la realización de una tarea que en sí misma constituya un desarrollo legítimo de los cometidos de las Fuerzas Armadas y la Policía Nacional”.

Así mismo, la Corte precisó dos aspectos de suma importancia que han de tenerse en cuenta a la hora de definir la aplicabilidad o no del fuero militar.

El primero, hace referencia a que en ningún caso los delitos denominados de lesa humanidad podrán ser de conocimiento de la justicia penal militar, por la evidente contradicción que se presenta entre éstos y las funciones asignadas por la Constitución a

la fuerza pública, por cuanto su ocurrencia a más de no guardar ninguna conexidad con éstas, son, en sí mismas, una transgresión a la dignidad de la persona y vulneración evidente de los derechos humanos. Por tanto, se dejó sentado que un delito de esta naturaleza, siempre ha de ser investigado por la justicia ordinaria, so pena de vulnerarse la naturaleza misma del fuero militar y, por ende, el texto constitucional.

El segundo, tiene que ver más con la dinámica del proceso, pues se determinó que en el curso de éste, deben aparecer pruebas claras sobre la relación existente entre la conducta delictiva del agente de la fuerza pública y la conexidad de ésta con el servicio que cumplía. En caso de no existir aquéllas, o duda sobre en que órgano debe radicarse la competencia, siempre habrá de discernirse ésta en favor de la justicia ordinaria.

3.4. Así, ha de aceptarse que el fuero militar y consecuentemente la justicia penal militar, son una excepción a la regla general, según la cual la justicia penal ordinaria, integrada por la Fiscalía General de la Nación y los jueces individuales y colegiados, es la competente para investigar y sancionar a los infractores del régimen penal. Como excepción a la regla general, aquella sólo tendrá efectividad cuando no exista la más mínima duda en el sentido que debe ser ésta y no la jurisdicción ordinaria la que debe conocer de un asunto determinado.

En la misma línea, mediante providencia del 13 de febrero del 2003 (radicado 15.705), la Sala de Casación Penal explicó:

En efecto, el fuero militar previsto en el artículo 221 de la Carta Política sólo cobija a los miembros de la fuerza pública en servicio activo y exclusivamente por las conductas ilícitas relacionadas con el servicio. Al respecto no han sido pocas las oportunidades en que la jurisprudencia se ha ocupado en torno al concepto de “relación con el servicio”, el cual no puede entenderse como una conexión genérica que se presenta entre el servicio

activo militar o policial y el delito que realiza quien lo presta, por el contrario, es imprescindible, determinar una “correspondencia” entre el hecho constitutivo de la infracción penal y los deberes que legalmente le competen a esos servidores públicos, dado que, los preceptos superiores imponen los límites dentro de los cuales se puede actuar en un Estado Social de Derecho.

De este modo, debe señalarse que entre las funciones propias del servicio militar y la conducta ilícita investigada, debe presentarse una relación según la cual el ilícito debe ser el producto de un ejercicio extralimitado o desviado de las funciones propias del servicio, es decir, perteneciente a ellas, situación que no se precisa en este evento, habida consideración de que la conducta ilícita que dio origen a este proceso no se desarrolló en relación con el servicio militar que prestaba el procesado... ni como manifestación de un ejercicio desviado o excesivo del mismo, en la misión de inteligencia y contrainteligencia que le fue encomendada, según lo afirman bajo la gravedad del juramento sus superiores jerárquicos.

Es evidente, entonces, que se trata de un delito cometido por fuera de cualquier atribución o deber, dado que, el hurto calificado y agravado por el cual fue investigado, acusado y condenado en nada se aproxima a una conducta aneja al servicio.

La Corte Constitucional, al examinar la constitucionalidad del Código Penal Militar, a la luz de la nueva Carta Política sobre el fuero militar, señaló...

“Conforme a la interpretación restrictiva que se impone en este campo, un delito está relacionado con el servicio únicamente en la medida en que haya sido cometido en el marco del cumplimiento de la labor –es decir del servicio- que ha sido asignada por la Constitución y la ley a la fuerza pública...”.

“... La expresión ‘relación con el mismo servicio’, a la vez que describe el campo de la jurisdicción penal militar, lo acota de manera inequívoca. Los delitos que

se investigan y sancionan a través de esta jurisdicción no pueden ser ajenos a la esfera funcional de la fuerza pública. Los justiciables son únicamente los miembros de la fuerza pública en servicio activo, cuando cometan delitos que tengan “relación con el mismo servicio”. El término “servicio” alude a las actividades concretas que se orienten a cumplir o realizar las finalidades propias de las fuerzas militares -defensa de la soberanía, la independencia, la integridad del territorio nacional y del orden constitucional- y de la policía nacional -mantenimiento de las condiciones necesarias para el ejercicio de los derechos y libertades públicas y la convivencia pacífica²⁴-.

Por su parte, esta Sala de la Corte, ha señalado que la competencia castrense, de linaje constitucional sólo se atribuye cuando el hecho que motiva el proceso ha sido realizado por un miembro de las Fuerzas Armadas o de la Policía Nacional en ejercicio activo de sus funciones, siempre y cuando la conducta tenga relación con el servicio militar o policial, es decir, que no basta que se trate de un militar o de un policía en servicio activo, sino que es necesario que la conducta ilícita haya sido realizada en relación con el servicio oficial a desempeñar²⁵.

El 2 de octubre del 2003 (radicado 18.729) reiteró esa postura, así:

En lo que hace referencia al concepto “relación con el servicio”, la jurisprudencia ha sido reiterativa al señalar que no puede entenderse como una conexión genérica que se presenta entre el servicio activo militar o de policía y la conducta punible que realiza quien lo presta, sino que es necesario determinar una conexión entre el comportamiento constitutivo de infracción a la ley penal y los deberes que constitucional y legalmente le competen a esos servidores públicos, toda vez que tales preceptos imponen las barreras dentro de las cuales se puede actuar en un Estado Social de Derecho.

Por tanto, entre las funciones propias del servicio militar o policial y la conducta punible investigada, debe presentarse una relación según la cual el delito debe ser el producto de

un ejercicio extralimitado o desviado de las funciones propias del servicio que prestan las Fuerza Armadas o la Policía Nacional.

En orden a lograr la necesaria claridad sobre el contenido y alcance del referido concepto, bien está traer a colación, como así también lo hizo el Tribunal Superior de Cúcuta, lo que sobre el particular puntualizó la Corte Constitucional cuando analizó la exequibilidad de la norma legal que desarrollaba el fuero militar.

(...)

Un criterio restrictivo como el que revela el pronunciamiento jurisprudencial que se acaba de citar, venía siendo aplicado por la Sala al interpretar el artículo 170 de la Constitución Política anterior, según criterio contenido en auto del 23 de agosto de 1989, del cual fue ponente el Magistrado Gustavo Gómez Velásquez. Más próximos son los pronunciamientos del 26 de marzo de 1996 (M.P. Jorge E. Córdoba Poveda); 21 de febrero del 2001, Rad. 12.308 (M.P. Jorge Aníbal Gómez Gallego); y 18 de julio del 2001, Rad. 11660 (M.P. Carlos Augusto Gálvez Argote), entre otros.

El criterio del que se hace remembranza ha sido reiterado recientemente, como se puede leer en la sentencia del 6 de abril del 2006 (radicado 20.764), citada en el proyecto original.

En conclusión, para que un comportamiento humano desplegado por un miembro de las fuerzas armadas sea considerado como cometido “en relación con el servicio”, debe estar unido a éste de manera muy cercana e inmediata, de tal forma que la ilicitud sea explicada como consecuencia de la extralimitación o del desvío de la función normal y legítima.”

En esta misma línea jurisprudencial, la Corte Interamericana de Derechos Humanos, en Sentencia del 16 de agosto de 2000 –Caso Durand y Ugarte, Perú– señaló, respecto de

la jurisdicción penal militar, que esta “ha sido establecida por diversas legislaciones con el fin de mantener el orden y la disciplina dentro de las fuerzas armadas. Inclusive, esta jurisdicción funcional reserva su aplicación a los militares que hayan incurrido en delito falta dentro del ejercicio de sus funciones y bajo ciertas circunstancias”.

