



**FALSOS POSITIVOS EN EL MARCO DEL CONFLICTO ARMADO
COLOMBIANO.**

PROYECTO DE GRADO

MARIA ALEJANDRA BEDOYA ROMERO

CRISTIAN CAMILO VIVEROS

CLAUDIA ANGÉLICA CIFUENTES MENESES

NATALIA RODRÍGUEZ URIBE

UNIVERSIDAD ICESI

FACULTAD DE DERECHO

MAESTRÍA EN DERECHO

PROFUNDIZACIÓN DERECHO PÚBLICO

SANTIAGO DE CALI

2019

GLOSARIO

- **CONFLICTO ARMADO:** Todos aquellos enfrentamientos en los que están involucradas las armas y su uso. Los conflictos armados son un fenómeno que existe desde el comienzo de la historia y pueden darse entre distintos pueblos así como también se puede presentar entre miembros del mismo pueblo es decir, de forma interna. Este produce muertes, mutilaciones, abusos, asesinatos y violencia sin fin que muchas veces es difícil de controlar, revertir o superar.
- **FALSOS POSITIVOS:** Es el nombre que se usa para hablar del involucramiento de miembros del ejército colombiano en el asesinato de civiles no beligerantes y haciéndolos pasar como bajas de combate con el objetivo de presentar resultados positivos en sus brigadas de combate, y ganando con eso puntos positivos en cada hoja de vida, visto principalmente en el programa de seguridad democrática del gobierno. Se habla de positivo porque es la palabra que se usa cuando se tiene éxito en una misión; se adoptó la palabra falso positivo para hacer referencia a que los guerrilleros asesinados no eran guerrilleros.
- **GUERRILLA:** Grupo de civiles que deciden organizarse para su defensa o para concretar un ataque, sin dependencia del ejército y bajo el mando de un jefe particular, acosa y enfrenta a un enemigo, quien en muchos casos es el ejército de un país, fundamentalmente es un tipo táctico de guerra que lo subordina todo al hostigamiento en vez de a la conquista convencional de terreno. Guerrillero es una persona quien, convencida por sus ideas o ideales, está dispuesta a poner en riesgo su vida por liberar su tierra de lo que considera como una esclavitud, en general se entiende como tal a alguien que está siendo manipulado y que lleva la violencia como bandera para cometer toda clase de actos.
- **CAMPESINO:** Aquella persona que se dedique o pretenda dedicarse a la producción agrícola en pequeña escala para subsistir o comercializar y que para ello recurra a la mano de obra de los miembros de su familia y a otras formas no monetarias de organización del trabajo, teniendo un vínculo especial de dependencia y apego a la tierra. El campesino es la base histórica de un pueblo y su herencia productiva.
- **TORTURA:** Acto mediante el cual se busca infligir dolor y daño físico o psicológico con el fin de dar castigo, obtener información o de conseguir pruebas.

- **DISCRIMINACIÓN:** Es toda acción u omisión realizada por personas, grupos o instituciones que produce y reproduce desigualdades en el acceso a recursos y oportunidades tan disimiles como comida, servicios de salud, educación o empleo, a favor o en contra de las otras personas o grupos, es el acto de separar o formar grupos de personas a partir de criterios determinados. En caminado a una violación de la igualdad de los derechos humanos.
- **GÉNERO:** construcción de roles social, cultural y psicológica que determina el concepto de mujer, hombre y de otras categorías no binarias o normativas. Es la conceptualización de nuestra identidad y comportamientos. Siendo un término en ciencias sociales que alude al conjunto de características diferenciadas que cada sociedad asigna a hombres y mujeres, entonces al hablar de género se está remitiendo a una categoría relacional y no a una simple clasificación de los sujetos en grupos identitarios.
- **TRANSGÉNERO:** Persona a la que se le ha asignado, por ejemplo, el sexo masculino al nacer, pero percibe su identidad de género como femenina, por lo cual se somete a tratamientos con el objetivo de adecuar su apariencia física a la de una mujer. Es decir que tras género es aquel que no se siente identificado con el sexo que fue otorgado al nacer.

1. FICHA TÉCNICA

- 1.1. **Nombre del Caso:** Falsos Positivos en el marco del conflicto armado colombiano.
- 1.2. **Caso No.**
- 1.3. **Autores:** María Alejandra Bedoya Romero, Cristian Camilo Viveros, Claudia Angélica Cifuentes.
- 1.4. **Dirección:** Cl. 18 #122-135- Universidad Icesi Cali, Valle del Cauca.
- 1.5. **Fecha Original:**
- 1.6. **Fecha revisión:**
- 1.7. **Revisor:** Natalia Rodríguez Uribe.
- 1.8. **Cursos donde podría utilizarse:** Derecho Administrativo II, Derecho Procesal Administrativo y Derecho Internacional Público.
- 1.9. **Informadores o contactos sobre el caso:** Claudia Angélica Cifuentes, Secretaria, Juzgado Dieciocho Administrativo de Cali.
- 1.10. **Bibliografía principal:**
 - Jurisprudencia del Consejo de Estado.
 - Relatoría de la Corte Interamericana de Derechos Humanos.
 - Jurisprudencia de la Corte Penal Internacional.
 - Convención Americana de Derechos Humanos.
 - Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo.
 - Estatuto de Roma.
- 1.11. **Temas del caso:** Falsos positivos, tortura, ejecuciones extrajudiciales.

