

CORTE SUPREMA DE JUSTICIA

SALA DE CASACIÓN PENAL

EYDER PATIÑO CABRERA

Magistrado ponente

SP11004-2014

Radicación N° 35.773

(Aprobado Acta N° 269)

Bogotá D.C., veinte (20) de agosto de dos mil catorce (2014).

MOTIVO DE LA DECISIÓN

La Sala se pronuncia de fondo sobre la demanda de revisión presentada por el Procurador 171 Judicial II Penal contra el auto del 26 de julio de 1999 del Tribunal Superior Militar, por cuyo medio revocó la decisión emitida el 2 de febrero del mismo año por el Juzgado de Primera Instancia de la Inspección General de la Policía Nacional y cesó procedimiento a favor de Fabio Alejandro Castañeda Mateus y Jorge Enrique Durán Argüelles por los delitos de homicidio en concurso homogéneo y heterogéneo, con homicidio en grado de tentativa, porte ilegal de armas de uso privativo de la fuerza pública y daño en bien ajeno.

HECHOS Y ACTUACIÓN PROCESAL RELEVANTE

1. En horas de la noche del 16 de diciembre de 1991, varios hombres fuertemente armados arribaron a la casa principal de la Hacienda “El Nilo”, ubicada en el corregimiento “El Palo”

del municipio de Caloto (Cauca), habitado por un considerable grupo de indígenas paeces pertenecientes al Resguardo “Guataba”, y tras incendiar sus viviendas y ubicar a los líderes de la comunidad, los obligaron a tenderse en el piso, para, enseguida, dispararles ráfagas de fusil y causarle la muerte a Darío Coicué Fernández, Ofelia Tombé Vitonás, Carolina Tombé Ñusqüé, Adán Mestizo Rivera, Edgar Mestizo Rivera, Eleuterio Dicué Calambás, Mario Julicué Ui (o Mario Julico), Tiberio Dicué Corpus, María Jesús Güetia Pito (o María Jesusa Güetia), Floresmiro Dicué Mestizo, Mariana Mestizo Corpus, Nicolás Consa Hilamo (o Nicolás Conda), Otoniel Mestizo Dagua (u Otoniel Mestizo Corpus), Feliciano Otela Ocampo (o Feliciano Otela Campo), Calixto Chilgüezo Toconás, o (Calixto Chilgüeso), Julio Dagua Quiguanás, José Jairo Secué Canas, Jesús Albeiro Pilcué Pete, Daniel Gugu Pete (o Daniel Pete) y Domingo Cáliz Soscué (o Domingo Cáliz Sescué) y lesiones personales a Jairo Llamo Ascué.

2. Por estos hechos, ante la jurisdicción ordinaria se inició el proceso penal correspondiente, en el que se vinculó a algunos civiles -Luis Alberto Bernal Seijas, Orlando Villa Zapata, Leonardo Peñafiel Correa, Edgar Antonio Arévalo Peláez, Neimberg Marín Zuloaga, Carlos Alberto Flórez Alarcón, Gilberto Márquez Quintero, Carlos Arturo Vahos Mejía y Nicolás Quintero Zuluaga- y, a los para esa época, mayor y capitán de la Policía Nacional, respectivamente, Jorge Enrique Durán Argüelles y Fabio Alejandro Castañeda Mateus.

3. El 4 de septiembre de 1996 la Fiscalía Regional de Bogotá elevó cargos contra Jorge Enrique Duran Argüelles y Fabio Alejandro Castañeda Mateus en calidad de determinador y coautor, respectivamente, de los delitos de homicidio múltiple agravado, en concurso real, homogéneo, heterogéneo y coautores de tentativa de homicidio, porte ilegal de armas de uso privativo de la fuerza pública y daño en bien ajeno (artículos 22, 324, numerales 4, 6 y 7; y 370 del Código Penal y 1º, literales A y D y 2º del Decreto Ley 3664 de 1986) y les impuso medida de aseguramiento de detención preventiva¹.

Esta determinación fue apelada por los defensores de los acusados y confirmada íntegramente el 23 de enero de 1997 por la Fiscalía Delegada ante el Tribunal Nacional².

4. Como producto de una colisión positiva de competencia promovida a petición de la defensa por el Juzgado de Primera Instancia de la Inspección General de la Policía Nacional el 21 de enero anterior³, un Juez Regional, el 7 de marzo siguiente, remitió el asunto a la jurisdicción penal militar⁴, en donde el 23 de septiembre del mismo año se declaró la nulidad de lo actuado en la ordinaria desde el cierre de la investigación⁵.

5. El Inspector General de la Policía Nacional en proveído del 2 de febrero de 1996 negó la petición de cesación de procedimiento incoada por la defensa de Jorge Enrique Durán Argüelles y Fabio Alejandro Castañeda Mateus, pero en segunda instancia, el Tribunal Superior Militar accedió a la pretensión y mediante decisión del 26 de julio de esa misma anualidad⁷ cesó procedimiento a favor de los nombrados, por los delitos de homicidio agravado en concurso homogéneo y heterogéneo con homicidio en grado de tentativa, porte ilegal de armas de uso privativo de la fuerza pública y daño en bien ajeno.

6. Por comisión conferida el 14 de diciembre de 2010 por el Procurador General de la Nación⁸, el 4 de febrero de 2011 el Procurador 171 Judicial II en lo Penal, con sede en Bogotá, formuló demanda de revisión⁹ -que fue admitida por la Corte mediante auto del 4 de marzo de 2011¹⁰- con fundamento en las causales tercera del artículo 220 de la Ley 600 de 2000 y cuarta del canon 192 de la Ley 906 de 2004.

LA DEMANDA

Previo síntesis de la cuestión fáctica y de la actuación procesal, el delegado del Ministerio Público identifica la decisión impugnada y los delitos por los que se procesó a

Castañeda Mateus y Durán Argüelles, para luego invocar las causales tercera del artículo 220 de la Ley 600 de 2000 y cuarta del canon 192 de la Ley 906 de 2004, así como el bloque de constitucionalidad y la sentencia CC C-004 de 2003.

En apoyo de su pretensión revisionista alude al Informe No. 036 de 2000 de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos, emitido en el caso 11.101, en el que se concluyó que agentes del Estado colombiano y civiles están vinculados con la violación múltiple de los derechos a la integridad física de Jairo Llamas Ascué y a la vida de Darío Coicué Fernández, Ofelia Tombé Vitonás, Carolina Tombé Ñusqué, Adán Mestizo Rivera, Edgar Mestizo Rivera, Eleuterio Dicué Calambás, Mario Julicué Ui, Tiberio Dicué Corpus, María Jesús Güetia Pito, Floresmiro Dicué Mestizo, Mariana Mestizo Corus, Nicolás Consa Hilamo, Otoniel Mestizo Dagua, Feliciano Otela Ocampo, Calixto Chilguese Toconás, Julio Daga Quiguanás, José Jairo Secué Canas, Jesús Albeiro Pilcué Pete, Daniel Gugú Pete y Domingo Caliz Soscué, así como de las garantías y protección judicial, en los términos de los artículos 5.1.2.8 y 25 de la Convención Americana.

Recuerda que una de las primeras recomendaciones de dicho informe consistió en llevar a cabo una investigación completa, imparcial y efectiva en la jurisdicción ordinaria, con el fin de juzgar y sancionar a los responsables de la masacre.

Pese a la connivencia activa de la fuerza pública en tales hechos, explica, no se ha producido ningún reproche contra Fabio Alejandro Castañeda Mateus y Jorge Enrique Durán Argüelles por parte de la justicia común.

Con apoyo en la sentencia CC C-004/2003 asevera que no es necesaria la existencia de prueba nueva, sino acreditar la grave infracción de los derechos humanos, siempre que un organismo internacional de supervisión de los mismos haya emitido determinaciones de incumplimiento a sus recomendaciones y que resulta correlativo al derecho de las víctimas a la verdad, a la justicia y a la reparación, el deber del Estado

de investigar y sancionar a los responsables y restablecer, de ser posible, a los perjudicados.

Solicita declarar fundada la acción de revisión, dejar sin efecto la providencia del 26 de julio de 1999 del Tribunal Superior Militar y, como consecuencia de lo anterior, remitir el proceso a la Unidad de DH-DIH de la Fiscalía General de la Nación.

Igualmente, demanda alertar al despacho que vaya a conocer nuevamente del proceso, que no procede la prescripción, no solo porque se trata de examinar una actuación ya finiquitada sino debido a que estamos ante crímenes de lesa humanidad.

ACTUACIÓN ANTE LA CORTE

1. Admitida la demanda y recibido el expediente original del proceso penal, el 31 de marzo de 2011 se dispuso el traslado de aquella a los intervinientes para que solicitaran la práctica de las pruebas conducentes a los fines de la presente acción¹¹.

2. En auto CSJ AP, 13 jul. 2011, rad. 35.773, se negaron las pruebas solicitadas por la defensa, se ordenó requerir, a petición del Ministerio Público, al Ministerio de Relaciones Exteriores para que indagara ante la Comisión Interamericana de Derechos Humanos si dentro del caso 11.101 se ha emitido con posterioridad al informe No. 036 de 2000 algún otro documento o recomendación o si se dio traslado de dicho caso a la Corte Interamericana de Derechos Humanos y, como consecuencia de ello, ese Órgano Internacional de Justicia ha emitido sentencia en el caso Masacre Caloto-Colombia, caso en el cual, debería remitirse a la Sala copia autenticada de las decisiones provenientes de dichos organismos internacionales, así como, de oficio, se determinó reiterar a dicha cartera la orden consignada en el numeral segundo del auto admisorio, a fin de que insistiera ante la Comisión para la expedición de copia del

expediente del caso 11.101 Masacre Caloto-Colombia, actuación dentro de la cual se había solicitado, con especial énfasis, el informe No. 114 del 28 de septiembre de 1999¹².

3. Recurrida horizontalmente esta decisión por la defensora, fue confirmada por la Corte en decisión del 2 de noviembre de 2011¹³.

4. Por su parte, en proveído CSJ AP, 17 jul. 2012, rad. 35.773 no se accedió a las pruebas solicitadas por la parte civil¹⁴.

5. Allegados los medios de convicción, su resultado, en lo fundamental, fue el siguiente:

5.1. Mediante comunicación del 15 de noviembre de 2011, la Organización de Estados Americanos, en adelante, OEA, remitió, a través del Ministerio de Relaciones Exteriores, copia certificada del informe 36/00 de 13 de abril de 2000.

5.2. A través de oficio DIDHD/GOI No. 9583/0289 del 16 de febrero de 2012¹⁵, el Ministerio de Relaciones Exteriores allegó copia del informe No 114/99 del 28 de septiembre de 1999¹⁶ y copia de la comunicación del 9 de febrero de 2012 de la OEA en la que informa que:

(...) el caso de la “Masacre de Caloto” se encuentra en etapa de seguimiento de recomendaciones desde la emisión del informe 36/00 y que, en virtud de las consideraciones del informe y de los artículos 51.3 de la Convención Americana y 48 del Reglamento vigente a la fecha, la comisión decidió reiterar las conclusiones y sus recomendaciones, hacer público el Informe e incluirlo en su Informe Anual a la Asamblea General de la OEA.

La Comisión, en cumplimiento de su mandato, decidió asimismo continuar evaluando las medidas tomadas por el Estado colombiano con relación a las recomendaciones

mencionadas, hasta que hayan sido cumplidas. Por lo tanto, de conformidad con la Convención Americana y el Reglamento y práctica de la Comisión Interamericana, el informe del caso de referencia fue publicado y no se han emitido posteriores decisiones ni se ha remitido a la jurisdicción de la Corte Interamericana.¹⁷

5.3. Tras múltiples requerimientos de la Corte por vía diplomática, en comunicación del 2 de mayo de 2012¹⁸, la OEA allegó un CD contentivo de varias piezas del expediente 11.101.

6. En el término de ley las partes presentaron los correspondientes alegatos.

ALEGATOS DE CONCLUSIÓN

1. Ministerio Público¹⁹

El Procurador Octavo Judicial II Penal²⁰ alude a la situación fáctica y tras citar, en extenso, el informe No. 036 de 2000 asegura que se cumplen las exigencias para remover la cosa juzgada que recae sobre la cesación de procedimiento.

De un lado, porque está ejecutoriada y «los hechos sobre los que versó la misma son constitutivos de violación a los derechos humanos»²¹, tal como lo indicó la Comisión Interamericana al señalar que se violaron los artículos 4, 5, 8, 25, y 1(1) de la Convención Americana, como consecuencia de la afectación de los derechos a la vida, a la integridad, a la libertad y a la obligación de adelantar una investigación completa, imparcial y efectiva en la jurisdicción ordinaria, sobre todo porque el mismo Estado así lo reconoció.

Y de otro, debido a que, si bien las recomendaciones, por sí solas, no tienen fuerza vinculante para dar por establecida la violación de garantías fundamentales, es claro que,

ella sí ocurrió.

Al respecto, destaca cómo i) aunque Colombia no cuestionó la versión de los hechos entregada por los peticionarios afectados, ni las violaciones a la Convención y a la Declaración Americana y ii) el 29 de julio de 1998 el Presidente de la República reconoció públicamente la responsabilidad del Estado, el Tribunal Superior Militar cesó procedimiento a favor de los oficiales de la Policía, ignorando la recomendación de la Comisión en el sentido de «[l]levar a cabo una investigación completa, imparcial y efectiva en la jurisdicción ordinaria con el fin de juzgar y sancionar a los responsables de la masacre»²².

Tras transcribir jurisprudencia de la Corte sobre el precario efecto vinculante de las recomendaciones (CSJ SP, 22 sept. 2010, rad. 30.380), destaca que la jurisdicción penal militar no debió tramitar el asunto porque los hechos no guardaban relación con el servicio, punto en el que se apoya en una providencia que no identifica.

En criterio del representante de la sociedad, el desconocimiento del juez natural contrae, per se, una grave afectación de la seriedad e imparcialidad del proceso, dado que la justicia penal militar, por su naturaleza y estructura, no cumple con los valores descritos en el artículo 8º de la Convención, tema ampliamente decantado por la Comisión.

En este punto, asevera que «[l]a misma naturaleza de la decisión objeto de cuestionamiento, contrastada con el análisis de las pruebas que le sirvieron de fundamento al Tribunal, evidencia de manera clara la falta de imparcialidad y el no cumplimiento de los estándares en punto a los presupuestos que debe cumplir una decisión del juez de la cesación de procedimiento»²³, opinión que basa en la relación de la actuación procesal de la investigación surtida contra los oficiales, elaborada por la Comisión.

Es así que se pregunta cómo después de proferida una resolución de acusación por un

Fiscal de la Unidad de Derechos Humanos, con idénticas pruebas, se llega a una cesación anticipada de procedimiento por el Tribunal Superior Militar, contradicción que, a su juicio, «pone en entredicho la objetividad de la decisión cuestionada, pues no puede dejarse pasar por alto que el estándar requerido para proferir una decisión de cesación (...) es el de demostración plena de la no ocurrencia del hecho o de la no participación de los vinculados en su realización»²⁴.

Para el delegado, la decisión acusada, que cataloga de no objetiva y con un sesgo de favorecimiento, no resolvió aspectos trascendentales, que sí fueron evaluados en el proveído de primera instancia que negó la petición de cesación.

Al respecto, destaca la falta de análisis del Tribunal respecto a i) la hora de ocurrencia de los hechos, de cara a los razonamientos del funcionario de primer grado para quien no era viable determinarla, solamente, a partir de lo afirmado por quien elaboró las necropsias, ii) las llamadas telefónicas realizadas desde el teléfono del Comando de Policía de Santander de Quilichao a dos abonados de la ciudad de Cali, que de acuerdo con un testimonio, comprometía la responsabilidad de por lo menos uno de los oficiales, y que fue descartado por el ad quem bajo la prédica de haber sido efectuadas en el ejercicio de la investigación por parte del suboficial Edwin Marín Díaz, siendo que en primera instancia, con evidencia suficiente, se concluyó que él no pudo haberlas hecho y que quien las hizo fue el mayor Durán para avisarle a uno de los perpetradores que tenía orden de captura y que «no se podía dejar coger»²⁵.

El Procurador precisa que no está haciendo ningún juicio de valor sobre la responsabilidad penal de los oficiales involucrados, sino tratando de mostrar que el proveído demandado, no solo no se profirió por el juez natural sino que no cumplió las exigencias de objetividad e imparcialidad ni el estándar establecido en la ley.

Remata sosteniendo que el Tribunal incurrió en el prejuicio de la confirmación, «según el

cual solamente se considera y toma en cuenta aquello que permite ratificar la decisión adoptada de antemano y se desconoce todo lo que la desvirtúa o demerita»²⁶.

Solicita dejar sin efecto la decisión impugnada y ordenar el envío del expediente a la Fiscalía General de la Nación a fin de que continúe con la investigación y adopte las determinaciones que en derecho correspondan.

2. Defensa.

Como un prenotando, la defensora precisa que distinto a lo aseverado por el demandante, no se declaró la nulidad de todo lo actuado en la justicia ordinaria. Así mismo, que aquél omitió señalar que i) la investigación se surtió entre 1991 y una parte de 1997, en cabeza de varios jueces -de instrucción, de orden público y especializado-, los cuales investigaron objetiva e imparcialmente, decretaron pruebas y ordenaron la indagatoria de sus asistidos, quienes para esa diligencia fueron objeto de medidas cautelares y de detención preventiva, luego de lo cual, el 7 de abril de 1992 resultaron favorecidos por un juez sin rostro de Cali con abstención de medida de aseguramiento, dado que no encontró ningún elemento que indicara su participación en los hechos, decisión que fue confirmada por el Fiscal Delegado ante el Tribunal Superior Nacional, ii) la actuación fue «[r]evisada por funcionarios pertenecientes a la justicia ordinaria, hasta el año 1997»²⁷ y iii) paralelamente, se adelantó una investigación disciplinaria que los absolvió mediante resolución del 8 de julio de 1993.

