

**“YOU ARE SAYING THAT YOUR
PROSECUTOR’S OFFICE MISLED THE
FBI...?” CUANDO SE CONFUNDE LITIGIO
INTERNACIONAL CON DEFENSA PENAL:
APUNTES A PARTIR DEL CASO MASACRE
DE SANTO DOMINGO VS. COLOMBIA***

**“YOU ARE SAYING THAT YOUR
PROSECUTOR’S OFFICE MISLED THE FBI...?”
WHEN INTERNATIONAL LITIGATION AND
CRIMINAL DEFENSE ARE CONFUSED:
COMMENTS ON THE CASE OF MASSACRE
OF SANTO DOMINGO V. COLOMBIA**

*Rafael A. Prieto Sanjuán***

Fecha de recepción: 11 de febrero de 2013

Fecha de aceptación: 21 de febrero de 2013

Para citar este artículo / To cite this article

Prieto Sanjuán, Rafael A., “You are saying that your prosecutor’s office misled the FBI...?” Cuando se confunde litigio internacional con defensa penal: apuntes a partir del caso Masacre de Santo Domingo vs. Colombia, 126 Vniversitas, 165-197 (2013)

SICI: 0041-9060(201301)62:165<165:CLICDP>2.0.TX;2-L

-
- * No obstante el hecho de haber asesorado al Estado en su contestación al sometimiento de este caso por la CIDH y, al correspondiente escrito de solicitudes, argumentos y pruebas (ESAP) de los representantes de las presuntas víctimas (véase igualmente, *infra*, nota 2), el autor no hará referencia sino a información y documentos que son de público conocimiento, salvando toda responsabilidad que pudiera derivarse de las opiniones aquí expresadas. Esta contribución corresponde al Centro de Estudios de Derecho Internacional Francisco Suárez S. J. de la Pontificia Universidad Javeriana.
- ** Doctor en Derecho (Universidad París 2 Panthéon-Assas), Especialista y Magíster en Derecho Internacional por la misma Universidad, Magíster en Ciencias Políticas (Sorbonne-Nouvelle) y en Estudios Estratégicos (Paris-Nord). Profesor Titular Pontificia Universidad Javeriana. Correo electrónico: rafael.prieto@javeriana.edu.co.

RESUMEN

El litigio interamericano de derechos humanos no cesa de generar sorpresas. Por una parte, con agencias de Estado que confunden el sistema con defensa penal y, por otra, con una Corte Interamericana que, excepcionalmente, rescata a la justicia interna. Pues bien, eso fue lo que precisamente ocurrió en el *Caso Masacre de Santo Domingo Vs. Colombia*, donde murieron 17 civiles y se causaron heridas a otros 27, mientras se desarrollaban hostilidades entre fuerzas militares del Estado y un grupo de guerrilla de las Farc. En la primera parte de este estudio se ponen de presente las incongruencias del Estado —el único con capacidad para responder ante la Corte—, cuya “defensa” en la mencionada causa se empleó en atacar a su propia rama judicial, bien sea denunciando la existencia de un presunto fraude de la Fiscalía, o bien refutando las decisiones de las instancias penales y contencioso administrativas. Una estrategia que, paradójicamente, podría estar en las antípodas de un beneficio para los militares involucrados en el trágico acontecimiento. En una segunda parte, se analiza la forma en que la Corte IDH termina redimiendo a la administración de justicia, calificando de *estoppel* los argumentos del agente del Estado (con relación a lo actuado ante la CIDH) y describiendo, sin dudar, dicho comportamiento como contrario a los principios de buena fe, equidad procesal y seguridad jurídica.

Palabras clave autor: litigio internacional, Corte Interamericana de Derechos Humanos (Corte IDH), Colombia, *estoppel*, garantías judiciales (debido proceso o juicio justo), protección judicial, reparación integral.

Palabras clave descriptores: Debido proceso de Derecho, reparación (justicia penal), Corte Interamericana de Derechos Humanos.

ABSTRACT

The Inter-American Human Rights system continues to be one full of surprises. On the one hand, there are State official agencies that see no distinction between the system itself and any defense in a typical criminal case, and on the other hand, there is an Inter-American Court that only exceptionally rescues the judicial internal system of the States. That was exactly what occurred in the Massacre of Santo Domingo v. Colombia case involving a tragic event where 17 civilians were killed and 27 were injured while a violent fight took place between the Colombian military and the FARC. The first part of this manuscript will feature the inconsistencies of the State –the only entity with standing before the Court– which resorted to a defense that assailed its own Judicial Branch by both denouncing an alleged fraud on the part of the Prosecutor's Office and by dismissing the decisions made by the criminal and administrative judicial instances. Ironically enough, this strategy could well be the total opposite of what an appropriate defense of the troops involved in this tragic event should look like. The second part of this manuscript will feature the form in which the Inter-American Court ended up saving the judicial branch when it labeled the grounds of the State agent (as to the defense presented before the IAHR Commission) as estoppel and when it described such behavior, without hesitation, as contrary to the principles of good faith, equity and legal stability.

Keywords author: *International Litigation, Human Rights, Inter-American Court of Human Rights, Colombia, Estoppel, Due Process, Judicial Protection, Redress.*

Keywords plus: *Due process of Law, reparation (Criminal justice), Inter-American Court of Human Rights.*

SUMARIO

INTRODUCCIÓN.- I. CUANDO EL ESTADO ATACA INTERNACIONALMENTE A SU RAMA JUDICIAL...- A. La denuncia de un presunto fraude procesal (interno) como “defensa” internacional.- B. La confusión entre garantías judiciales y protección judicial.- C. El desconocimiento de su propia jurisdicción contenciosa administrativa.- II.- ...Y LA CORTE INTERAMERICANA DE DD.HH LA RESCATA, A PESAR DE LA INCOHERENCIA MANIFIESTA.- A. La complejidad del caso como excluyente de responsabilidad.- B. Hacia el cumplimiento de estándares interamericanos, un camino no tan largo por recorrer.- 1. La indemnización compensatoria.- 2. Reparación integral de las víctimas.- EN CONCLUSIÓN: UNA TAREA PENDIENTE.

INTRODUCCIÓN

“You’re saying that your Prosecutor’s Office misled the FBI...? You have stated that chain of evidence was broken (...) that FBI was misled, by *agents of State*...!”¹, insistía en su pregunta, abriendo cuanto podía sus ojos, cejas alzadas e incapaz de salir de su asombro, la magistrada jamaquina ante el hecho de que el agente —designado apenas 12 días antes de la audiencia ante la Corte Interamericana de Derechos Humanos— sostuviera como argumento la existencia de un presunto fraude de la Fiscalía del Estado, cuya representación y supuesta defensa estaba asumiendo.

Hacemos referencia a uno de los pasajes más bochornosos del Estado ante una instancia internacional, a saber, la audiencia pública desarrollada ante la Corte Interamericana (en adelante, la Corte IDH o, simplemente, la Corte) en el *Caso Masacre de Santo Domingo Vs. Colombia*², a partir del desafortunado evento del 13 de diciembre de 1998 en el que, con ocasión de las hostilidades que se desarrollaban entre las Fuerzas Militares de Colombia y las autodenominadas Farc (Fuerzas Armadas Revolucionarias de Colombia), perecieron 17 civiles, incluyendo 6 menores de edad, y en el cual se causaron heridas a otras 27 personas, diferentes de los combatientes, regulares o irregulares, allí presentes³.

- 1 Interrogantes de la Jueza Margarette May Macaulay al agente del Estado en la Audiencia pública en el *Caso Masacre de Santo Domingo Vs. Colombia*, 27 y 28 de junio de 2012. Véase video, parte 4 (00:37.29 y 00:42.33). Disponible en: <http://vimeo.com/album/1993923/video/44902425> (5 de febrero del 2013).
- 2 Es importante aclarar que, aunque quien suscribe este artículo fue designado inicialmente como agente del Estado, con Eduardo Montealegre Lynnet, el escrito de interposición de excepciones preliminares, contestación al sometimiento del caso y observaciones al ESAP, sería firmado solamente por este último, en razón de importantes reservas de orden jurídico, técnico y metodológico, oportunamente manifestadas por el suscrito al abogado Montealegre al Grupo Operativo Interinstitucional (GOI), a la Cancillería y a la Agencia Nacional de Defensa Jurídica del Estado colombiano. Así las cosas, el 6 de marzo del 2012, el Estado informa a la Corte que Montealegre fungiría como agente único, pero como es igualmente sabido, poco después de presentada la contestación (9 de marzo de 2012), este renuncia a su defensa para asumir el cargo de Fiscal General de la Nación, según comunicación del Estado en fecha de 28 de marzo del mismo año. Sería solo hasta el 15 de junio del 2012 que se designaría en su reemplazo a Rafael Nieto Loaiza, quien sustentaría en audiencia pública el mencionado escrito. Véase Corte IDH, *Caso Masacre de Santo Domingo Vs. Colombia* (Excepciones Preliminares, Fondo y Reparaciones), párr. 9, nota al pie núm. 7, de la Sentencia del 30 de noviembre de 2012, publicada el 18 de diciembre del mismo año (en adelante, la Sentencia) e *infra*, n. 6.
- 3 Nos referimos al menos a nueve soldados caídos en combate y, aunque no hay certeza, también a los miembros de la guerrilla que habrían podido resultar muertos o lesionados en el trascurso de las hostilidades que duraron del 12 al 15 de diciembre de 1998 en la vereda de Santo Domingo, municipio de Tame, departamento de Arauca, Colombia. Cfr. Sentencia del 31 de

Así, lo que debería ser una defensa técnica e integral del Estado ante una jurisdicción internacional, parecía más bien un proceso penal en el que resultó implicado personal de la Fuerza Aérea Colombiana (FAC), y cuyo recurso de casación contra una sentencia por homicidio doloso⁴ se surte, a la fecha de este artículo, ante la Corte Suprema de Justicia⁵. Esto explica que, enseguida de la audiencia en mención, algunos hayan podido imaginar la posibilidad de “una decisión favorable para los miembros de la Fuerza Aérea involucrados y para la institución, pero no para la justicia”⁶, pues, de acuerdo con la defensa, no solamente los tribunales que fallaron en primera y segunda instancia, sino además, la misma jurisdicción contenciosa administrativa, se habrían equivocado en la forma de establecer la responsabilidad del Estado⁷.

Sin embargo, la decisión fue totalmente contraria a lo pretendido por el agente⁸. Afirmando su competencia para conocer violaciones de derechos humanos (en adelante, DD.HH) en cualquier circunstancia, de normalidad o de excepción, la Corte IDH, en su sentencia del pasado 30 de noviembre de 2012 (en adelante, la Sentencia) estimó ajustados a derecho los fallos de la justicia colombiana y, en ese sentido, atribuyó al Estado el hecho ilícito principal (las muertes y lesiones)⁹.

enero de 2011 del Juzgado Penal del Circuito Especializado de Arauca, en la cual se condena a alias “Grannobles”, cabecilla de las Farc. Véase párrs. 128, 138 y 149, así como las notas al pie núm. 185 y 212 de la Sentencia (de la Corte IDH).