2. FICHA PEDAGÓGICA

2.1. Nombre del caso: Falsos Positivos en el marco del conflicto armado colombiano.

2.2. Asignaturas en las que puede aplicarse: Derecho Administrativo II, Derecho Procesal Administrativo, Derecho Internacional Público.

2.3. Preguntas para motivar la discusión:

- ¿Las ejecuciones extrajudiciales están reconocidas como una violación de la Constitución y los tratados internacionales?
- ¿Los organismos jurisdiccionales le han dado alcance a lo denominado como “falsos positivos”?
- ¿Qué debe probar la parte demandante a la hora de llevar al escenario judicial una violación a derechos por ejecuciones extrajudiciales en manos de agentes del Estado?
- ¿La muerte de civiles a cargo de agentes del Estado se consideran internacionalmente como hechos aislados o como violaciones a derechos humanos con un patrón específico de comportamiento?

3. DESCRIPCIÓN DEL CASO

- JUANITA SANÍN CAMPOS nació el 07 de febrero de 1980 en una ciudad llamada CHOCUELA, en una familia muy humilde compuesta por su padre RAFAEL SANÍN, su madre CLAUDIA PAOLA CAMPOS y su hermano ARTURO SANÍN CAMPOS, quien murió por una bala perdida cuando tenía 5 años de edad.

JUANITA SANÍN CAMPOS, desde muy pequeña sintió que habitaba un cuerpo que no le pertenecía. Fue por ello que se asesoró de su vecina SOFÍA VALDERRAMA, quien había logrado una beca para hacer un diplomado de género y ella le hizo saber que tenía un problema con su identidad, por lo que en su compañía y de forma muy precaria, inició su camino para convertirse en un hombre transgénero a sus 15 años de edad, junto a su familia, quienes, a pesar de que no tenían mucho conocimiento del tema, decidieron apoyarlo en su camino, pues pensaban que en ese momento debían amarlo, apoyarlo y no darle la espalda.

Para JUANITA no fue nada fácil. En su ciudad nadie había realizado este cambio y fue víctima de muchísimo acoso, bullying, discriminación y segregación en razón a su identidad de género. Sin embargo, estos obstáculos no impidieron que se convirtiera en CAMILO JOSÉ SANÍN CAMPOS.

- El señor CAMILO JOSÉ SANÍN CAMPOS es un hombre de 30 años de edad. Trabaja como ayudante de pesca artesanal hace poco más de 12 años para sostener el hogar que ha conformado con su esposa, la señora MARÍA ANGÉLICA VIVEROS, con la que lleva casado desde el 04 de octubre de 2000 y su madre CLAUDIA PAOLA CAMPOS, de la cual se hace cargo desde que su padre falleció en un accidente de tránsito en el año 2003.
- CHOCUELA es una ciudad que ha sido azotada por la violencia hace muchos años y con una fuerte presencia de actores armados; en la ciudad existen dos grandes grupos, unos de bandas delincuenciales que se dedican a la extorsión y el hurto de los comerciantes y pesqueros y otro grupo compuesto por la guerrilla denominada “LIBÉRESE” que se dedica a realizar secuestros con fines extorsivos para lograr beneficios económicos o políticos.
- El EJÉRCITO NACIONAL CAFETERO ha tenido una lucha frontal contra estos grupos, para ello ha contratado un grupo de inteligencia dedicado a realizar un “censo” de los miembros de las bandas delincuenciales y de la guerrilla, con el fin de tener un mayor control y objetivos claros en miras de un ataque que los desarticule. Sin embargo, sus esfuerzos han sido en vano debido a que cada vez son miembros

reclutados y la pobreza juega un papel de vital importancia, ya que los hombres y jóvenes de la ciudad no ven otra opción sino adherirse a estos grupos en busca de una mejor calidad de vida para sus familias.

- CAMILO JOSÉ fue testigo de cómo muchos de sus amigos de infancia, fueron reclutados, incluso, de forma voluntaria, pero él nunca sintió la necesidad de hacerlo, contrario a ello siempre iba del trabajo a su casa pues nunca le gustó verse involucrado en alguna situación con estos grupos armados, por ello siempre trabajó honestamente y aunque solo devengara el salario mínimo o, incluso, si había poca cosecha, ganaba menos de eso, sabía que lo hacía de forma honrada y que su familia estaba segura y en paz.
- El 28 de marzo de 2010, el señor CAMILO JOSÉ SANÍN, salió de su casa a las 5:00am, como era de costumbre, debido a que tenía que preparar la lancha, la red y los elementos necesarios para llevar a cabo una pesca exitosa. Su trabajo usualmente tenía lugar entre las 5:00am y las 4:00pm, sin embargo, ese día nunca llegó a su casa.

Al día siguiente, el señor CAMILO JOSÉ SANÍN CAMPOS, apareció muerto en extrañas circunstancias, lejos del lugar habitual donde desempeñaba sus labores de pesca, pues fue encontrado en una trocha a las afueras de la ciudad, junto con dos personas más identificadas como MARCELA ALEJANDRA PEÑA quien era activista animal y líder social defensora de los Derechos Humanos de la ciudad y SOFÍA VALDERRAMA, su vecina, quien era una líder social abiertamente homosexual que luchaba por los derechos de la comunidad LGBTI de su vereda.