Adicionalmente, relieves que por la masacre fueron condenados Luis Alberto Bernal Seijas, Neimberg Marín Zuluaga, Carlos Arturo Vahos Mejía, Carlos Alberto Flórez Alarcón, Leonardo Peñafiel Correa, Orlando Villa Zapata y Gilberto Márquez Henao.

Enseguida, en un acápite intitulado «INVESTIGACIÓN IMPARCIAL, OBJETIVA Y PROFUNDA»²⁸ se dispuso a acreditar que la instrucción cumplió los estándares de acceso a la justicia y protección judicial porque se adelantaron todas las labores que fueron

objeto de la recomendación, incluso, de manera previa y oficiosa.

En aras de demostrarlo, cita los hechos, conforme fueron concebidos por la Comisión, y hace un recuento pormenorizado de la actuación procesal, luego de lo cual, en otro acápite denominado «RECOMENDACIONES DE LA COMISIÓN INTERAMERICANA»²⁹ asegura que estas se cumplieron de la siguiente forma:

RECOMENDACIONES (Informe Final del Comité de Impulso a la Administración de Justicia en los casos de los Uvos, Caloto y Villatina)

CUMPLIMIENTO DE LAS RECOMENDACIONES (a juicio de la defensora)

a) Verificar la existencia de la supuesta diligencia de allanamiento a la finca La Josefina (al mando del teniente Marín, de la Tercera Brigada de Cali), días antes de la masacre y allegar copias al proceso. Realizar las diligencias tendientes a precisar la plena identidad del Teniente Marín y oírlo en versión juramentada.

- En auto del 7 de enero de 1992 se ordenó la declaración del Teniente Wilmar Marín Corredor.

b) Allegar a la investigación, los recibos de la Empresa de Telecomunicaciones de llamadas de larga distancia, realizadas desde los teléfonos de personas involucradas en los hechos, así como desde el Comando de Policía de Santander de Quilichao, en el período comprendido entre octubre de 1991 y marzo de 1992.

- Se hizo un seguimiento de las llamadas al Comando de Policía.

c) Ampliar la declaración al indígena García Ciclos, para que informe si el Mayor Jorge Enrique Durán Argüelles, el Capitán Fabio Alejandro Castañeda Mateus, u otros mandos superiores conocían de la permanencia de dos agentes de la policía en las haciendas

Canaima, La Selvita y La Selva, así como realizar diligencias tendientes a precisar la plena identificación de los policías, sus grados, mandos superiores y dependencias a las que estaban vinculados. Oírlos (sic) en versión jurada.

- «Se llevaron a cabo todas estas recomendaciones, y se ampliaron declaraciones tanto así que fueron vinculados y se solicitaron los álbumes de las estaciones correspondientes.»³⁰

d) Indagar sobre las cuentas corrientes y de ahorros a nombre de Jorge Enrique Durán Argüelles y Fabio Alejandro Castañeda Mateus, en las entidades bancarias y de ahorros del país, allegando extractos, recibos de consignación y el origen de las transferencias. Con la colaboración de la Unidad de Patrimonio de la Fiscalía General de la Nación, investigar el origen de eventuales incrementos en los patrimonios de estos oficiales, a título personal o a nombre de terceros, y determinar la posible relación de estos hechos con el objeto de la masacre de Caloto.

- «(...) mediante decisión de marzo de 1996 se verificó a través de los oficios No. 517, 542 esta información que fue absuelta por Conavi, Concasa.»³¹

e) Establecer si Luis Alberto Bernal Seijas ha tenido o no vínculos con el sector oficial, concretamente con las Fuerzas Militares o de Policía, en qué calidad o condición y durante qué períodos. Pedir copias a la Fiscalía Regional de Cali, de la investigación preliminar que se adelanta contra Luis Alberto Bernal Seijas, José Antonio Bernal Seijas y Lilibiana (sic) Díaz Cadena, por el presunto delito de enriquecimiento ilícito.

f) Determinar en qué libro se registra el ingreso y salida de personas ajenas a la institución. Verificar si el libro destinado para esos efectos existe y si en él aparecen relacionadas las personas que ingresaron a la Estación de Policía el día 16 de diciembre.

La información sobre ingreso y salida de personas no se anota y copia de los siete libros (no especifica) reposa en el cuaderno No. 4 de minutas, de acuerdo con la inspección judicial respectiva.

g) Realizar las diligencias de inteligencia necesarias a fin de establecer la naturaleza de los vínculos entre los oficiales Durán Argüelles y Castañeda Mateus con los testificantes (el Presidente del Consejo y la Secretaria de Gobierno Municipal) para determinar el valor probatorio de sus versiones.

Obran las declaraciones de Cristina Cuellar Claros y Carlos Balanta en las que refieren que conocían a los procesados, la primera desde que llegaron al pueblo y el segundo por razón de su cargo. (folios 357 y 355, 360-361 del cuaderno 5).

h) Recibir la declaración de la totalidad de los agentes que prestaban servicio en la fecha de los hechos, en las Estaciones de Policía de Santander de Quilichao y Caloto, con la finalidad de establecer las tareas ejecutadas los días anteriores y posteriores al 16 de diciembre de 1991, las actividades desplegadas por el Capitán Castañeda Mateus y el mayor Durán Argüelles, entre otras.

El listado -no explica de qué- aparece en el folio 12 del cuaderno 4.

i) Solicitar a la Policía Nacional las diligencias realizadas en la investigación interna llevada a cabo por esa institución y adjuntarlas al proceso.

Obra el expediente completo.

j) Averiguar el curso de la investigación penal de la muerte del señor Valencia Vacca (presunto comprador de la Hacienda El Nilo), asesinado al día siguiente de ocurrida la masacre y allegar copias de la misma al expediente.

k) Oír la declaración del miembro de la Policía Nacional, quien advirtió al indígena Lino Adrián Zapata sobre la inminencia de una agresión a su comunidad.

l) Escuchar en ampliación de indagatoria al mayor Durán Argüelles y al capitán Fabio Alejandro Castañeda Mateus, sobre las circunstancias de tiempo, modo y lugar en que se planearon y ejecutaron los hechos.

Además de las indagatorias, los acusados habrían rendido ampliaciones de las mismas y, luego, mediante oficio del 13 de marzo de 1992 del juez de orden público, fueron citados para rendir injurada dentro del proceso 3299.

m) Que se reiteren las órdenes de captura contra los señores Carlos Vahos Mejía y Luis Alberto Bernal Seijas y se requiera a las autoridades encomendadas para la ejecución de dichas órdenes, a fin de que informen las gestiones realizadas al efecto.

La orden de aprehensión contra Carlos Bahos, Edgar y Jair -no los identifica por sus apellidos- se dispuso el 14 de febrero de 1992 por el Juzgado de Instrucción de Orden Público de Cali (folios 113, 19 y 132 del cuaderno 3).

n) Que se evalúe la situación de seguridad de cada uno de los testigos en el proceso y junto con la Oficina de Protección de Testigos y Derechos Humanos del Ministerio del Interior se estudie la posibilidad de incluirlos en estos programas.

o) Que se solicite información a la oficina de investigaciones Especiales de la Procuraduría General de la Nación, sobre el estado de la investigación que cursa en ese despacho por la muerte del abogado Oscar Elías López, asesor jurídico del CRIC, y quien asesoraba a los indígenas en la investigación de la masacre.

En criterio de la jurista, lo anterior demuestra que, la instrucción fue exhaustiva, prolija y garantizó el acceso a la justicia, a la imparcialidad y a la objetividad.

Rememora que tras la remisión del proceso a la justicia penal militar con ocasión de una colisión positiva de competencia, el 23 de septiembre de 1997 se declaró la nulidad de lo actuado desde el cierre de la investigación, lo cual contradice lo dicho por el demandante, en el sentido que se invalidó todo lo actuado por la justicia ordinaria.

Luego de recordar que las recomendaciones de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos no son obligatorias, concluye que no se observa «un solo incumplimiento de investigación eficiente, eficaz, imparcial, objetiva, que posibilite el cumplimiento de las convenciones o de las obligaciones internacionales»³² y que no porque la decisión de fondo haya sido proferida por la justicia penal militar se puede asegurar que no reúne tales calificativos, pues cuando la actuación la asumió esta jurisdicción llevaba más de ocho (8) años en la ordinaria, además que, en materia de revisión, la Corte está impedida para analizar la responsabilidad.

Igualmente, considera que del informe de recomendaciones no se desprende ningún elemento para establecer las violaciones alegadas por el Procurador, ya que, incluso, uno de los autores de la masacre –en prueba sobreviniente–, negó la participación de los miembros de la fuerza pública.

Reitera que la justicia no ha dejado impunes los hechos pues se impusieron penas ejemplarizantes y existen otras investigaciones en justicia y paz y en Cali sobre el particular. También, asevera que, en este caso, no existió demora en la investigación de los aquí implicados, al punto que fueron vinculados dos meses y medio después de iniciar la instrucción y, respecto de ellos, la justicia ordinaria se abstuvo de imponerles medida de aseguramiento.

En un acápite dedicado a la «INTERVENCIÓN DE LA JUSTICIA MILITAR»³³, la profesional del derecho sostiene que no es su intención discutir la doctrina del juez natural sino analizar los derechos de sus asistidos, para lo cual, cree, se debe demostrar

que objetivamente no existió investigación conforme a los estándares de la Convención, lo cual no es posible en esta oportunidad, dice, porque la jurisdicción penal militar solo asumió la actuación en 1997 hasta 1999, la acusación se dio después de que tres funcionarios instructores consideraran que no había compromiso penal de sus representados y el que no exista condena no significa que no se haya investigado de forma imparcial, tanto así que la Comisión reconoció que se ha cumplido con el esclarecimiento del caso.

Resalta, también, que, dada «la presunción de acierto y legalidad que tiene la sentencia»³⁴, es la inocencia de sus prohijados lo que ha de considerarse, así como que este asunto no ha sido trasladado a la Corte Interamericana y que se han cumplido la mayoría de las recomendaciones como se lee en el folio 127 del material digital que indica que el acatamiento de las mismas se debe medir en términos de impacto.

Para cerrar, alude al oficio DIDHD.GOI 66160/2913 del 10 de enero de 2012 del Ministerio de Relaciones Exteriores en el que informa sobre las investigaciones actualmente abiertas, el testimonio de Orlando Villa Zapata, rendido en el marco de la ley de justicia y paz en el que indica que no hubo participación de ningún miembro de la fuerza pública y la decisión de absolución disciplinaria que favoreció a Castañeda Mateus y Durán Argüelles.

Solicita no acceder a las pretensiones del demandante y, en consecuencia, declarar infundada la causal invocada.

Subsidiariamente, pide que si la decisión adoptada es la de nulidad, ella se decrete «desde antes del cierre de la calificación, es decir, retrotraer la actuación hasta la etapa de instrucción para que se adelante nuevamente el trámite y se dé la actuación por el funcionario que [se] considere debe asumirla»³⁵. Esto, para salvaguardar los derechos de sus asistidos, especialmente, en desarrollo del artículo 8 (1) de la Convención.

CONSIDERACIONES

1. Legitimación por activa del Ministerio Público.

Aunque el delegado del Ministerio Público que presentó la demanda de revisión y quien lo sucedió en tal encargo, no son los mismos que intervinieron en el trámite ante la justicia penal militar y, por ende, como es obvio, no fueron reconocidos como intervinientes en esa actuación, suficientemente, tiene decantado la Corte (CSJ SP, 01 nov. 2007, rad. 26.077) que, la legitimidad para incoar la acción de revisión no surge de tal calidad procesal sino de las facultades generales previstas en el artículo 277 de la Constitución Política, particularmente, la de «proteger los derechos humanos y asegurar su efectividad», atribuciones que para el caso concreto, fueron asignadas por el Procurador General de la Nación, inicialmente, mediante comisión especial, al Procurador 171 Judicial II Penal y, luego, al Procurador 8º Judicial II Penal.

2. En torno a la acción de revisión.

En un sistema procesal regido por el postulado de seguridad jurídica, siempre que una sentencia judicial penal alcanza firmeza queda por este hecho, investida de la doble presunción de cosa juzgada y legalidad y, por lo tanto, en principio, es inmutable.

No obstante, la experiencia de eventuales inconsistencias entre la verdad procesal declarada jurisdiccionalmente y la ontológica llevó al legislador a diseñar un mecanismo para conjurar situaciones de injusticia material, que corresponde a la acción de revisión, cuya prosperidad está atada a la comprobación de alguna de las taxativas causales consagradas en el artículo 220 de la Ley 600 de 2000 –actual canon 192 de la Ley 906 de 2004-.

Este instituto adjetivo excepcional de control concreto de legalidad permite que, a través de un proceso judicial autónomo, se levanten los efectos de la res iudicata de aquel

fallo que por no satisfacer los estándares propios del valor justicia contraviene la Constitución y la ley, para que se emita otra decisión que sí responda a la verdad histórica.

3. Sobre la causal tercera del artículo 220 de la Ley 600 de 2000 (causal cuarta del artículo 192 de la Ley 906 de 2004).

El numeral 3º del canon 200 original del Estatuto Adjetivo de 2000 era del siguiente tenor:

La acción de revisión procede contra las sentencias ejecutoriadas en los siguientes casos:

(...)

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.

No obstante, la Corte Constitucional, en sentencia C-004 de 2003, declaró su exequibilidad bajo el entendido de que,

de conformidad con los fundamentos 31, 36 y 37 de esta sentencia, la acción de revisión por esta causal también procede en los casos de preclusión de la investigación, cesación de procedimiento y sentencia absolutoria, siempre y cuando se trate de violaciones de derechos humanos o infracciones graves al derecho internacional humanitario, y un pronunciamiento judicial interno, o una decisión de una instancia internacional de supervisión y control de derechos humanos, aceptada formalmente por nuestro país, haya constatado la existencia del hecho nuevo o de la prueba no conocida al tiempo de los debates. Igualmente, y conforme a lo señalado en los fundamentos 34, 35 y 37 de esta sentencia, procede la acción de revisión contra la preclusión de la investigación, la cesación de procedimiento y la sentencia absolutoria, en procesos por violaciones de derechos humanos o infracciones graves al

derecho internacional humanitario, incluso si no existe un hecho nuevo o una prueba no conocida al tiempo de los debates, siempre y cuando una decisión judicial interna o una decisión de una instancia internacional de supervisión y control de derechos humanos, aceptada formalmente por nuestro país, constaten un incumplimiento protuberante de las obligaciones del Estado colombiano de investigar en forma seria e imparcial las mencionadas violaciones. (Subrayas no originales).

En esa providencia explicó que:

(...) los derechos de las víctimas de los hechos punibles y el deber correlativo del Estado de investigar y sancionar los delitos a fin de realizar la justicia y lograr un orden justo (CP Preámbulo y arts 2º y 229) son obviamente los valores constitucionales que pueden claramente colisionar con el non bis in ídem, y que pueden entonces autorizar, o incluso, exigir una limitación de esa garantía constitucional del procesado. En efecto, en aquellos casos en que una persona es absuelta por un delito, pero aparecen hechos o pruebas posteriores que sugieren que ella puede ser culpable, se desarrolla una clara tensión normativa entre, de un lado, la garantía del procesado a no ser nuevamente enjuiciado y, de otro lado, los derechos de las víctimas y el deber del Estado de investigar los delitos y sancionar a los responsables a fin de lograr un orden justo. Así, la fuerza normativa del non bis in ídem indica que la persona absuelta no debería volver a ser juzgada, a pesar de esas pruebas y hechos nuevos; sin embargo, el deber del Estado de investigar los delitos y amparar los derechos de las víctimas a fin de lograr un orden justo parece implicar que la persona debe ser enjuiciada nuevamente, sobre todo si se trata de delitos que configuren lesiones a los derechos humanos.

Esta proposición jurisprudencial, con efectos vinculantes por ser emitida en sede de control abstracto de constitucionalidad, fue reproducida en la causal cuarta del nuevo sistema de enjuiciamiento penal con tendencia acusatoria, tal como sigue:

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 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.

La Corte Constitucional declaró la inexecutable de la expresión tachada: “absolutorio” porque consideró que resultaba restrictiva, de cara a la posibilidad de reabrir procesos mediante la acción de revisión, relacionados con violaciones graves a los derechos humanos o al derecho internacional humanitario. Estas fueron sus consideraciones, más relevantes (CC C-979 de 2005):

22. El cargo se formula contra la expresión “absolutorio” que forma parte de la causal cuarta de revisión del artículo 192 de la Ley 906 de 2004, en cuanto restringe la procedencia de la acción en los términos previstos en la causal, a los eventos en que se hubieren producido fallos en tal sentido (absolutorios), por cargos de violaciones de derechos humanos e infracciones graves al derecho internacional humanitario.

De la expresión acusada, efectivamente se deriva la imposibilidad para la justicia colombiana de reabrir, por la vía de la revisión extraordinaria, un proceso por violaciones a derechos humanos o infracciones graves al derecho internacional humanitario, cuando después de un fallo condenatorio, 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.