- 4 Tribunal Superior Distrito Judicial de Bogotá, Sala Penal, Sentencia del 15 de junio de 2011.
- 5 Véase información sobre el recurso interpuesto en el Informe de fondo de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos, o CIDH (expediente de fondo, tomo 1, folio 203); escrito de contestación de la demanda (expediente de fondo, tomo 2, folio 663), y alegatos finales escritos de los representantes (expediente de fondo, tomo 1, folio 1432). Citado por la Corte IDH en la nota al pie núm. 161 de la Sentencia.
- 6 Martha Maya, “La defensa del caso Santo Domingo sacrificó a los jueces”, *La silla vacía* (29 de julio del 2012). Disponible en: <http://www.lasillavacia.com/historia/la-defensa-del-caso-santo-domingo-sacrificio-los-jueces-35002>. Cfr. Entrevista realizada por Claudia Morales, “‘El Estado falló al administrar justicia en el caso Santo Domingo’: Rafael Nieto”, quien justificó su posición afirmando que “quien armó la estrategia de defensa del Estado, en el punto específico de reconocer la responsabilidad por vulneración del derecho a la administración de justicia, fue Eduardo Montealegre. A *La silla vacía* le dio miedo, pelearse con Eduardo Montealegre, porque Eduardo Montealegre, hoy es Fiscal (...) mientras decidió echarme todo el agua sucia a mí” (min. 06:35-06:54), video disponible en línea, en *Semana.com*, 9 de agosto 2012. Disponible en: <http://www.semana.com/nacion/articulo/el-estado-fallo-administrar-justicia-caso-santo-domingo-rafael-nieto/262650-3> (24 de febrero del 2013).
- 7 Véase partes VII-1.A y VII-2.A de la Sentencia, e *infra*, I. C.) de este artículo.
- 8 *Infra*, segunda parte (A) del presente texto y, en general, parte VII, consideraciones de la Corte sobre el fondo, y parte resolutive (IX), punto 7 de las declaraciones de la Sentencia.
- 9 *Ibid.*, párr. 173 y puntos 1 al 3 de las declaraciones.

En consecuencia, la Corte desestimó el supuesto allanamiento formulado por la Defensa, el que erráticamente había expresado como “reconocimiento parcial de responsabilidad”, a saber por la supuesta violación del “derecho a la verdad y el acceso a la administración de justicia”, o más bien, a las garantías judiciales y a la protección judicial¹⁰. Ahora, de forma paradójica, no fue la representación del Estado, insistimos, sino la propia Corte IDH, la que consideró que no cabía tal violación, en razón de la misma complejidad del asunto¹¹, liberando al “acusado” de la única culpa que admitía...

Adicionalmente, frente a la excepción *ratione materiae* formulada por la agencia estatal, quien solicitaba que, en caso de no acogerla, se “admita de forma parcial, de modo que en su sentencia de fondo no [pueda] realizar pronunciamientos ni condenas en relación con la presunta vulneración de cláusulas de Derecho Internacional Humanitario”¹², la Corte IDH debió aclarar que,

*“[e]n el presente caso, los representantes [de las presuntas víctimas] no han solicitado a la Corte que el Estado sea declarado responsable por alegadas violaciones a normas del DIH, ni la Comisión Interamericana concluyó algo similar en su Informe. Por ende, en caso de ser necesario, la Corte podrá referirse a las disposiciones de las normas y principios del Derecho Internacional Humanitario a la hora de interpretar las obligaciones contenidas en la Convención Americana, respecto de las alegadas violaciones de derechos, en relación con los hechos del presente caso”*¹³.

En definitiva, no fue ningún favor el que le hizo la representación del Estado a su rama judicial, como tampoco a los pilotos de las aeronaves involucrados en tan trágico acontecimiento, al plantear una defensa penal ante un tribunal internacional de DD.HH¹⁴. De

10 Ibid., párr. 128.

11 Ibid., parte VII-1.B.2, e *infra*, II.B.) de este artículo.

12 Párr. 18 de la Sentencia.

13 Ibid., párr. 25. Abstracción hecha del error del Estado de solicitar a la Corte que no se le condene por aquello que no ha demandado la contraparte, la Corte IDH aprovecha para citar su propia jurisprudencia (Corte IDH, *Caso de la Masacre de Mapiripán Vs. Colombia. Fondo, Reparaciones y Costas*, párr. 114, citada en nota al pie núm. 21 de la Sentencia sobre *Santo Domingo*). Ahora bien, es de anotar que, además de la excepción por incompetencia *ratione materiae*, el Estado propuso una segunda excepción, pero por falta de agotamiento de los recursos internos, la cual fue igualmente negada, por inoportuna (ibid., párr. 34) e improcedente (ibid., párr. 36). Véase igualmente, *infra*, n. 92.

14 Como tuvo que explicarlo el presidente de la Corte, el magistrado peruano Diego Sayán García, en plena audiencia: “a ratos parecería que lo que est[uviera] de por medio [fuese] un proceso

hecho, sería difícil negar la influencia que las decisiones de la Corte IDH tienen sobre las jurisdicciones nacionales, como para imaginar una mejor suerte para los miembros de la FAC envueltos en el fatal incidente¹⁵. Más aun, tampoco se hizo un favor a las víctimas y a sus familiares, quienes erigieron el triunfo de sus pretensiones en la negligencia e incoherencia que, en términos procesales, evidenció la defensa del Estado¹⁶ y, además de su insolvencia litigiosa, en el desconocimiento del Derecho Internacional, del Sistema Interamericano de DD.HH y del Derecho Internacional Humanitario (DIH) en particular¹⁷.

en el que este fuera, o un órgano de investigación criminal o un tribunal penal, cosa que no es, la Corte IDH (...) de manera que aquí no se va a repetir una investigación (...) ni tampoco a determinar responsabilidades específicas por parte de nadie". Video citado en la primera nota de este escrito (01:05:46), véase igualmente *infra* nota 20, y párr. 193 de la Sentencia.

- 15 Para una aproximación crítica sobre la cuestión, véase Kai Ambos, Ezequiel Malarino y Gisela Elsner, Eds., *Sistema interamericano de protección de los derechos humanos y derecho penal internacional*, T. 1 y T. 2, (Fundación Konrad Adenauer Stiftung, Berlín – Montevideo (2010 y 2011); especialmente, Daniel R. Pastor, "La ideología penal de ciertos pronunciamientos de los órganos del sistema interamericano de derechos humanos: ¿garantías para el imputado, para la víctima o para el aparato represivo del Estado?", T. 2 de la obra acá citada, 481-506, e *infra* n. 32.
- 16 Además del acto de *estoppel* (*infra*, notas 19 *in fine*, 25, 26 y 93), es importante señalar que el Estado dejó vencer los términos de la prórroga acordada por la Comisión para dar respuesta a su Informe de fondo (escrito de sometimiento del caso, de fecha 8 de julio del 2011, citado en el párr. 2 de la Sentencia), así como los términos para contar con un perito o experticia (Resolución de la Corte, del 18 de junio de 2012, v. *infra* notas 91 y 98) que habría podido ser capital para la comprensión y el resultado final del caso. Así, "[a]ntes de renunciar, Montealegre debía solicitar las pruebas de peritos expertos y testigos a la Corte, con nombres y objeto de cada prueba. Pero al momento de contestar (...) señaló únicamente el objeto de cada prueba", Martha Maya, "La Corte Interamericana encuentra a Colombia con los pantalones abajo", *La silla vacía*, 11 de junio del 2012. Disponible en: <http://www.lasillavacia.com/historia/la-corte-interamericana-encuentra-colombia-con-los-pantalones-abajo-33929>. En fin, lo mismo se podría decir de la Defensa, cuando simplemente omitió oportunidades que le da el mismo Reglamento de la Corte (véase *infra*, n. 88).
- 17 Dichas carencias se hicieron evidentes, además de la inadmisión de las excepciones preliminares formuladas por la defensa, con el pobre manejo de los principios del derecho relativo a la conducción de hostilidades aplicables al presente caso (véase partes III.A, VII-2 y VII-3 de la Sentencia). Con respecto a las relaciones que sostiene el DIIDH con el DIH en el sistema interamericano, véanse entre otros, Alejandro Ramelli Arteaga, "El derecho internacional humanitario ante la Corte Interamericana de Derechos Humanos", en: *Anuario mexicano de derecho internacional*, Vol. IX, 35-68 (2009); Alejandro Aponte Cardona, "El sistema interamericano de derechos humanos y el derecho internacional humanitario: una relación problemática", en: Kai Ambos et ál., Eds., cit. *supra* n. 15, T. 1, 125-170; Laurence Burgorgue-Larsen y Amaya Úbeda de Torres, "La 'guerra' en la jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos", 3 (especial) *Anuario colombiano de derecho internacional*, 117-153 (2010). Cfr. en general, Oficina del Alto Comisionado para los Derechos Humanos, *Protección jurídica internacional de los derechos humanos durante los conflictos armados*, Nueva York y Ginebra (2011) y, con relación al comentado asunto, Rodrigo Uprimny, "Rafael Nieto y el caso Santo Domingo", *El Espectador*, 22 de diciembre de 2012. Disponible en: <http://www.elspectador.com/print/393831>, y Rafael A. Prieto Sanjuán, "Del riesgo de interpretación del derecho internacional humanitario por un tribunal de derechos humanos" (en revista internacional indexada, próximamente).

No obstante, a pesar de las múltiples aristas que se derivan de este caso, nos concentraremos en los aspectos más relevantes del increíble caso, quizás nunca antes visto en estrados internacionales, del Estado contra él mismo. Desde luego, también lo habríamos podido llamar el Caso “*Estado Vs. Estado*”, pero el lector habría pensado enseguida en una demanda interestatal, como lo prevé la Convención Americana sobre Derechos Humanos (en adelante CADH, o la Convención) y como ha ocurrido en apenas dos ocasiones durante toda la práctica del Sistema Interamericano de DD.HH.¹⁸

¿Se habría podido llamar entonces “*Colombia Vs. Colombia*”? No, aun demasiado irrealista, pero, aunque inimaginable, eso fue precisamente lo que sucedió. En efecto, tanto en el escrito de contestación (citado por la Sentencia) como en su sustentación en audiencia pública —por abogados diferentes—, la defensa del Estado decidió, como estrategia litigiosa, irse lanza en ristre contra su propia rama del poder judicial, lo que debemos analizar en un primer momento (I). Pero lo más llamativo, como veremos en la segunda parte, aun a pesar de la incoherencia y contradicción respecto de lo sostenido previamente ante la Comisión Interamericana de DD.HH (en adelante, CIDH o la Comisión), es que la Corte IDH haya decidido absolver al Estado por lo que su representación diera inadecuadamente en llamar “reconocimiento de responsabilidad”¹⁹ (II).

I. CUANDO EL ESTADO ATACA INTERNACIONALMENTE A SU RAMA JUDICIAL

La forma de ataque que utilizó la Defensa contra la justicia estatal (como si se tratara de un contencioso penal, o contra otro Estado)

18 Nos referimos al Caso interestatal 1/06 (*Nicaragua c. Costa Rica*), declarado inadmisibile por la CIDH, y a la Petición interestatal PI-02 (*Ecuador c. Colombia*), admisible. Véase Informe N° 11/07, del 8 de marzo de 2007 e Informe N° 112/10, del 21 de octubre de 2010, respectivamente.