- Su esposa MARÍA ANGÉLICA VIVEROS, desconsolada, inició todo el procedimiento para saber qué había ocurrido con su esposo y las razones de su muerte, obteniendo las siguientes respuestas:

El Teniente Coronel DIEGO FELIPE BEDOYA informó que el señor SANÍN y las señoras PEÑA y VALDERRAMA habían sido dadas de baja en un enfrentamiento militar ocurrido en horas de la noche, en desarrollo de la operación “MATANGA” realizada por miembros del EJÉRCITO NACIONAL CAFETERO, en donde incautaron una (1) escopeta, dos (2) revolver 38L, diecisiete (17) vainillas y cartuchos, tres (3) equipos de telefonía celular y una (1) granada de mano.

Los miembros del EJÉRCITO NACIONAL CAFETERO presentaron a las tres personas ante los medios de comunicación como guerrilleros del grupo LIBÉRESE muertos en combate, entregando fotos de los mismos con botas de guerrilleros, pero los mismos se encontraban vestidos de civil, según los informes de necropsia.

El día 29 de marzo de 2010 salieron los resultados de la necropsia realizada al cuerpo del señor CAMILO JOSÉ SANÍN CAMPOS, en donde se describía que su muerte habría sido ocasionada por un edema cerebral severo por una insuficiencia respiratoria aguda por politraumatismo generalizado. En otras palabras, el señor SANÍN habría sido brutalmente torturado. Ello se demuestra por las heridas profundas que presentan varias de sus extremidades las cuales fueron ocasionadas con arma blanca, las marcas de estrangulamiento en su cuello, lo evidenciado en su órgano reproductor, el cual fue cortado totalmente y se constata que en su cavidad anal le fue introducido un elemento sólido lo que produjo un desprendimiento, perdiendo mucha sangre, lo que al final condujo a su muerte.

- La operación “MATANGA” fue ordenada y dirigida por el Teniente Coronel DIEGO FELIPE BEDOYA, quien era Comandante del Batallón de Alta Montaña No. 2. El pelotón se encontraba al mando del Teniente MARIO RAMÍREZ PINTO. Ambos miembros del Ejército que en situaciones anteriores habían estado involucrados en escándalos homófobos y machistas, en donde criticaban duramente las personas diversas y tildaban a las mujeres como “sirvientas que solo sirven para cocinar”.

De acuerdo al radiograma suscrito por el Teniente Coronel DIEGO FELIPE BEDOYA, en el enfrentamiento donde acabaron con la vida del señor SANÍN CAMPOS, se gastaron el siguiente “material de guerra”:

Tipo de munición	Cantidad
Munición calibre 9mm	41
Munición calibre 5,56	523
Munición calibre 7,62	108

- Así mismo, la necropsia revela que, a pesar de que las víctimas fallecieron el mismo día y a la misma hora y la necropsia fue realizada en el mismo horario, presentan diferentes fenómenos cadavéricos, lo que indica que fallecieron en diferentes horas.

4. INTRODUCCIÓN

En Colombia, el conflicto armado ha estado presente desde hace aproximadamente 50 años¹ y cuenta con actores armados que han sido autores materiales de delitos como el secuestro, la desaparición forzada, masacre y asesinatos colectivos; esta situación de guerra y violencia ha perjudicado de manera irreversible los derechos humanos de la población civil, dejando una huella permanente en sus vidas y generando afectaciones físicas, mentales y económicas.²

El conflicto armado colombiano ha sido muy fluctuante desde su formación hasta la actualidad, sin embargo, una de las etapas más controversiales de su historia ha sido aquella que se dio en el periodo entre 1998 y 2014, pero con mayor intensidad en los años comprendidos entre el 2002 y 2010³ y son los acontecimientos referentes a las ejecuciones extrajudiciales o lo que los medios de comunicación denominaron como “falsos positivos”. Con esta denominación, en el 2008, la opinión pública conoció las conductas que venían cometiendo algunos miembros del Ejército Nacional contra jóvenes a quienes hacían pasar por integrantes de grupos al margen de la ley para reportarlos como guerrilleros muertos en combate.⁴

La existencia de casos de “falsos positivos”, que registra aproximadamente la muerte de 5.000 civiles⁵, ha producido una duda generalizada sobre el accionar institucional del Ejército colombiano y ha generado dudas respecto al uso legítimo de la fuerza por parte del Estado, lo que determina la estigmatización de los militares como homicidas de civiles.⁶

Hoy, con esas dudas, el Ejército Nacional que ha defendido a Colombia de grupos al margen de la ley, se encuentra en un momento crítico; es cuestionado por la preocupación que han suscitado estos hechos debido a que, de ser ciertos, constituirían una violación a los Derechos Humanos y una infracción al Derecho Internacional Humanitario.