Este sentido de la norma resulta en efecto contrario no solamente a los deberes de investigación que en materia de violaciones de derechos humanos y derecho internacional humanitario le impone al Estado colombiano, el derecho internacional de los derechos humanos y el derecho penal internacional, sino que restringe, de manera injustificada, el ámbito de protección de los derechos de las víctimas y perjudicados de estas conductas, con el alcance que la jurisprudencia de esta Corte les ha dado, en particular su derecho a conocer la verdad y a que se haga justicia. Derechos que como se indicó se encuentran asociados de manera estrecha al deber de las autoridades de investigar y sancionar de manera seria e independiente estos crímenes.

El sentido de la norma que la expresión demandada permite, tolera que en el orden interno pervivan fenómenos de impunidad en materia de violaciones a derechos humanos y derecho internacional humanitario, que ya han sido constatadas por instancias internacionales como producto de un incumplimiento protuberante de las obligaciones del Estado de investigar seria e imparcialmente tales violaciones.

Esos espacios de impunidad desconocen el deber de las autoridades de asegurar la vigencia de un orden justo (Preámbulo y Art. 2° de la C.P.).

En el marco de la potestad de configuración del legislador en este ámbito, y en desarrollo del deber estatal de protección de los derechos de las víctimas de violaciones de derechos humanos e infracciones graves al derecho internacional humanitario, estableció la reapertura, por vía de revisión, de procesos referidos a estos delitos que hubieren culminado con fallos absolutorios. Sin embargo para hacerlos compatibles con los principios de cosa juzgada y non bis in idem que por regla general

amparan a la persona absuelta, rodeó tal decisión de política criminal de especiales cautelas, como el condicionamiento de la procedencia de la causal de revisión al pronunciamiento de una instancia internacional.

Nada se opone entonces a que, por virtud de la exclusión de la expresión acusada, se extienda la posibilidad de reapertura de estos procesos, por la vía de la revisión, a aquellos que han culminado con fallos condenatorios y una instancia internacional haya establecido que son el producto del incumplimiento protuberante de los deberes de investigación seria e imparcial por parte del Estado, lo que ubica tales decisiones en el terreno de las condenas aparentes, que toleran o propician espacios de impunidad en un ámbito en que tanto el orden constitucional como el internacional, repudian tal posibilidad.

Las mismas cautelas que en su momento tuvo la Corte para autorizar la posibilidad de que por la vía de la revisión penal extraordinaria, se reabrieran procesos por violaciones de derechos humanos, que había culminado con una decisión favorable al sentenciado, con ruptura del principio del non bis in idem operan en el caso de la reapertura de procesos culminados con sentencia condenatoria. Esas cautelas, orientadas a la preservación del non bis in idem, para los delitos en general, se encuentran explícitas en la regla que contiene la expresión demandada, en cuanto que la reapertura se produce a través de un mecanismo procesal extraordinario, opera para la criminalidad con mayor potencialidad ofensiva y desestabilizadora como son los crímenes contra los derechos humanos y el derecho internacional humanitario, y está condicionada al pronunciamiento de una instancia internacional acerca del incumplimiento del Estado de sus obligaciones de investigación y sanción de estos crímenes. El sentido de la causal, una vez excluida la expresión demandada, deja así a salvo el principio del non bis in idem para los delitos en general, tal como lo ha establecido la Corte en el pronunciamiento referido.

23. De otra parte, tampoco puede perderse de vista en este análisis, que la extensión de la procedencia de la revisión a los fallos condenatorios en las hipótesis que contempla la causal, atiende también el derecho del sentenciado a un debido proceso y propugna por el establecimiento de un orden justo, por cuanto no resulta legítimo mantener la cosa juzgada en eventos en que una instancia internacional, en desarrollo de competencias reconocidas por el Estado colombiano, declaró que la investigación que dio lugar a la condena no fue seria ni imparcial.

24. Encuentra así la Corte que el alcance que la expresión demandada le imprime a la causal de revisión de la cual forma parte, entraña en primer término, una violación de la Constitución en virtud del desconocimiento de claros referentes internacionales aplicables a la materia por concurrir a integrar el bloque de constitucionalidad (Art. 93 CP); en segundo término, una actuación contraria al deber constitucional de protección de los derechos de las víctimas de estos delitos que desconocen la dignidad humana y afectan condiciones básicas de convivencia social, necesarias para la vigencia de un orden (artículo 2 CP); en tercer lugar, un desconocimiento de los compromisos internacionales del Estado colombiano de colaborar con la vigencia de los derechos humanos y sancionar las conductas que afectan estos valores supremos del orden internacional, que nuestro país ha reconocido como elementos esenciales de las relaciones internacionales (CP Art. 9°); y en cuarto lugar una violación al debido proceso de la persona condenada en una actuación que desatiende los deberes constitucionales e internacionales de investigar seria e imparcialmente estos crímenes, aspecto que ha sido constado por una instancia internacional. Por ello, la Corte declarará la inexequibilidad de la expresión acusada que hace parte del artículo 192.4 de la Ley 906 de 2004.

Ante la impunidad que pudiera resultar de alguna imparcial, negligente o incuriosa labor investigativa del Estado, reconocida por un organismo de justicia nacional o internacional de supervisión y control de los derechos humanos, avalado por Colombia, la causal tercera del artículo 200 de la Ley 600 de 2000 y la cuarta de la Ley 906

de 2004 irrogan una amplia protección a los derechos de las víctimas frente a afrentas de tan gravísima naturaleza en aras de remover la res iudicata para sancionar a todos los responsables y lograr la vigencia de un orden justo.

En el contexto de este motivo revisionista, la prosperidad de la acción está atada a la acreditación de los siguientes presupuestos:

- i) La existencia de una decisión judicial de preclusión de investigación, cesación de procedimiento, o sentencia absolutoria o condenatoria, providencias que deben estar amparadas por la presunción de cosa juzgada, en tanto han debido cursar ejecutoria.
- ii) Los comportamientos delictivos investigados deben corresponder a violaciones de derechos humanos o infracciones graves al derecho internacional humanitario.
- iii) La emisión de un pronunciamiento judicial interno, o de una instancia internacional de supervisión y control de derechos humanos, admitida formalmente por el Estado, en el que se haya constatado el incumplimiento protuberante de sus obligaciones en materia de investigación seria e imparcial de tales transgresiones y la existencia de un hecho o prueba nuevos no conocidos al tiempo de los debates.

O, alternativamente, iv) la existencia de una decisión judicial de instancia internacional de supervisión y control de derechos humanos, cuya competencia haya sido aceptada formalmente en Colombia, que hubiere verificado el manifiesto incumplimiento de las obligaciones del Estado colombiano de investigar completa, imparcial y eficazmente los hechos conocidos por el organismo supranacional de justicia, sin necesidad de que haya surgido un hecho o prueba nueva.

4. Alcance de las recomendaciones de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos.

Tal como lo pusieron de presente el Ministerio Público y la defensa, la Sala ha sostenido, de forma por demás reiterada, que las recomendaciones, distinto a los fallos de los organismos internacionales de justicia de supervisión y control de los derechos humanos, carecen de un efecto propiamente vinculante. No obstante, «en tanto acto jurídico unilateral internacional, tiene[n] como única virtualidad la de propiciar la revisión de la actuación demandada por parte de la Corte, pero no la de declarar su invalidez sin que previamente la Sala haya verificado si hubo algún tipo de violación en el desarrollo del proceso» (CSJ AP, 7 oct. 2009, rad. 31.195).

En esa dirección, se ha establecido que habilitada por la recomendación de un organismo internacional -cuya competencia esté formalmente reconocida en Colombia- que haya establecido la violación de los deberes estatales en materia de imparcialidad, seriedad y eficacia en las investigaciones judiciales, es tarea de esta Corporación verificar:

- i) Si la conducta punible ejecutada por quienes fueron favorecidos con sentencia absolutoria, preclusión o cesación de procedimiento «debe entenderse un acto propio del servicio que se halle cubierto por el fuero investigativo propio de la Justicia Penal Militar» y;
- ii) Si las labores instructivas adelantadas por las jurisdicciones ordinaria o penal militar, según sea el caso, fueron serias, completas e imparciales y de este modo no condujeron a la impunidad.(CSJ SP, 6 mar. 2008, rad. 26.703 y CSJ AP, 7 oct. 2009, rad. 31.195).

Ambos aspectos, deben analizarse al interior de la actuación objeto de cuestionamiento.

Así mismo, la Corte ha avalado la posibilidad de aplicar retroactivamente la causal tercera del artículo 220 de la Ley 600 de 2000 -misma cuarta del canon 192 de la Ley

906 de 2004-, a hechos ocurridos antes de que rigieran los Códigos Adjetivos Criminales de 2000 y 2004. En ese sentido, la Sala precisó (CSJ SP 01 nov. 2007, rad. 26.077):

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.

4.1. En punto de la eficacia de la labor investigativa, de cara al valor justicia, en el marco del debido proceso.

Uno de los valores fundantes del Estado colombiano es la justicia. Así se desprende del preámbulo de nuestra Carta Política.

Igualmente, son fines estatales asegurar la convivencia pacífica y la vigencia de un orden justo (artículo 2º Superior).

Con ese ideal, nuestro ordenamiento jurídico prevé el juzgamiento de los ciudadanos infractores de la ley penal con estricto acatamiento del debido proceso en sus componentes de juez natural, legalidad, defensa, contradicción, presunción de inocencia y doble instancia (artículos 29 y 31 ejusdem).

A su turno, la administración de justicia como función pública (artículo 228 ibidem) se constituye en el instrumento idóneo para impartir justicia en la solución de los conflictos humanos y lograr esa tan anhelada paz social a través de las decisiones judiciales en las que se busca dar a cada quien lo que le corresponde.

En esta tarea, hay ciertos principios que marcan de forma preponderante el ejercicio

jurisdiccional, estos son, los de gratuidad, imparcialidad, celeridad, eficiencia, eficacia, razonabilidad y proporcionalidad, postulados que han de ser aplicados con extremo rigor durante todas las fases del proceso.

Ahora, en cuanto hace referencia a la labor eminentemente investigativa y a los fines que le son propios, los cuales, están íntimamente relacionados con el esclarecimiento de la verdad y la determinación de los responsables de las infracciones penales, es claro que aquella debe ser basta, completa, suficiente, rigurosa y sin dilaciones injustificadas.

Es así como la Comisión, en el informe 036 de 2000 recordó frente a la obligación de respetar y garantizar los derechos protegidos en la Convención que:

La Corte ha interpretado que esta obligación involucra el deber de organizar las estructuras a través de las cuales se manifiesta el ejercicio del poder público de manera tal que sean capaces de asegurar jurídicamente a todas las personas el libre y pleno ejercicio de sus derechos fundamentales.³⁶ La Corte ha establecido que el artículo 1(1), en relación con el artículo 25, obliga al Estado a garantizar a toda persona el acceso a la administración de justicia y en particular a un recurso rápido y sencillo para lograr que los responsables de las violaciones de los derechos fundamentales sean juzgados y obtengan una reparación por el daño sufrido. Estas normas guardan relación directa con el artículo 8(1), que consagra el derecho de toda persona a ser oída con las debidas garantías y dentro de un plazo razonable, por un juez o tribunal independiente e imparcial para la determinación de derechos de cualquier naturaleza. Se trata de obligaciones que constituyen pilares básicos del Estado de derecho en una sociedad democrática, tal como lo entiende la Convención³⁷.

Solo una gestión instructiva, respetuosa de tales postulados, podría garantizar una verdadera protección judicial y los derechos de las víctimas a la verdad, a la justicia

y a la reparación.

4.2. Sobre los actos de los miembros de la fuerza pública que por no tener relación con el servicio no pueden ser investigados y juzgados en la justicia penal militar.

Suficiente se ha ahondado acerca de la necesidad de discernir cuáles son aquellos comportamientos de los miembros de la fuerza pública que, por su intrínseca relación con el servicio de seguridad pública deben ser indagados y enjuiciados a instancia de la jurisdicción penal castrense.

De acuerdo con el artículo 221 Superior, la justicia penal militar solo puede conocer «de los delitos cometidos por los miembros de la fuerza pública en servicio activo, y en relación con el mismo servicio».

En verdad, esta Corporación, de la mano de la jurisprudencia constitucional, ha preservado intacto su criterio acerca de que el fuero penal militar es claramente excepcional y está atado a la certidumbre sobre la existencia de una relación estricta entre la conducta punible imputada y un acto del servicio, es decir, con las tareas o acciones que necesariamente permitan el cumplimiento de la función constitucional y legal asignada a la fuerza pública, esto es, la defensa y la seguridad pública en los términos de los artículos 217 y 218 de la [Constitución Política](#).

Por eso, para que la investigación y juzgamiento de las infracciones penales ejecutadas por miembros activos de las fuerzas militares o de la Policía Nacional esté a cargo de la jurisdicción castrense no basta la acreditación de tal calidad. La acción u omisión lesiva del bien jurídico tutelado debe estar en correspondencia intrínseca con los referidos fines institucionales, porque de lo contrario, será la jurisdicción ordinaria la llamada a conocer del asunto.

Esto, por cuanto no podría predicarse válidamente la existencia de una relación con el

servicio cuando la función militar o policiva es usada para infringir la ley con un proceder ajeno a la actividad marcial objetivamente considerada.

En estos términos, se expresó la Corte Constitucional:

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. (CC C-358 de 1997)

Ahora, a efecto de determinar si un comportamiento delictivo ejecutado por un funcionario vinculado al servicio activo militar o policivo es del resorte de una u otra jurisdicción, en la providencia recién transcrita, dicha Corporación fijó las siguientes pautas:

a) (...) para que un delito sea de competencia de la justicia penal militar debe existir un vínculo claro de origen entre él y la actividad del servicio, esto es, el hecho punible debe surgir como una extralimitación o un abuso de poder ocurrido en el marco de una actividad ligada directamente a una función propia del cuerpo armado. Pero aún más, el vínculo entre el delito y la actividad propia del servicio debe ser próximo y directo, y no puramente hipotético y abstracto. Esto significa que el exceso o la extralimitación deben tener lugar durante la realización de una tarea que en sí misma constituya un desarrollo

legítimo de los cometidos de las Fuerzas Armadas y la Policía Nacional. Por el contrario, si desde el inicio el agente tiene propósitos criminales, y utiliza entonces su investidura para realizar el hecho punible, el caso corresponde a la justicia ordinaria, incluso en aquellos eventos en que pudiera existir una cierta relación abstracta entre los fines de la Fuerza Pública y el hecho punible del actor. En efecto, en tales eventos no existe concretamente ninguna relación entre el delito y el servicio, ya que en ningún momento el agente estaba desarrollando actividades propias del servicio, puesto que sus comportamientos fueron ab initio criminales.

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

c) que la relación con el servicio debe surgir claramente de las pruebas que obran dentro del proceso. Puesto que la justicia penal militar constituye la excepción a la norma ordinaria, ella será competente solamente en los casos en los que aparezca nítidamente que la excepción al principio del juez natural general debe aplicarse. (...).

De igual manera, predicó que en caso de duda sobre la relación directa del delito con el servicio, es la justicia común y no la “de excepción” la encargada de asumir el conocimiento del proceso, conforme al principio de in dubio pro jurisdicción ordinaria.

En esas circunstancias, toda acción u omisión lesiva de los bienes jurídicos tutelados por el derecho penal ejecutada por parte de los integrantes del Ejército Nacional o de la Policía Nacional que adolezca de una conexidad diáfana, inmediata y directa con las competencias y fines legales y legítimos que rijan su actividad militar o policiva, no podrá ser asumida, jamás, por los jueces que regularmente estarían encargados de sancionar su conducta, sino por los de la justicia común.

Esta concepción jurídica, es asimismo la que rige a nivel del sistema interamericano de derechos humanos, como un instrumento eficiente para conjurar la vulneración de los derechos a la protección judicial, al juez natural y al proceso como es debido, consagrados en el artículo 8 de la Convención Americana de Derechos Humanos y XXVI y XVIII de la Declaración Americana de los Derechos y los Deberes del Hombre.

Así se pronunció la Corte Interamericana de Derechos Humanos en sentencia CIDH S, 15 sep. 2005, caso Masacre de Mapiripán vs. Colombia. Dijo sobre el particular:

201. La asignación de una parte de la investigación a la jurisdicción penal militar ha sido entendida por la Comisión y los representantes como una violación de los derechos a la protección judicial y a las garantías del debido proceso (supra párr. 190 b) y 191 a)).

202. Con respecto a la jurisdicción penal militar, la Corte ya ha establecido que en un Estado democrático de derecho dicha jurisdicción ha de tener un alcance restrictivo y excepcional y estar encaminada a la protección de intereses jurídicos especiales, vinculados con las funciones que la ley asigna a las fuerzas militares. Por ello, sólo se debe juzgar a militares por la comisión de delitos o faltas que por su propia naturaleza atenten contra bienes jurídicos propios del orden militar³⁸.

En similar sentido, en fallo CIDH S, 31 en. 2006, caso Masacre de Pueblo Bello Vs. Colombia, dicho organismo internacional de justicia reiteró:

189. Con respecto al carácter de la jurisdicción penal militar, este Tribunal ya ha establecido que en un Estado democrático de derecho dicha jurisdicción ha de tener un alcance restrictivo y excepcional y estar encaminada a la protección de intereses jurídicos especiales, vinculados con las funciones que la ley asigna a las fuerzas militares. Por ello, sólo se debe juzgar a militares por la comisión de delitos o faltas que por su propia naturaleza atenten contra bienes jurídicos propios del orden militar³⁹, independientemente de que para la época de los hechos la legislación colombiana facultaba a los órganos de dicha jurisdicción a investigar hechos como los del presente caso.