19 Es importante señalar que, en la medida de lo posible y como se habrá podido evidenciar en esta introducción, evitaremos confundir al Estado con la Defensa, con sus agentes o representantes, pues, durante la etapa surtida ante la CIDH, estos argumentaban la eficacia de su jurisdicción interna y, ante la Corte, el apoderado del Estado la criticó abiertamente, al punto de expresar el aludido e inoportuno “reconocimiento de responsabilidad”. En efecto, aunque parezca obvio, no hay que olvidar que la rama del poder judicial es una manifestación del mismo Estado, al que las instancias internacionales consideran como una sola persona jurídica, la única que posee la capacidad para responder en materia de DD.HH, lo cual realiza a través de una agencia estatal o de representación legal. Es por ello que la mencionada contradicción fue apreciada —y criticada— por la Corte IDH en este asunto, como un acto de *estoppel*. Véase parte VII-1.B.1 de la Sentencia, así como las notas 23, 25, 26 y 93, *infra*.

alcanzó en este caso a la Fiscalía y a las instancias judiciales que fallaron en contra de los militares acusados, por una parte (A) y, por otra, a la jurisdicción contencioso administrativa, rebatiendo la calificación de responsabilidad que dicha autoridad había establecido en el asunto (C). Ello dará ocasión para hacer una distinción entre el derecho a las garantías judiciales y la protección judicial que el Estado se encuentra obligado a brindar, y que convergen en una buena administración de justicia (B).

A. La denuncia de un presunto fraude procesal (interno) como “defensa” internacional

Efectivamente, tal como lo haría el abogado de una persona acusada por un determinado delito (cuestionando, debatiendo o subvalorando la validez de la prueba que lo incrimina ante el juez penal, o bien, tachándola de ilegal), en el escrito de contestación de la Defensa citado por la Corte, se afirma que, entre las “[l]as principales falencias probatorias [de las sentencias penales de primera y segunda instancia] que *distorsionaron* la verdad de los hechos” (énfasis añadido) se encuentra el informe rendido por el FBI; informe “usado como prueba en el proceso penal interno [cuyas conclusiones] están fundadas en premisas falsas. Las evidencias remitidas fueron previamente modificadas”²⁰.

Luego de semejante afirmación, la pregunta que surge enseguida es, ¿por quién? ¿Quién alteró la prueba: el mismo fiscal del caso, la parte civil en el proceso penal, la oficina de correos, los encargados de correspondencia diplomática, el FBI...? No, no, demasiado inverosímil. Y si así fuera, ¿cuál es la denuncia o el estado del proceso contra una o más personas implicadas en semejante caso? No hay respuesta de ello en la Sentencia, pero lo que no podemos borrar de nuestra memoria —y quizás menos de las de los jueces de la Corte IDH— es que, el *agente del Estado*, sostuviera como *defensa interna-*

20 Párr. 128 de la Sentencia. Es por ello que, además del juez Sayán (*supra*, n.14) la propia Corte tuvo que recordar que este “no es un tribunal penal ni de alzada”²⁷¹, y que “corresponde a los tribunales del Estado el examen de los hechos y las pruebas presentadas en las causas particulares”²⁷². El presente caso no se refiere a la inocencia o culpabilidad de los integrantes de la Fuerza Aérea Colombiana que participaron en las operaciones, ni tampoco de los integrantes de los grupos guerrilleros Farc que protagonizaron enfrentamientos en lugares muy cercanos a asentamientos de población civil. El presente caso se trata de la conformidad de los actos de los agentes estatales con la Convención Americana” (ibíd., párr. 193).

cional, el error o el fraude de su propia jurisdicción, en particular, de la Fiscalía General de la Nación²¹. Peor aún, cuando durante todo el proceso surtido ante la Comisión, los representantes del Estado habían sostenido que la misma había sido diligente, respetuosa y garante de los derechos fundamentales, en todos sus planos (disciplinario, penal y contencioso administrativo)²².

En razón de lo anterior, la Corte no pudo hacer otra cosa que declarar el *estoppel* en contra del Estado, afirmando que este, “ha variado sustancialmente su argumentación con respecto a lo sostenido ante la Comisión, en cuanto a cómo ocurrieron los hechos del caso y a las actuaciones de sus órganos de administración de justicia al respecto”²³. Asimismo, luego de “recordar el objeto de la responsabilidad de los Estados Parte en la Convención (...) y analizar lo correspondiente a los derechos a las garantías judiciales y protección judicial”²⁴, lo increpa por no “presentar sus posiciones e información sobre los hechos en forma coherente y de acuerdo con los principios de buena fe y seguridad jurídica, de modo que permitan a las otras partes y a los órganos interamericanos una adecuada sustanciación de los casos”²⁵.

En tal sentido, la Corte sostuvo además que,

“tanto los representantes como la Comisión Interamericana actuaron en el procedimiento ante ésta con base en esa posición adoptada por el Estado y, en esos términos, fue dictado el Informe de fondo y, posteriormente, presentado el caso ante la Corte. Bajo los principios de estoppel²¹, buena fe, equidad procesal y seguridad jurídica, el Estado no puede variar tan sustancialmente su posición respecto de lo planteado ante la Comisión Interamericana, al presentar ahora una hipótesis acerca de los hechos con base en un fallo dictado en el marco de un proceso penal que no fue objeto de debate, por decisión del propio Estado, durante el trámite del caso ante la Comisión. En esos términos,

21 Véase extractos de la Audiencia pública, cit. *supra* n. 1. Irónicamente, dicha tesis se sustentó en el escrito del entonces abogado del Estado, quien posteriormente ostentaría la calidad de Fiscal General de la Nación (párr. 9, nota 7 de la Sentencia y, *supra*, n. 6). Queda por saber cuál será la posición de la Fiscalía en el recurso de casación presentado por los pilotos de las aeronaves condenados en las instancias inferiores: ¿respaldar la teoría del caso del ente acusador, a quien el Juez del Circuito y el Tribunal Superior le dio razón, o contradecirlo, apoyando las razones de la parte recurrente (apoderada de los pilotos de la FAC involucrados) ante la Corte Suprema de Justicia...?

22 Véase párrs. 147 y 148 de la Sentencia.

23 *Ibid.*, párr. 141. Además de este y los párrs. 147 y 148, ya citados, véanse igualmente los párrs. 152, 170 y 172; *supra*, notas 19, *in fine*, 25, 26 y 93, *infra*.

24 Párr. 141 de la Sentencia.

25 *Ibid.*, párr. 144. Véanse igualmente, *supra*, notas 19 (*in fine*) y 23, así como 26 y 93, *infra*.

la referida decisión del Juzgado Penal del Circuito Especializado de Arauca de 31 de enero de 2011, invocada por el Estado, no puede ser considerada como un hecho superviniente o complementario, no sólo porque el Estado la conocía desde antes que la Comisión emitiera el Informe de fondo 61/11 de 24 de marzo de 2011 (a pesar de lo cual no se lo informó en esa oportunidad ni luego de que éste le fuera notificado), sino principalmente porque el proceso dentro del cual fue dictado no constituyó parte del marco fáctico del caso”²⁶.

A partir de allí, solo le restaba a la Corte “determinar la procedencia y efectos jurídicos” del “acto que el Estado denominó ‘reconocimiento de responsabilidad’, que se basa ampliamente en este fallo de 31 de enero de 2011”²⁷. Pronunciamiento que por su interés vale citar igualmente *in extenso*:

“Puesto que el Estado plantea tal ‘reconocimiento’ por la violación del derecho a la verdad y ‘el acceso a la administración de justicia’ de las presuntas víctimas, alegando que existen una ‘enorme confusión’ y posiciones contradictorias sobre los hechos por las ‘falencias probatorias en las que se ha incurrido a lo largo de los procesos penales internos’, tal acto contradice lo que sostuvo ante la Comisión. En los términos en que el propio Estado lo ha expuesto, el referido acto ‘no implica reconocer ni aceptar los hechos presentados por la Comisión y por las víctimas’, por lo que en realidad no se estaría allanando a las pretensiones de la contraparte. En todo caso, según lo señalado, uno de esos dos procesos penales, que el Estado refiere como contradictorio con el otro, no conforma el objeto del presente caso, por lo cual el planteamiento del Estado queda insubsistente y no será considerado como un reconocimiento de responsabilidad, ni tiene efectos jurídicos”²⁸.

Dicho lo anterior, las supuestas falencias probatorias, atribuibles al mismo Estado, irían acompañadas de la confusión que la Defensa engendraba entre las garantías del imputado, y los derechos de las presuntas víctimas, como observaremos enseguida.

B. La confusión entre garantías judiciales y protección judicial

Aunque tradicionalmente se reconoce la diferencia entre los dos conceptos, habría sido interesante que la Corte aclarara la confu-

26 Párr. 148 de la Sentencia. Véase igualmente, *supra*, notas 19, *in fine*, 25, y 93, *infra*.

27 Párr. 151 de la Sentencia (de conformidad con los artículos 62 y 63 de su Reglamento).

28 *Ibid.*, párr. 152.

sión, no solamente terminológica, sino conceptual —provocada por el mismo Estado— entre garantías judiciales, por una parte, y protección judicial, por otra. Por supuesto que estos son elementos necesarios y complementarios de una buena administración de justicia, pero cuyo contenido y vocación —a pesar de su evolución— están lejos de significar lo mismo; lo que explica que aparezcan en artículos diferentes de la CADH, y no como un único e indivisible derecho.

Así, las *garantías judiciales* son las que se predicán de un debido proceso o juicio justo, en forma general —pero no exclusivamente— en favor de quien está privado de la libertad, siendo investigado o enjuiciado²⁹. Es por ello que el artículo 8.1 de la CADH establece que, “[t]oda persona tiene derecho a ser oída, con las debidas garantías y dentro de un plazo razonable, por un juez o tribunal competente, independiente e imparcial, establecido con anterioridad por la ley, en la sustanciación de cualquier acusación penal formulada contra ella, o para la determinación de sus derechos y obligaciones de orden civil, laboral, fiscal o de cualquier otro carácter”. Y, enseguida, el numeral 2 del mismo artículo establece cuáles son las garantías mínimas para el procesado, pues, “[t]oda persona inculpada de delito tiene derecho a que se presuma su inocencia mientras no se establezca legalmente su culpabilidad”³⁰.

29 Aunque este es un debate aparentemente superado en el ámbito interno, no deja de suscitar importantes discusiones en el plano internacional. Véase entre otros, Rafael A. Prieto Sanjuán, “La noción del debido proceso en el ámbito internacional: entre condicionamiento, intangibilidad y criminalización”, *Revista Derecho del Estado*, No. 10, 121-138 (jul., 2001), y Florabel Quispe Remón, *El debido proceso en el derecho internacional y en el sistema interamericano*, Tirant lo Blanch, Valencia (2010).