Sin embargo, es pertinente anotar, que las muertes cuestionadas que se traducen penalmente en presuntos delitos contra la vida ejecutados por agentes del Estado, solo alcanzan esta certeza y esclarecimiento cuando la autoridad competente emite su decisión de absolución o condena y que ésta se encuentre en firme, es decir, con el agotamiento

¹ RUIZ BOTERO, Luz Dary; HERNANDEZ MARTINEZ, Marclis. “Nos pintaron pajaritos”: el conflicto armado y sus implicaciones en la niñez colombiana. Medellín, Colombia. 2008. P. 38

² GRUPO DE MEMORIA HISTÓRICA. Los impactos y los daños causados en el conflicto armado. Bogotá: imprenta nacional, 2013. P. 261

³ EL ESPECTADOR. La saga de los falsos positivos. Disponible desde internet en: <https://www.elespectador.com/opinion/la-saga-de-los-falsos-positivos-columna-864064>

⁴ MARIA CLARA RODRÍGUEZ. Análisis de las ejecuciones extrajudiciales en Colombia. Universidad Colegio Mayor de Nuestra Señora del Rosario, 2015.

⁵ EL PAÍS. Falsos Positivos en Colombia. Disponible desde internet en https://elpais.com/internacional/2019/05/28/colombia/1559060232_419756.html

⁶ MARÍA CLARA RODRÍGUEZ. Op. Cit., Pg 12.

de los recursos pertinentes, y no con las denuncias que no han tenido el sustento jurídico y probatorio para prosperar.⁷

5. PROBLEMA JURÍDICO

Del caso descrito anteriormente, se desprende un problema jurídico central y dos interrogantes secundarios que se resolverán en los capítulos siguientes y que se indican a continuación en forma de interrogante.

¿Pueden los familiares de CAMILO JOSÉ SANÍN demandar al Estado colombiano por ser responsables de su muerte o, por el contrario, no les asiste ese derecho toda vez que la operación en la que murió el señor CAMILO JOSÉ hizo parte de una actividad legítima del EJÉRCITO NACIONAL CAFETERO?

5.1. INTERROGANTES SECUNDARIOS

- 5.1.1.** ¿Ante qué organismos nacionales e internacionales se pueden demandar la situación descrita y cuál es el procedimiento que se debe surtir para elevar dicha demanda?
- 5.1.2.** ¿Cuál es el procedimiento que se debe surtir para poder acudir a los órganos jurisdiccionales nacionales e internacionales?
- 5.1.3.** ¿Cuál es la postura que han sostenido los diferentes órganos jurisdiccionales nacionales e internacionales sobre el tema?

⁷ *Ibíd.*

6. DESARROLLO

Para el desarrollo del problema jurídico central planteado, pondremos de presente los tres organismos jurisdiccionales más relevantes de acuerdo a los hechos narrados en el caso que nos ocupa, ellos son:

- Consejo de Estado: de orden nacional encargado de establecer la responsabilidad de las instituciones gubernamentales.
- Corte Interamericana de Derechos Humanos: de orden internacional encargado de juzgar a Estados.
- Corte Penal Internacional: de orden internacional encargado de juzgar individuos.

I. CONSEJO DE ESTADO.

6.1.1. Estructura institucional

El Consejo de Estado fue creado el 30 de octubre de 1817 mediante un decreto emitido por Simón Bolívar; este organismo tuvo como base el Consejo de Estado Francés establecido por Napoleón en 1799 producto de la admiración de Simón Bolívar por Napoleón. El origen del Consejo de Estado Francés era el Consejo del Rey, es decir que el Consejo de Estado Colombiano es producto de fenómenos de imitación y globalización jurídica e institucional. Creada con una función original que era la consultiva y una posterior que era la jurisdiccional⁸.

El Consejo de Estado es una institución creada para asegurar el funcionamiento de un poder absoluto, el del Rey o el del Estado, que por un desarrollo lógico se convirtió en una forma eficaz de protección de los derechos de los ciudadanos y de sus libertades a través de reglas de equidad, mismas que se transformaron en reglas de derecho para equilibrar el interés general y los derechos de los ciudadanos. En un Estado de derecho este no puede actuar como su propio jefe, este debe obedecer a la Constitución y la ley⁹.

En Colombia, el Consejo de Estado ha sido suprimido en dos oportunidades. La primera fue en 1843 por la Constitución, para ser restablecido 42 años más tarde en 1886 donde se le atribuyó una función mixta como cuerpo consultivo del gobierno y un cuerpo

⁸ BIBLIOTECA VIRTUAL MIGUEL DE CERVANTES. Decreto de Creación del Consejo de Estado. Disponible desde Internet en: http://www.cervantesvirtual.com/obra-visor/decreto-de-creacion-del-consejo-de-estado-de-1817/html/16be0fe3-ad2d-46aa-99e1-d06f713b1fed_2.html

⁹ SÁNCHEZ NAVARRO, Ángel J. "CONSEJO DE ESTADO, FUNCIÓN CONSULTIVA Y REFORMA CONSTITUCIONAL" Universidad Complutense de Madrid. Madrid. 2007. P. 12

jurisdiccional, además de una función co-legislativa pues tendría competencia para presentar proyectos de ley ante el Congreso de la República; así mismo, se convierte en el Juez supremo de la Administración.¹⁰

La segunda fue en 1905, donde es suprimido nuevamente a través del Acto legislativo No. 10 del 27 de abril, bajo el argumento de economía fiscal y de utilidad. Mediante acto legislativo No. 3 de 1910 se previó establecer una jurisdicción de lo Contencioso Administrativo que finalmente fue rechazado y solo hasta el año 1913 se aprobó con ciertas modificaciones y el 10 de septiembre de 1914 gracias a un acto reformativo de la Constitución el Consejo de Estado fue finalmente restablecido como órgano supremo consultivo del gobierno y como Tribunal supremos de lo contencioso administrativo. De forma posterior mediante la Ley No. 60 de 1914 la Ley orgánica del Consejo de Estado lo divide en la sala de asuntos generales y la sala de lo contencioso administrativo.