190. Al respecto, el mismo Estado mencionó una sentencia de 2001 de la Corte Constitucional de Colombia al hablar de “los avances que en materia de derechos humanos se han alcanzado en Colombia frente a la vigencia y correcto entendimiento del fuero militar”⁴⁰. Desde 1997 dicha Corte Constitucional ya se había pronunciado sobre los alcances de la competencia de la jurisdicción penal militar (...).

Igualmente, en sentencia CIDH S, 11 may. 2007, caso Masacre de La Rochela vs. Colombia, se anotó al respecto:

200. Este Tribunal ha establecido que la jurisdicción penal militar debe tener un alcance restrictivo y excepcional, teniendo en cuenta que solo debe juzgar a militares por la comisión de delitos o faltas que por su propia naturaleza atenten contra bienes jurídicos propios del orden militar⁴¹. En este sentido, cuando la justicia militar asume competencia sobre un asunto que debe conocer la justicia ordinaria, se ve afectado el derecho al juez natural⁴². Esta garantía del debido proceso debe analizarse de acuerdo al objeto y fin de la Convención Americana, cual es la eficaz protección de la persona humana⁴³. Por estas razones y por la naturaleza del crimen y el bien jurídico lesionado, la jurisdicción penal militar no es el fuero competente para investigar y, en su caso, juzgar y sancionar a los autores de violaciones de derechos humanos.

Queda claro, pues, que no solo responde a un mandato nacional sino también supranacional, con clara incidencia en las obligaciones estatales del artículo 8º de la Convención, velar por que aquellos asuntos en los que la conducta desplegada por los militares o policiales incriminados trasciende el ámbito estrictamente funcional para involucrarse en la comisión de crímenes de lesa humanidad o en la infracción del derecho internacional humanitario, no sean perseguidos por la justicia castrense sino por la ordinaria, en tanto ésta tiende a garantizar la imparcialidad de las decisiones y la protección eficaz de los derechos de las víctimas.

5. El caso concreto.

Determinados los parámetros que deben ser escudriñados para establecer la viabilidad o no de remover la cosa juzgada que recae sobre la decisión dictada el 26 de julio de 1999 por el Tribunal Superior Militar, la Corte se ocupará de verificar si cada uno de tales requisitos está satisfecho en el caso concreto, de la forma como sigue:

5.1. Obra en el expediente, y así lo acreditó el demandante que, existe una decisión judicial de cesación de procedimiento proferida a favor de Fabio Alejandro Castañeda Mateus y Jorge Enrique Durán Argüelles por los delitos de homicidio en concurso homogéneo y heterogéneo, con homicidio en grado de tentativa, porte ilegal de armas de uso privativo de la fuerza pública y daño en bien ajeno, proveído respecto del cual también consta su ejecutoria formal y material.

5.2. Así mismo, es palmario que los hechos acaecidos el 16 de diciembre de 1991, motivo de la investigación que terminó con la referida cesación respecto de los nombrados, son susceptibles de la aplicación retroactiva de la causal tercera del artículo 220 de la Ley 600 de 2000 -idéntico motivo cuarto del canon 192 de la Ley 906 de 2004-, en tanto para esa época ya estaba vigente la Convención Americana de Derechos Humanos y ella hace parte de nuestro ordenamiento jurídico conforme a la cláusula del bloque de

constitucionalidad del artículo 93 Superior.

5.3. Igualmente, tal cuestión fáctica reviste una clara connotación de crímenes de lesa humanidad.

Recuérdese cómo, un grupo considerable de indígenas paeces, se había asentado en las inmediaciones del predio “El Nilo” del corregimiento “El Palo” del municipio de Caloto (Cauca), lo cual generó la animadversión de los nuevos propietarios del inmueble -Sociedad Agropecuaria Piedra Blanca Ltda.- que veían en aquellos una amenaza a sus bienes.

Es de esta manera, que al no lograr su desalojo por los cauces de la legalidad, esto es, ante el fracaso de las negociaciones dirigidas a entregarles una compensación económica por razón de sus viviendas y mejoras realizadas en la hacienda, se valieron del uso arbitrario de la fuerza, al parecer, con la participación de miembros activos de la Policía Nacional, empezando por algunos hostigamientos y amenazas, que días después -el 16 de diciembre de 1991- se concretaron en el arribo de varios hombres fuertemente armados, quienes tras prenderle fuego a los ranchos de los indefensos nativos, los obligaron a tenderse en el piso, procediendo a ultimarlos con armas de fuego de uso privativo de las fuerzas armadas, causando la muerte de Darío Coicué Fernández, Ofelia Tombé Vitonás, Carolina Tombé Ñusqüé, Adán Mestizo Rivera, Edgar Mestizo Rivera, Eleuterio Dicué Calambás, Mario Julicué Ui (o Mario Julico), Tiberio Dicué Corpus, María Jesús Güetia Pito (o María Jesusa Güetia), Floresmiro Dicué Mestizo, Mariana Mestizo Corpus, Nicolás Consa Hilamo (o Nicolás Conda), Otoniel Mestizo Dagua (u Otoniel Mestizo Corpus), Feliciano Otela Ocampo (o Feliciano Otela Campo), Calixto Chilgüezo Toconás, o (Calixto Chilgüeso), Julio Dagua Quiguanás, José Jairo Secué Canas, Jesús Albeiro Pilcué Pete, Daniel Gugu Pete (o Daniel Pete) y Domingo Cáliz Soscué (o Domingo Cáliz Sescué) y lesiones personales a Jairo Llamo Ascué.

Evidentemente, tales acontecimientos comportan una aflicción severa de los derechos a la vida, a la integridad física, a la libertad y a la propiedad de las víctimas, prerrogativas que no fueron garantizadas por el Estado colombiano, pese a su obligación de proteger la vida, la honra y bienes de todos sus ciudadanos, particularmente, de los miembros de la población menos favorecida que como las comunidades indígenas han sido ancestralmente discriminadas y ultrajadas, pero que ahora son sujetos de especial protección constitucional.

5.4. La Comisión Interamericana de Derechos Humanos emitió el informe No. 036 de 2000, en el caso 11.101 de la masacre de Caloto vs Colombia, por cuyo medio hizo las siguientes específicas recomendaciones enderezadas a evitar la impunidad frente a la probable participación de agentes estatales en dicho episodio criminal:

1. Llevar a cabo una investigación completa, imparcial y efectiva en la jurisdicción ordinaria con el fin de juzgar y sancionar a los responsables de la masacre.
2. Adoptar las medidas necesarias para reparar a Jairo Llamo Ascué, así como a los familiares de las víctimas que aún no hayan sido compensados.
3. Adoptar las medidas necesarias para cumplir con los compromisos relativos a la reparación social en favor de la comunidad indígena Paez del norte del Cauca.
4. 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.
5. Adoptar las medidas necesarias para dar pleno cumplimiento a la doctrina desarrollada por la Corte Constitucional colombiana y por esta Comisión en la investigación y juzgamiento de casos similares por la justicia penal ordinaria. (Subrayas fuera del texto original).

Del mismo modo, el Comité de Impulso a la Administración de Justicia en los casos de Los Uvos, Caloto y Villatina había concretado, en su Informe final rendido en la audiencia del 91º período ordinario de sesiones de la Comisión Interamericana, las recomendaciones en materia penal a adoptar por el Estado colombiano, mismas que se incorporaron en los informes 114 de 1999 y 036 de 2000, de la forma como sigue:

a) Verificar la existencia de la supuesta diligencia de allanamiento a la finca La Josefina (al mando del teniente Marín, de la Tercera Brigada de Cali), días antes de la masacre y allegar copias al proceso. Realizar las diligencias tendientes a precisar la plena identidad del Teniente Marín y oírlo en versión juramentada. b) Allegar a la investigación, los recibos de la Empresa de Telecomunicaciones de llamadas de larga distancia, realizadas desde los teléfonos de personas involucradas en los hechos, así como desde el Comando de Policía de Santander de Quilichao, en el período comprendido entre octubre de 1991 y marzo de 1992. c) Ampliar la declaración al indígena García Ciclos, para que informe si el Mayor Jorge Enrique Durán Argüelles, el Capitán Fabio Alejandro Castañeda Mateus, u otros mandos superiores conocían de la permanencia de dos agentes de la policía en las haciendas Canaima, La Selvita y La Selva, así como realizar diligencias tendientes a precisar la plena identificación de los policías, sus grados, mandos superiores y dependencias a las que estaban vinculados. Oírlos (sic) en versión jurada. d) Indagar sobre las cuentas corrientes y de ahorros a nombre de Jorge Enrique Durán Argüelles y Fabio Alejandro Castañeda Mateus, en las entidades bancarias y de ahorros del país, allegando extractos, recibos de consignación y el origen de las transferencias. Con la colaboración de la Unidad de Patrimonio de la Fiscalía General de la Nación, investigar el origen de eventuales incrementos en los patrimonios de estos oficiales, a título personal o a nombre de terceros, y determinar la posible relación de estos hechos con el objeto de la masacre de Caloto. e) Establecer si Luis Alberto Bernal Seijas ha tenido o no vínculos con el sector oficial, concretamente con las Fuerzas Militares o de Policía, en qué calidad o condición y durante qué períodos. Pedir copias a la Fiscalía

Regional de Cali, de la investigación preliminar que se adelanta contra Luis Alberto Bernal Seijas, José Antonio Bernal Seijas y Lilibiana Díaz Cadena, por el presunto delito de enriquecimiento ilícito. f) Determinar en qué libro se registra el ingreso y salida de personas ajenas a la institución. Verificar si el libro destinado para esos efectos existe y si en él aparecen relacionadas las personas que ingresaron a la Estación de Policía el día 16 de diciembre. g) Realizar las diligencias de inteligencia necesarias a fin de establecer la naturaleza de los vínculos entre los oficiales Durán Argüelles y Castañeda Mateus con los testimoniantes (el Presidente del Consejo y la Secretaria de Gobierno Municipal) para determinar el valor probatorio de sus versiones. h) Recibir la declaración de la totalidad de los agentes que prestaban servicio en la fecha de los hechos, en las Estaciones de Policía de Santander de Quilichao y Caloto, con la finalidad de establecer las tareas ejecutadas los días anteriores y posteriores al 16 de diciembre de 1991, las actividades desplegadas por el Capitán Castañeda Mateus y el mayor Durán Argüelles, entre otras. i) Solicitar a la Policía Nacional las diligencias realizadas en la investigación interna llevada a cabo por esa institución y adjuntarlas al proceso. j) Averiguar el curso de la investigación penal de la muerte del señor Valencia Vacca (presunto comprador de la Hacienda El Nilo), asesinado al día siguiente de ocurrida la masacre y allegar copias de la misma al expediente. k) Oír la declaración del miembro de la Policía Nacional, quien advirtió al indígena Lino Adrián Zapata sobre la inminencia de una agresión a su comunidad. l) Escuchar en ampliación de indagatoria al mayor Durán Argüelles y al capitán Fabio Alejandro Castañeda Mateus, sobre las circunstancias de tiempo, modo y lugar en que se planearon y ejecutaron los hechos. m) Que se reiteren las órdenes de captura contra los señores Carlos Vahos Mejía y Luis Alberto Bernal Seijas y se requiera a las autoridades encomendadas para la ejecución de dichas órdenes, a fin de que informen las gestiones realizadas al efecto. n) Que se evalúe la situación de seguridad de cada uno de los testigos en el proceso y junto con la Oficina de Protección de Testigos y Derechos Humanos del Ministerio del Interior se estudie la posibilidad de incluirlos en estos programas. o) Que se solicite información a la oficina de investigaciones Especiales

de la Procuraduría General de la Nación, sobre el estado de la investigación que cursa en ese despacho por la muerte del abogado Oscar Elías López, asesor jurídico del CRIC, y quien asesoraba a los indígenas en la investigación de la masacre.

Es de este modo que, para establecer si la investigación fue completa, imparcial, independiente y efectiva corresponde a la Corte verificar, de cara al voluminoso expediente, dos puntuales aspectos; de un lado, si cada una de las recomendaciones del aludido informe, en materia instructiva penal, fueron acatadas por las autoridades judiciales colombianas, y de otro, si la adopción de una decisión de fondo, incluso anticipada, a cargo de la jurisdicción penal militar, satisfizo estándares mínimos de protección judicial.

5.4.1. Frente al primer tópico, sea lo primero destacar la infracción por parte de la defensora del postulado de no contradicción, derivado de asegurar en un primer momento que todas las recomendaciones del informe fueron acatadas, para luego admitir que solo algunas de ellas se cumplieron, lo cual deja ver lo que será el resto de su desafortunado memorial, un confuso, desatinado y contraevidente alegato.

Precisado lo anterior, se impone señalar que una minuciosa revisión del diligenciamiento permite establecer que, en esencia, el Estado Colombiano no respetó las sugerencias del Comité de Impulso en materia penal, en la medida que, los funcionarios a cargo de la investigación del caso en la jurisdicción ordinaria, en términos generales, no fueron exhaustivos, prolijos y cuidadosos en la búsqueda y recaudo de las pruebas enderezadas a obtener el esclarecimiento de los hechos y de sus responsables.

Nótese, en este punto que, esta conclusión no fue ajena a la Comisión al rendir el Informe 036 de 2000, pues es ella misma la que asevera que, durante el proceso de seguimiento a las recomendaciones preliminares en materia penal, el Estado colombiano manifestó haber cumplido 21 de las 31 realizadas inicialmente y otra más de

manera parcial⁴⁴, lo cual, de alguna manera se constata al verificar el expediente, en torno a las 15 que finalmente se establecieron como incumplidas, de la manera que a continuación se analiza.

a) Verificar la existencia de la supuesta diligencia de allanamiento a la finca La Josefina (al mando del teniente Marín, de la Tercera Brigada de Cali), días antes de la masacre y allegar copias al proceso. Realizar las diligencias tendientes a precisar la plena identidad del Teniente Marín y oírlo en versión juramentada.

Al respecto, se observa que en un informe de policía judicial del 21 de diciembre de 1991 se hizo alusión a un allanamiento del referido predio a cargo de efectivos del Ejército pertenecientes a la Tercera Brigada de Cali⁴⁵, al mando de un teniente Marín, razón por la que mediante decisión del 7 de enero de 1992 se dispuso recibirle declaración jurada⁴⁶, para lo cual, tras identificarlo como Wilmar Marín Corredor⁴⁷, el 13 de febrero del mismo se ofició al Jefe de la Unidad Investigativa de Tunja para escucharlo en declaración⁴⁸, habida cuenta que había sido trasladado a esa ciudad.

Tal requerimiento se reiteró el 23 de enero de 1992⁴⁹ y en resolución del 1 de marzo de 1996 se ordenó solicitar al Comandante de la Tercera Brigada de Cali informar si dentro de sus archivos operacionales existe copia del aludido allanamiento⁵⁰, pero en parte alguna del expediente se acopió el acta correspondiente que diera fe de la realización de dicha diligencia ni se logró la declaración de dicho oficial.

Por lo tanto, no podría argumentarse como lo hace la profesional del derecho que se cumplió con esta recomendación.

b) Allegar a la investigación, los recibos de la Empresa de Telecomunicaciones de llamadas de larga distancia, realizadas desde los teléfonos de personas involucradas en los hechos, así como desde el Comando de Policía de Santander de Quilichao, en el período

comprendido entre octubre de 1991 y marzo de 1992.

Sobre este aspecto, es claro que no solo se hizo un seguimiento de las llamadas realizadas al referido Comando, como lo arguye la letrada. La labor investigativa se extendió a otros horizontes de búsqueda.

En efecto, se tiene que inicialmente se obtuvieron los reportes de las llamadas telefónicas realizadas desde la línea del comando No. 2190 a los abonados No. 354606 a nombre de Rosalba Zuluaga de Marín -tía de Nicolás Quintero Zuluaga y madre de Neimberg Marín Zuluaga (coprocesados)- del lugar en el que Orlando Villa Zapata recibía llamadas y mensajes, No. 385618 ubicado en el sitio donde éste vivió y residían algunos familiares suyos, No. 673977 de la compañía de Beeper Occicom, código 365 cuyo suscriptor era Carlos Arturo Vahos Mejía, y desde el No. 583886 perteneciente a una sociedad de Luis Alberto Bernal Seijas a la Estación de Policía, durante el mes de diciembre de 1991⁵¹ junto con los informes correspondientes⁵².

Luego, el 19 de febrero de 1993 se ordenó solicitar a TELECOM y a EMCALI información sobre los titulares de los teléfonos: 2190, 354606, 673977 y 583886⁵³. En respuesta a ello, el 15 de marzo siguiente se informó que el primer número correspondía al del Comando de la Policía de Santander de Quilichao⁵⁴ y los restantes a Rosalba Z. de Marín, Occicom Ltda. y Uriel Valencia Marulanda, en su orden⁵⁵.

Enseguida, el 25 de octubre del mismo año, el Fiscal Regional dispuso obtener de TELECOM el listado de llamadas efectuadas en el último semestre de 1991 de los abonados 354606, 673977, 385618 y 583886 de Cali⁵⁶.

En consecuencia, se allegaron las microfichas de las llamadas de larga distancia de los números telefónicos: 354606, 673977, 385618, 583886, 583887⁵⁷, para los períodos noviembre a diciembre de 1990 y noviembre a agosto de 1992.