Sostiene, asimismo, que en un Estado democrático de Derecho, la jurisdicción penal militar ha de tener un alcance restrictivo y excepcional y encaminarse a la protección de intereses jurídicos especiales, vinculados con las funciones que la ley asigna a las fuerzas militares. Así, debe estar excluido del ámbito de la jurisdicción militar el juzgamiento de civiles y sólo debe juzgar a militares por la comisión de delitos o faltas que por su propia naturaleza atenten contra bienes jurídicos propios del orden militar²⁶

En este orden de ideas, la Corte Interamericana considera que la aplicación de la justicia militar debe estar estrictamente reservada a militares en servicio activo y por ello, cuando la dicha jurisdicción asume competencia sobre un asunto que ha de conocer la justicia ordinaria, se ve afectado el derecho al juez natural y, a fortiori, el debido proceso, el cual, a su vez, se encuentra íntimamente ligado al propio derecho de acceso a la justicia. Ello por cuanto el juez encargado del conocimiento de una causa, debe ser competente, independiente e imparcial.

El acopio jurisprudencial reseñado en precedencia, permite de la Sala advertir plena consonancia entre los pronunciamientos de esta Corporación, la Corte Constitucional y la Corte Interamericana de Derechos Humanos, en cuanto, advierten excepcionalísimo el fuero militar, con aplicación eminentemente restrictiva –esto es, que no quepa ninguna duda de la relación entre la conducta y el servicio- y sin posibilidad de actuación de la justicia castrense cuando lo ejecutado comporta un delito de lesa humanidad.

7. El caso concreto.

Acorde con lo relacionado en precedencia, para la Corte es claro, en primer lugar, que la intervención de la Comisión interamericana de Derechos Humanos, a través de la recomendación efectuada al Estado colombiano, habilita que ahora se decida de fondo la acción legítimamente instaurada por el Ministerio Público, pero, como se anotó atrás, no faculta automática la decisión revisora, pues, es menester que se demuestre, en el análisis concreto obligado de efectuar a la Sala, que efectivamente se presentó violación a garantías fundamentales, que afectaron la seriedad e imparcialidad de los juzgadores, violándose el principio del juez natural y afectando por contera los derechos de las víctimas a la verdad, justicia y reparación.

En este sentido, para decirlo desde ya, la Corte advierte que, efectivamente, los dichos preceptos fueron flagrantemente vulnerados cuando asumió la investigación y el juzgamiento, hasta desembocar en las decisiones absolutorias puestas en entredicho, la justicia castrense, como quiera que la auscultación objetiva de lo que los hechos informan, impide considerar, por fuera de toda duda, como el criterio restrictivo de interpretación resaltado por esta Corporación, la Corte Constitucional y la Corte Interamericana de Derechos Humanos, así lo impone, que la muerte de la menor constituye una consecuencia necesaria de los actos propios del servicio del agente de policía que acudió al lugar donde se hallaba ella la noche del infausto suceso, o que ese deceso no constituye violación a los derechos humanos –el máspreciado de ellos, cabe agregar-, de una joven, civil, que ninguna participación tenía en algún tipo de delito o conducta que atentara contra derechos ajenos.

Retomando lo allegado probatoriamente en el proceso, lo único que puede concluir la Corte, independientemente de la responsabilidad que quepa o no al uniformado absuelto, es que jamás se demostró inequívocamente, dentro de los presupuestos de estrictez que gobiernan la intervención excepcional de la justicia castrense, que

efectivamente esa actuación atribuida al servidor público vino consecuencia necesaria de la función a él asignada.

Y no puede hacerse tan tajante afirmación porque, sencillamente, los elementos suasorios recopilados, como así incluso lo entendieron las instancias, parten por aceptar que la víctima no estaba realizando ningún comportamiento reprochable ni formaba parte del grupo que presuntamente, al decir del procesado, atacó al grupo policial.

Simplemente la menor, como se evidencia en la foliatura, corrió en compañía de sus amigos, sorprendidos por el ruido que produjo la irrupción policial en el lugar y ante la imposibilidad, dada la oscuridad reinante, de distinguir quiénes eran los recién llegados.

No podía entonces el agente de policía, independientemente de las razones que indujeron a la unidad a acudir al sitio, de buenas a primeras esgrimir su arma y detonarla en contra de quienes corrían, pues, ello no se aviene de ninguna manera con los preceptos que gobiernan su función.

Mucho menos si, finalmente, esa actuación implica materialmente la contradicción de los principios y funciones que guían el comportamiento de los servidores públicos, precisamente instituida para salvaguardar la vida, honra y bienes de los ciudadanos.

Por ello, asiste plenamente la razón a la Comisión Interamericana de Derechos Humanos, cuando sostiene en su informe, después de analizar los testimonios y demás elementos de juicio incorporados a la actuación:

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

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

Incluso para ratificar que el asunto no determinaba inequívoco el factor a partir del cual se facultaba excepcional la intervención de la justicia penal militar, debe remitir la sala a lo expresado por la magistrada disidente de la Sala Jurisdiccional Disciplinaria del Consejo Superior de la Judicatura, en el salvamento de voto de la decisión mayoritaria que decidió entregar el conocimiento del asunto a los organismos castrenses.

La funcionaria, al efecto, analiza las exculpaciones del procesado, en cuanto adujo que en cumplimiento de la misión asignada se hicieron presentes en el lugar, dado que supuestamente allí se encontraban 15 sujetos armados, observando que efectivamente ese número de personas se hallaba en el sitio, pero al notar su presencia emprendieron carrera; adelantada la persecución, escucharon un disparo, después apreció el fogonazo de otra detonación, momento en el cual accionó su revólver, pero hacia arriba.

Luego de ello, la magistrada disidente afirma “Esta versión se encuentra seriamente cuestionada por el abundante material probatorio allegado a la actuación,

como es la prueba testimonial de cargo, los dictámenes (sic) técnicos practicados sobre el cadáver de la extinta niña y la (sic) inspecciones judiciales que le (sic) fueron efectuadas al lugar de los acontecimientos que muestra una realidad diametralmente” diferente de la consignada por el uniformado (página 6 del salvamento en cuestión).

Entonces, si la Sala jurisdiccional Disciplinaria, hubiese seguido el principio de estrictez arriba referenciado, ante la existencia de la duda puesta de presente por uno de sus miembros, necesariamente hubiese determinado que el conocimiento del asunto correspondía a la justicia civil ordinaria.

Ya abordado el tema de la intervención del organismo competente para determinar, en principio, la autoridad judicial encargada de adelantar el proceso penal, es menester puntualizar que no necesariamente esa adscripción de competencia opera invariable o indiscutible.

Todo lo contrario, examinando ese específico tópico, la Sala sostuvo²⁷:

“Y aunque en este caso es suficiente con la función de nomofilaxis, pues si bien es cierto los conflictos de competencia se resuelven dentro de la Rama Jurisdiccional por Jueces de la República, que, por serlo, tienen amparada su función por el principio de autonomía que la propia Carta les reconoce, no lo es menos que está limitada por esa misma Constitución y por la Ley, de modo que, y esto se afirma sin ambages, en cuanto no se ejerza, como aquí se hizo, con respeto de aquélla o de ésta, procede casar la sentencia que de ella depende.

Y no se trata, en este evento concreto de imponer, por vía de casación, interpretaciones de la ley –aunque la Corte puede hacerlo con fundamento en su carácter de máximo Tribunal de la Jurisdicción Ordinaria y en cumplimiento del fin casacional de unificación de la jurisprudencia, que por ello un motivo de casación es la interpretación errónea de

la Ley— sino de constatar de manera objetiva que la omisión de definir el conflicto de competencia por parte de la Sala Jurisdiccional Disciplinaria se hizo con expresa negativa de aplicar los preceptos legales en la forma y términos en que fue juzgada su constitucionalidad, facultad que ningún Juez de la República puede reclamar amparada por la autonomía que la Constitución le garantiza.”

En suma, con auxilio de la normatividad y el entendimiento que a ella han dado esta Corporación, la Corte Constitucional y la Corte Interamericana de Derechos Humanos, resaltando el criterio restrictivo que ha de primar en la definición de competencia de la justicia penal militar, al punto, conforme lo señalado por el último organismo en mención, que la auscultación del tópico pasa por definir que la conducta afecte exclusivamente bienes jurídicos propios de la institución castrense, para la Sala asoma evidente que lo endilgado al procesado absuelto, no puede entenderse relacionado con el servicio que como agente de policía desempeñaba para el día de los hechos, así se realizara la conducta con ocasión de una dicha adscripción, pues, de ninguna forma es posible significar que dentro de esas funciones anejas a la condición policial que de él se releva, se halle la de atacar a una menor indefensa que de espaldas corre, dándole muerte con su arma de dotación.