En la actualidad, conforme al artículo 104 del Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo (en adelante CPACA) la Jurisdicción de lo Contencioso Administrativo está para conocer de las controversias y litigios originados en actos, contratos, hechos, omisiones y operaciones, sujetos al derecho administrativo, en los que estén involucradas las entidades públicas, o los particulares cuando ejerzan función administrativa, al igual que de los relativos a la responsabilidad extracontractual de cualquier entidad pública, los contratos en los que sea parte una entidad pública o un particular en ejercicio de funciones propias del Estado o por cualquier entidad prestadora de servicios públicos domiciliarios en los cuales se incluya o hayan debido incluirse cláusulas exorbitantes, la relación legal y reglamentaria entre los servidores públicos y el Estado y la seguridad social de los mismos, cuando dicho régimen esté administrado por una persona de derecho público, los que se originen en actos políticos o de Gobierno, los ejecutivos derivados de las condenas impuestas y las conciliaciones aprobadas por esta jurisdicción.

Aunado a lo anterior, también se incluyen los provenientes de laudos arbitrales en que hubiere sido parte una entidad pública e igualmente los originados en los contratos celebrados por esas entidades y los recursos extraordinarios contra laudos arbitrales que definan conflictos relativos a contratos celebrados por entidades públicas o por particulares en ejercicio de funciones propias del Estado.

También existen diferentes conceptos sobre jurisdicción como por ejemplo Giuseppe Chiovenda¹¹ que considera *“la función del Estado que tiene por fin la actuación de la voluntad concreta de la ley mediante la sustitución por la actividad de los órganos públicos, de la actividad de los*

¹⁰ *Ibíd.*

¹¹ INSTITUCIONES DE DERECHO PROCESAL CIVIL. Editorial Revista de Derecho Privado, Madrid, 1954, vol. II, pág. 2.

particulares o de otros órganos públicos, sea al afirmar la existencia de la voluntad de la ley, sea al hacerla prácticamente efectiva”.

La Jurisdicción de lo Contencioso Administrativa está integrada por el Consejo de Estado, los Tribunales Administrativos y los Juzgados Administrativos, el primero de estos es el Tribunal Supremo de lo Contencioso Administrativo y Cuerpo Supremo Consultivo del Gobierno.

Así las cosas y conforme al artículo 149 del CPACA el Consejo de Estado en única instancia conoce de:

1. La nulidad de los actos administrativos expedidos por las autoridades del orden nacional o por las personas o entidades de derecho privado cuando cumplan funciones administrativas del mismo orden.
2. La nulidad y restablecimiento del derecho que carezcan de cuantía, en los cuales se controvertan actos administrativos expedidos por autoridades del orden nacional. También de las demandas que en ejercicio de la indicada acción, y sin atención a la cuantía se promuevan en contra de los actos expedidos por el Procurador General de la Nación en ejercicio del poder disciplinario y las demás decisiones que profiera como supremo Director del Ministerio Público.
3. La nulidad del acto de elección del Presidente y el vicepresidente de la República, de los senadores, representantes a la Cámara, del alcalde Mayor de Bogotá, de representantes legales de las entidades públicas del orden nacional, de los miembros de la Junta Directiva o Consejo Directivo de las entidades públicas del orden nacional, de los entes autónomos del orden nacional y de las Comisiones de Regulación.
4. De los que se promueven contra actos administrativos relativos a la nacionalidad y a la ciudadanía.
5. De los recursos de anulación y revisión de laudo arbitral en los que intervenga una entidad pública o quien desempeñe funciones administrativas.
6. De la repetición que el Estado ejerza contra el Presidente de la República o quien haga sus veces, Senadores, Representantes, Ministros del Despacho, Directores de Departamento Administrativo, Procurador General de la Nación, Contralor General de la República, Fiscal General de la Nación, Magistrados de la Corte Suprema de Justicia, Corte Constitucional, Consejo Superior de la Judicatura, Registrador Nacional del Estado Civil, Auditor General de la República, magistrados de los tribunales superiores de distrito judicial, de los tribunales administrativos y del Tribunal Superior Militar y en general de los representantes legales de los órganos y entidades del orden nacional.

Conforme al artículo 150, la competencia del Consejo de Estado en segunda instancia conocerá de las apelaciones de las sentencias dictadas en primera instancia por los

tribunales administrativos y de las apelaciones de autos susceptibles de este medio de impugnación, así como de los recursos de queja cuando no se conceda el de apelación por parte de los tribunales, o se conceda en un efecto distinto del que corresponda, o no se concedan los extraordinarios de revisión o de unificación de jurisprudencia.