30 Dichas garantías son “a) derecho del inculcado de ser asistido gratuitamente por el traductor o intérprete, si no comprende o no habla el idioma del juzgado o tribunal; b) comunicación previa y detallada al inculcado de la acusación formulada; c) concesión al inculcado del tiempo y de los medios adecuados para la preparación de su defensa; d) derecho del inculcado de defenderse personalmente o de ser asistido por un defensor de su elección y de comunicarse libre y privadamente con su defensor; e) derecho irrenunciable de ser asistido por un defensor proporcionado por el Estado, remunerado o no según la legislación interna, si el inculcado no se defendiere por sí mismo ni nombrare defensor dentro del plazo establecido por la ley; f) derecho de la defensa de interrogar a los testigos presentes en el tribunal y de obtener la comparecencia, como testigos o peritos, de otras personas que puedan arrojar luz sobre los hechos; g) derecho a no ser obligado a declarar contra sí mismo ni a declararse culpable, y h) derecho de recurrir del fallo ante juez o tribunal superior”. Adicionalmente, “3. La confesión del inculcado solamente es válida si es hecha sin coacción de ninguna naturaleza. 4. El inculcado absuelto por una sentencia firme no podrá ser sometido a nuevo juicio por los mismos hechos. 5. El proceso penal debe ser público, salvo en lo que sea necesario para preservar los intereses de la justicia”. Véase igualmente el Art. 7 (Derecho a la libertad personal), el Art. 9 (Principio de legalidad y de retroactividad) y el Art. 10 (Derecho a indemnización) de la CADH.

Es por lo anterior que resulta totalmente antimónico el planteamiento del agente, al afirmar que a partir de “las falencias probatorias que se presentaron dentro de los procesos penales de primera y segunda instancia en contra de los pilotos de la aeronave [de la FAC], a las víctimas se les ha vulnerado su derecho a acceder a la verdad y a una investigación revestida de las garantías [contenidas] en el ordenamiento jurídico colombiano”³¹. Dicho de otra manera, la presunta falta de garantías judiciales en el proceso contra los miembros de la FAC afectaría esencialmente a las víctimas, en lugar de los pilotos de las aeronaves, no solamente investigados, sino además ya condenados en las referidas instancias penales.

Ahora bien, no desconocemos la tendencia de la Corte IDH que, al contrario de su similar europea, ha venido desarrollando una línea que tiende a extender las garantías judiciales, tradicionalmente acordadas al sujeto investigado o enjuiciado, a las presuntas víctimas, aunque para algunos signifique la desnaturalización misma del sistema. Así, por ejemplo, Malarino, critica severamente la “tendencia *punitivista* (...) el activismo judicial antiliberal y *contra conventionem*” de la Corte en los siguientes términos:

*“Paradigmático es el caso del derecho de la víctima a la justicia y al castigo y el correlativo deber del Estado de perseguir y sancionar las graves violaciones de los derechos humanos que, según algunas sentencias de la Corte, autorizaría a dejar de lado derechos fundamentales de la persona que corre el riesgo de una pena criminal. De la mano de este superderecho a la justicia de la víctima, la Corte Interamericana está creando un verdadero ‘estatuto de la víctima’ opuesto al ‘estatuto del imputado’ consagrado en la Convención, esto es, un Bill of rights no escrito de la víctima que neutraliza el Bill of rights escrito del imputado”*³².

En todo caso, la representación del Estado en el asunto en discusión estaba muy lejos de abordar esta problemática. En efecto, es probable que el representante del Estado se estuviese refiriendo

31 Citado en párr. 6, *in fine*, de la Sentencia, *supra*, introducción e *infra*, n. 48.

32 Ezequiel Malarino, “Activismo judicial, punitivización y nacionalización: tendencias antidemocráticas y antiliberales de la Corte Interamericana de Derechos Humanos”, en: Kai Ambos et ál., Eds., *Sistema interamericano...*, op. cit., T. 1, 25-61, 46 (2010). Cfr. con Pastor, en la misma obra, T. 2, 481-506 (2011) (cit. *supra* nota 15) y, para una aproximación europea, véanse las contribuciones de Ambos y Böhm, *ibid.*, 43-69 y de Gil Gil, T. 1, 427-448, así como Aleksandra Mężykowska, (“Does the victim of a crime have the right to a fair trial?: Remarks on the protection of crime victims in the light of the guarantees in the European Convention on Human Rights”), 31 *Polish Yearbook of International Law*, 285-313 (2011).

más bien a la *protección judicial*. Esto es, a la reconocida institución del derecho que tiene toda persona “a un recurso sencillo y rápido o a cualquier otro recurso efectivo ante los jueces o tribunales competentes, que la ampare contra actos que violen sus derechos fundamentales reconocidos por la Constitución, la ley o la presente Convención, aun cuando tal violación sea cometida por personas que actúen en ejercicio de sus funciones oficiales” (Art. 25.1 de la CADH)³³.

En fin, no se entiende qué quiso significar la defensa cuando señaló que “el Estado acepta[ba] *parcialmente* su responsabilidad en relación con los derechos consagrados en los artículos 8 y 25”³⁴ (cursivas fuera del texto). ¿Cuál era la parte de responsabilidad que supuestamente aceptaba: lo concerniente a garantías judiciales, o a protección judicial? No se sabe, mucho menos cuando al referirse a dichos artículos reitera que “el Estado Colombiano reconoce parcialmente su responsabilidad por la violación del *derecho a la verdad* y el *acceso a la administración de justicia*. Considera que las víctimas no deben soportar a costa de la verdad, las falencias probatorias en las que se ha incurrido a lo largo de los procesos penales internos”³⁵ (énfasis fuera del texto).

En medio de lo ilógico y lo absurdo del argumento (aceptar responsabilidad por violación de los derechos judiciales de las presuntas víctimas, alegando fallas probatorias que hasta ahora les habrían dado razón a estas, y cuando se suponía que se trataba de una defensa de las instituciones del Estado), la Corte IDH aprovechó para precisar el contenido de estos derechos, reconociéndolos en favor de las víctimas y rescatando a la vez a la rama del poder judicial de la parte demandada. Pero lo más probable es que el equipo o la representación del Estado nunca haya entendido que se trataba de una defensa integral o de conjunto³⁶, por lo que resulta

33 En ese sentido, “[l]os Estados Partes se comprometen: a) a garantizar que la autoridad competente prevista por el sistema legal del Estado decidirá sobre los derechos de toda persona que interponga tal recurso; b) a desarrollar las posibilidades de recurso judicial, y c) a garantizar el cumplimiento, por las autoridades competentes, de toda decisión en que se haya estimado procedente el recurso” (Art. 25.2 de la CADH).

34 Párr. 128 de la Sentencia.

35 Ibid., *in fine*. Para tratar de comprender esta “escuela”, véase Xiomara Lorena Romero Pérez, *El reconocimiento parcial de la responsabilidad del Estado colombiano en el sistema interamericano de derechos humanos. Casos Mapiripán, Ituango y La Rochela*, IX *Anuario mexicano de derecho internacional*, 219-243 (2009).

36 Véase *supra*, introducción, e *infra*, n. 50 y conclusión.

oportuno subrayar igualmente su contradicción con la jurisdicción contencioso administrativa.

C. El desconocimiento de su propia jurisdicción contencioso administrativa

Aunque para la Corte IDH, la instancia contencioso administrativa de Colombia ya había establecido la responsabilidad del Estado, lo cual valora positivamente³⁷, vale la pena recordar cuáles fueron sus principales decisiones. Por una parte, la sentencia del Tribunal Contencioso Administrativo de Arauca que, fundada en la *falla del servicio*, el 20 de mayo de 2004 declaró responsable al Estado colombiano por los hechos alegados³⁸. Y, por otra parte, “[m]ediante sentencia de 19 de noviembre de 2008 la Sección Tercera del Consejo de Estado [quien] aprobó los acuerdos conciliatorios alcanzados entre las presuntas víctimas y el Ministerio de Defensa”, refrendando “la falla del servicio en que incurrió la Nación”³⁹.

37 Párr. 168 de la Sentencia. Como aspecto positivo o reconocimiento a la labor de la jurisdicción contencioso administrativa, también vale la pena resaltar la visita que le hiciera la Corte IDH al Consejo de Estado un mes antes de notificar al Estado del escrito de sometimiento del caso por parte de la Comisión (*infra*, notas 61 y 68).

38 Concepto que concordaría además con lo establecido en las dos instancias penales del mismo Estado, y su confirmación por parte de la Corte IDH en lo concerniente a los yerros que habría tenido la operación militar. Primero, por el hecho de que el dispositivo o la bomba ligera, conocida como AN-M1A2, arrojada por uno de los helicópteros durante la operación, es un arma imprecisa. Segundo, en razón de que su entrega habría sido contraria a la reglamentación vigente para la época y, consecuentemente, la instrucción para su lanzamiento —con relación a donde efectivamente cayó— también habría sido imprecisa Tercero, teniendo presente que, previamente al lanzamiento del dispositivo en cuestión, ya se habían advertido errores de malinterpretación en las consignas recibidas, con armas supuestamente más precisas, se infiere que este fue uno más. En fin, cuarto, también quedó en evidencia que “la aeronave que lanzó el dispositivo cluster no tuvo la precaución necesaria de averiguar con la tropa de tierra si la bomba era necesaria para lograr la eventual afectación de un objetivo militar”, amén del desorden que ya se constataba en aire. Véanse párrs. 217-227 de la Sentencia. No obstante, a nuestro juicio, el segundo punto (legalidad del arma o de su utilización) no quedó suficientemente claro en la Sentencia, ni respecto de la normatividad interna ni de la internacional.

39 Consejo de Estado, Sección Tercera, Mario Galvis Gelves y otros, radicación No. 07001-23-31-0002000-0348-01, Sentencia del 19 de noviembre de 2008. Consejero Ponente: Ramiro Saavedra Becerra (expediente de prueba, tomo 3, folios 1080 a 1081). Citado por la Corte IDH, nota al pie núm. 246 de la Sentencia (de la Corte IDH). Es importante anotar que, aunque las diferentes instancias se han referido a las aeronaves de apoyo, por lo general, han guardado silencio en lo concerniente a la responsabilidad de la tripulación extranjera del avión Cessna Skymaster (call sign: “Gavilán”) al servicio de la empresa contratista Air Scan, en la designación del o de los objetivos militares. Esto, sin duda, habría tenido una incidencia en el análisis de la imputación de cualquier hecho ilícito tanto en el plano internacional como en el proceso penal y, específicamente, en lo que concierne a la eventual autoría y participación en la comisión de un determinado delito. Sin embargo, este es un proceso que, con otras tantas dificultades, aún

No obstante lo anterior, la Defensa sostuvo ante la Corte IDH “que la conciliación suscitada en segunda instancia impidió que el Consejo de Estado se pronunciara sobre el título de imputación, ‘pero al interior de los debates en sede administrativa para autorizar la conciliación judicial (en el seno del comité de conciliaciones del Ministerio de Defensa) siempre se tuvo claro [creía] que la conciliación tenía como fundamento la teoría del *daño especial* y no los títulos de responsabilidad subjetiva”⁴⁰ (énfasis fuera del texto). Ahora, independientemente del título de imputación que se quiera defender, lo que cabe preguntarse es si, en un caso como estos, le es dado al abogado del Estado especular acerca del marco de la responsabilidad que debió adoptar, y que no adoptó, el Consejo de Estado, pues a la Defensa parece que se le olvidaba, una vez más, que se encontraba en un tribunal internacional ante el cual debía defender al Estado, y no atacar o desconocer el fundamento de la decisión de su máxima instancia en lo contencioso administrativo.