Cierto, sí, que el hecho se inscribe dentro de la órbita del servicio encomendado al encartado, cuando incluso se realizaba una actividad típicamente policiva, cual se reputa la información que demandó acudir al lugar para verificar la supuesta presencia de sujetos armados, pero, es necesario destacar, no existe extralimitación o desviación de la función, simplemente porque ella no cobija un hecho completamente extraño a ella, como debe entenderse el ataque a la víctima, causándole de inmediato la muerte, desde luego en circunstancias ajenas al combate o a la misión de proteger los derechos de los ciudadanos, tarea central encomendada a la Policía Nacional.

En este sentido, se agrega para acompasar la decisión a la jurisprudencia de la

Corte Interamericana de Derechos Humanos, tampoco se discute que el bien jurídico afectado ninguna relación tiene con aquellos propios del servicio policial, en tanto, se segó la vida de una menor, desde luego civil, completamente inerme.

Así las cosas, el homicidio atribuido al servidor público, asoma delito común, aunque se reporte ejecutado en un escenario particular, la prestación del servicio policial.

Por ello, competía a la jurisdicción ordinaria adelantar el conocimiento del asunto, en cabeza de la Fiscalía Seccional, para la fase instructiva, y un Juzgado Penal del Circuito de Bogotá en lo que atiende a la etapa enjuiciatoria.

Ya definido que el asunto debió tramitarse por la jurisdicción ordinaria y por ello, carecían de competencia el Juzgado de primera Instancia, Comando de Policía Bacatá, y el Tribunal Penal Militar, en segunda instancia, para adelantar el conocimiento del asunto, se hace imperativo significar que esa intervención de la justicia castrense representa ostensible violación del principio del Juez Natural, que reporta basamento constitucional –inciso segundo, art. 29 de la Carta Política- y de principalística legal –artículo 6, Ley 599 y Ley 600 de 2000-, dentro del amplio espectro que al término han dado esta Corte, la Constitucional y la Interamericana de Derechos Humanos.

Destacando el profundo efecto nocivo que genera la intervención de la justicia penal militar en asuntos ordinarios, sostuvo esta corporación²⁸:

“No puede desconocerse que la competencia para juzgar es uno de los principios basilares del debido proceso que atañe con el principio del juez natural y la organización judicial, expresamente consagrado en el artículo 29 constitucional cuando refiere al juzgamiento ante el “juez o tribunal competente”, y esa especial connotación impide al funcionamiento judicial pasar por alto o desconocer tal requisito al asumir el conocimiento de los procesos, o adoptar en ellos decisiones, defecto que de ocurrir, tampoco puede subsanarse sino mediante la declaratoria de nulidad por incompetencia

que se advierte en los artículos 304-1 y 305 del Código de Procedimiento Penal (hoy regulados de manera similar, en los artículos 306-1 y 307, de la Ley 600 de 2000, acota la Sala).

“Desde luego que la pérdida de tiempo y de actividad de la jurisdicción derivada de una invalidación es causa de natural desazón, tanto ante el riesgo de fenómenos como la prescripción –en este caso aún distante– como por la inoperancia de una justicia tardía. Más, no por esas solas consideraciones, aún siendo importantes, podría la Corte rehuir el deber oficioso de escudriñar y corregir las irregularidades sustanciales que afecten el proceso, y menos so pretexto de la prevalencia del derecho material, pues no resulta de su arbitrio fallar a voluntad, sino dentro del más estricto ceñimiento a la ley, de la cual emanan tanto el poder coercitivo como sus precisas facultades.

“Desde este punto de vista no podrá valorarse la competencia como una simple formalidad legal y menos creerse que su inobservancia se subsane con el silencio, la voluntad de los sujetos procesales, o la indiferencia de los funcionarios, pues sin ella el valor jurídico de las decisiones se verá permanentemente interferido por la ilegitimidad representada en la suplantación del juez natural, verdadero detentador del poder conferido por el Estado para juzgar. Desde otro aspecto, la tesis de que el juez de mayor jerarquía, por ser más capacitado puede asumir competencias asignadas a su inferior, no solo es arbitraria y opuesta a la ley, sino que irremediablemente lleva al riesgo de abolir en la práctica toda la estructura organizativa jurisdiccional, y de paso el principio de la doble instancia.

El derecho a ser juzgado “conforme a las leyes preexistentes al acto que se le imputa, ante juez o tribunal competente y con observancia de la plenitud de las formas propias de cada juicio”, es además una garantía de rango superior que no accidentalmente se consagra en la Carta sino de modo coherente con compromisos suscritos por Colombia en el ámbito internacional, sin que pueda válidamente sostenerse que haya dentro de la [Constitución](#)

Política preceptos de mayor jerarquía (en este caso por vía de ejemplo el de la efectividad del derecho sustancial que se consagra en el artículo 228 superior) frente a otros, pues ello implicaría el desconocimiento de la naturaleza armónica de esas normas supremas y de la doctrina constitucional de invariable arraigo en nuestro derecho, según la cual todos los preceptos de la Carta se integran, complementan y sirven recíprocamente para su interpretación más adecuada y certera.

“Así, entonces, mal puede sostenerse que so pretexto de la operancia del derecho sustancial sobre las formas puedan sacrificarse principios como el de legalidad, o el del juez natural, pues no resulta difícil comprender que la operancia de aquel imperativo práctico de eficacia sólo puede realizarse al interior de un proceso debido y no mediante la adopción de decisiones arbitrarias de cualquier funcionario incompetente.

“En otros términos, valga apuntar que lo importante para un Estado de derecho no es el que se emitan muchos fallos de condena, sino que éstos se produzcan con respeto pleno de los principios y las garantías constitucionales que son el presupuesto de legitimidad de las decisiones judiciales, y cuyo extrañamiento, así fuese por motivos de conveniencia o pragmatismo, tornarían el ejercicio del poder del juez en prototipo de arbitrariedad y tiranía.

“Por lo tanto, de conformidad con lo dispuesto en el segundo de los apartes del artículo 228 del Código de Procedimiento Penal, y sin que por lo dicho pueda entrar la Sala al estudio de la demanda presentada, procederá a casar oficiosamente la sentencia de segunda instancia, y en su lugar a declarar la nulidad de lo actuado a partir inclusive , del auto por medio del cual se declaró cerrada la etapa instructiva, previendo la remisión del expediente al funcionario que corresponda de conformidad con los artículos 120-1 y 127 del Código de Procedimiento Penal”

Es esta una postura, por lo demás, que permanece inmodificable hasta el presente²⁹.

En el asunto examinado, incluso, el yerro adquiere matices de mayor envergadura, pues, a más de desbordarse la competencia de los funcionarios llamados a conocer del asunto, se pasó por alto la misma jurisdicción ordinaria, como quiera que, pretextando un inexistente fuero, se adelantó el trámite conforme la regulación asignada por vía excepcionalísima a la jurisdicción Penal Militar.

Desde luego, conforme se anotó en apartado precedente, también ello generó una afectación a los derechos de las víctimas a la verdad, justicia y reparación, como quiera que, en términos de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, completamente compartidos por esta Sala y la Corte Constitucional, como ampliamente se anotó en líneas precedentes, las garantías judiciales adquieren una connotación bilateral, esto es, se asumen válidas, en el mismo plano de igualdad, para el procesado y la víctima; la actuación de la justicia penal militar en asuntos ajenos a su competencia vulnera el principio del juez natural; ello deriva en afectación del debido proceso que por contera afecta grandemente el derecho de acceso material a la justicia; y, finalmente, se pasan por alto de manera flagrante los principios de imparcialidad del juez y seriedad en la investigación.

Desbordada jurisdicción y competencia, ostensible se aprecia que la única solución a la mano –como quiera que se trata de la violación de una garantía constitucional-, incluso de oficiosa declaración, es la de decretar la nulidad de lo actuado.

Ello, por cuanto, cabe anotar, se ha demostrado efectivamente estructurada la causal de revisión consagrada en el numeral 4° del artículo 192 de la Ley 906 de 2004, vale decir, el “incumplimiento flagrante de las obligaciones del estado de investigar seria e imparcialmente”, la violación al derecho a la vida.

No se pronunciará la Corte en torno de los argumentos presentados por la defensa del procesado una vez corrido el traslado para el efecto, pues, ellos se refieren exclusivamente a las pruebas recaudadas y cómo conducen a la absolución, asunto ajeno a la decisión de revisar el fallo, basada, huelga recordarlo, en la absoluta incompetencia de la justicia penal militar para conocer del asunto y no en el contenido material de las sentencias de primero y segundo grados.