Por su parte la competencia de los Tribunales Administrativos en única instancia se encuentra en el artículo 151 del CPACA y corresponde a:

1. Las nulidades y restablecimiento del derecho que carezca de cuantía y en los cuales se controviertan actos administrativos del orden departamental, distrital o municipal; sanciones disciplinarias administrativas distintas a las que originen retiro temporal o definitivo del servicio impuestas por las autoridades departamentales.
2. De los de definición de competencias administrativas entre entidades públicas del orden departamental, distrital o municipal, cuando estén comprometidas en el territorio de su jurisdicción.
3. De las observaciones que formula el gobernador del departamento acerca de la constitucionalidad y legalidad de los acuerdos municipales, y sobre las objeciones, por los mismos motivos, a los proyectos de ordenanzas, o por razones de inconstitucionalidad o ilegalidad.
4. De las objeciones que formulen los alcaldes a los proyectos de acuerdos municipales o distritales, por ser contrarios al ordenamiento jurídico superior.
5. Del recurso de insistencia proferido o deba proferir la decisión sea del orden nacional o departamental o del Distrito Capital de Bogotá.
6. De la nulidad del acto de elección de alcaldes, de miembros de corporaciones públicas, expedidos por las asambleas departamentales y por los concejos municipales, de municipios con menos de setenta mil (70.000) habitantes que no sean capital de departamento. El número de habitantes se acreditará con la información oficial del Departamento Administrativo Nacional de Estadísticas –DANE–.
7. La competencia por razón del territorio, del lugar donde el nombrado preste o deba prestar los servicios le corresponderá al tribunal con jurisdicción en el respectivo departamento.
8. De los de nulidad contra el acto de elección de los empleados públicos del orden nacional de los niveles asesor, profesional, técnico y asistencial o el equivalente a cualquiera de estos niveles efectuado por las autoridades del orden nacional, los entes autónomos y las comisiones de regulación.
9. De los de nulidad electoral del acto de elección de los empleados públicos de los niveles asesor, profesional, técnico y asistencial o el equivalente a cualquiera de estos niveles efectuado por las autoridades del orden distrital y departamental.

10. Del control inmediato de legalidad de los actos de carácter general que sean proferidos en ejercicio de la función administrativa durante los Estados de Excepción y como desarrollo de los decretos legislativos que fueren dictados por autoridades territoriales departamentales y municipales, cuya competencia corresponderá al tribunal del lugar donde se expidan.

De acuerdo al artículo 152 del CPACA la competencia de los Tribunales Administrativos en primera instancia serían:

1. Los de nulidad de los actos administrativos proferidos por funcionarios y organismos del orden departamental, o por las personas o entidades de derecho privado cuando cumplan funciones administrativas de los citados órdenes.
2. Los de nulidad y restablecimiento del derecho de carácter laboral que no provengan de un contrato de trabajo, en los cuales se controviertan actos administrativos de cualquier autoridad, cuando la cuantía exceda de 50 salarios mínimos legales mensuales vigentes.
3. Los de nulidad y restablecimiento del derecho en que se controviertan actos administrativos de cualquier autoridad, cuando la cuantía exceda de trescientos (300) salarios mínimos legales mensuales vigentes, y, sin atención a la cuantía, de los actos que se expidan en ejercicio del poder disciplinario asignado a los funcionarios de la Procuraduría General de la Nación, diferentes al Procurador General de la Nación.
4. Los que se promuevan sobre el monto, distribución o asignación de impuestos, contribuciones y tasas nacionales, departamentales, municipales o distritales, cuando la cuantía sea superior a cien (100) salarios mínimos legales mensuales vigentes.
5. Los relativos a los contratos, cualquiera que sea su régimen, en que sea parte una entidad pública en sus distintos órdenes o un particular en ejercicio de funciones propias del Estado, y de los contratos celebrados por cualquier entidad prestadora de servicios públicos domiciliarios en los cuales se incluyan cláusulas exorbitantes, cuando la cuantía exceda de quinientos (500) salarios mínimos legales mensuales vigentes.
6. Los de reparación directa, inclusive aquellos provenientes de la acción u omisión de los agentes judiciales, cuando la cuantía exceda de quinientos (500) salarios mínimos legales mensuales vigentes.
7. Los procesos ejecutivos, cuya cuantía exceda de mil quinientos (1.500) salarios mínimos legales mensuales vigentes.
8. La nulidad del acto de elección de contralor departamental, de los diputados a las asambleas departamentales; de concejales del Distrito Capital de Bogotá; de los alcaldes, personeros, contralores municipales y miembros de corporaciones públicas de los municipios y distritos y demás autoridades municipales con setenta mil (70.000) o más habitantes, o que sean capital de departamento. El número de habitantes se acreditará con la información oficial del Departamento Administrativo Nacional de Estadísticas – DANE. La

competencia por razón del territorio corresponde al Tribunal con jurisdicción en el respectivo departamento.

9. La nulidad del acto de nombramiento de los empleados públicos del nivel directivo o su equivalente efectuado por autoridades del orden nacional y por las autoridades Distritales, Departamentales o Municipales, en municipios con más de setenta mil (70.000) habitantes o que sean capital de departamento.
10. Los de nulidad de los actos administrativos de las entidades territoriales y descentralizadas de carácter departamental, distrital o municipal que deban someterse para su validez a la aprobación de autoridad superior, o que hayan sido dictados en virtud de delegación de funciones hecha por la misma.
11. La repetición que el Estado ejerza contra los servidores o ex servidores públicos y personas privadas que cumplan funciones públicas, incluidos los agentes judiciales, cuando la cuantía exceda de quinientos (500) salarios mínimos legales mensuales vigentes y cuya competencia no estuviere asignada al Consejo de Estado en única instancia.
12. La nulidad contra las resoluciones de adjudicación de baldíos.
13. Los de expropiación de que tratan las leyes agrarias.
14. Los que se promuevan contra los actos de expropiación por vía administrativa.
15. La pérdida de investidura de diputados, concejales y ediles, de conformidad con el procedimiento establecido en la ley. En estos eventos el fallo se proferirá por la Sala Plena del tribunal.
16. Los relativos a la protección de derechos e intereses colectivos, reparación de daños causados a un grupo y de cumplimiento, contra las autoridades del orden nacional o las personas privadas que dentro de ese mismo ámbito desempeñen funciones administrativas.