Empero, “para la Corte lo relevante es que los órganos de administración de justicia internos ya han determinado ampliamente varios alcances de la responsabilidad del Estado por los hechos, independientemente de los niveles de responsabilidad individual, penal o disciplinaria de los agentes estatales o de particulares, cuya definición corresponde a la jurisdicción interna, aun si no todos los hechos o calificaciones de los hechos han sido suficiente o totalmente investigados o esclarecidos”⁴¹. Sin embargo, para la mayor vergüenza del Estado —y para nosotros, juristas, ciudadanos y contribuyentes—, fue el hecho que la Corte haya constatado que durante todo el proceso surtido ante ella, la Defensa “ha[ya] pretendido desconocer y ha[ya] puesto en duda lo que sus órganos judiciales y administrativos han realizado para determinar la verdad de lo sucedido y las responsabilidades subsecuentes, así como

se surte, con un enfoque civil y político, ante la jurisdicción de los Estados Unidos de América. Véase Luis Alberto Galvis Mujica et al. v. Occidental Petroleum Corporation and Air Scan, Inc., 381 F. Supp. 2d 1164 y 381 F. Supp. 2d 1134 (C.D. Cal.) 2005 U.S. Dist. y 564 F.3d 1190, 1192 (9th Cir. 2009). Cfr. Sinan Kalayoglu, “Correcting Mujica: the proper application of the foreign affairs doctrine in international human rights law”, 24 *Wisconsin International Law Journal*, No. 4, 1045-1067 (2006).

40 Párr. 170 de la Sentencia.

41 Ibid., párr. 171.

para reparar a las víctimas de los hechos del presente caso, y ha[ya] mantenido la controversia sobre los hechos”⁴².

Aun así, muy a pesar de la gran contradicción del supuesto acto de allanamiento en el que la agencia, con un errático lenguaje, “reconoc[ía] parcialmente su responsabilidad [del Estado] por la violación del derecho a la verdad y el acceso a la administración de justicia”⁴³, lo asombroso es que la Corte IDH haya estimado que *no* se había configurado el hecho internacionalmente ilícito en el sentido de los artículos 8 y 25 de la CADH⁴⁴.

II. ...Y LA CORTE INTERAMERICANA DE DD.HH LA RESCATA, A PESAR DE LA INCOHERENCIA MANIFIESTA

De acuerdo con la Corte IDH, en detrimento del supuesto allanamiento, “no fue demostrado que el Estado dejara de realizar una investigación seria, diligente, exhaustiva y en un plazo razonable, y por el contrario, es posible considerar que los otros mecanismos y procedimientos internos han coadyuvado en el esclarecimiento de la verdad y en la determinación de los alcances de la responsabilidad del Estado”⁴⁵.

No deja pues de ser curioso que, aun a pesar de la pretensión del agente de deslegitimar lo hecho por el poder judicial del Estado, sea la Corte quien lo haya rescatado, pues en el peor de los eventos habría circunstancias excluyentes de responsabilidad, como la complejidad del mismo caso⁴⁶ (A). Y, en todo caso, en materia de reparación, la justicia colombiana no estaría tan lejos de alcanzar los estándares interamericanos (B).

A. La complejidad del caso como excluyente de responsabilidad

Antes de abordar el tema de la complejidad del caso es importante destacar que, como fue la propia Defensa la que planteó supuestas

42 Ibid., párr. 172, e *infra*, notas 47 y 62.

43 Párrs. 141-153 de la Sentencia.

44 Ibid., parte VII-I.B, y parte resolutive (IX), punto 7 de las declaraciones.

45 Ibid., párr. 173.

46 Ibid., párr. 165.

y graves fallas del aparato judicial, fue esta la razón que provocó el pronunciamiento de la Corte sobre el pretendido “reconocimiento de responsabilidad”⁴⁷. Asimismo, aunque ya sabemos que la posición del Estado ante la Corte fue contradictoria respecto de la posición sustentada ante la Comisión, no es menos cierto que durante el proceso surtido ante la misma Corte IDH la representación del Estado se mostró igualmente incoherente, por lo que se hace necesaria una explicación mínima sobre la cuestión. Por un lado, la Defensa reconocía “la violación del derecho a las garantías judiciales y a la protección judicial de las víctimas y sus familiares”⁴⁸ y, por otro, alegaba que, “el proceso tuvo una duración razonable, en virtud de la complejidad del caso”⁴⁹. Eso es ni más ni menos, *souffler le froid et le chaud*, como reza la expresión francesa, al referirse a la contradicción simultánea del mismo interlocutor.

Ante una discordancia de esa naturaleza, correspondía entonces a la Corte “valorar la posición del Estado, definir el objeto del presente caso y analizar lo correspondiente a los derechos a las garantías judiciales y protección judicial”⁵⁰. Ahora bien, con base en el deber de coherencia, dicha posición no podía ser diametralmente opuesta a la planteada ante la Comisión, ya que “podría desvirtuarse el funcionamiento del Sistema Interamericano y el principio de igualdad de armas en el proceso ante la Corte, pues la contraparte y la Comisión ya no podrían modificar sus posiciones ni su ofrecimiento probatorio”⁵¹.

47 Ibid., parte VII-1.A.1 y párr. 127; véase igualmente, párrs. 171 y 173, precitado, *supra*, introducción y n. 42 e *infra* n. 62.

48 Ibid., párr. 6, y *supra*, introducción y n. 31.

49 Esto, según el escrito citado, en razón de “varios factores: el conflicto de competencias que se suscitó entre la justicia militar y la justicia ordinaria; el amplio repertorio de pruebas practicadas; la dificultad para realizar los peritajes; el gran número de víctimas; la delicadeza y gravedad de los asuntos resueltos; los recursos e incidentes propuestos por las partes involucradas; las sentencias penales diametralmente opuestas pese a que se investigaron los mismos hechos, la confusión que rodeó la masacre y que ha dificultado el esclarecimiento de la verdad. Tampoco es cierto que existan líneas de investigación no exploradas”. Nota al pie núm. 184 de la Sentencia.

50 Ibid., párr. 141. De nuevo, debemos insistir en la necesidad de coherencia en la defensa estatal ante las diversas instancias internacionales, comprendiendo al Estado como conjunto, pues la jurisdicción interna hace parte del mismo Estado, tanto como el Ejecutivo y, en particular, sus fuerzas armadas. Como ya sabemos, en las pretensiones expuestas por el agente ante la Corte IDH en este caso, se encontraba el cuestionamiento de lo actuado por sus propios órganos judiciales, lo que es contrario a la unicidad del Estado en el plano internacional y a la posición defendida ante la CIDH. Véase *supra*, introducción, I.A y I.C, *passim*, notas 19, *in fine*, 23, 25 y 26, *supra*.

51 Párr. 146 de la Sentencia y, en el mismo sentido, párr. 148, *supra*, notas 19, *in fine*, 23, 25 26 y 50.

En el caso de especie, la Corte IDH recordó a las partes toda la actuación procesal (reivindicada por el mismo Estado) ante las diferentes instancias judiciales internas, tanto en lo penal, como en lo disciplinario y en lo contencioso administrativo⁵². Así, respecto de la obligación de investigar los hechos y la conducción de los procesos internos, la Corte estimó que,

“si bien las investigaciones de los hechos se habrían visto retrasadas mientras estuvieron bajo competencia de la jurisdicción penal militar, posteriormente la Corte Constitucional colombiana determinó que aquéllas correspondían a la justicia penal ordinaria y ordenó al Consejo Superior de la Judicatura que dictara una nueva sentencia. Dicho Consejo, entonces, resolvió el conflicto de competencias a favor de la jurisdicción penal ordinaria, en la cual efectivamente continuó la investigación”⁵³.

Y, “[u]na vez la investigación estuvo en la justicia ordinaria, la Fiscalía General de la Nación realizó numerosas y efectivas diligencias de investigación que produjeron resultados tangibles (*supra* párrs. 104 y ss.) y le permitieron presentar acusación”⁵⁴. Afirmado lo anterior, la Corte IDH aprovechó igualmente la oportunidad para recordar que “no es un tribunal penal en el que pueda determinarse la responsabilidad penal de los individuos⁵⁵, por lo que la responsabilidad de los Estados bajo la Convención no debe ser confundida con la responsabilidad criminal de individuos particulares”⁵⁵.

En cuanto a la razonabilidad del plazo para adelantar una investigación (Art. 8.1 de la CADH), resulta oportuno recordar los elementos establecidos jurisprudencialmente para evaluar dicha razonabilidad, a saber “i) complejidad del asunto; ii) actividad procesal del interesado; iii) conducta de las autoridades judiciales, y iv) afectación generada en la situación jurídica de la persona involucrada en el proceso”⁵⁶. En ese orden de ideas,

52 Ibid., párr. 147. Véase igualmente *supra*, n. 22 e *infra*, n. 59.

53 Párr. 159 de la Sentencia.

54 Ibid., párr. 160.

55 Ibid., párr. 162. Y, agrega que, “[p]ara establecer que se ha producido una violación de los derechos consagrados en la Convención no se requiere determinar, como ocurre en el derecho penal interno, la culpabilidad de sus autores o su intencionalidad, ni es preciso identificar individualmente a los agentes a los cuales se atribuyen los hechos violatorios” (ibid.) y, en el mismo sentido, párr. 193. Aunque será, basada en buena parte en lo establecido por las instancias penales internas y en la observación del video que registró la operación, que la Corte atribuiría el hecho principal al Estado. Ibid., párrs. 196-210.

56 Ibid., párr. 164, notas al pie omitidas.

“[l]a Corte considera indudable que este es un caso complejo, principalmente por todos los aspectos técnicos que involucraba una investigación efectiva, así como por la pluralidad de víctimas y la cantidad de actores de la Fuerza Aérea Colombiana y del Ejército que tuvieron participación en ese contexto específico de conflicto armado en la zona. Han sido referidas numerosas diligencias de investigación conducidas por la Fiscalía General de la Nación, que denotan una actividad constante en la búsqueda de determinación de los hechos y un seguimiento plausible de líneas lógicas de investigación, sin perjuicio de lo que aún corresponda investigar”⁵⁷.

Y, agrega,

“[a]ún si está pendiente de decisión el recurso de casación, es posible considerar que las autoridades jurisdiccionales ordinarias han venido cumpliendo adecuadamente sus funciones. Además, si bien en este caso la investigación es un deber ex officio del Estado, las víctimas han asumido una posición activa en las investigaciones. Por último, en las circunstancias del caso, no es necesario realizar el análisis del cuarto elemento del plazo razonable. En consecuencia, no ha sido demostrado que el Estado incurriera en violación del artículo 8 de la Convención por exceder el plazo razonable en las investigaciones”⁵⁸.

En el mismo sentido, “la Corte considera que el procedimiento disciplinario ha contribuido a determinar la responsabilidad del Estado en este caso”⁵⁹ y, “[e]n lo que concierne al proceso contencioso administrativo, además de ser relevante para efectos de reparaciones, la Corte considera que en este caso puede ser valorado positivamente, pues ya ha establecido la responsabilidad del Estado”⁶⁰, como lo señalamos anteriormente⁶¹. Adicionalmente, a pesar de la pretensión de la Defensa de transformar la responsabilidad por falla del servicio en daño especial, “la Corte observa que este alegato del Estado no tiene sustento alguno en lo efectivamente declarado en las referidas decisiones de los propios tribunales contencioso-administrativos”⁶².