Igualmente, en resolución del 1 de marzo de 2006 se determinó remitir los recibos correspondientes al período indicado por el Comité respecto de los números telefónicos: 314799, 575843, 588827, 588829, 81432, 5800304, 601811, 364606, 354606, 673977, 385618, 583886, 5833890, 5833829, 583285, 583887, 588839, 5888888 y 588888, su lugar de ubicación y a quién están asignados⁵⁸, pero EMCALI solo remitió un listado donde especifica el suscriptor y la dirección respectiva⁵⁹.

Por último, obra una orden de interceptación del 2 de marzo de 1992 a los teléfonos 522503, 307321, 315369, 800092, 39823, 523285, 584115, y 805180.60

Así las cosas, se tiene que no fueron allegados todos los reportes respecto de los meses de octubre y noviembre de 1991 y enero a marzo de 1992 de las líneas involucradas.

Tampoco, entonces, se acató cabalmente la recomendación.

c) Ampliar la declaración al indígena García Ciclos, para que informe si el Mayor Jorge Enrique Durán Argüelles, el Capitán Fabio Alejandro Castañeda Mateus, u otros mandos superiores conocían de la permanencia de dos agentes de la policía en las haciendas Canaima, La Selvita y La Selva, así como realizar diligencias tendientes a precisar la plena identificación de los policías, sus grados, mandos superiores y dependencias a las que estaban vinculados. Oírlos en versión jurada.

Asegura la letrada que «[s]e llevaron a cabo todas estas recomendaciones, y se ampliaron declaraciones tanto así que fueron vinculados y se solicitaron los álbumes de las estaciones correspondientes.»⁶¹

Sin embargo, no solo vulneró el principio lógico de corrección material al sostener que la versión de García Ciclos -del 28 de diciembre de 1991⁶²- fue ampliada, ya que, en efecto, dicho testigo no volvió a ser escuchado en declaración pese a que fue ordenada el 1 de marzo de 2006⁶³, sino que porque los representados de la abogada terminaran siendo vinculados a la investigación no podría argumentarse que

ellos eran los mismos uniformados que, según ese testigo, frecuentaban tales lugares⁶⁴, pues, justamente, lo que se pretendía esclarecer era su identidad y sus rangos, a efecto de recibirles testimonio, máxime si se considera que en el documento remitido al proceso por el entonces presidente del Comité de Impulso a la Administración de Justicia se especificó que los policías presuntamente observados por el mentado deponente eran dos agentes: Hoover Cedeño y otro de apellido Ruiz⁶⁵ e, igualmente, leída la versión rendida por aquél, se confirman iguales nombres.

En todo caso, además que no se amplió la aludida declaración, tampoco se adelantaron las labores de identificación de los policiales y mucho menos se recaudaron esos testimonios.

Agréguese, en este punto, que no podría argumentarse, como lo hace la mandataria judicial de los oficiales que la recomendación se acató porque «se solicitaron los álbumes de las estaciones correspondientes»⁶⁶, amén que no se entiende cuál sería el contenido de esos álbumes y si acaso alude a las fotos de los uniformados que estuvieron en servicio el día de los hechos, esto no equivale a la identificación de los policías mencionados por el deponente, ni tampoco a sus versiones, sobre todo si se considera que ninguna de las personas enlistadas en el reporte de policías de las Estaciones de Santander de Quilichao y Caloto responde a los nombres referenciados por el mentado testigo.

d) Indagar sobre las cuentas corrientes y de ahorros a nombre de Jorge Enrique Durán Argüelles y Fabio Alejandro Castañeda Mateus, en las entidades bancarias y de ahorros del país, allegando extractos, recibos de consignación y el origen de las transferencias. Con la colaboración de la Unidad de Patrimonio de la Fiscalía General de la Nación, investigar el origen de eventuales incrementos en los patrimonios de estos oficiales, a título personal o a nombre de terceros, y determinar la posible relación de estos hechos con el objeto de la masacre de Caloto.

De acuerdo con la representante judicial de los procesados, dicha información se obtuvo de Conavi y Concasa por requerimiento hecho en cumplimiento de una decisión de marzo de 1996.

Verificado el expediente se constata que desde el 25 de octubre de 1993 la Fiscalía Regional había ordenado averiguar ante las corporaciones financieras, bancos oficinas de catastro y registro de instrumentos públicos si los procesados y sus parientes tenían bienes (dinero e inmuebles).⁶⁷

Luego, mediante resolución del 1 de marzo de 1996⁶⁸ se dispuso solicitar a las oficinas principales de todos los bancos y corporaciones del país, a nivel nacional, un reporte sobre las cuentas corrientes, de ahorros, CDT, etc. que tuvieran o hubieren tenido los procesados y copia de los extractos correspondientes.

Al respecto, obran respuestas de las entidades ⁶⁹oficiadas, de las que vale destacar las ⁷⁰de Bancafe, ⁷¹Davivienda, ⁷²Banco del Estado y ⁷³Conavi, en tanto dijeron tener relación comercial con los acusados.

Sin embargo, el fiscal a cargo no indagó, con apoyo en la aludida Unidad de Patrimonio, si existieron incrementos patrimoniales injustificados de los implicados o sus familiares que pudieran tener origen en la masacre de Caloto o relación con ella, luego, es evidente que no se acató cabalmente la recomendación.

e) Establecer si Luis Alberto Bernal Seijas ha tenido o no vínculos con el sector oficial, concretamente, con las Fuerzas Militares o de Policía, en qué calidad o condición y durante qué períodos. Pedir copias a la Fiscalía Regional de Cali, de la investigación preliminar que se adelanta contra Luis Alberto Bernal Seijas, José Antonio Bernal Seijas y Liliana Díaz Cadena, por el presunto delito de enriquecimiento ilícito.

La abogada no hizo referencia alguna a esta recomendación, lo cual podría sugerir

una admisión tácita de incumplimiento. Esto es cierto completamente, en cuanto se refiere a la averiguación sobre los vínculos de Bernal Seijas con las fuerzas militares o de policía, pues ella, realmente, no se efectuó.

Y frente al segundo aspecto, se tiene que, no obstante, por orden del Fiscal Regional adscrito a la Unidad Nacional de Derechos Humanos impartida el 1 de marzo de 1996⁷⁴, se practicó inspección judicial al referido sumario⁷⁵ identificado bajo el radicado No. 3607 de la Dirección Regional de Fiscalías de Cali y también se aportó un listado de la actuación procesal correspondiente⁷⁶, finalmente, no se buscó allegar copia de la investigación, como era requerido.

f) Determinar en qué libro se registra el ingreso y salida de personas ajenas a la institución. Verificar si el libro destinado para esos efectos existe y si en él aparecen relacionadas las personas que ingresaron a la Estación de Policía el día 16 de diciembre.

Al respecto, sin soporte alguno que permita afianzar su prédica, la apoderada señaló que la información sobre ingreso y salida de personas no se anota y que copia de los siete libros -no especifica de qué- reposan en el cuaderno No. 4 de minutas.

Mientras tanto, la minuciosa revisión del expediente muestra que se practicaron dos inspecciones judiciales a los libros de radicación de la Estación de Policía de Santander de Quilichao. La primera el 21 de febrero de 1992⁷⁷, la cual tuvo por objeto examinar los libros de radicación de salida de servicios y demás novedades de los días 15 al 20 de diciembre de 1991 y, la segunda, el 28 de marzo de 1996⁷⁸, a fin de establecer, concretamente, «si existe resolución expresa en que conste la necesidad de registrar en un libro el ingreso de todas las personas que entren o salgan de Estaciones de Policía. En caso de existir, se traerá copia autenticada de ellas»⁷⁹.

En la primera, se recaudó copia de los libros de minuta de guardia, de radicación de

armamento, de servicios, de aspirantes a ingresar a la Policía Nacional del Distrito No. 6, de hurto y recuperación de semovientes y de población⁸⁰.

En la segunda, no se especificó nada sobre la necesidad o no de registrar el ingreso de todas las personas ajenas a la Estación, se obtuvo copia de algunos folios de dichas minutas entre ellas, las de guardia, población y armamento⁸¹ y se dejó constancia acerca de que no se encontró la carpeta de archivo de las denuncias del año 1991, pero sí el de quejas de la misma anualidad⁸².

En ese orden, es evidente, que tampoco se acató cabalmente esta recomendación.

g) Realizar las diligencias de inteligencia necesarias a fin de establecer la naturaleza de los vínculos entre los oficiales Durán Argüelles y Castañeda Mateus con los testificantes (el Presidente del Consejo y la Secretaria de Gobierno Municipal) para determinar el valor probatorio de sus versiones.

La defensora asevera que esta recomendación se cumplió porque obran en el expediente las declaraciones de Cristina Cuellar Claros y Carlos Balanta (Secretaria de Gobierno del Municipio y Presidente del Consejo Municipal, respectivamente); sin embargo, no son estos testimonios los que se echaban de menos sino información de inteligencia, a cargo de la policía judicial, sobre sus vínculos con los procesados a fin de establecer si eran dignos de credibilidad.

La Corte, por su parte, al auscultar el copioso expediente, encontró la orden emitida el 1 de marzo de 1996⁸³ a fin de que

[s]e liblara MISION DE TRABAJO con destino al C.T.I. Nacional de la Fiscalía General de la Nación, para que designe expertos investigadores, para que mediante condignas labores de inteligencia e investigación establezcan que (sic) tan profundos fueron los lazos de amistad entre los señores CARLOS BALANTA MEDINA (Presidente del Consejo para el año

1991 en Santander de Quilichao)- CRISTINA CUELLAR CLAROS (Secretaria de Gobierno para el año 1991 en Santander de Quilichao) con los oficiales JORGE ENRIQUE DURAN ARGUELLES Y FABIO ALEJANDRO CASTAÑEDA MATEUS⁸⁴.

En cumplimiento de lo anterior, se rindió el informe del 11 de abril de ese año que da cuenta sobre las diligencias realizadas destinadas a establecer algún vínculo de amistad entre los sindicatos y dichos testigos, las cuales resultaron infructuosas porque no lograron confirmarlo, en la medida que Carlos Balanta ya no se encontraba en la región y solo se sabía de él que era una persona de comportamiento social dudoso y que, al parecer, tenía antecedentes y respecto de la señora Cuellar el investigador se limitó a obtener la reiteración de su declaración.⁸⁵

No hay evidencia de que se haya indagado más sobre el asunto, luego, tampoco se dio cumplimiento total a la recomendación.

h) Recibir la declaración de la totalidad de los agentes que prestaban servicio en la fecha de los hechos, en las Estaciones de Policía de Santander de Quilichao y Caloto, con la finalidad de establecer las tareas ejecutadas los días anteriores y posteriores al 16 de diciembre de 1991, las actividades desplegadas por el Capitán Castañeda Mateus y el mayor Durán Argüelles, entre otras.

Para demostrar el acatamiento de esta recomendación, a la profesional del derecho le bastó señalar que obra un listado -no especifica de qué- a folio 12 del cuaderno 4.

Verificada tal cita y las piezas que le siguen, aparece una relación del personal que conformaba las Estaciones de Policía de Santander de Quilichao y Caloto y copia de los extractos de las hojas de vida y del álbum fotográfico respectivos⁸⁶, pero de modo alguno se acredita que los testimonios de todos los uniformados en servicio activo, de dichas estaciones, el día de los acontecimientos fueron escuchados.

Esta Corporación, de otro lado, advierte que el 1 de marzo de 1996 se dispuso establecer la ubicación de los policías que prestaban sus servicios el 16 de diciembre de 1991 (José Arbey Castillo Lucumí, Eliud Cubidez, José Héctor González Palencia, Ernesto López, Jaime Aranda García, Rómulo Alba Abella, Gerardo Briñez Salazar, Jesús Arnulfo Coronel Ibarra, Jaime Chalarca Domínguez, Alfonso Delgado Valenzuela, Jairo Feijoo Garzón, José Edilberto Gaviria Marín, William González Sánchez, José Nativel Lucumí Carvajal, Oldan Lucumí Valencia, Tomás Medina Acuña, Juan Francisco Pérez Bonilla, Manuel Antonio Ocampo Ledesma, Danilo Reyes Abonia, Robertulio Rodríguez López, Pompilio Torres Carabalí, Jorge Urrutia Leudo, Efraín Valencia Pérez, Pedro Vela, Aristarco Viáfara, Edgar Viera Montaña, José Alfredo Pérez Montañez, Aimarde Zúñiga, Gloria Patricia Tabares Osorio, Fabio Humberto López Guevara, Gerardo Yacumal Ruiz, José Jesús Sánchez Tamayo, Carlos Alberto Lenis Mora, Jesús Alfredo Rosero Pinza, Fanor Marmolejo, Eulises Valencia Banguero, Pedro Pablo Ágredo Montilla, José Héctor González Palencia, William Alegría Rojas, Ricardo Barbosa Rincón, Adelfo Balanta, Libardo Arnulfo Castillo Lara, Pedro Luis Casilimas Domínguez, Marco Tulio López Rivera, Guillermo Enrique Muñoz Echeverry, Jesús Guillermo Palacios Murillo, José Hermógenes Sarria Otero, Luis Ernesto Soto Cardona y José Irne Uzurriaga González) a fin de fijar, posteriormente, la fecha y hora, para practicar tales pruebas testimoniales⁸⁷.

Aunque, en cumplimiento de esta disposición, mediante inspección judicial se recaudaron las hojas de vida⁸⁸ y, enseguida, se ordenó pedir información sobre sus lugares de residencia⁸⁹, los testimonios nunca se practicaron.

Únicamente aparecen las declaraciones de un par de uniformados a instancia de la actuación disciplinaria⁹⁰.

i) Solicitar a la Policía Nacional las diligencias realizadas en la investigación interna llevada a cabo por esa institución y adjuntarlas al proceso.

Aunque la defensora asegura que obra el expediente completo contentivo de tal actuación, se tiene que en la resolución del 1º de marzo de 1996 se dispuso oficiar a la Inspección General de la Policía Nacional para que enviara copia auténtica de la investigación interna sobre la participación de oficiales en la masacre⁹¹, y en respuesta a esta petición, el Brigadier General de la Policía informó, contrario a lo aducido por la apoderada, que «de acuerdo a información suministrada por el Comandante del Departamento de Policía Cauca, en ese Comando no se adelantó investigación disciplinaria por la llamada masacre de Caloto (Cauca) por cuanto esta fue avocada inmediatamente por la Procuraduría Delegada para la Policía Nacional a cargo de la Doctora TAHÍ BARRIOS HERNANDEZ.»⁹²

Así, si bien se allegó copia del proceso disciplinario adelantado por la Procuraduría General de la Nación contra los oficiales involucrados, es obvio, que esta recomendación no la exigía, sino, se recaba, la de la investigación interna de la Policía, que, como quedó claro, no existió.

j) Averiguar el curso de la investigación penal de la muerte del señor Valencia Vacca (presunto comprador de la Hacienda El Nilo), asesinado al día siguiente de ocurrida la masacre y allegar copias de la misma al expediente.

A esta recomendación, la defensora contractual no hace referencia alguna y en el legajo únicamente obra la orden del 25 de octubre de 1993 por cuyo medio la fiscalía se inclinó por «[a]veriguar todo lo inherente a las circunstancias en que al parecer en forma violenta falleció JORGE ENRIQUE VALENCIA VACCA, titular (sic) de la cédula de ciudadanía número 6.220.224 de Candelaria, el día 17 de diciembre/91 en el Municipio de Candelaria; qué autoridad efectuó el levantamiento de su cadáver, dónde cursa actualmente la investigación respectiva; necesario es además investigar cuál era su ocupación, su capacidad económica, su *modus vivendi*, etc.»⁹³ y el informe de policía judicial correspondiente en el que se indica que, en labores de

averiguación realizadas en esa entidad territorial los moradores dijeron desconocer los hechos, el fiscal 130 de dicho lugar manifestó que en Palmira podrían dar más información y en respuesta al oficio remitido a la Coordinadora de Fiscalías de esta localidad, recabando dicha información, solamente se manifestó que estaban revisando las actas de asignación de libros radicadores a fin de constatar a qué oficina judicial le correspondió el aludido levantamiento.⁹⁴

Así también, obra la declaración de María Esneda Usme, quien manifestó ser la esposa del obitado y precisó que ningún despacho judicial estaba llevando la investigación por la muerte de aquel⁹⁵. También, aportó copia del contrato de promesa de compraventa del predio denominado la Buitrera, presuntamente suscrito por él y Luis Alberto Bernal Seijas⁹⁶.

Finalmente, aparece un oficio de la Registraduría Nacional del Estado Civil del 5 de diciembre de 1995 en el que hace constar que no encontró, en el archivo alfabético, constancia de haber expedido ninguna cédula de ciudadanía a nombre de Jorge Enrique Valencia Vacca, el cual fue remitido al proceso seguido contra Luis Alberto Bernal Seijas por el delito de falsedad en documento público⁹⁷.

Entonces, es claro que no se logró establecer si, en verdad, hubo o no alguna investigación por la muerte de dicho sujeto -cuya existencia física, incluso, pareciera estar en discusión-, y mucho menos se obtuvo copia del expediente correspondiente.

k) Oír la declaración del miembro de la Policía Nacional, quien advirtió al indígena Lino Adrián Zapata sobre la inminencia de una agresión a su comunidad.

En este punto, está bien señalar que aunque tal como se lee en esta recomendación, no hay referencia expresa a dicho integrante del cuerpo policial, en las medidas de Impulso en materia penal remitidas por el Presidente del Comité respectivo consta que aquél responde al nombre de Daniel Pedroza Barona⁹⁸, sujeto que, según se

observa en el diligenciamiento, jamás fue llamado a declarar.

l) Escuchar en ampliación de indagatoria al mayor Durán Argüelles y al capitán Fabio Alejandro Castañeda Mateus, sobre las circunstancias de tiempo, modo y lugar en que se planearon y ejecutaron los hechos.