8. Momento desde el cual opera la nulidad.

En la demanda, el Procurador 7° Judicial Penal II de Bogotá solicita se decrete la nulidad desde que se profiriera el auto de convocatoria a Consejo de Guerra, que se asimila a la resolución de acusación de la justicia ordinaria.

Sin embargo, ya en el traslado para alegatos, el funcionario, coadyuvado por su homólogo delegado para la Investigación y Juzgamiento Penal, deprecia que la nulidad opere desde que se resolvió la situación jurídica del procesado, pues, entiende, allí comenzó a perfilarse la actuación irregular de la justicia castrense.

Sobre el punto, ya la Sala ha manifestado en ocasiones anteriores su posición, señalando que la potestad del funcionario instructor competente, se materializa trascendente en la posibilidad de cerrar la investigación y formular la acusación, actos que no pueden ser ejecutados legítimamente por persona distinta.

Ahora, si se atendiese a que lo adelantado en la etapa instructiva, dentro de los parámetros contemplados en el Código Penal Militar, impide al procesado acceder a beneficios tales como los de colaboración con la justicia y sentencia anticipada, es necesario señalar que con la decisión invalidatoria operada a partir del cierre investigativo, se protegen los derechos del encartado, en tanto, aún es posible que, de quererlo, haga las solicitudes pertinentes sobre el particular y obtenga las rebajas punitivas o beneficios judiciales que ello pareja.

Al respecto, estableció la Corte³⁰:

“Por tanto, oficiosamente se casará el fallo de segundo grado y se dispondrá la invalidación de la actuación desde la diligencia de formulación de cargos para sentencia anticipada -fl. 85, cuaderno original-, acto procesal que en el trámite abreviado resulta equivalente a la resolución de acusación y que exige como requisito previo la competencia del Fiscal instructor que la profiere, de la cual como ya se precisó, carecía el Delegado ante el Juez Penal del Circuito de Chocontá.

“Lo anterior teniendo en cuenta que la jurisprudencia de esta Sala ha sido uniforme y reiterada en abstenerse de extender hasta los inicios de la actuación los efectos invalidantes que genera la incompetencia del fiscal instructor, decisión reservada sólo para aquellos eventos que comprometen el desconocimiento del fuero por razón del cargo dada su naturaleza puramente objetiva -Cfr. Sentencias del 18 de septiembre de 1996, radicado 9.9.96; 13 de marzo de 1997, radicado 9592; 16 de mayo de 2001, radicado 13004, 6 de marzo de 2003, radicado 17550, entre otras (subrayas ajenas al original).

Precisamente, sobre este particular, la Corte ha limitado la invalidación total de lo adelantado en la fase instructiva, a los casos específicos en los que, contando con fuero la persona, la investigación se adelantó por funcionario instructor incompetente. Así se ha dejado sentado pacífica y reiteradamente, entre otras decisiones, en Sentencia del 21 de febrero de 2002, Radicado 15234, cuya parte pertinente reza:

“Al respecto la Sala, de manera reiterada ha sostenido, que si ab initio se establece que se trata de persona aforada y no obstante lo cual, un funcionario incompetente dicta resolución de apertura de instrucción, recibe indagatoria y practica pruebas, lo único inválido será aquella decisión y la indagatoria, pero no los restantes medios de convicción, los que conservan su validez y se entienden incorporados a las diligencias

de indagación preliminar.³¹”

En los demás casos, la Corte ha establecido el límite a partir del cual, en la instrucción, se entiende pasible de saneamiento la actuación cuando ella ha sido surtida por funcionario incompetente.

Así lo dijo en decisión del seis de mayo de 2001, en el radicado 13.004:

“Se casará el fallo, entonces, de acuerdo a como lo solicitan los Procuradores Delegados ante el Tribunal y la Corte. Y la invalidación será, inclusive, desde la orden de celebrar la audiencia de aceptación de cargos, dispuesta por el Fiscal 13 Seccional de Fusagasugá al finalizar la ampliación de indagatoria de POLO MILLAN (fl. 101 c. principal). Dicha determinación, en cuanto acto de preparación de la calificación del sumario (el cual tiene lugar en la respectiva audiencia en virtud de la equivalencia legal prevista en el artículo 37 B-2 del C. de P.P.) supone la competencia del Fiscal instructor, de la cual carecía el Delegado ante el Juez Penal del Circuito del municipio anotado.

“No existe ninguna razón para acceder a la invalidación de toda la actuación, que fue lo que solicitó el Procurador Delegado en su concepto. Uno de los fines de la investigación es el esclarecimiento de los hechos y naturalmente la determinación de si se ha infringido o no la ley penal, por lo que los actos de instrucción orientados a esa finalidad se consideran válidos ante la eventualidad de que como producto de los mismos se genere una conclusión de cambio de competencia. La jurisprudencia de la Sala ha sido reiterada al respecto y ha considerado que sólo es viable extender el vicio de incompetencia al auto de apertura de la instrucción en casos de fuero por razón del cargo, en atención a que en los mismos el privilegio se deriva de una circunstancia puramente objetiva, que como tal se puede advertir antes de la iniciación del proceso.³²

Por último, en auto del 10 de agosto de 2005, Radicado 23871, esta corporación señaló:

“a) El Tribunal declaró la nulidad de la acusación, pues consideró que la conducta que recogía lo relacionado con el arma de uso privativo de la fuerza pública era el porte, no la conservación, y que, por tanto, la calificación solo la podía proferir el fiscal seccional (competente para conocer del porte) y no el especializado (a quien la ley le asignó la conservación).

Pero olvidó que el acto de clausura exige plena competencia, porque si bien cualquier delegado de la fiscalía puede instruir, solo en quien recaigan todos los factores de competencia está habilitado para ordenar el cierre”.

Evidenciado que el asunto ahora sometido a examen, no comporta el presupuesto de tratarse de persona aforada el encartado -todo lo contrario, como se ha referenciado a lo largo de esta providencia-, la decisión de nulidad no tiene por qué abarcar la investigación en su desarrollo, sino apenas los momentos procesales en los cuales se demanda de competencia objetiva del fiscal, vale decir, el cierre instructivo y consecuente calificación del mérito de la instrucción.

No son necesarias mayores precisiones, dada la claridad de lo antes reseñado, tornándose imperiosa la declaratoria de nulidad a partir del auto de cierre investigativo, inclusive, pues, no fue el fiscal competente quien emitió esta providencia y la calificatoria, ni era del resorte del Juzgado de Primera Instancia, Comando de Policía Bacatá, adelantar la fase de enjuiciamiento.

9. De la prescripción.

Conforme los derroteros consignados en la recomendación de la Comisión, dada la naturaleza del delito, debe precisarse el efecto de lo decidido respecto del tópico de la prescripción.

Al respecto, basta traer a colación reciente decisión que se ocupa adecuadamente

del tema33:

“Unas precisiones adicionales, relacionadas con el tema de la prescripción.

1. Ejecutoriada una sentencia condenatoria, decae cualquier posibilidad de prescripción pues el proceso ha concluido dentro de los lapsos establecidos en la ley. Es decir, resulta inocuo, a partir de allí, pensar en la posibilidad de tal fenómeno extintivo de la acción.
2. Si se acude a la acción de revisión, entonces, no opera el fenómeno de la prescripción por cuanto se trata de reexaminar un proceso ya terminado.
3. Si la acción prospera y se retorna el asunto a una fase pretérita que incluya la caída de la sentencia, es decir, anterior a la ejecutoria de la misma, no es posible reanudar, para proseguir, el término de prescripción contando el tiempo utilizado por la justicia para ocuparse de la acción de revisión, precisamente porque el fallo rescindente no “prolonga” el proceso ya finiquitado, sino que da lugar a un “nuevo proceso”.
4. Por consiguiente:
 - 4.1. Si respecto del fallo –obviamente en firme- se interpone la acción de revisión, no opera para nada la prescripción.
 - 4.2. Durante el trámite de la acción en la Corte o en el Tribunal, tampoco se cuentan términos para efectos de la prescripción.
 - 4.3. Si la Corte o el Tribunal declaran fundada la causal invocada y eliminan la fuerza de la sentencia, con lo cual, en general, se dispone el retorno del proceso a un estadio determinado, tampoco es posible adicionar el tiempo que ocupó el juez de revisión al tiempo que ya se había obtenido antes de la firmeza del fallo, para efectos de la

prescripción, como si jamás se hubiera dictado.

4.4. Recibido el proceso por el funcionario al cual se le adjudica el adelantamiento del nuevo proceso, ahí sí se reinician los términos, a continuación de los que se habían cumplido hasta el momento de la ejecutoria de la sentencia.