En segunda instancia a los Tribunales Administrativos conforme al artículo 153 del CPACA le corresponden las apelaciones de las sentencias dictadas en primera instancia por los jueces administrativos y de las apelaciones de autos susceptibles de este medio de impugnación, así como de los recursos de queja cuando no se conceda el de apelación o se conceda en un efecto distinto del que corresponda.

Por último, la competencia de los jueces administrativos en única instancia es el de recurso de insistencia cuando la providencia haya sido proferido por funcionario o autoridad del orden municipal o distrital y de la nulidad y restablecimiento del derecho que carezca de cuantía en que se controviertan sanciones disciplinarias administrativas distintas a las que originen retiro temporal o definitivo del servicio, impuestas por las autoridades municipales.

Y la competencia en primera instancia, artículo 155 del CPACA sería:

1. Los de nulidad de los actos administrativos proferidos por funcionarios u organismos del orden distrital y municipal, o por las personas privadas sujetas a este régimen del mismo orden cuando cumplan funciones administrativas.

2. Los de nulidad y restablecimiento del derecho de carácter laboral, que no provengan de un contrato de trabajo, en los cuales se controviertan actos administrativos de cualquier autoridad, cuando la cuantía no exceda de cincuenta (50) salarios mínimos legales mensuales vigentes.
3. Los de nulidad y restablecimiento del derecho en que se controviertan actos administrativos de cualquier autoridad, cuando la cuantía no exceda de trescientos (300) salarios mínimos legales mensuales vigentes.
4. Los procesos que se promuevan sobre el monto, distribución o asignación de impuestos, contribuciones y tasas nacionales, departamentales, municipales o distritales, cuando la cuantía no exceda de cien (100) salarios mínimos legales mensuales vigentes.
5. Los relativos a los contratos, cualquiera que sea su régimen, en que sea parte una entidad pública en sus distintos órdenes o un particular en ejercicio de funciones propias del Estado, y de los contratos celebrados por cualquier entidad prestadora de servicios públicos domiciliarios en los cuales se incluyan cláusulas exorbitantes, cuando la cuantía no exceda de quinientos (500) salarios mínimos legales mensuales vigentes.
6. Los de reparación directa, inclusive aquellos provenientes de la acción u omisión de los agentes judiciales, cuando la cuantía no exceda de quinientos (500) salarios mínimos legales mensuales vigentes.
7. Los procesos ejecutivos, cuando la cuantía no exceda de mil quinientos (1.500) salarios mínimos legales mensuales vigentes.
8. Las acciones de repetición que el Estado ejerza contra los servidores o ex servidores públicos y personas privadas que cumplan funciones públicas, incluidos los agentes judiciales, cuando la cuantía no exceda de quinientos (500) salarios mínimos legales mensuales vigentes y cuya competencia no estuviere asignada al Consejo de Estado en única instancia.
9. La nulidad de los actos de elección, distintos de los de voto popular, que no tengan asignada otra competencia y de actos de nombramiento efectuados por autoridades del orden municipal, en municipios con menos de setenta mil (70.000) habitantes que no sean capital de departamento. El número de habitantes se acreditará con la información oficial del Departamento Administrativo Nacional de Estadísticas – DANE –.
10. Los relativos a la protección de derechos e intereses colectivos, reparación de daños causados a un grupo y de cumplimiento, contra las autoridades de los niveles departamental, distrital, municipal o local o las personas privadas que dentro de esos mismos ámbitos desempeñen funciones administrativas.
11. La de nulidad del acto de calificación y clasificación de los proponentes, expedida por las Cámaras de Comercio de conformidad con el inciso 3o, del artículo 6.3 de la Ley 1150 de 2007.
12. La nulidad de los actos de elección de los jueces de paz.
13. Los demás asuntos que les asignen leyes especiales.

6.1.2. Procedimiento para interponer demanda ante la Jurisdicción de lo Contencioso Administrativo por Falsos Positivos.

Para acudir a la Jurisdicción Contencioso Administrativo se debe como primera medida solicitar conciliación prejudicial con el Procurador: i) si corresponde a procesos de primera instancia que deben radicarse ante un Juzgado Administrativo; o ii) si se debe presentar en primera instancia al H. Tribunal Administrativo del Valle del Cauca. Se debe tener en cuenta que cuando los asuntos sean conciliables este trámite constituye requisito de procedibilidad de toda demanda, así que es fundamental agotarlo para evitar un rechazo de plano o una caducidad de la acción.

Revisado que se ha cumplido con la carga procesal de la conciliación extrajudicial se debe entrar a verificar los requisitos presupuestales de la demanda que se va a presentar ante la administración de justicia.