Y, lo que es peor —para la agencia estatal—, la Corte señala enseguida que, “[e]n tales términos, y en aplicación del principio de complementariedad, no habría sido necesario que la Corte se

⁵⁷ Ibid., párr. 165.

⁵⁸ Ibid.

⁵⁹ Ibid., párr. 167. Véase igualmente *supra*, notas 22 y 52.

⁶⁰ Párr. 168 de la Sentencia.

⁶¹ *Supra*, n. 37 y, nuevamente, *infra*, n 68.

⁶² Ibid., párr. 170; véase igualmente, *supra*, notas 42 y 47.

pronunciara sobre los hechos que generaron las violaciones de derechos reconocidas y reparadas a nivel interno, a saber las que se refieren a los derechos a la vida, integridad personal y medidas especiales de protección para los niños”⁶³. Es decir que, al pretender revertir las decisiones del orden interno, la defensa lo que hizo fue forzar a la Corte IDH a examinar un hecho que, en principio, no sería generador de responsabilidad internacional y lo que finalmente sucedió fue la corroboración de lo hasta ahora decidido por las instancias nacionales.

Así las cosas, no nos queda más que abordar lo relativo a la reparación del daño, el único punto sobre el cual el agente parecía estar de acuerdo —al menos parcialmente— con su propio Estado.

B. Hacia el cumplimiento de estándares interamericanos, un camino no tan largo por recorrer

Abstracción hecha del reconocimiento de la Corte IDH al papel cumplido por la administración de justicia colombiana —a pesar de los ataques de la “defensa” del mismo Estado— subsiste un hecho particularmente interesante, cual es el reconocimiento de ciertos estándares internacionales en materia de indemnización (1) y la necesidad de adoptar otros criterios a fin de alcanzar una reparación integral de las víctimas (2).

1. La indemnización compensatoria

Luego de un recapitulativo de las pretensiones de las víctimas y de la respuesta del Estado, “[e]n atención a que los tribunales contenciosos han fijado reparaciones en este caso, con base en lo que las víctimas solicitaron e incluso conciliaron, de conformidad con el principio de complementariedad la Corte estima que no corresponde ordenar reparaciones pecuniarias adicionales, sea por daño material o inmaterial, a favor de los familiares de las víctimas fallecidas, ni de las personas heridas en los hechos, que ya han sido indemnizados en el fuero interno”⁶⁴.

63 Párr. 170 de la Sentencia, e igualmente, párr. 173.

64 *Ibíd.*, párr. 336 y en general, parte VIII.D.2 (consideraciones de la Corte).

Lo mismo sucedería con la cuestión relativa a la imputación de los daños causados a la integridad personal —que la Corte extiende a los familiares de las víctimas directas⁶⁵—, al igual que con los presuntos ametrallamientos, analizados desde la óptica del DIH⁶⁶. Ahora, respecto de

“las víctimas heridas (supra párr. 335), así como de 5 familiares de dos víctimas fallecidas⁶⁷ y los familiares de las víctimas heridas, que no acudieron a la vía contencioso administrativa a nivel interno (...) la Corte estima que el Estado debe otorgar y ejecutar, en el plazo de un año y a través de un mecanismo interno expedito, las indemnizaciones y compensaciones pertinentes por concepto de daños materiales e inmateriales, si les correspondiere, las cuales deberán fijarse con base en los criterios objetivos, razonables y efectivos de la jurisdicción contencioso administrativa colombiana”⁶⁷.

En suma, se trata de un reconocimiento que la Corte IDH hace al Consejo de Estado colombiano y un voto de confianza por el cálculo indemnizatorio para resarcir el daño ocasionado por el comportamiento de los órganos del Estado. Pero más allá de la sincronía en materia de reparación material, resulta muy útil destacar la utilidad del diálogo que el mismo Consejo de Estado ya había entablado con la Corte IDH, y que se hizo evidente con la celebración de un convenio o acuerdo de cooperación, donde las partes se “comprometen a coordinar esfuerzos para fortalecer relaciones, profundizar el conocimiento del derecho y difundir los instrumentos internacionales para la promoción y defensa de los derechos humanos, todo en beneficio de mejorar la administración de justicia”⁶⁸.

Es en el marco de ese diálogo constructivo que también entendemos el llamado de atención que hace la Corte IDH a fin de procurar

65 Ibid., párrs. 242-244, y por cierto, sin que el Estado hubiese presentado alegatos al respecto (ibid., párr. 327).

66 Ibid., párrs. 211; 231-237.

67 Ibid., párr. 337. Agregando que “[l]a determinación anterior (supra párr. 337) no afecta a familiares de víctimas que no fueron peticionarios, que no han sido representados en los procedimientos ante la Comisión y la Corte o que no han sido incluidos como víctimas o parte lesionada en esta Sentencia, en tanto no precluye acciones que pudiera corresponderles incoar a nivel interno”. Ibid., párr. 338.

68 Consejo de Estado, “La Corte Interamericana de Derechos Humanos hizo una visita oficial al Consejo de Estado de Colombia el lunes 22 de agosto, con motivo de la celebración de su 92 período de sesiones”. Noticia del 23 de agosto de 2011. Disponible en: <http://190.24.134.67/pce/noticia.asp?id=294>, y *supra*, n. 61.

una reparación integral en el ámbito nacional, es decir, más allá de las indemnizaciones compensatorias.

2. Reparación integral de las víctimas

Como es bien sabido, la reparación integral, o plena restitución (*restitutio in integrum*), busca restablecer todos los derechos que fueron vulnerados, a fin de que desaparezcan los efectos del hecho ilícito, como si este nunca hubiese ocurrido, por lo que siempre se privilegiará la posibilidad de que la situación retorne al estado anterior de que se produjera el ilícito. No obstante, también es de amplio conocimiento que, en materia de derechos humanos, dicha restitución resulta generalmente imposible. Es por ello que la reparación integral va mucho más allá de la indemnización compensatoria⁶⁹.

De hecho, la primera de las manifestaciones o del contenido de la responsabilidad es que la obligación internacional sigue vigente⁷⁰. Aunque con relación a la *obligación de investigar*, la “Corte señal[ó] que no fueron declaradas violaciones en relación con los derechos a las garantías judiciales y a la protección judicial”. Asimismo, afirmó de manera indubitable que, “bajo la obligación general contenida en el artículo 1.1. de la Convención el Estado debe continuar las investigaciones y procesos administrativos y judiciales en curso y continuar las demás que correspondan a efectos de determinar los hechos y las responsabilidades”⁷¹.

69 Así, de acuerdo con la Corte, “[l]a reparación del daño ocasionado por la infracción de una obligación internacional requiere, siempre que sea posible, la plena restitución (*restitutio in integrum*), que consiste en el restablecimiento de la situación anterior. De no ser esto factible, como ocurre en la mayoría de los casos de violaciones a derechos humanos, el Tribunal determinará medidas para garantizar los derechos conculcados y reparar las consecuencias que las infracciones produjeron⁴²². Por tanto, la Corte ha considerado la necesidad de otorgar diversas medidas de reparación, a fin de resarcir los daños de manera integral, por lo que además de las compensaciones pecuniarias, las medidas de restitución, satisfacción y garantías de no repetición tienen especial relevancia por los daños ocasionados”. Párr. 292 de la Sentencia.

70 Véase Art. 29 del Proyecto sobre la *Responsabilidad del Estado por hechos internacionalmente ilícitos*, adoptado por la Comisión de Derecho Internacional (CDI) en su 53º período de sesiones (A/56/10) y anexo en la Resolución 56/83 de la Asamblea General de las Naciones Unidas [sobre la base del informe de la Sexta Comisión (A/56/589 y Corr.1)] adoptada en el curso de su quincuagésimo sexto período de sesiones (tema 162 del programa 01 47800), 85ª sesión plenaria del 12 de diciembre de 2001 (doc. A/RES/56/83 del 28 de enero de 2002).

71 Párr. 297 de la Sentencia.

Vienen enseguida las *medidas no pecuniarias*, a saber, de satisfacción, rehabilitación, restitución y garantías de no repetición⁷². En cuanto a la primera, la Corte ordenó al Estado:

*“realizar un acto público de reconocimiento de responsabilidad internacional en el cual se haga referencia a los hechos del caso y a la responsabilidad declarada en los términos de la presente Sentencia. El acto deberá ser transmitido a través de medios de comunicación televisivos y/o radiales y deberá tener lugar dentro del plazo de 6 meses/un año contado a partir de la notificación de la presente Sentencia. De igual forma, por las características específicas del presente caso, y en aras de crear conciencia sobre las consecuencias de los hechos del mismo, en dicho evento de reconocimiento deberán estar presentes altos funcionarios estatales”*⁷³.

De igual forma, dispuso que el Estado publique “a) el resumen oficial de la presente Sentencia elaborado por la Corte, por una sola vez en el diario oficial; b) el resumen oficial de la presente Sentencia elaborado por la Corte, por una sola vez, en un diario de amplia circulación nacional, y c) la presente Sentencia en su integridad, disponible por un período de un año, en un sitio web oficial”⁷⁴.

Respecto de las medidas de *rehabilitación*, la Corte estimó que,

“el Estado debe brindar gratuitamente, a través de sus instituciones de salud especializadas, y de forma adecuada y efectiva, la atención y el tratamiento médico, psicológico o psicosocial a las víctimas y los familiares que así lo soliciten, previo consentimiento informado, incluyendo el suministro gratuito de los medicamentos y exámenes que eventualmente se requieran, tomando en consideración los padecimientos de cada uno de ellos. Asimismo, los tratamientos respectivos deberán prestarse, en la medida de lo posible, en los centros más cercanos a sus lugares de residencia por el tiempo que sea necesario. Al proveer el tratamiento psicológico o psicosocial se debe considerar, además, las circunstancias y necesidades particulares de cada víctima, de manera que

72 Ibid., Parte VIII.C. Cfr. Camilo Mejía Gómez, *Reparación integral con énfasis en las medidas de reparación no pecuniarias en el Sistema Interamericano de Derechos Humanos*, Colección Tesis de grado, No. 30, Bogotá, Universidad Externado de Colombia, (2005), y Carlos Mauricio López-Cárdenas, “Aproximación a un estándar de reparación integral en procesos colectivos de violación a los derechos humanos”, 11 *Revista estudios socio-jurídicos*, No. 2, 301-334, (jul.-dic., 2009).

73 Párr. 301 de la Sentencia.

74 Ibid., párr. 303.

se les brinden tratamientos colectivos, familiares e individuales, según lo que se acuerde con cada una de ellas y después de una evaluación individual”⁷⁵.

Con relación a las *garantías de no repetición*, la Corte consideró “que el Estado viene implementando a través de ciertas acciones la medida de reparación solicitada”, a saber la implementación de “programas permanentes de derechos humanos y derecho internacional humanitario”, pero lo instó,

“a cumplir dicho compromiso de continuar adoptando todas las medidas necesarias para adoptar y fortalecer con la respectiva disposición presupuestaria, un programa o curso obligatorio como parte de la formación general y continua de la Fuerza Aérea Colombiana, en todos los niveles jerárquicos, que contemple, entre otros, cursos o módulos sobre los estándares nacionales e internacionales en derechos humanos y sobre los principios del Derecho Internacional Humanitario que guían el uso de la fuerza por parte de las fuerzas de seguridad del Estado”⁷⁶.