El motivo, se repite, es elemental: la acción de revisión es un fenómeno jurídico extraordinario que si bien puede romper la inmutabilidad e irrevocabilidad del fallo, no afecta otros temas, entre ellos el de la prescripción.

La Corte, entonces, insiste en su criterio, plasmado por ejemplo en la decisión del 15 de marzo de 1991, en el que afirmó:

Es importante recordar que cuando se dispone la revisión no son aplicables las normas sobre prescripción de la acción penal, pues no se puede desconocer que ya hubo una sentencia, luego no es predicable del Estado la inactividad que se sanciona con esa medida. Así mismo, nada impide que el nuevo fallo, el cual debe producirse, sea igualmente condenatorio, dada la oportunidad que se ofrece para practicar nuevas pruebas.

Sería absurdo que no existiendo un límite de tiempo para interponer el recurso extraordinario, la simple concesión de él permitiera la cesación del procedimiento por prescripción, dando lugar así a una muy expedita vía para la impunidad y cambiando la finalidad que le da razón de ser a este especial medio de impugnación.”

Finalmente, aclarado el tema de la prescripción, la Corte ordenará que se envíe lo actuado a la Fiscalía General de la Nación, a efectos de que de inmediato designe el funcionario, Fiscal Seccional de Bogotá, que ha de encargarse de adelantar el trámite del asunto a partir del momento en que tiene efectos la nulidad decretada, vale decir, desde el cierre de la investigación, inclusive, decretado por el Comandante de Policía de Bacatá,

el 23 de julio de 1999.

En mérito de lo expuesto, la CORTE SUPREMA DE JUSTICIA, SALA DE CASACIÓN PENAL, administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la ley,

R E S U E L V E

1. DECLARAR fundada la causal cuarta de revisión invocada a favor de la víctima.

2. DEJAR SIN EFECTO las sentencias de primera y segunda instancias, proferidas por el Comandante del Departamento de Policía Bacatá el 6 de julio de 2000 y el Tribunal Superior Militar el 15 de mayo de 2001, por medio de las cuales se absolvió al patrullero JUAN BERNARDO TULCÁN VALLEJOS del cargo de homicidio culposo, cometido en detrimento de la vida de la menor Leydi Dayán Sánchez Tamayo, así como la actuación surtida a partir, inclusive, de la resolución del 23 de julio de 1999, por cuyo medio el Comando de Policía Bacatá, cerró la investigación.

3. REMITIR el proceso a la Fiscalía General de la Nación, para lo pertinente, conforme lo relacionado en la parte motiva.

Contra esta decisión no procede recurso alguno.

Cópiese, notifíquese y cúmplase.

ALFREDO GÓMEZ QUINTERO

SIGIFREDO ESPINOSA PÉREZ MARÍA DEL ROSARIO GONZÁLEZ DE L.

Salvamento parcial de voto

AUGUSTO J. IBÁÑEZ GUZMÁN

ALFONSO PINILLA CONTRERAS

Aclaración de voto

Conjuez-excusa justificada

ALFONSO GÓMEZ MÉNDEZ

JULIO ENRIQUE SOCHA SALAMANCA

Conjuez- excusa justificada

YESID REYES ALVARADO

JAVIER DE JESÚS ZAPATA ORTIZ

Conjuez – Excusa justificada

TERESA RUIZ NÚÑEZ

Secretaria

SALVAMENTO PARCIAL DE VOTO

A partir del respeto que siempre he guardado por el criterio y las ideas ajenas, procedo a exponer las razones que me llevaron a salvar parcialmente el voto respecto del fallo de revisión aprobado el 1º de noviembre de 2007, en atención a que coincido con la mayoría de la Sala integrada por Magistrados y Conjueces, en que se impone revisar el proceso que culminó con sentencia absolutoria a favor del patrullero JUAN BERNARDO TULCÁN VALLEJOS, pero disiento en cuanto se refiere, de una parte, a aplicar la causal de revisión establecida en el numeral 3º del artículo 192 de la Ley 906 de 2004 y, de otra, a disponer que dicha revisión sea adelantada por la jurisdicción ordinaria.

Los argumentos son fundamentalmente los siguientes:

(i) Los hechos que culminaron con la muerte de la menor Leydi Dayán Sánchez

Tamayo ocurrieron el 21 de marzo de 1998, época en la que las causales de la acción de revisión vigentes se encontraban establecidas en el artículo 232 del Decreto 2700 de 1991, el cual disponía:

“PROCEDENCIA. La acción de revisión procede contra las sentencias ejecutoriadas, en los siguientes casos:

“1. Cuando se haya condenado o impuesto medida de seguridad a dos o más personas por un mismo delito que no hubiese podido ser cometido sino por una o por un número menor de las sentenciadas”.

“2. Cuando se hubiere dictado sentencia condenatoria o que imponga medida de seguridad, en proceso que no podía iniciarse o proseguirse por prescripción de la acción, por falta de querrela o petición válidamente formulada, o por cualquier otra causal de extinción de la acción penal”.

“3. Cuando después de la sentencia condenatoria aparezcan hechos nuevos o surjan pruebas, no conocidas al tiempo de los debates, que establezcan la inocencia del condenado, o su inimputabilidad”.

“4. Cuando con posterioridad a la sentencia, se demuestre, mediante decisión en firme, que el fallo fue determinado por un hecho delictivo del juez o de un tercero”.

“5. Cuando se demuestre, en sentencia en firme, que el fallo objeto de pedimento de revisión se fundamentó en prueba falsa”.

“6. Cuando mediante pronunciamiento judicial, la Corte haya cambiado favorablemente el criterio jurídico que sirvió para sustentar la sentencia condenatoria”.

“Lo dispuesto en los numerales 4 y 5 se aplicará también en los casos de cesación de

procedimiento y preclusión de la investigación”.

Observo entonces, que no existía en la legislación procesal vigente para cuando se cometieron los hechos o cuando se profirió el fallo cuya revisión se demanda (15 de mayo de 2001), una disposición similar a la contenida en el numeral 3º del artículo 192 de la Ley 906 de 2004, con fundamento en la cual se dispuso la revisión del referido diligenciamiento.

Por tanto, considero que, en virtud del principio de legalidad, según el cual, la ley debe ser preexistente al acto que se investiga, es decir, sólo rige hacia el futuro a partir de su entrada en vigencia [principio de irretroactividad de la ley penal reconocido en los artículos 29 de la Carta Política, 15-1 del Pacto de Nueva York (Ley 74 de 1968) y 9º de la Convención de San José de Costa Rica (Ley 16 de 1972)], es claro que únicamente puede ser aplicada excepcionalmente de manera retroactiva cuando resulte favorable a los intereses del inculcado.

En consecuencia, advierto que si la causal de revisión establecida en el numeral 3º del artículo 192 de la Ley 906 de 2004, resulta ser posterior a la comisión de la conducta objeto de investigación e inclusive a la fecha en que se profirió el fallo de segundo grado, no podía ser aplicada en este asunto, pues ello comporta violación del derecho al debido proceso del sentenciado, específicamente en cuanto se refiere al principio de legalidad (*lex previa*), lo cual a la postre también conculca el principio de favorabilidad, esto es, el derecho a la aplicación de la ley penal más favorable.

No obstante, encuentro que si de manera ineludible Colombia está llamada a guardar los estándares internacionales en materia de protección de los derechos humanos y, en aras de conseguir la justicia material en el caso examinado, era procedente, en primer término, atender las recomendaciones de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos, pues pese a carecer de la condición de decisión judicial y, por tanto, no

resultar imperativo y vinculante su acatamiento, aluden directamente a falencias en la administración de justicia en el curso del trámite adelantado contra el patrullero TULCÁN VALLEJOS.

En segundo lugar, se imponía ordenar la revisión del proceso, pero no con base en el citado precepto de la Ley 906 de 2004, sino a partir de la normativa del bloque de constitucionalidad, esto es, con fundamento en las normas de las leyes aprobatorias de tratados internacionales sobre derechos humanos, que para el caso estudiado podía ser el artículo 15 de la Ley 16 de 1972, según el cual, “La Comisión hará las recomendaciones pertinentes y fijará un plazo dentro del cual el Estado debe tomar las medidas que le competan para remediar la situación examinada”, precepto que sí tiene la condición de preexistente a los hechos que motivaron el proceso penal surtido en contra del patrullero TULCÁN VALLEJOS.