A los oficiales Jorge Enrique Durán Argüelles y Fabio Alejandro Castañeda Mateus se les amplió indagatoria el 16 de marzo de 1993⁹⁹ por orden del Fiscal Regional de Cali del 19 de febrero de ese año¹⁰⁰.

Después de ello, en la resolución del 1º de marzo de 1996 se advirtió que la nueva ampliación de las injuradas se realizaría tan pronto se recaudara la totalidad de las pruebas decretadas en esa oportunidad¹⁰¹, pero ello finalmente no se ordenó, por ende, tampoco es como dice la jurista, que se cumplió satisfactoriamente esta recomendación.

m) Que se reiteren las órdenes de captura contra los señores Carlos Vahos Mejía y Luis Alberto Bernal Seijas y se requiera a las autoridades encomendadas para la ejecución de dichas órdenes, a fin de que informen las gestiones realizadas al efecto.

En cuanto a Vahos Mejía, el expediente revela que la orden de aprehensión librada el 14 de febrero de 1992¹⁰², fue reiterada el 2 de marzo¹⁰³ y el 9 de abril del mismo año¹⁰⁴ y frente a Bernal Seijas se observa que la proferida el 16 de enero de esa anualidad¹⁰⁵ se replicó el 5 de marzo¹⁰⁶ y 9 de abril siguientes¹⁰⁷.

Igualmente, el expediente enseña que la policía judicial intentó localizar a dichos sindicatos acudiendo para tal fin a allanamientos¹⁰⁸, seguimientos y consulta de bases de datos, con resultados negativos¹⁰⁹, por lo que tuvieron que ser emplazados¹¹⁰ y declarados personas ausentes¹¹¹.

Posteriormente, la parte civil solicitó volver a dictar orden de captura respecto de Bernal Seijas pero el fiscal se negó en resolución del 1º de marzo de 1996, habida cuenta que, para ese momento, dicho procesado no estaba a su disposición porque ya había sido condenado por un Juzgado Regional de Cali¹¹². Las mismas consideraciones tendrían que hacerse extensivas a Vahos Mejía quien fue condenado, junto con otros, en la misma sentencia del 27 de febrero de 1996.

n) Que se evalúe la situación de seguridad de cada uno de los testigos en el proceso y junto con la Oficina de Protección de Testigos y Derechos Humanos del Ministerio del Interior se estudie la posibilidad de incluirlos en estos programas.

La defensora no se refiere a este punto y la Corte no encontró constancia de estudio alguno de seguridad frente a todos los deponentes como lo requería la recomendación.

Las únicas referencias al régimen de protección a testigos la efectuó el juzgado de instrucción de orden público respecto de una persona identificada como “Janet”¹¹³ y cuando solicitó la devolución de las actas de que trataba el inciso 2º del artículo 22 del decreto 2790 de 1990, adoptado como legislación permanente mediante el artículo 4º del decreto 2271 de 1991, a efecto de conocer quiénes eran los declarantes que entregaron sus versiones bajo reserva¹¹⁴.

o) Que se solicite información a la oficina de investigaciones Especiales de la Procuraduría General de la Nación, sobre el estado de la investigación que cursa en ese despacho por la muerte del abogado Oscar Elías López, asesor jurídico del CRIC, y quien asesoraba a los indígenas en la investigación de la masacre.

Aunque el representante de la parte civil solicitó la práctica de esta prueba, en resolución del 1º de marzo de 1996, el Fiscal Regional de Derechos Humanos la negó porque consideró que no se estableció su conducencia, esto es, la relación existente entre la muerte de dicho abogado y la investigación destinada a acreditar si hubo participación de

los miembros de la Policía Nacional¹¹⁵.

Esta exhaustiva constatación, demuestra que aunque la justicia común, de una manera importante, desplegó valiosos esfuerzos en procura de recaudar abundantes medios de conocimiento para lograr el esclarecimiento de los hechos, no acató, como le correspondía, todas las recomendaciones que en materia penal se elevaron para lograr la judicialización de los agentes estatales responsables de la masacre.

Es así que, algunas intenciones probatorias de oficio y de las partes no fueron concretadas por los funcionarios judiciales en ninguna orden probatoria, otras se quedaron en el solo decreto de la prueba o el despliegue de actos dirigidos a su práctica o en el recaudo apenas parcial del elemento de persuasión, dejando muchas aristas de búsqueda sin definir.

Por igual, se omitió la práctica de un sinnúmero de medios de convicción que resultaban lógicos a partir de los que se recaudaron, deficiencias instructivas que no fueron superadas pese al largo período de tiempo de la fase investigativa a cargo de la justicia común y que terminaron incluso en el abandono de varias líneas investigativas que se perfilaban sólidas.

Añádase que la mora judicial y la falta de continuidad de los servidores públicos a cargo del proceso facilitaron que la información a recaudar se dispersara, en la medida que, conforme pasaba el tiempo, la posibilidad efectiva de encontrar a los probables testigos de los hechos a efecto de que rindieran sus declaraciones o ampliaciones o de recaudar los documentos se difuminaba cada día más.

En suma, está acreditado que, con la falta de recaudo de los medios de prueba que se dimensionaban pertinentes, conducentes y útiles a los fines de la investigación, la justicia ordinaria incumplió los estándares de los artículos 8(1) y 25 de la Convención y promovió la impunidad frente a los agentes del Estado involucrados en la masacre de

Caloto.

5.4.2. Aunque lo dicho se ofrece suficiente para declarar fundada la causal de revisión invocada, en otra orilla, es indispensable preguntarse si el conocimiento por la jurisdicción penal militar del proceso tramitado contra Fabio Alejandro Castañeda Mateus y Jorge Enrique Durán Argüelles garantizó los estándares constitucionales y supranacionales en materia de investigación y juzgamiento de graves violaciones de derechos humanos o infracciones al derecho internacional humanitario.

La respuesta es categórica. No.

En verdad, se advierte que, de forma insólita, la jurisdicción ordinaria le entregó a la de naturaleza castrense el conocimiento del asunto, incluso, luego de que hubiera proferido resolución de acusación –en las dos instancias-, permitiendo, de este modo, que las autoridades judiciales castrenses prosiguieran con la judicialización de los procesados militares frente a delitos de lesa humanidad y anularan la actuación desde el cierre de la investigación, incluidas, por supuesto, las decisiones calificadorias que los habían acusado por los injustos de homicidio múltiple agravado, en concurso real, homogéneo, heterogéneo y coautores de tentativa de homicidio, porte ilegal de armas de uso privativo de la fuerza pública y daño en bien ajeno, para continuar la investigación en una sede judicial que, en principio, no satisface el presupuesto de imparcialidad, cuando de investigar y juzgar delitos, que carecen de conexión con el servicio militar y de policía, se trata.

La siguiente reseña procesal, así lo muestra:

1. El 4 de septiembre de 1996 la Fiscalía Regional de Bogotá elevó cargos contra Jorge Enrique Duran Argüelles y Fabio Alejandro Castañeda Mateus en calidad de determinador y coautor, respectivamente, de los delitos de homicidio múltiple agravado, en concurso real, homogéneo, heterogéneo y coautores de tentativa de homicidio, porte

ilegal de armas de uso privativo de la fuerza pública y daño en bien ajeno (artículos 22, 324, numerales 4,6 y 7; y 370 del Código Penal y 1º, literales A y D y 2º del Decreto Ley 3664 de 1986) y les impuso medida de aseguramiento de detención preventiva¹¹⁶.

Esta determinación fue apelada por los defensores de los acusados y confirmada íntegramente el 23 de enero de 1997 por la Fiscalía Delegada ante el Tribunal Nacional¹¹⁷.

2. Mientras tanto, el 30 de diciembre anterior el apoderado de Duran Argüelles había presentado ante el Juez de Primera Instancia de la Policía Nacional una petición de colisión de competencia¹¹⁸, la cual fue resuelta favorablemente el 21 de enero de 1997 por dicho funcionario, en el sentido de declararse competente para conocer y decidir el proceso penal adelantado contra los referidos procesados, solicitar a la Fiscalía el expediente No. 35749 e invocar la colisión de competencia positiva ante el Consejo Superior de la Judicatura, Sala Jurisdiccional Disciplinaria, si es que el Fiscal Delegado no compartía los planteamientos del juzgado¹¹⁹.

Explicó en esa providencia que los presuntos autores eran policías en servicio activo y tenían relación con el servicio porque

si tal participación delictiva es cierta en las modalidades deducidas por el Fiscal Unidad (sic) Nacional de Derechos Humanos, éstas tienen relación con la actividad policial, de manera simplemente objetiva y sin que se permita por el estado del proceso hablar de responsabilidad de los procesados, pues en cumplimiento del servicio como es el de buscar la convivencia pacífica de los asociados, la cual se veía obstruída (sic) con la invasión que de la Hacienda el Nilo ubicada en la localidad de Caloto (Cauca) venían haciendo unos Indígenas, prestando el apoyo requerido por los ciudadanos y cohonestaron los acontecimientos delictivos, que se le atribuyen a los Oficiales mencionados.¹²⁰

3. Como quiera que, para cuando retornó el expediente al despacho de la Fiscalía el pliego de cargos ya había cobrado ejecutoria, mediante resolución del 12 de febrero de 1997, el Fiscal Regional de Bogotá ordenó el traslado del expediente a los Jueces Regionales de Cali a efecto de que fuera, en esa sede, donde se pronunciaran sobre la pretensión del juez penal militar¹²¹.

4. El 7 de marzo siguiente, el Juzgado Regional de Cali se declaró incompetente para conocer del proceso adelantado contra los miembros de la Policía ya mencionados y pidió enviar las diligencias al Juzgado de Primera Instancia de la Inspección General de la Policía Nacional por ser, presuntamente el competente para conocer del caso¹²².

Argumentó para el efecto que el desalojo de los indígenas era un acto del servicio aunque no se ciñera del todo a la legalidad y comportara una extralimitación de sus funciones al no mediar orden administrativa o judicial.

Para el juzgador, el mayor Jorge Alejandro Durán Argüelles, quien sabía de la invasión de tierras por parte de los indígenas y era amigo de Luis Alberto Bernal Seijas, programó y planeó junto con éste «la manera como serían desalojados los indígenas invasores, para cuyo efecto envió a algunos hombres bajo su mando con el fin de que apoyaran el citado desalojo; comandando dicho pelotón el Capitán Fabio Alejandro Castañeda Mateus. Se sabe que el objeto de la presencia de éste Oficial era para asegurar el éxito de la misión policial y “para que dirigiera a sus hombres de manera que no se presentaran problemas”». ¹²³

Igualmente, agregó:

De lo anterior se colige que, en principio lo que realizaron los dos oficiales de la Policía Nacional fué (sic) prestar apoyo a Bernal Seijas para el desalojo por la fuerza de los indígenas invasores, y de ésta forma restablecer las cosas a su normalidad, devolviéndole la posesión a su titular; lo cual en sentir del Despacho constituye de por

sí un acto relacionado con el servicio policial. Ahora bien, que en desarrollo de tal acto del servicio, se hubiera cambiado sobre el terreno los objetivos inicialmente propuestos y se hubieran hecho partícipes de la masacre de 20 indígenas, para nada desnaturaliza la calificación que del mismo se pueda dar; habida cuenta que fueron las circunstancias que rodearon los hechos los que favorecieron la conducta delictual, pudiendo ubicar el comportamiento de los gendarmes en la segunda especie de “en relación con el mismo servicio” de que habla una de las jurisprudencias citadas, valga recordar, relación por ocasión del servicio: que se presentó “cuando la prestación del servicio brindó oportunidad, de modo, tiempo o lugar para que se pudiera ejecutar el hecho punible”.¹²⁴

5. Este proveído fue apelado por el Fiscal Regional a fin de que el Tribunal Nacional revocara dicha providencia, declarara que la justicia regional es la competente para conocer del proceso y le diera trámite al conflicto de competencia ante el Consejo Superior de la Judicatura¹²⁵. En similar sentido, el Ministerio Público interpuso recurso de apelación¹²⁶.

6. No obstante, el 29 de agosto de 1997, el Tribunal Nacional rechazó por improcedentes los recursos de apelación incoados y ordenó remitir las diligencias al Juez de Primera Instancia de la Inspección General de la Policía Nacional, que se declaró competente para conocer del proceso¹²⁷.

7. Estando la actuación a instancia de la jurisdicción penal militar, Fabio Alejandro Castañeda Mateus invocó la nulidad de lo actuado a partir del cierre de la investigación¹²⁸. Lo propio hicieron su defensor¹²⁹ y el de Durán Argüelles¹³⁰.

Por su parte, el representante de la parte civil solicitó regresar el proceso a la jurisdicción ordinaria, con fundamento en la sentencia de la Corte Constitucional C-358 de 1997¹³¹.

8. Sin embargo, mediante proveído del 23 de septiembre de 1997, el Juzgado de Primera Instancia de la Inspección de la Policía Nacional no accedió a la pretensión de la parte civil y declaró la nulidad de la actuación desde el auto que cerró la investigación y calificó el mérito sumarial, concediendo la libertad al sindicato Castañeda Mateus¹³².

Para adoptar esta decisión, el fallador reiteró los argumentos del juez regional y concluyó que «la actividad delictuosa imputada a los dos oficiales surge de los actos oficiales propios de la actividad del servicio, lo cual obró como factor de relación causal, pues fue la situación de carácter oficial la que les permitió a los hoy sindicados realizar los actos que les imputan»¹³³.

Añadió que «[s]i bien el acto del servicio no presupone el desarrollo de eventos distintos a los sanos propósitos de la actividad militar, eventualmente acontece la desviación de la función como en el caso sub-examen.»¹³⁴

Y en relación con la necesidad de anular la actuación desde la clausura de la fase instructiva aseveró que ello era indispensable, habida cuenta que la calificación del mérito del sumario fue realizada por quien carecía de competencia para emitir tal decisión.

9. Recurrido dicho auto por la Procuraduría Judicial I Penal ante la Fuerza Pública¹³⁵ y por el apoderado de la parte civil¹³⁶, el 16 de marzo de 1998 el Tribunal Superior Militar lo confirmó¹³⁷.

Para el efecto, previa opinión del cuerpo colegiado en el sentido que durante toda la instrucción existió duda sobre la responsabilidad de los inculcados, adujo que era inviable solicitar la devolución de la actuación a la jurisdicción ordinaria tanto porque nunca se trabó la colisión de competencia y el Juez Regional admitió que el competente era la justicia penal militar como porque el único habilitado conforme al Código Penal Militar para cerrar la investigación es el Juez de Primera Instancia de la

Inspección General.

10. Posteriormente, tanto el defensor de Duran Argüelles como el de Castañeda Mateus solicitaron la cesación de procedimiento a favor de sus representados¹³⁸, la cual fue negada en primer grado el 2 de febrero de 1999¹³⁹ pero concedida en segunda instancia el 26 de julio ulterior por el Tribunal Superior Militar, tras la apelación de la defensa¹⁴⁰.

Nótese cómo pese al empeño de los representantes de la Fiscalía, del Ministerio Público y de la parte civil por mantener el conocimiento del asunto en la justicia ordinaria, el Juez Regional de Cali accedió a la petición del Juez de Primera Instancia de la Policía Nacional orientada a que le fuera remitida la actuación para asumir el conocimiento de la misma -efectuado a solicitud de la defensa de los procesados-, luego de lo cual, la jurisdicción castrense se negó a retornar la actuación a su juez natural, no obstante la naturaleza de los hechos antijurídicos investigados, la cual era y es claramente ajena al servicio encomendado constitucional y legalmente a las autoridades de policía, en tanto se trata de crímenes de lesa humanidad.

Y es que, bajo ninguna óptica jurídica podría argumentarse válidamente que los múltiples homicidios consumados y en grado de tentativa cometidos en los indígenas paeces, constitutivos de lo que ha venido a denominarse “Masacre de Caloto”, son actos desplegados por razón o con ocasión del servicio, pues no se percibe alguna relación estricta entre las conductas punibles imputadas y las tareas o acciones que de forma indispensable permitan el cumplimiento de la función de defensa y seguridad pública, en los términos de los artículos 217 y 218 de la Constitución Política.

En realidad, estando acreditada, para la época de los hechos, la calidad de miembros activos de la Policía Nacional del capitán Fabio Alejandro Castañeda Mateus y del mayor Jorge Enrique Durán Argüelles, nadie podría dudar que las labores de

desalojo -siempre que existiera orden judicial o administrativa- deberían estar en el espectro competencial de los uniformados, pero jamás podría argumentarse, como lo hicieron en su momento el Juez Regional de Cali, el de Primera Instancia de la Inspección de la Policía y el Tribunal Superior Militar¹⁴¹ y también lo advierte ahora la defensora, que el homicidio de los inermes indígenas a manos de particulares, con la asistencia directa de los referidos oficiales, son labores inherentes o con ocasión al servicio, ligadas específicamente a la función de seguridad pública.

En verdad, contrario a lo sostenido por dichos funcionarios judiciales, tal actividad delictiva de tan extrema gravedad, no enseña una extralimitación de poder dentro del marco propiamente policial, destinada, por ejemplo, a lograr la convivencia pacífica de la sociedad, sino la deliberada infracción de la ley penal de naturaleza común, ajena enteramente -mediata e inmediatamente- al deber institucional.