Sobre las medidas de “restitución”, no hubo un pronunciamiento concreto, pero es de subrayar que la Corte advirtió que lo que no quedó claro fue el objeto de lo solicitado por la Comisión en el sentido de “reparar a los niños y niñas afectados por el bombardeo sobre la vereda de Santo Domingo a través de medidas en las que prevalezca el interés superior del niño, el respeto de su dignidad, el derecho de participación de las niñas y niños, así como el respeto de sus opiniones en el proceso de diseño e implementación de las medidas de reparación”⁷⁷, motivo por el cual no decretó una medida particular al respecto.

Lo propio sucedió con la solicitud de los representantes de las presuntas víctimas para que la Corte ordenase al Estado que

75 Ibid., párr. 309. A ese propósito es importante señalar que tradicionalmente la rehabilitación se pregonaba de personas sentenciadas, en un proceso de justicia transicional, como también de antiguos combatientes o víctimas de conflictos armados. Véase, p. ej., Ilse Derluyn et ál., Eds., *Re-member: rehabilitation and reintegration of war-affected children*, Series on Transitional Justice, No. 11, Cambridge [etc.], Intersentia (2012). En el asunto concreto, estas medidas o programas deberán ser de seguimiento por la Corte en desarrollo de su competencia relativa a la supervisión de sentencias.

76 Párr. 320 de la Sentencia. Cfr. Hélène Tigroudja, “La satisfaction et les garanties de non-répétition de l’illicéité dans le contentieux interaméricain des droits de l’homme”, en: Elisabeth Lambert Abdelgawad & Kathia Martin-Chenut, Dirs., *Réparer les violations graves et massives des droits de l’homme: la Cour interaméricaine, pionnière et modèle?*, Société de législation comparée, Paris, 69-80 (2010).

77 Citado en el párr. 310 de la Sentencia.

“produzca un material audiovisual (película o documental) que reconstruya en consulta con las víctimas y sus representantes, y de conformidad con la Sentencia de la Corte, los hechos del caso”⁷⁸; ya “que no fue demostrada la alegada violación del derecho al honor de las víctimas de los hechos de Santo Domingo”⁷⁹.

La misma consideración tuvo la solicitud de los representantes para que se ordenara “al Estado garantizar la vida e integridad personal de todas aquellas víctimas que vienen participando durante el trámite del proceso y con posterioridad a la sentencia que emita el Tribunal”⁸⁰. “La Corte estima que no fueron remitidos alegatos o prueba que sustenten la solicitud de los representantes, por lo que no procede ordenar esta medida de reparación”⁸¹.

Igualmente, tanto la Comisión como los representantes de las víctimas solicitaron a la Corte ordenar al Estado que “adopt[e] las medidas necesarias para evitar que se repitan patrones de violencia contra la población civil”; y a los representantes insistiendo en el hecho de que deben ser “las medidas legislativas, administrativas y de otra índole que sean necesarias para garantizar, de manera efectiva la no repetición de hechos como los ocurridos en el presente caso”⁸². Empero, “la Corte observ[ó] que no fueron comprobadas en el presente caso las alegadas falencias en la normatividad interna que conllevaran un incumplimiento de la obligación de adoptar disposiciones de derecho interno, contenida en el artículo 2 de la Convención Americana”⁸³.

La misma suerte corrió la solicitud de los representantes de las presuntas víctimas en el sentido de reconstruir Santo Domingo, así como “la adopción de un conjunto de medidas, materiales e inmateriales (de asesoría y apoyo) realizables a través de la financiación estatal de un plan de desarrollo comunitario, tendiente al restablecimiento de los proyectos de vida afectados con ocasión de la violación de sus derechos humanos y la reconstrucción del pueblo que posibilite el retorno de las personas y familias que así

78 Ibid., párr. 312.

79 Ibid., párr. 313 y, en general, parte VII-4 de la Sentencia.

80 Ibid., párr. 314.

81 Ibid., párr. 315.

82 Ibid., párr. 316.

83 Ibid., párr. 317. Dicha pretensión, no solamente no habría sido probada, sino además, en el caso concreto, resultaría sencillamente improcedente. Véase parte VII-2 (A.4 y B.6) de la Sentencia.

deseen hacerlo”⁸⁴. Y, por último, que se “ordene al Estado acciones para la “[r]ecuperación de la memoria”, con la participación de “las organizaciones comunitarias de la zona como, juntas de acción comunal, asociaciones de padres de familia, asociaciones de usuarios campesinos y otras”⁸⁵.

En fin, “[l]a Corte consider[ó], respecto de las demás medidas solicitadas por los representantes, que esta Sentencia constituye *per se* una forma de reparación, por lo que, sin perjuicio de lo que corresponda al Estado implementar a favor de las víctimas del presente caso en el marco de sus programas sociales y políticas de reparación, no procede ordenar esas otras medidas solicitadas”⁸⁶.

84 Ibid., párr. 321.

85 Ibid., párr. 322.

86 Ibid., párr. 323.

EN CONCLUSIÓN: UNA TAREA PENDIENTE⁸⁷

Como resulta fácil de imaginar y de constatar, los representantes de las presuntas víctimas siempre apuntarán a una mayor protección y reparación de los intereses de sus defendidos; esto hace parte de la estrategia contenciosa y resulta absolutamente válido dentro del debate litigioso. En cuanto a la Comisión, esta buscará de la manera más objetiva que el Estado demandado responda por las obligaciones de respeto y garantía que le corresponden en virtud de la CADH. En consecuencia, al Estado no le queda otra opción que contestar a las posiciones y solicitudes, generalmente coincidentes o complementarias, de una contraparte bicéfala, pues en la práctica es enfrentar dos escritos (el de sometimiento del caso y el ESAP) y dos equipos dispuestos a dar una batalla sin merced en favor de sus poderdantes.

Con todo, uno de los aspectos más curiosos del *Caso Masacre de Santo Domingo Vs. Colombia* es la actitud procesal asumida por el Estado, comenzando por que la Defensa ni siquiera objetó —no se infiere de la Sentencia— el hecho de que, en representación de las presuntas víctimas, hubiese más de un interlocutor acreditado, lo cual es contrario al Reglamento de la Corte y abre el interrogante acerca de la diligencia con que se surtió la defensa de Colombia⁸⁸. Empero, lo que en definitiva resulta inimaginable es que el Estado, en cabeza de sus agentes, haya adoptado como estrategia de defensa el ataque contra su propia rama judicial (“Estado *Vs.* Estado”) y

87 Es necesario aclarar que algunas de las conclusiones a las cuales ha llegado el autor en este artículo, también han sido enunciadas en otro estudio, pero llegando a ellas por caminos diferentes. Esto es, mientras que el presente texto se ocupa de temas especialmente procesales o relacionados con el litigio, el otro, se concentra en temas relacionados con el DIH. Véase, Rafael A. Prieto Sanjuán, “Del riesgo de interpretación del derecho internacional humanitario...”, cit. *supra*, n. 17.

88 Así, de acuerdo con el Artículo 25.2 del Reglamento del 2009, “[d]e existir pluralidad de presuntas víctimas o representantes, deberán *designar un interviniente común, quien será el único autorizado* para la presentación de solicitudes, argumentos y pruebas en el curso del proceso, incluidas las audiencias públicas” (énfasis adicionado). No obstante, en este caso, “[m]ediante comunicación de 10 de septiembre de 2011 (...) la Corporación Colectivo de Abogados ‘José Alvear Restrepo’; Humanidad Vigente Corporación Jurídica; la Fundación de Derechos Humanos ‘Joel Sierra’; la Asociación para la Promoción Social Alternativa (Minga) y los abogados Douglass Cassel, David Stahl y Lisa Meyer manifestaron que ejercerían la representación de las presuntas víctimas” (nota al pie núm. 5 de la Sentencia). ¿Cuántos representantes entonces...?

que desconozca la calificación de responsabilidad (por falla del servicio) previamente declarada por aquella.

No obstante lo anterior, lo más increíble es que la mismísima Corte IDH haya tenido que rescatar a la vilipendiada jurisdicción nacional, contrario a lo solicitado por las partes en el proceso contencioso internacional. ¿Se trató acaso de un asunto macondiano, o de una forma de realismo mágico el que se vivió en la sede de Los Yoses, en la tropical San José de Costa Rica? Quizás no, pues ha quedado demostrado que, en su función de garante de los DD.HH y, de su carácter complementario (subsidiario)⁸⁹, cuando la Corte advierta que la defensa del Estado se yergue contra —sus propias— instancias nacionales (las cuales estarían precisamente velando por garantizar el debido proceso), su misión también podría ser la de acudir en su rescate.

Ahora bien, es evidente que el agente confundió litigio internacional con defensa penal, quizás con la mejor de las intenciones, o “de buena fe”, como comentaría la directora de la Agencia Nacional de Defensa Jurídica del Estado⁹⁰. Suponían entonces que la Corte IDH actuaría como una especie de cuarta instancia o súper instancia penal, aunque queda latente la cuestión de la eventual responsabilidad del equipo de la defensa por indebida representación internacional en las diferentes instancias y momentos procesales⁹¹.

Haciendo abstracción del desconocimiento e incongruencia de ciertos elementos teóricos y procesales⁹², pero básicos, del derecho

89 Véase párr. 142 de la Sentencia.

90 “Colombia ajusta 13 condenas en la Corte Interamericana”, *El Tiempo*, 22 de diciembre de 2012 [<http://www.eltiempo.com/archivo/documento/CMS-12471553>]. De su parte, llama la atención que el agente de Colombia hubiese sostenido que la “Corte nos iba a condenar, dijéramos lo que dijéramos”, *El Tiempo*, 19 de diciembre de 2012. Disponible en: http://www.eltiempo.com/justicia/ARTICULO-WEB-NEW_NOTA_INTERIOR-12466422.html. Cfr. Rodrigo Uprimny, “Rafael Nieto y el caso Santo Domingo”, *El Espectador*, 22 de diciembre de 2012. Disponible en: <http://www.elspectador.com/print/393831>.

91 Recuérdese p. ej. lo relativo al vencimiento de términos (*supra*, n. 16 e *infra*, n. 98). Aunque apenas hasta ahora se empieza a discutir, y pese a la dificultad de individualizar o identificar a la parte lesionada por comportamientos del Estado relacionados con una indebida representación internacional, la cuestión no deja de ser supremamente delicada. Cfr. “Investigarán a defensa de la Nación en caso de Palacio de Justicia”, *El Tiempo*, 21 de febrero de 2013. Disponible en: http://www.eltiempo.com/justicia/ARTICULO-WEB-NEW_NOTA_INTERIOR-12609323.html.

92 Además de los ya citados, *passim*, en cuanto a la segunda excepción propuesta —la primera fue sobre competencia material—, al inadmitirla (*supra*, n. 13, *in fine*), la Corte señaló que “una objeción al ejercicio de la jurisdicción de la Corte basada en la supuesta falta de agotamiento de los recursos internos debe ser presentada en el momento procesal oportuno²⁷, esto es, durante la admisibilidad del procedimiento ante la Comisión²⁸. En ese sentido, al alegar

internacional, así como de la errada estrategia litigiosa de defensa, aún cabe otro interrogante. Este consiste en saber si le es dable al agente, *del Estado*, atacar a su rama judicial, incluyendo a sus órganos de investigación, así como el cambiar de posición respecto de lo que el mismo Estado sostuvo en una instancia previa, es decir, ante la CIDH; un comportamiento que la misma Corte calificó como contrario a la buena fe⁹³.