(ii) De otra parte, tampoco comparto la decisión adoptada de disponer que el diligenciamiento sea tramitado por la jurisdicción ordinaria, pues si de acuerdo con el artículo 221 de la Carta Política, modificado por el artículo 1º del Acto Legislativo 002 de 1995, las cortes marciales conocen “de los delitos cometidos por los miembros de la fuerza pública en servicio activo, y en relación con el mismo servicio”, y en la decisión aprobada por la mayoría de la Sala se declara que “se pudo establecer que en realidad los vehículos que alertaron a los jóvenes mencionados, correspondían a la motocicleta en que se desplazaban los patrulleros José Libardo Cuspián Chávez – conductor – y JUAN BERNADO TULCÁN VALLEJOS – parrillero – (...) quienes acudieron al sitio por indicación de la central de radio, con el objeto de contrarrestar la supuesta acción de una pandilla juvenil armada, denunciada telefónicamente a las autoridades por una persona que no se identificó” (subrayas fuera de texto), es claro que la muerte de la menor Leydi Dayán se produjo cuando los miembros de la policía se encontraban en servicio activo.

Para arribar a tal conclusión no resulta viable ponderar si “la víctima no estaba realizando ningún comportamiento reprochable”, o si “esa actuación (del sentenciado de “esgrimir su arma y detonarla en contra de quienes corrían”, se aclara) implica materialmente la contradicción de los principios y funciones que guían el comportamiento de los servidores públicos”, pues lo que corresponde valorar es si la acción se produjo por fuera del ámbito físico - funcional de quien la realizó, circunstancia que no tiene lugar en este asunto, pues la concurrencia de las autoridades al lugar fue producto del cumplimiento de acudir al llamado de la ciudadanía, es decir, en desarrollo del servicio, circunstancia en la que no advierto la duda a la que se refiere la mayoría de la Sala.

Considero que tampoco correspondía establecer en punto de la aplicación del fuero militar, si el sentenciado mintió en sus intervenciones, pues lo cierto es que en el mismo informe de la Comisión Interamericana se establece:

“En el caso bajo estudio, de conformidad con los hechos probados se ha establecido que la muerte de Leydi Dayán Sánchez se produjo como consecuencia del disparo que le profirió un agente de la Policía Nacional la noche del 21 de marzo de 1998, mientras efectuaba una ronda de vigilancia en las inmediaciones del barrio El Triunfo” (subrayas fuera de texto).

Más adelante en el mismo informe se precisa:

“La Comisión concluye que el Estado colombiano no respetó el derecho a la vida de la niña Leydi Dayán Sánchez dado que sus agentes autorizados no actuaron en estricto cumplimiento de los estándares de necesidad, excepcionalidad y proporcionalidad que se han elaborado internacionalmente con relación al uso de la fuerza por parte de los agentes de seguridad pública que provocaron su fallecimiento”.

Como también en la decisión mayoritaria se tuvo en cuenta para remitir el asunto a la

jurisdicción ordinaria que la conducta investigada “implica materialmente la contradicción de los principios y funciones que guían el comportamiento de los servidores públicos”, encuentro que de tal planteamiento se derivaría la imposibilidad absoluta de aplicación del fuero militar, puesto que precisamente la estructura óptica de cualquier delito cometido por “miembros de la fuerza pública en servicio activo y en relación con el mismo servicio”, comporta el quebrantamiento de dichos principios, sin que ello constituya razón para estimar improcedente la aplicación del fuero militar establecido en la Carta Política.

En suma, en mi parecer era viable la revisión del asunto, pero no con base en una norma procesal posterior a la comisión de la conducta objeto de juzgamiento, amén de que el proceso debió ser remitido a la jurisdicción castrense en aplicación del fuero militar.

Apoyada en las anteriores razones dejo sentado mi salvamento parcial de voto.

Con toda atención,

MARÍA DEL ROSARIO GONZÁLEZ DE LEMOS

Magistrada

Fecha ut supra.

Aclaración de Voto

Con total respeto, debo consignar nuestra postura con respecto a la decisión del 1º de noviembre de 2007, en donde se resalta, con respecto a la obligatoriedad de las recomendaciones internacionales que ellas en sí mismas y frente al ordenamiento jurídico interno no son de obligatorio cumplimiento. En el caso concreto, se está frente

a la recomendación de la 'Comisión Interamericana de Derechos Humanos'.

En la Decisión que comentamos se afirma que

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

Desde luego que la Recomendación³⁴ a que se hace mención, en punto de interés "(...) exhorta al Estado colombiano, entre otras cosas, a:

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

2. Reparar a los familiares de la víctima en forma integral por las violaciones a la Convención Americana establecida en el presente informe'"³⁵ (resalto fuera de texto)

La Decisión trae a colación la Sentencia de la Corte Constitucional C-468 de 25 de septiembre de 1997, en donde entre otras consideraciones se afirma:

'Diferencias entre los Convenios y las Recomendaciones.

(...) Las recomendaciones, a diferencia de los Convenios, no son entonces tratados, pues no generan, modifican o extinguen obligaciones internacionales para los Estados. Esa diversa naturaleza jurídica se manifiesta incluso en el distinto lenguaje empleado por la OIT,

según el caso. Así, las recomendaciones tienden a ser redactadas como sugerencias o invitaciones a los Estados a desarrollar determinadas políticas, por lo cual se usa en general el modo condicional. La mayor parte de los artículos de estos documentos simplemente señalan que los Estados, los patronos o los trabajadores 'deberían' efectuar determinada conducta, tal y como se puede observar mediante la lectura de las recomendaciones aprobadas por medio de la ley objeto de revisión. Esto muestra que las recomendaciones no son, en estricto sentido, verdaderas normas jurídicas sino exhortaciones políticas a los Estados. En cambio los convenios se formulan con el lenguaje preventivo de las normas jurídicas, para lo cual basta revisar cualquiera de esos documentos jurídicos en donde se señala que los Estados 'deberán' o se 'comprometen' a efectuar determinadas políticas. Y no podría ser de otra forma pues mediante los convenios los Estados adquieren compromisos jurídicos internacionales'³⁶ (resalto fuera de texto).

Basada en tal planteamiento, que, en principio, apunta a las recomendaciones de la OIT, señala la Decisión que:

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

Reconoce, igualmente, que ciertos tribunales internacionales, así como un destacado sector de la doctrina internacionalista contemporánea, han considerado que las recomendaciones adoptadas por los organismos internacionales carecen de todo efecto vinculante' (resalto fuera de texto).

Y, se agrega:

‘Claro está, estima también, que dicha aseveración debe matizarse, o por lo menos, analizarse en el caso concreto. En este orden de ideas, el operador jurídico debe tomar en consideración la naturaleza del órgano internacional que adoptó la recomendación; si se trata de una invitación dirigida al Estado para que tome medidas legislativas encaminadas a enfrentar situaciones generalizadas de violaciones de derechos humanos o si por el contrario se aluden a un caso en concreto; y finalmente, los principios y las disposiciones del tratado internacional con base en los cuales las recomendaciones fue adoptada’³⁷ (resaltos fuera de texto).

Esa es la razón que nos motiva a aclarar el voto, pues, precisamente, por lo resaltado del cuerpo de la Decisión, no es posible sostener que la recomendación debe ser entendida con un carácter ‘no vinculante’, cuando en verdad, nos encontramos en la situación opuesta, en cuanto en el caso concreto fueron vulnerados los Derechos Humanos.

La conclusión encuentra soporte en el denominado ‘Bloque de Constitucionalidad’, que por sí sólo se impone, en razón de: (i) la naturaleza del órgano que adoptó la recomendación; (ii) la alusión a un caso concreto; y, (iii) las disposiciones del tratado con base en la cual se toma la recomendación.

Y, pensemos en la remoción de la ‘Cosa Juzgada’. La mirada que realizamos, se hará, sin perjuicio de la ausencia de técnica, iniciando en la normatividad interna y, luego la internacional. Desde luego lo formal y que obliga al iniciado es, sin duda, la observación desde el perímetro internacional y acompasarla, con el nivel interno. No obstante, para ofrecer especial reflexión lo haremos, como se dijo, de la otra manera. Entonces:

Se trae del marco internacional el Principio de la ‘Cosa Juzgada’:

“La persona cuya situación jurídica haya sido definida por sentencia ejecutoriada o providencia que tenga la misma fuerza vinculante, no será sometida a nueva investigación o juzgamiento por los mismos hechos, salvo que la decisión haya sido

obtenida mediante fraude o violencia, o en casos de violaciones a los derechos humanos o infracciones graves al Derecho Internacional Humanitario, que se establezcan mediante decisión de una instancia internacional de supervisión y control de derechos humanos, respecto de la cual el Estado colombiano ha aceptado formalmente la competencia”³⁸ (resaltos fuera de texto. Artículo 21).