No se necesitan mayores disquisiciones para entender que la Policía Nacional no tiene entre sus competencias normativas superiores o infraconstitucionales las de amenazar, atacar y acabar con la vida de los ciudadanos colombianos. Esas acciones, bajo ningún punto de vista, constituyen un acto relacionado con el servicio que por mandato del artículo 218 Constitucional corresponda a la fuerza policial de «mantenimiento de las condiciones necesarias para el ejercicio de los derechos y libertades públicas, y para asegurar que los habitantes de Colombia convivan en paz».

Así las cosas, como por parte alguna se demuestra la conexidad entre el proceder de los inculcados y un acto del servicio, es nítido que la jurisdicción penal militar no podía acceder a la solicitud de la defensa de los procesados de asumir el conocimiento de este asunto. En ese orden, estaba impedido para promover colisión positiva alguna de competencias ante la justicia ordinaria.

Por igual, erró el Juez Regional al enviar, pese al clamor de los representantes de la

Fiscalía y del Ministerio Público, la actuación al Juez de Primera Instancia de la Inspección General de la Policía y al omitir aceptar dicha colisión que tendría que haber dirimido la Sala Jurisdiccional Disciplinaria del Consejo Superior de la Judicatura.

Ahora, una vez aprehendido el conocimiento del proceso, el juez penal militar debió retornar el diligenciamiento, por invocación de la parte civil, a la justicia ordinaria, pero tampoco sucedió así, pese a que, para ese momento, eran claros los mandatos de la sentencia C-358 de 1997.

Peor aún, la justicia castrense no solo no practicó una sola prueba adicional a las que había recaudado el ente acusador, como para que fuera necesario declarar la nulidad de lo actuado desde el cierre de la instrucción, decisión ésta que tuvo como único propósito dejar sin efecto la acusación formulada contra Castañeda y Durán y facilitar la cesación de procedimiento por tan graves infracciones a los derechos humanos, sino que, tal como lo hace ver, el Delegado del Ministerio Público ante esta Corporación, el proveído del Tribunal Superior Militar, por cuyo medio adoptó tal determinación a favor de los oficiales de la Policía involucrados en los lamentables hechos de sangre, no confrontó sus argumentos con el abundante material probatorio recaudado, con las razones de su inferior, ni mucho menos con las de los pliegos de cargos elevados por la Fiscalía en ambas instancias, desatendiendo, entonces, los deberes de seriedad e imparcialidad que le son inmanentes a los funcionarios judiciales.

A esta última reflexión -que no corresponde a ningún juicio de reproche respecto de los acriminados¹⁴²- se llega con facilidad a partir de un examen puramente objetivo de por lo menos dos decisiones del Tribunal Superior Militar.

De un lado, de la del 16 de marzo de 1998 que resolvió sobre las peticiones de nulidad invocadas por la defensa y la solicitud de devolución de la actuación a la justicia ordinaria formulada por el representante de la parte civil, que muestra una clara idea preconcebida

sobre la ausencia de responsabilidad de los inculpatos y de otro, de la de cesación de procedimiento del 26 de julio de 1999, que siendo claramente contraevidente, no satisface parámetros mínimos de ponderación probatoria.

En efecto, en punto de la primera de las providencias mencionadas se advierte un ánimo interesado del juez plural en favorecer a los procesados con el reconocimiento de la duda, pese a que este tópico, es decir, el relacionado con la responsabilidad que les pudiera asistir a los acusados en la masacre, no era objeto de la determinación a adoptar, la cual se concretaba, se insiste, a pronunciarse sobre la necesidad o no de invalidar la actuación y la posibilidad de retornar la actuación a la justicia común.

En verdad, se observa que en dicho auto, el cuerpo colegiado, previo a considerar si había lugar a proceder en los sentidos peticionados y no sin antes precisar que no sería motivo de controversia en esa decisión las pruebas recaudadas, curiosamente expresó:

Sea oportuno si (sic) decir, que fue la duda y no otra cosa lo que campeó en la investigación por largos seis años; la misma que tambaleara con frecuencia hacia la responsabilidad o la inocencia de los oficiales, según fueran apareciendo las retractaciones de los inculpatos, contra-acusaciones de los mismos; nuevos testigos de oídas surgidas de las sórdidas penumbras del centro de reclusión.

Sin embargo (sic), se paseó siempre la duda y con el debido respecto (sic) jurídico, creemos que aún subsiste, luego de los siete largos años transcurridos.¹⁴³

Y más adelante, para cerrar, al ad quem le inquietó el grado de participación atribuido al mayor Durán en la resolución de acusación: determinante, en tanto lo estimó desacertado, en la medida que:

[l]as afirmaciones inculpatas, en primer lugar, conducen hacia el interrogante: ¿Qué

título de participación puede indilgársele (sic) al Mayor DURAN ARGÜELLES en la muerte de los indígenas?, ¿Qué expresaba el testigo PENAFIEL (sic), cuando afirmara que el oficial conocía y aprobaba la determinación?, ¿Qué fue lo que aprobó?.

Corresponde a la justicia, averiguar, si existe efectivamente la actuación violatoria de la Ley por parte de los oficiales comprometidos, pues sus resultados podrían demostrar que fueron injustamente vinculados; o por el contrario, se solidifica la prueba en su contra, ameritando tal soporte el llamamiento a juicio.¹⁴⁴

La parcialidad del Tribunal, incluso en ese momento, fue evidente, misma que se concretó en la decisión de segunda instancia que cesó procedimiento a favor de los implicados.

En efecto, mientras que el Juez de Primera Instancia de la Inspección General negó tal pretensión de la defensa, teniendo como base los testimonios de los autores materiales -particulares- del múltiple homicidio, de algunos indígenas sobrevivientes y de varias personas que declararon haber estado con los sindicados en una novena de navidad sobre la hora de los hechos, así como con los protocolos de necropsia, los dictámenes de balística y el reporte de llamadas telefónicas realizadas, días después de los hechos, entre la Estación de Policía de Santander de Quilichao y Luis Alberto Bernal Seijas y Orlando Villa Zapata y del acta de visita especial de la Procuraduría sobre el tiempo de permiso concedido al funcionario investigador del caso, el Tribunal, sin ninguna explicación, omitió considerar valiosos aportes de tales medios de conocimiento, al punto que no encontró un solo indicio grave de responsabilidad, afianzando así la idea prejuizada, en el auto de 16 de marzo de 1998, de duda probatoria.

Es así que, por ejemplo, tiene como único apoyo para establecer la hora de la muerte de los obitados la consignada en los dictámenes médico legales respectivos: 8:00 p.m.

-que solo podría constituir un dato probable-, pero desecha, sin ningún argumento, la mencionada por los autores materiales y los nativos ilesos -que ubicaron los acontecimientos hacia las 9:00 o 9:30 p.m.- y el tiempo de desplazamiento entre Santander de Quilichao y la Hacienda El Nilo.

Igualmente, decide apuntalar su criterio privado en los testigos que dijeron haber visto a los acusados durante la aludida novena que se habría desarrollado hasta por lo menos las 8:30 p.m. del 16 de diciembre de 1991 e ignora el aludido record de llamadas presuntamente realizadas por el mayor Durán a los coautores de los punibles -según lo expresado por Orlando Villa Zapata- y la imposibilidad de que aquellas las hubiera efectuado personal de policía judicial.

Esta forma interesada, sesgada y parcializada de argumentar se alejó de todo sentido crítico de ponderación y terminó por constituir el instrumento idóneo para mancillar los estándares de protección especial de que tratan los artículos 8.1 y 25 de la Convención.

En efecto, forzoso es concluir que, la invasión de tierras por los indígenas no justificaba desplegar ninguna actividad homicida por parte de los particulares y oficiales de la policía, como para que fuera necesario trasladar el conocimiento del asunto a la justicia castrense.

5.4.3. Ahora, aún con las falencias instructivas detectadas y resaltadas atrás, es lo cierto que, la investigación llevada a cabo por la Fiscalía General de la Nación fue imparcial y de alguna manera robusta, tanto así que en cuanto la encontró perfeccionada, la cerró y calificó el mérito del sumario con resolución de acusación en los dos grados de decisión, pero esto, contrario a lo sugerido por la apoderada de los implicados a la manera de la falacia del consecuente, no significa que lo fue a instancia de la justicia penal militar, donde, se recaba, no se decretó y practicó una sola prueba

adicional encaminada a esclarecer las supuestas dudas existentes frente a los responsables del cruento hecho criminal, sino que se destinó todo esfuerzo a arrancar la actuación de las manos del juez natural y a decidir sesgadamente a favor del mayor Durán y el capitán Argüelles y en contra de las garantías judiciales de verdad, justicia y reparación de las víctimas.

De la misma manera, no porque unos particulares hayan sido condenados de manera implacable por la jurisdicción ordinaria, puede afirmarse, como lo hace la letrada, que la impunidad que pudiera haberse generado ha sido conjurada y que ello, por consiguiente, exime a sus representados de cualquier juicio de reproche, pues, además que la responsabilidad penal es de carácter individual, justamente, la crítica enervada por la Comisión Interamericana es que pese a las acusaciones directas de los copartícipes particulares contra los oficiales Castañeda y Durán y demás indicios graves de culpabilidad surgidos a lo largo de la investigación practicada por la justicia ordinaria y a la aceptación de esa responsabilidad estatal por el Presidente de la República, los agentes del Estado comprometidos con el desalojo irregular de la población indígena del resguardo “Guataba” de las tierras de un amigo de los uniformados y de la masacre en sí misma considerada, salieran libres de toda culpa.

Razón le asistió, entonces, a la Comisión Interamericana al conceptuar que «existe una situación de impunidad con relación a los oficiales de la Policía Nacional implicados en la masacre y que ella es atribuible a la actuación de la justicia penal militar»¹⁴⁵.

Sobre la violación de los derechos a la protección judicial y a la obligación del Estado de respetar y garantizar los derechos protegidos en la Convención, en el asunto de la especie, la Comisión destacó:

52. El Estado reconoció su responsabilidad internacional por los actos de sus agentes

con relación a la masacre. Sin embargo, tras ocho años de ocurrida, sólo se ha establecido la responsabilidad penal de algunos de los civiles implicados. La Comisión nota que, a pesar de que se abrió investigación contra los miembros de la Policía Nacional implicados en la masacre, tras una contienda de competencia se trasladó la causa a la justicia penal militar.

53. La Comisión debe señalar que en los casos en los cuales la violación de un derecho protegido tiene como consecuencia la comisión de un ilícito penal en el ámbito del derecho interno, las víctimas o sus familiares tienen derecho a que un tribunal ordinario en forma rápida y efectiva determine la identidad de los responsables, los juzgue, imponga las sanciones correspondientes y éstas se cumplan efectivamente. No cabe duda que estos casos requieren de la sustanciación de un proceso penal que incluya una investigación y sanciones penales, así como la posibilidad de obtener una reparación.

54. En el presente caso, se trasladó el juzgamiento de los oficiales implicados en la masacre de los veinte miembros de la comunidad indígena Paez del norte del Cauca a la justicia penal militar. En dicha jurisdicción se declaró la nulidad de todo lo actuado en la justicia ordinaria¹⁴⁶ y en julio de 1999 el Tribunal Superior Militar decidió cesar todo procedimiento contra los acusados, mayor Durán Argüelles y capitán Castañeda Mateus.

55. La Comisión ha expresado en repetidas oportunidades que, por su naturaleza y estructura, la jurisdicción penal militar no satisface los requisitos de independencia e imparcialidad establecidos en el artículo 8 de la Convención Americana. La falta de idoneidad de los tribunales penales militares como foro para examinar, juzgar y sancionar casos que involucran violaciones de los derechos humanos ya ha sido materia de pronunciamiento por parte de la Comisión:

El sistema de la justicia penal militar tiene varias características singulares que impiden el acceso a un recurso judicial efectivo e imparcial en esta jurisdicción. En primer lugar, el fuero militar no puede ser siquiera considerado como un verdadero sistema judicial. El sistema de justicia militar no forma parte del Poder Judicial del Estado colombiano. Esta jurisdicción es operada por las fuerzas de la seguridad pública y, en tal sentido, queda comprendida dentro del Poder Ejecutivo. Quienes toman las decisiones no son jueces de la carrera judicial y la Fiscalía General no cumple su papel acusatorio en el sistema de la justicia militar¹⁴⁷.

(...)

56. La Comisión considera que la masacre de veinte miembros de una comunidad indígena con el fin de desalojarlos del predio que habitaban en la Hacienda “El Nilo”, Municipio de Caloto, no puede ser considerada como parte de las funciones legítimas de los agentes de las fuerzas de seguridad. Consecuentemente, el hecho de que los acusados hayan sido juzgados en jurisdicción penal militar constituye una seria violación del derecho a la protección judicial y las garantías de imparcialidad del juzgador consagrados en los artículos 8(1) y 25 de la Convención Americana.

57. La falta de un recurso adecuado y eficaz frente a la violación de los derechos reconocidos en la Convención constituye en sí misma una violación del Tratado. Los recursos y mecanismos judiciales no sólo deben estar previstos formalmente en la legislación sino que deben ser eficaces y rápidos en establecer si ha existido una violación de derechos humanos y en reparar sus consecuencias. La Corte Interamericana ha establecido que:

Si el aparato del Estado actúa de modo tal que la violación sigue 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 el libre y pleno ejercicio a las

personas sujetas a su jurisdicción¹⁴⁸.

Desde luego, tal infracción a los derechos de las víctimas y perjudicados comporta una grave afectación a la verdad, a la justicia y a la reparación, como quiera que «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.»(CSJ SP 01 nov. 2007, rad. 26.077).

La vulneración del principio del juez natural, exacerbado por la decisión contraevidente del Tribunal Superior Militar de cesar procedimiento a favor de los oficiales nombrados, a diferencia de lo que opina su apoderada, pone en evidencia la flagrante vulneración de los derechos al debido proceso y al acceso a la administración de justicia, circunstancia que correlativamente conlleva el incumplimiento del deber de adelantar la investigación seria e imparcial en un evento de lesión de los derechos humanos, lo cual obliga a la Corte a disponer la revisión de la providencia impugnada con fundamento en la causal tercera de revisión —o su equivalente, la del numeral 4° del artículo 192 de la Ley 906 de 2004—, esto es, el «incumplimiento flagrante de las obligaciones del Estado de investigar seria e imparcialmente», bajo los parámetros señalados por la Corte Constitucional en la aludida sentencia C-004 de 2003, dada la violación a los derechos a la vida, a la integridad física y a la protección judicial.

Sea esta la oportunidad para señalar a la abogada que agencia los derechos de los oficiales, que el favorecimiento durante la instrucción con abstención de medida de aseguramiento y la absolución en materia disciplinaria, no guarda relación alguna con el tema examinado por la Corte en sede de revisión, no solo porque, como quedó

suficientemente claro, no es la responsabilidad de los implicados la que se verifica con ocasión de esta acción, sino debido a que la definición de la situación jurídica en el sentido anotado por la defensora solo indica que, en la fase inicial del proceso, los operadores judiciales no encontraron indicios graves en su contra¹⁴⁹, además que el juicio de reproche disciplinario es diverso y autónomo al de naturaleza penal.

Consecuente con todo lo anterior, hay lugar a decretar fundada la causal invocada, remover la fuerza de cosa juzgada de la decisión y declarar la nulidad de lo actuado a partir del auto del 21 de enero de 1997 por cuyo medio el Juzgado de Primera Instancia de la Inspección General de la Policía Nacional se declaró competente para conocer de la actuación y promovió colisión positiva de competencias ante la jurisdicción ordinaria.

5.4.4. Para dar respuesta a la pretensión subsidiaria de la abogada, sea esta la oportunidad para precisar que no es posible invalidar el proceso desde el cierre de la investigación, como de manera reiterada se ha hecho en algunos precedentes jurisprudenciales de la Corte (CSJ SP, 01 nov. 2007, rad. 26077 y CSJ SP, 24 feb. 2010, rad. 31195), pues, en la mayoría de los casos, toda la actuación se había surtido ante la jurisdicción penal militar, por lo que ante la comprobada inexistencia de fuero militar se hacía necesario que el funcionario competente: la Fiscalía General de la Nación, fuera quien estuviera a cargo de los actos de cierre y calificación del mérito del sumario.

En el asunto de la especie, la jurisdicción y competencia no se vieron perturbadas durante estas fases procesales, sino inmediatamente después, cuando el Juez Regional al que le había sido repartido el asunto para el juzgamiento, remitió la actuación a la jurisdicción castrense gracias a que así se lo pidió el juez de primera instancia de la Inspección General de la Policía Nacional.

En ese orden, como las resoluciones de clausura del ciclo instructivo y de acusación, en las dos instancias, fueron dictadas, de manera legal y legítima, por los funcionarios

competentes para tal fin –Fiscalías Regional de Bogotá y Delegada ante el Tribunal Nacional, respectivamente-, no cabría la posibilidad de volver a proferirlas sin menoscabar los principios de juez natural, preclusión de los actos procesales y seguridad jurídica.

Ahora, podría replicarse a lo dicho que al estar constatado que la investigación adelantada por la Fiscalía no satisfizo los estándares de protección judicial, habría lugar a declarar la nulidad desde el cierre de la instrucción a efecto de que fuera ese ente de persecución penal el que prosiguiera con la gestión investigativa. Pero, lo cierto es que ello no es necesario, legal ni conveniente, habida cuenta que como recién se anotó no cabe ningún sesgo de imparcialidad sobre la justicia ordinaria y, de cualquier manera, en los sistemas de enjuiciamiento penal diversos al adoptado con la Ley 906 de 2004, como el que rige este asunto, durante la fase de juzgamiento es viable decretar y practicar, incluso de oficio, todas aquellas pruebas que se ofrezcan indispensables para establecer la materialidad de la conducta punible y su responsable.