Adicionalmente, ¿qué responsabilidad le cabría al respectivo funcionario cuando, con su comportamiento, o por su falta de diligencia, deja vencer incluso los términos de la prórroga acordada por la Comisión para dar respuesta a su Informe de fondo, lo que a la postre, se convirtió en el factor que la habilitó inmediatamente para someter el caso en discusión ante la Corte⁹⁴. A propósito, ¿no fue acaso, también por vencimiento de términos, que el Estado se privó de contar con un perito, o una experticia que habrían sido capital en la audiencia pública ante la Corte IDH...?⁹⁵.

Así las cosas, las opiniones y documentos —varios de ellos ni tan siquiera valorados como prueba⁹⁶— fueron incapaces de desvirtuar

la falta de agotamiento de los recursos internos corresponde al Estado señalar en esa debida oportunidad los recursos que deben agotarse y su efectividad. El Tribunal reitera que la interpretación que ha dado al artículo 46.1.a) de la Convención por más de dos décadas está en conformidad con el Derecho Internacional”. Párr. 34 de la Sentencia.

93 *Supra*, notas 19, *in fine*, 23, 25 y 26. Ahora, más allá de los aspectos técnicos, por el mismo respeto que se debe a la Corte y a la contraparte, también valdría la pena preguntarse si hubo una verdadera contestación al escrito de sometimiento del caso de la CIDH, así como al ESAP, en la medida en que de la Sentencia se infiere con facilidad la intrascendencia y la inconsistencia de los alegatos de la Defensa.

94 *Ibid.*, párr. 2, escrito de sometimiento del caso, de fecha 8 de julio de 2011. Disponible en: <http://www.cidh.oas.org/demandas/12.416ESP.pdf>.

95 Recuérdese que “[a]ntes de renunciar, Montealegre debía solicitar las pruebas de peritos expertos y testigos a la Corte” (Martha Maya, “La Corte Interamericana encuentra a Colombia...”, cit. *supra* n. 16), pero la Corte negó la solicitud, subrayando en su Resolución del 18 de junio de 2012 que “el propio Estado había indicado en su contestación que remitiría ‘a la brevedad’ las hojas de vida de los peritos propuestos, lo cual permite inferir que el Estado tenía conocimiento de su deber procesal de remitirlas para que su ofrecimiento de prueba pericial pudiera ser válidamente considerado. En definitiva, el Estado no remitió los nombres de las personas que proponía ni como peritos ni sus hojas de vida dentro de los 21 días previsto en el artículo 28 del Reglamento” (considerando núm. 7 de la Resolución). Peor aún, “el Tribunal constata que algunas expresiones vertidas por el Estado en su escrito de solicitud son inexactas, en particular cuando afirma que no tuvo oportunidad de ejercer su derecho de defensa” (*ibid.*, considerando núm. 9). En fin, “el Tribunal constata que la omisión de señalar los nombres de los peritos propuestos en la debida oportunidad procesal se debió a una actuación del propio Estado” (*ibid.*, considerando núm. 10).

96 El pronunciamiento de la Corte en ese sentido no podía haber sido más rotundo, al afirmar que, “varios de los documentos presentados por el Estado efectivamente no constituyen medios probatorios, por lo que no serán valorados como tales sino únicamente como parte de los alegatos del Estado” (párr. 46 de la Sentencia). Y, adicionalmente, “[l]os demás anexos

la imputación del hecho ilícito principal (la muerte y heridas a civiles) en el comentado asunto⁹⁷. Como es bien sabido, ante esta jurisdicción no hubo exhibición de pruebas técnicas o verdaderamente científicas (diferentes de las contenidas en el expediente penal), ni presentación de un peritaje neutral y sofisticado —preferiblemente de autoridad internacional— que pudiesen haber dado infalible cuenta de lo acaecido⁹⁸.

Además, en el plano de la estrategia contenciosa, hay que admitir que, al apostarle a la denuncia de un presunto fraude de la Fiscalía, así como a la “aparición” de una sentencia que contradiría aquellas en que se fundó la Corte para fallar⁹⁹, el Estado dejó de lado la extraordinaria oportunidad que, paradójicamente, se le brindó para proponer un análisis de los hechos desde un enfoque del derecho internacional de los conflictos armados. Pero, al parecer, la defensa nunca exploró —la Sentencia no indica lo contrario— las figuras de estado de necesidad o de peligro extremo, o incluso de la misma necesidad militar¹⁰⁰.

Finalmente, es de anotar que, a pesar del dolor que significa la pérdida de vidas, máxime cuando se trata de niños y niñas, a nadie parece haberle importado ni los soldados heridos, ni aquellos que dieron su vida por los demás pobladores de Santo Domingo¹⁰¹. ¿Serán ellos, o sus familiares, los que terminarán demandando a su propio Estado? O, si la Corte Suprema de Justicia llegase a una conclusión diferente a la de las instancias previas, esto es, a deter-

presentados por los representantes con los alegatos finales son inadmisibles, por no haber sido presentados en el momento procesal oportuno, sin justificarse en alguna de las causales previstas en el artículo 57.2 del Reglamento y únicamente serán tomados en cuenta, en lo pertinente, como parte de sus alegatos” (ibíd., párr. 51).

97 Ibid., párrs. 210 y 213.

98 Véase *supra*, notas 95 a 97. Aun más vergonzoso, la solicitud no fue solamente extemporánea, sino que la defensa pretendía que la Corte IDH oficiase a su propio Estado (Corte Suprema y Consejo de Estado) la reproducción de piezas procesales que el mismo agente debió arrimar oportunamente (párr. 48 de la Sentencia). Así, “esta documentación fue presentada de manera extemporánea, pues el Estado tuvo la oportunidad de presentarla junto con su contestación si la estimaba útil y necesaria para demostrar sus argumentos, y [aunque] tampoco fue requerida por el Tribunal” (ibíd., párr. 50).

99 Sentencia del Juzgado Penal del Circuito Especializado de Arauca, 31 de enero de 2011, en la cual fue condenado un guerrillero de las Farc (“alias Grannobles”) por hechos relacionados con la muerte y lesiones de soldados que habrían participaron en la confrontación armada. Véase párrs. 128, primer apdo., 138 y 149 de la Sentencia.

100 Cfr. nuestra reflexión en ese sentido, Rafael A. Prieto Sanjuán, “Del riesgo de interpretación del derecho internacional humanitario...”, cit. *supra*, n. 17.

101 Véase Sentencia del Juzgado Penal del Circuito Especializado de Arauca, cit. *supra*, nota 3.

minar que los autores de la masacre no fueron los miembros de la FAC, o por lo menos no a título doloso¹⁰², ¿serán los pilotos involucrados quienes encontrarían legitimada una acción para demandar al Estado el día de mañana o, al no haber obtenido “justicia” —por la absolución de los mismos—, serán las víctimas que figuran en este caso quienes también podrían proceder contra el Estado...?¹⁰³.

Las anteriores son preguntas nada fáciles de responder, pero invitan por tanto al Estado y a la Corte a actuar con la máxima prudencia, pues lo que está en juego no solamente es la responsabilidad del primero, sino además, el frágil equilibrio entre las garantías judiciales del imputado y la protección judicial de las potenciales víctimas. En fin, por la preservación y evolución coherente del sistema interamericano de DD.HH, todas las partes concernidas en un caso ante este sistema, harían un gran bien de no confundir la responsabilidad internacional del Estado con la defensa que se surte en estrados penales.

*

Una vez cerrado el proceso de evaluación del presente número de la revista *Vniversitas*, un escándalo de inusitadas dimensiones se desató con ocasión de la filtración del escrito de contestación del Estado en la causa *Rodríguez Vera y otros Vs. Colombia*, mejor conocida como “Caso del Palacio de Justicia”¹⁰⁴. Un asunto en el cual algunas de las posturas adoptadas por el agente designado resultan similares a las asumidas por la defensa en el *Caso Masacre de Santo Domingo* y, posteriormente, en la causa *Marino López y otros (Operación Génesis)*¹⁰⁵.

En el asunto *Rodríguez Vera* se da un desconocimiento de fallos judiciales por parte del agente y una severa crítica a la instancia *ad hoc* creada por la propia Corte Suprema, donde se dio cuenta

102 Es importante aclarar que, en lo personal, no nos cabe la menor duda que la FAC conoce y actúa con base en el principio de distinción, por lo que resulta muy poco creíble que haya decidido atacar a la población civil de forma directa. Pero, el problema, como ya lo señalamos, es que las opiniones y documentos de la Defensa no fueron ni tan siquiera valorados como prueba (*supra*, n. 96).

103 Cfr. *supra* n. 15, T. 2.

104 CIDH, Caso 10.738, remitido a la Corte el 9 de febrero de 2012. Escrito de contestación disponible en el portal de *Scribd*. Disponible en: <http://es.scribd.com/doc/126231009/Escrito-de-25-de-Noviembre-de-2012-y-Anexo> (24 de febrero del 2013).

105 CIDH, Caso 12.573, remitido a la Corte el 25 de julio de 2011. Véase videos de la Audiencia pública surtida los días 11 y 12 de febrero de 2013. Disponible en: <http://vimeopro.com/corteidh/caso-marino-lopez-y-otros-operacion-genesis-vs-colombia>.

de un importante número de desapariciones forzadas (al menos 11) directamente relacionadas con la batalla por el Palacio de Justicia en 1985. Con toda la gravedad de lo sostenido por el abogado —y, en consecuencia, por el Estado—, así como las implicaciones internacionales que el mismo podría tener para Colombia, solo hasta ahora sorprende y genera rechazo una actitud¹⁰⁶ que, por lo menos para quienes direccionan la defensa de la Nación, era ampliamente conocida desde Santo Domingo¹⁰⁷ y Génesis¹⁰⁸.

106 Véanse algunas de las notas y columnas publicadas en la tercera semana de febrero de 2013 en *El Tiempo* (“‘En retoma del Palacio no hubo desaparecidos’: Colombia ante Corte IDH”; “A defensor en Corte IDH se le ‘empastelaron’ documentos del Palacio”; “Indagarán actuación de abogados en caso del Palacio de Justicia”; “Caso del Palacio mostró pecados de defensa jurídica en cortes externas”), en *El Espectador* (“Palacio de Justicia: una defensa que olvida la historia”; “Rafael Nieto atacó al Estado”; “Leguleyada negacionista”; “Una defensa ofensiva”; “Defensa en calzoncillos”), en la revista *Semana* (“Palacio de Justicia: ¿la mejor defensa es el ataque?”; “Palacio de Justicia: la peor defensa”; “Por favor, que cese el fuego... ¡y el olvido!”) y, en *La silla vacía* (“Arrogante... pero jurídicamente muy pobre”), entre otros diarios y semanarios.

107 *Supra*, n. 6.

108 Además de la audiencia citada en n. 105, véase “Contradicciones del Estado en Operación Génesis”, en el sitio de *Verdad abierta*. Disponible en: <http://www.verdadabierta.com/component/content/article/42-asesinatos-selectivos/4433-contradicciones-del-estado-en-operacion-genesis> (11 de febrero del 2013).