Encontramos, entonces, en la legislación actual -Ley 906 de 2004- un reacomodamiento por virtud de la ratificación y vigencia de algunos instrumentos internacionales, en especial, del Estatuto de Roma para el establecimiento de la Corte Penal Internacional, en donde se establece, en norma similar, que:

“Artículo 20

Cosa juzgada

1. Salvo que en el presente Estatuto se disponga otra cosa, nadie será procesado por la Corte en razón de conductas constitutivas de crímenes por los cuales ya hubiere sido condenado o absuelto por la Corte.
2. Nadie será procesado por otro tribunal en razón de uno de los crímenes mencionados en el artículo 5 por el cual la Corte ya le hubiere condenado o absuelto.
3. La Corte no procesará a nadie que haya sido procesado por otro tribunal en razón de hechos también prohibidos en virtud de los artículos 6, 7 u 8 a menos que el proceso en el otro tribunal:
 - a) Obedeciera al propósito de sustraer al acusado de su responsabilidad penal por crímenes de la competencia de la Corte; o
 - b) No hubiere sido instruida en forma independiente o imparcial de conformidad con las

debidas garantías procesales reconocidas por el derecho internacional o lo hubiere sido de alguna manera que, en las circunstancias del caso, fuere incompatible con la intención de someter a la persona a la acción de la justicia.”³⁹

A propósito, la Honorable Corte Constitucional, ha expresado⁴⁰

:

“4.9. Teniendo en cuenta las falencias que ha presentado la aplicación práctica del estatuto universal, se ha gestado un movimiento mundial con el objetivo de construir una jurisdicción independiente de los Estados, que al salvar los obstáculos que implica el esquema tradicional de la justicia transnacional, permita la efectiva persecución y condena de crímenes de trascendencia para la comunidad internacional.

Es así como el 17 de julio de 1998, en la ciudad de Roma se suscribe el Estatuto por medio del cual se establece la Corte Penal Internacional, que es una institución permanente facultada para ejercer, en forma independiente, su jurisdicción sobre personas respecto de los crímenes más graves de trascendencia internacional, organismo que tendrá carácter complementario de las jurisdicciones penales nacionales.

(...)

4.10. Hecho el anterior recorrido, la Corte no puede hacer otra cosa que aceptar la validez constitucional de la excepción regulada en el artículo 8° del Código Penal, que consagra la prohibición de doble incriminación, puesto que nada se opone a que el legislador haya dispuesto que dicha garantía no opere en los casos previstos en los instrumentos internacionales que comprometen al Estado colombiano, excepción ésta que según se expresó, guarda correspondencia con el postulado de la jurisdicción universal que es de observancia imperativa conforme a lo prescrito en el artículo 9° de la Carta Política.

La razón es clara: así como en el ordenamiento interno militan razones para morigerar el rigor del non bis in ídem -la protección de la soberanía y la seguridad nacional-, es comprensible que a nivel internacional las naciones del mundo, inspiradas en la necesidad de alcanzar objetivos de interés universal como la paz mundial, la seguridad de toda la humanidad y la conservación de la especie humana, cuenten con medidas efectivas cuya aplicación demande la relativización de la mencionada garantía, lo que constituye un motivo plausible a la luz de los valores fundamentales que se pregonan en nuestra Constitución Política, asociados a la dignidad del ser humano.

4.11. (...) Por ahora, en cuanto atañe a nuestro país, la conformación de una justicia penal internacional opera sobre la base de los denominados acuerdos de cooperación y asistencia recíproca entre los estados, respecto de investigaciones o actuaciones judiciales relacionadas con delitos cuyo castigo es de competencia de las autoridades internas, actividades que según se señaló, no acarrearán por sí mismas, el desconocimiento de la prohibición de doble incriminación.

Por lo anterior, y habiendo establecido que la salvedad que se acusa se encuentra ajustada a la Carta Política, la Corte declarará la exequibilidad de las expresiones demandadas del artículo 8° del Código Penal” (resaltos fuera de texto).

No es pues, una excepción al Principio de la ‘Cosa Juzgada’, ni un menoscabo al del ‘Non bis in ídem’, sino la aceptación obvia de que no existió la configuración de dichos principios, pues el Estado ‘no pudo’ o ‘no quiso’ investigar o juzgar.

Sentido especial se otorga en el control de constitucionalidad a la causal de revisión que introduce el mecanismo de levantamiento de la cosa juzgada en tanto un operador internacional así lo señale. Desde luego, no se escapa que tal postura de levantamiento bien puede hacerse acudiendo directamente al ‘Bloque de

Constitucionalidad'. No obstante, nuestro sistema normativo lo tramita, con buen criterio, también, como causal de revisión. En el control de constitucionalidad se advirtió⁴¹

:

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

De otro lado, en cambio, una posible revisión de aquellos procesos en que el Estado, en forma protuberante, dejó de lado su deber de investigar seriamente esas violaciones a los derechos humanos, no impacta en forma muy intensa la seguridad jurídica, por la sencilla razón de que en esos procesos las autoridades realmente no realizaron una investigación seria e imparcial de los hechos punibles. Y por ende, precisamente por ese incumplimiento del Estado de adelantar seriamente la investigación, la persona absuelta en realidad nunca estuvo seriamente procesada ni enjuiciada, por lo que una reapertura de la investigación no implica una afectación intensa del non bis in

ídem. Eso puede suceder, por ejemplo, cuando la investigación es tan negligente, que no es más que aparente, pues no pretende realmente esclarecer lo sucedido sino absolver al imputado. O también en aquellos eventos en que los funcionarios judiciales carecían de la independencia e imparcialidad necesarias para que realmente pudiera hablarse de un proceso.

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

33- La existencia de la Corte Penal Internacional y la regulación del alcance de la cosa juzgada y de la prohibición del doble enjuiciamiento por el Estatuto de Roma confirma el anterior razonamiento.

(....)

Esto significa que, conforme al Estatuto de Roma, el non bis in ídem no opera frente a la Corte Penal Internacional cuando el proceso nacional no fue abordado seriamente, y con la suficiente imparcialidad e independencia de los funcionarios judiciales, puesto que en esos casos, la cosa juzgada no es más que aparente

y la persona no fue realmente enjuiciada. La sentencia C-578 de 2002, fundamento 4.3.2.1.6., reconoció la legitimidad de esa excepción al non bis in ídem, no sólo en el marco del derecho internacional sino también a la luz de los principios y valores constitucionales. Dijo entonces esta Corporación:

“Encuentra la Corte que los eventos descritos en el artículo 20.3 del Estatuto suponen, primero, una violación del deber internacional de sancionar el genocidio, los crímenes de lesa humanidad y los crímenes de guerra, segundo, una actuación contraria al deber constitucional de protección que incumbe a las autoridades nacionales (artículo 2 CP) y, tercero, un desconocimiento de los compromisos internacionales en materia de derechos humanos y derecho internacional humanitario (artículo 9 CP). Por ello, constituye un desarrollo del deber de protección que tienen los Estados el que se creen mecanismos necesarios para impedir que circunstancias como las descritas en el artículo 20, obstaculicen conocer la verdad de los hechos y el logro de la justicia.”

34- Conforme a lo anterior, la restricción prevista por las expresiones acusadas es desproporcionada frente a los derechos de las víctimas y al deber de las autoridades de lograr la vigencia de un orden justo, cuando la impunidad de las violaciones a los derechos humanos y las afectaciones graves al derecho internacional humanitario deriva del claro incumplimiento del Estado de su obligación de investigar, de manera seria e imparcial, esos crímenes. En esos eventos, incluso si no existe un hecho o prueba nueva, los derechos de las víctimas también exigen una limitación al non bis in ídem, a fin de permitir la reapertura de esas investigaciones, pues la cosa juzgada de la que gozaba la persona absuelta no era más que aparente, ya que en el fondo, debido a las omisiones protuberantes del Estado, no existió realmente un proceso contra ese

individuo. Era entonces necesario que la ley previera la posibilidad de reabrir las investigaciones por violaciones a los derechos humanos y por graves afectaciones al derecho internacional humanitario en aquellos casos en que con posterioridad a la absolución se muestre que dicha absolución deriva de una omisión protuberante del deber del Estado de investigar, en forma seria e imparcial, esos comportamientos. Ahora bien, el artículo 220 del C de PP42, que regula las causales de revisión, no prevé esa hipótesis, pues no siempre esa omisión protuberante de las obligaciones estatales puede ser atribuida a una conducta típica del juez o de un tercero, o a la existencia de una prueba falsa, que son los casos en donde el estatuto procesal penal autoriza la acción de revisión contra decisiones absolutorias con fuerza de cosa juzgada. Existe entonces una omisión legislativa en este punto, que requiere una sentencia integradora, que autorice la acción de revisión en esos casos, a fin de proteger los derechos de las víctimas de violaciones a los derechos humanos y violaciones graves al derecho internacional humanitario.