Así las cosas, la decisión a adoptar, entonces, involucra la invalidación, por consecuencia, del auto del 21 de enero de 1997 por cuyo medio el Juzgado de Primera Instancia de la Inspección General de la Policía Nacional se declaró competente para conocer de la actuación y promovió colisión positiva de competencias ante la jurisdicción ordinaria, el proveído del 7 de marzo siguiente mediante el cual un Juez Regional de Cali aceptó remitir por competencia el proceso al mentado despacho judicial y las decisiones que le sucedieron, incluyendo las que declararon en primer y segundo nivel, la nulidad de lo actuado desde el cierre de la investigación y negaron el retorno del expediente a la justicia ordinaria de fechas 23 de septiembre posterior y 16 de marzo de 1998 y, especialmente, las que se pronunciaron frente a la petición de cesación de procedimiento de 2 de febrero y 26 de julio de 1999 del Juez de Primera Instancia y el Tribunal Superior Militar, en su orden.

Es por esto que, la actuación no será remitida a la Fiscalía General de la Nación sino a los jueces del circuito especializados de Bogotá (reparto) –dada la naturaleza de los delitos- a fin de que se continúe con la etapa de la causa.¹⁵⁰

5.4.5. Por último, tal como lo pidió el demandante, se impone reiterar el criterio que sobre el eventual alegato de prescripción de la acción penal se pudiera elevar en una fase posterior, dejando sentado que ella es improcedente, por los particularísimos efectos de la prosperidad de la causal de revisión invocada.

Al respecto ha decantado la Sala (CSJ SP, 15 jun. 2005, rad. 18769; CSJ SP, 01 nov. 2007, rad. 26077; CSJ SP, 24 feb. 2010, rad. 31195, entre otros):

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.

Con todo, es imperioso aclarar que a partir de la recepción del proceso por parte del juez competente se reanuda la contabilización del término de prescripción de la acción penal¹⁵¹, sin que sea posible considerar para ese efecto el tiempo transcurrido desde la ejecutoria de la providencia en la cual se decretó la cesación de procedimiento, ni el que tomó la Corte para decidir la presente acción de revisión.

En mérito de lo expuesto, la Sala de Casación Penal de la Corte Suprema de Justicia, administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la ley,

RESUELVE

Primero. DECLARAR FUNDADA la causal tercera de revisión del artículo 220 de la Ley 600 de 2000 -cuarta de la Ley 906 de 2004- a cuyo amparo, la Procuraduría demandó el auto de cesación de procedimiento del 26 de julio de 1999 proferido por el Tribunal Superior Militar a favor de Fabio Alejandro Castañeda Mateus y Jorge Enrique Durán Argüelles.

Segundo. DEJAR SIN EFECTO el auto del 21 de enero de 1997 por cuyo medio el Juzgado de Primera Instancia de la Inspección General de la Policía Nacional se declaró competente para conocer de la actuación y promovió colisión positiva de competencias ante la jurisdicción ordinaria, el proveído del 7 de marzo siguiente mediante el cual un Juez Regional de Cali aceptó remitir por competencia el proceso al mentado despacho judicial y las decisiones que le sucedieron, incluyendo las que declararon en primer y segundo nivel, la nulidad de lo actuado desde el cierre de la investigación y negaron el retorno del

expediente a la justicia ordinaria de fechas 23 de septiembre posterior y 16 de marzo de 1998 y, especialmente, las que se pronunciaron frente a la petición de cesación de procedimiento de 2 de febrero y 26 de julio de 1999 del Juez de Primera Instancia y el Tribunal Superior Militar, en su orden.

Tercero. REMITIR el expediente a los jueces del circuito especializados de Cali (reparto) -dada la naturaleza de los delitos- a fin de que se continúe con la etapa de la causa.

Cuarto. Contra la presente decisión no procede recurso alguno.

Notifíquese y Cúmplase.

FERNANDO ALBERTO CASTRO CABALLERO

JOSÉ LUIS BARCELÓ CAMACHO

JOSÉ LEONIDAS BUSTOS MARTÍNEZ

EUGENIO FERNÁNDEZ CARLIER

MARÍA DEL ROSARIO GONZÁLEZ MUÑOZ

GUSTAVO ENRIQUE MALO FERNÁNDEZ

EYDER PATIÑO CABRERA

PATRICIA SALAZAR CUÉLLAR

LUIS GUILLERMO SALAZAR OTERO

NUBIA YOLANDA NOVA GARCÍA

Secretaria

1 Cfr. folios 41-125 del cuaderno 18.

2 Cfr. folios 23-82 del cuaderno 18A.

3 Cfr. folios 97-101 del cuaderno 18.

4 Cfr. folios 449-463 ibidem.

5 Cfr. folios 45 a 52 del cuaderno 19.

6 Cfr. folios 268-291 ibidem.

7 Cfr. folios 349-384 del cuaderno 19.

8 Cfr. folio 94 del cuaderno de la Corte.

9 Cfr. folio 1 ibidem.

10 Cfr. folio 98 ibidem.

11 Cfr. folio 126 ibidem.

12 Cfr. folios 192-210 ibidem.

13 Cfr. folios 244-259 ibidem.

14 Cfr. folios 27-36 del cuaderno de parte civil de la Corte.

15 Cfr. folio 2 del cuaderno 2 de la Corte.

16 Cfr. folios 4-26 ibidem.

17 Cfr. folio 29 ibidem.

18 Cfr. folio 51 ibidem.

19 Como quiera que el funcionario comisionado por el Procurador General de la Nación para continuar con la pretensión revisionista es el Procurador 8 Judicial II Penal, no hay lugar a sintetizar los alegatos de la Procuradura Tercera Delegada para la Casación Penal.

20 Comisionado el 24 de agosto de 2012 por el señor Procurador General de la Nación, en lugar del Procurador 171 Judicial II Penal.

21 Cfr. folio 6 del alegato a folio 109 del cuaderno 2 de la Corte.

22 Cfr. folio 7 del alegato a folio 110 ibidem.

23 Cfr. folio 12 del alegato a folio 115 ibidem.

24 Cfr. folio 13 del alegato a folio 116 ibidem.

25 Cfr. folio 15 del alegato a folio 118 ibidem.

26 Ibidem.

27 Cfr. folio 3 del alegato a folio 122 ibidem.

28 Cfr. folio 4 del alegato a folio 124 ibidem.

29 Cfr. folio 13 del alegato a folio 132 ibidem.

30 Cfr. folio 14 del alegato a folio 133 ibidem.

31 Cfr. folio 15 del alegato a folio 134 ibidem.

32Cfr. folio 25 del alegato a folio 144 ibidem.

33Cfr. folio 29 del alegato a folio 148 ibidem.

34Cfr. folio 31 del alegato a folio 150 ibidem.

35Cfr. folio 34 del alegato a folio 153 ibidem.

36 Corte IDH Caso Velásquez Rodríguez, Sentencia del 29 de julio de 1988, párrafo 166.

37 Corte IDH Caso Castillo Páez, Reparaciones, Sentencia del 27 de noviembre de 1998, párrafo 106.

38 Cfr. Caso 19 Comerciantes, supra nota 190, párr. 165; Caso Las Palmeras. Sentencia de 6 de diciembre de 2001. Serie C No. 90, párr. 152, y Caso Cantoral Benavides. Sentencia de 18 de agosto de 2000. Serie C No. 69, párr. 112.

39 Cfr. Caso Palamara Iribarne, supra nota 11, párr. 124; Caso de la “Masacre de Mapiripán”, supra nota 7, párr. 202, y Caso Lori Berenson Mejía. Sentencia de 25 de noviembre de 2004. Serie C No. 119, párr. 142.

40 Cfr. alegatos finales escritos presentados por el Estado (expediente de fondo, tomo IV, pág. 129, folio 1009).

41 Cfr. Caso La Cantuta, supra nota 8, párr. 142; Caso Almonacid Arellano y otros, supra nota 16, párr. 131; y Caso de la Masacre de Pueblo Bello, supra nota 12, párr. 189.

42 Cfr. Caso Almonacid Arellano y otros, supra nota 16, párr. 131; Caso Palamara

Iribarne. Sentencia de 22 de noviembre de 2005. Serie C No. 135, párr. 143; y Caso 19 Comerciantes, supra nota 33, párr. 167.

43 Cfr. Caso 19 Comerciantes, supra nota 33, párr. 173.

44 Cfr. folio 22 del Informe 036 de 2000 de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos a folio 88 del cuaderno principal de la Corte.

45 Cfr. folio 238 del cuaderno 1.

46 Cfr. folio 88 del cuaderno 2.

47 Cfr. folio 457 del cuaderno 3.

48 Cfr. folio 213 ibidem.

49 Cfr. folio 186 ibidem.

50 Cfr. folios 139-140 del cuaderno 11.

51 Cfr. folios 45 a 49 del cuaderno 9.

52 Informes del 12 de mayo y 3 de junio de 1992. Cfr. folios 309 y 363-368 del cuaderno original 5. Se precisa que el primero de ellos dice relacionar un listado telefónico de las llamadas de la línea 2190 durante diciembre de 1991, que no aparece inmediatamente anexo sino solo a folios 45-49 del cuaderno 9.

53 Cfr. folio 247 del cuaderno 10.

54 Cfr. folio 330 ibidem.

55 Cfr. folios 535 ibidem.

56 Cfr. folio 175 del cuaderno 11A.

57 Cfr. folios 417-456 del cuaderno 11.

58 Cfr. folio 141 del cuaderno 15.

59 Cfr. folios 23-24 y 47-48 del cuaderno 16.

60 Cfr. folio 1 del cuaderno 6.

61 Cfr. folio 14 del alegato a folio 133 del cuaderno 3 de la Corte.

62 Cfr. folio 414 del cuaderno 2.

63 Cfr. folio 141 del cuaderno 15.

64 Postura que además, en sentido crítico, repele el ejercicio defensivo de los intereses de sus patrocinados.

65 Cfr. folio 326 del cuaderno 14.

66 Cfr. folio 14 del alegato a folio 133 del cuaderno 3 de la Corte.

67 Cfr. folio 176 del cuaderno 11A.

68 Cfr. folio 141 del cuaderno 15.

69 Cfr. folios 19-22, 25 27-29, 31-45, 50-63, 290-302, 339-340 del cuaderno 16, 26-38 y 136, 184, 199-200, 299 del cuaderno 17 y 35 del cuaderno 18.

70 Cfr. folio 26 del cuaderno 16 y 39-127 del cuaderno 17.

71 Cfr. folios 304-338 del cuaderno 16.

72 Cfr. folio 137-187 del cuaderno 17.

73 Cfr. folios 290-298 ibidem.

74 Cfr. folio 143 del cuaderno 15.

75 Cfr. folios 84-88 del cuaderno 16.

76 Cfr. folios 91-93 ibidem.

77 Cfr. folios 100-108 del cuaderno 4.

78 Cfr. folios 188-190 del cuaderno 16

79Cfr. folio 145 del cuaderno 15.

80 Cfr. folios 109-205 del cuaderno 4.

81 Cfr. folios 119-121, 146-150, 161-183 del cuaderno 16.

82 Cfr. folio 187 ibidem.

83 Cfr. folio 146 del cuaderno 15.

84 Cfr. folio 146 ibidem.

85 Cfr. folios 252-257 del cuaderno 16.

86 Cfr. folios 9-99 del cuaderno 4.

87 Cfr. folios 148-150 del cuaderno 15.

88 Cfr. folios 201-247 del cuaderno 16.

89 Cfr. folio 248-250 ibidem.

90 Por ejemplo, José Edilberto Gaviria Marín y Gerardo Yacumal Ruiz. Cfr. folios 155-157 y 158-160 del cuaderno 21.

91 Cfr. folio 150 del cuaderno 15.

92 Cfr. folio 46 y 342 del cuaderno 16.

93Cfr. folios 175-176 del cuaderno 11A.

94Cfr. folios 281-283 ibidem.

95 Cfr. folio 51 del cuaderno 10.

96 Cfr. folios 520-526 ibidem.

97 Cfr. folios 131-132 del cuaderno 17.

98 Cfr. folio 333 del cuaderno 14.

99 Cfr. folios 315-322 y 323-325 del cuaderno 10.

100 Cfr. folio 246 ibidem.

101 Cfr. folio 152 del cuaderno 15

102 Cfr. folios 113 y 129 del cuaderno 3.

103 Cfr. folio 134 del cuaderno 4A.

104 Cfr. folio 123-126 del cuaderno 5.

105 Cfr. folio 97 del cuaderno 2.

106 Cfr. folios 8-9 del cuaderno 6.

107 Cfr. folios 123-126 del cuaderno 5.

108 Cfr. folios 114-115, 255 del cuaderno 3.

109 Cfr. folios 64-65, 270-271 del cuaderno 4ª y 85, 98, 502 del cuaderno 10.

110 Cfr. folios 236-238 del cuaderno 4A y 26 del cuaderno 10.

111 Cfr. folio 46-47 del cuaderno 5 y 88 del cuaderno 10.

112 Cfr. folios 152-153 del cuaderno 15.

113Cfr. folio 89 del cuaderno 2.

114Cfr. folio 349 del cuaderno 6.

115 Cfr. folio 153 del cuaderno 15.

116 Cfr. folios 41-125 del cuaderno 18.

117 Cfr. folios 23-82 del cuaderno 18A.

118 Cfr. folios 330-331 del cuaderno 18.

119 Cfr. folios 426-430 ibidem.

120 Cfr. folio 100 ibidem.

121 Cfr. folio 439 ibidem.

122 Cfr. folios 449-463 ibidem.

123 Cfr. folio 458 ibidem.

124 Cfr. folios 458-459 ibidem.

125 Cfr. folios 468-477 ibidem.

126 Cfr. folios 478-483 ibidem.

127 Cfr. folios 9-16 del cuaderno 19.

128 Cfr. folios 35-36 ibidem.

129 Cfr. folios 40-42 ibidem.

130 Cfr. folios 37-38 ibidem.

131 Cfr. folios 43 ibidem.

132 Cfr. folios 45-52 ibidem.

133 Cfr. folio 50 ibidem.

134 Ibidem.

135 Cfr. folios 78-84 ibidem.

136 Cfr. folios 86-97 ibidem.

137 Cfr. folios 162-191 ibidem.

138 Cfr. folios 211-238 y 243 a 253 ibidem.

139 Cfr. folios 268-291 ibidem.

140 Cfr. folios 349-384 ibidem.

141 Y de forma vedada lo admitió el Tribunal Nacional al rechazar los recursos de la Fiscalía y el Ministerio Público contra la decisión que dispuso el envío del expediente a la justicia penal militar.

142 No podría serlo atendiendo las limitaciones que impone la acción de revisión.

143Cfr. folio 176 del cuaderno 19.

144Cfr. folio 189 ibidem.

145 Cfr. folios 8-9 del Informe 036 de 2000 de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos a folios 81 (vuelto)-82 del cuaderno principal de la Corte.

146 La Corte precisa que, tal como lo resaltó la defensora, no es cierto que, la nulidad declarada por la justicia penal militar haya comprendido toda la actuación. Ella se dispuso desde el cierre de la instrucción.

147 CIDH Tercer Informe sobre la Situación de los Derechos Humanos en Colombia (1999), p. 175 a 186. Ver también Segundo Informe sobre la Situación de los Derechos Humanos en Colombia (1993), p. 237 donde se expresa “Los tribunales militares no garantizan la vigencia del derecho a obtener justicia, ya que carecen de independencia, que es un requisito básico para la existencia de este derecho. Además, en las sentencias que han dictado han puesto de manifiesto pronunciada parcialidad, pues con frecuencia se han abstenido de imponer sanciones a los miembros de las fuerzas de seguridad que, probadamente, han participado en graves violaciones de derechos humanos”.

148 Corte IDH caso Velásquez Rodríguez, sentencia del 29 de julio de 1988, párrafo

176.

149 Lo cual incluso podría sugerir la admisión por la defensa de que la investigación ciertamente fue incompleta.

150 En similar sentido, se resolvió en sentencia CSJ SP, 04 may. 2011, rad. 31.091:

14. Consecuente con lo expuesto pasa la Sala a puntualizar el estadio procesal a partir del cual debe rehacerse la actuación, precisando al respecto que, con sujeción a los derroteros fijados en otras determinaciones adoptadas en casos semejantes al analizado¹⁵⁰, como en el presente evento, según quedó esclarecido, los sujetos pasivos de la acción penal ejercida por el Estado en relación con los hechos en que se materializó el homicidio de Santos Mendivelso Coconubo, no estaban cobijados por fuero alguno, y como efectivamente la investigación se inició e impulsó de manera legítima por la Fiscalía General de la Nación hasta proferir resolución de acusación contra los procesados, momento en el que, estando pendiente para enviar el expediente al superior funcional del instructor para desatar el correspondiente recurso de apelación formulado por el defensor de AMAYA RUIZ, FLÓREZ BAUTISTA y Arrutanegui Santos¹⁵⁰, se produjo el cambio de jurisdicción, la decisión de nulidad no tiene por qué abarcar todo lo actuado.

151 Esto, toda vez que si bien se trata de crímenes de lesa humanidad, los presuntos autores de las conductas punibles están identificadas y vinculadas legalmente al proceso y, en ese orden, no es viable predicar indefinido el término dentro del cual se puede tomar una decisión de fondo.