(...)

35- Sin embargo, la Corte recuerda que en todo caso la seguridad jurídica, la fuerza de la cosa juzgada, y la protección contra el doble enjuiciamiento, son valores de rango constitucional, que ameritan una especial protección jurídica, y por ello la sentencia integradora que sea proferida debe prever también garantías a fin amparar en forma suficiente esos valores constitucionales. Es pues indispensable que el ordenamiento impida la reapertura caprichosa de procesos que habían hecho tránsito a cosa juzgada. Ciertas cautelas y protecciones formales en beneficio del procesado resultan entonces imprescindibles.

En tal contexto, esta Corporación considera que en los casos de negligencia

protuberante del Estado en brindar justicia a las víctimas de violaciones a los derechos humanos y al derecho internacional humanitario, para que proceda la revisión, sin que aparezca un hecho nuevo o una prueba no conocida al tiempo del proceso, es necesario que exista una declaración de una instancia competente que constate que el Estado incumplió en forma protuberante con la obligación de investigar seriamente esa violación. A fin de asegurar una adecuada protección a la persona absuelta, la constatación de esa omisión de las autoridades deberá ser adelantada por un organismo imparcial e independiente, y por ello, en el plano interno, dicha declaración sólo puede ser llevada a cabo por una autoridad judicial.

A su vez, la Corte recuerda que el Estado colombiano, en desarrollo de tratados ratificados, ha aceptado formalmente la competencia de organismos internacionales de control y supervisión en derechos humanos, como la Comisión Interamericana, la Corte Interamericana o el Comité de Derechos Humanos de Naciones Unidas. En tales condiciones, en virtud del principio de complementariedad en la sanción de las violaciones a los derechos humanos y al derecho internacional humanitario, que Colombia ha reconocido en múltiples oportunidades (CP art. 9°), y por la integración al bloque de constitucionalidad de los tratados de derechos humanos y derecho internacional humanitario (CP arts 93 y 214), la Corte considera que aquellas decisiones de esas instancias internacionales de derechos humanos, aceptadas formalmente por nuestro país, que constaten un incumplimiento protuberante de las obligaciones del Estado colombiano de investigar en forma seria e imparcial las violaciones a los derechos humanos y las infracciones graves al derecho internacional humanitario, permiten igualmente la acción de revisión contra decisiones absolutorias que hayan hecho formalmente tránsito a cosa juzgada. En efectos, esas decisiones internacionales, adelantadas por organismos imparciales a los cuáles Colombia ha reconocido competencia, muestran que la cosa juzgada no era más que aparente, pues el proceso investigativo no había sido adelantado con la seriedad que exigen la Constitución y los tratados de derechos

humanos” (resaltos y negrillas fuera de texto).

Entonces, la obligatoriedad de las recomendaciones y decisiones se impone, y se impone en el contexto de las obligaciones convencionales de ‘cumplir y hacer cumplir’ a nivel interno la protección de los Derechos Humanos, así como la vigencia del Derecho Internacional Humanitario.

Creemos que en estos casos de vulneración, por no querer o no poder investigar y juzgar, la recomendación y el pronunciamiento son obligatorios y, además, que la vía es la aplicación del ‘Bloque de Constitucionalidad’. Con ese alcance fue concebida la causal de revisión, así:

ARTÍCULO 192. PROCEDENCIA. La acción de revisión procede contra sentencias ejecutoriadas, en los siguientes casos:

(...)

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

Así, en estos casos, las recomendaciones internacionales son obligatorias.

Atentamente,

AUGUSTO J. IBÁÑEZ GUZMÁN

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

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

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

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

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

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

7 Litigio Interamericano, Perspectiva Jurídica del Sistema de Protección de Derechos Humanos, Universidad de Bogotá JORGE TADEO LOZANO, Bogotá D.C., Primera Edición, 2002, Página 167.

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

9 Corte Interamericana de Derechos Humanos. Sentencia del 1 de julio de 2006, Caso de la Masacre de Ituango - Colombia (negrillas agregadas). Véase <http://www.corteidh.or.cr/casos.cfm>.

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

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

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

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

14 Sentencia de la Corte Constitucional C-454 de 2006.

15 Radicado No. 26.945.

16 Corte Interamericana de Derechos Humanos. Caso Cesti Hurtado vs. Perú. Sentencia del 29 de septiembre de 1999. Véase <http://www.corteidh.or.cr/casos.cfm>

17 Corte Interamericana de Derechos Humanos. Caso de las Palmeras vs. Colombia. Sentencia del 6 de diciembre de 2001. Véase <http://www.corteidh.or.cr/casos.cfm>

18 El principio de la tutela judicial efectiva encuentra ubicación constitucional en los artículos 229 y 29 de la Carta, sin perjuicio de su ampliación por la vía del artículo 93, que ha permitido el ingreso de las fuentes internacionales que consagran esta garantía.

19 Artículo 14 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos y 25 de la Convención Americana de Derechos Humanos.

20 Artículo 25 de la Convención Americana de Derechos Humanos.

21 Sentencia SU-1184 de 2001.

22 Sentencia SU-1184 de 2001.

23 Sentencia del 25 de mayo de 2006, radicado 21923

24 Corte Constitucional, Sentencia C-358/97.

25 C. S. de J. Mm. PP. Drs. CÓRDOBA POVEDA, Jorge Enrique, marzo 26 de 1996 y GÓMEZ GALLEGU, Jorge Aníbal, febrero 21 de 2001.

26 Sentencias del 18 de agosto de 2000 (Caso Cantoral Benavides - Perú), 6 de diciembre de 2001 (Caso Las Palmeras - Colombia), 5 de junio de 2004 (Caso 19 Comerciantes - Colombia), 25 de noviembre de 2004 (Caso Lori Berenson Mejía - Perú), 15 de septiembre de 2005 (Caso de la Masacre de Mapiripán - Colombia), 22 de noviembre de 2005 (Caso Palamara Iribarne -Chile), 31 de enero de 2006 (Caso de la Masacre de Pueblo Bello - Colombia), 26 de septiembre de 2006 (Caso Almonacid

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

27 Sentencia del 6 de marzo de 2003, Rad. 17.550.

28 Sentencia del 17 de abril de 1995, Radicado 8.954

29 Véase, entre otros, Auto del 17 de agosto de 2006, Rad. 22.135.

30 Auto del 17 de agosto de 2006, Rad. 21.923.

31 Ver, entre otras única 13806, auto junio/98. M. P. Dr. Juan Manuel Torres Fresneda; casación 9412 noviembre 5/96 y 9842 octubre 8/97, M. P. Dr. Jorge E. Córdoba Poveda.

32 . Cfr. Sentencia del 18 de septiembre de 1996, Rad. 9.9.96.

33 Sentencia del 15 de junio de 2006, radicado 18.769

34 Comisión Interamericana de Derechos Humanos. En aplicación del artículo 50 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos. 124º periodo ordinario. Informe No. 5/06 del 28 de febrero de 2006.

35 Fol. 22, 23 de la revisión.

36 Fol. 73 de la Revisión.

37 Fols. 75-76. de la Revisión.

38 En la Ley 600 de 2000, se traía la antigua fórmula que ordenaba: “ARTICULO 19. COSA JUZGADA. La persona cuya situación jurídica haya sido definida por sentencia ejecutoriada o providencia que tenga la misma fuerza vinculante, no será sometida a una

nueva actuación por la misma conducta, aunque a ésta se le dé una denominación jurídica distinta.”

39 www.un.org

40 Sentencia C-554 de 2001. Magistrada Sustanciadora: Clara Inés Vargas Hernández. Treinta (30) de mayo del año dos mil uno (2001).

41 Sentencia C-004 de veinte (20) de enero de dos mil tres (2003). M. P. Dr. EDUARDO MONTEALEGRE LYNETT.

42 Del Código de Procedimiento anterior, Ley 600 de 2000, entonces vigente y por la que debe continuarse este trámite.