En ese sentido son dos los requisitos: i) legitimación por activa y pasiva, es decir, que las personas que van a presentar las demanda sean aquellas que se vieron directamente afectadas y que la entidad que se demanda sea a la cual se le endilga el ocasionamiento del daño; y ii) la competencia que se debe establecer de acuerdo a los factores territoriales¹² o por cuantía¹³.

Una vez surtido este requisito, se debe interponer un demanda por el medio de control de reparación directa establecido en el artículo 140 de la Ley 1437 de 2011, previo a revisar los presupuestos del medio de control, por lo tanto debemos tener en cuenta que este medio de control encuentra su base en el artículo 90 de la Constitución Política la cual estipula que es el *“Estado el encargado de responder por el daño antijurídico que cause, así mismo su único requisito previo es agotar la conciliación prejudicial, en el cual se debe convocar a las mismas entidades que se van a demandar y hacer las mismas peticiones que se demandarían en caso de no existir ánimo conciliatorio por parte de la entidad.”*

Este, es un medio de control que tiene la característica de tener un término de dos (02) años para que opere la caducidad, el cual se debe contabilizar a partir del día siguiente de la circunstancia que generó el perjuicio o la omisión o para cuando el afectado haya tenido o debió tener conocimiento.

En los casos de falsos positivos, la caducidad es objeto de controversia, en lo que respecta a la fecha en que empiezan a correr los términos, porque muchas veces no se tiene claro

¹² Ley 1437 de 2011. Artículo 156, numeral 6: el lugar donde se produjeron los hechos, las omisiones o las operaciones administrativas, o por el domicilio o sede principal de la entidad demandada a elección del demandante.

¹³ Ley 1437 de 2011. Artículo 155, numeral 6: Si es menor de quinientos (500) salarios mínimos, corresponde a los Juzgados Administrativos en primera instancia, si es mayor a los quinientos (500) salarios mínimos, corresponde al Tribunal Administrativo en primera instancia.

el momento preciso en que ocurren las muertes de los civiles. Sin embargo, en estos casos los operadores judiciales al estar ante la violación de derechos humanos, su escenario administrativo es permeado de forma directa por el régimen constitucional, por ello, la Corte Constitucional ha establecido que si bien es cierto los jueces administrativos basan sus decisiones en una norma que se encuentra vigente y resulta aplicable al medio de control de reparación directa, el resultado del rechazo por caducidad no puede sobreponerse a la Constitución Política, toda vez que luego de hacerse una integración normativa con diferentes instrumentos internacionales, en los casos de falsos positivos en los que se busca la imputación de responsabilidad del Estado por actuaciones de la fuerza pública contra civiles con ocasión del conflicto armado y por violación de los derechos humanos, derechos fundamentales y Derecho Internacional Humanitario, deberán estudiar nuevamente la caducidad de la acción.¹⁴

Esta interpretación va de la mano con lo establecido por el Consejo de Estado¹⁵, el cual ha manifestado que cuando se busque la responsabilidad del Estado por actos de lesa humanidad no debe mantenerse un excesivo rigor con la ley, pues se evidencia la presencia de situaciones fácticas constitutivas de delitos que están comprometiendo intereses y valores sustancialmente diferentes a los individuales, ligados materialmente a la suerte de la humanidad, trascendiendo entonces cualquier barrera del ordenamiento jurídico interno que se fundamenta en razones de seguridad jurídica, pretendiendo establecer límites temporales para el juzgamiento. Por lo cual manifiesta que es preciso respaldar el derecho de acceder a la administración de justicia y los derechos de la Convención Americana de Derechos Humanos y la Convención de Ginebra de 1949, con compromisos que parten de la premisa que los daños antijurídicos acaecidos con ocasión de actos de lesa humanidad no tienen caducidad en aras a que los argumentos de seguridad jurídica deben ceder para una adecuada ponderación a favor de esos intereses superiores.

Por último además de los factores mencionados se debe revisar el contenido de la demanda previstos en el artículo 162 del Código del Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo - CPACA los cuales estipulan que se debe presentar un escrito con la designación de las partes y sus representantes, la designación de sus apoderados y los respectivos registros civiles y cédulas que acrediten esta situación y por la parte demandada se debe establecer el representante legal de la entidad que se busca repare el daño ocasionado.

¹⁴ CORTE CONSTITUCIONAL DE COLOMBIA. Sentencia T-352 de 2016. M.P.: GABRIEL EDUARDO MENDOZA MARTELO

¹⁵ CONSEJO DE ESTADO. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Tercera. Radicado 85001-23-33-000-2013-00035-01 (51388). C.P.: JAIME ORLANDO SANTOFIMIO GAMBOA. Septiembre 07 de 2015.

Así mismo, se debe establecer de forma clara y por separado lo que se pretenda con precisión y claridad, los hechos y omisiones que sirvan de fundamento a las pretensiones, debidamente determinados, clasificados y numerados en orden cronológico, los fundamentos de derecho de las pretensiones, las pruebas que se encuentren en su poder y aquellas que pudiera obtener por sus propios medios, la estimación razonada de la cuantía para determinar la competencia y el lugar y dirección donde las partes y el apoderado de quien demanda recibirán las notificaciones personales.

6.1.3. Pronunciamientos y línea adoptada por el Consejo de Estado en Falsos Positivos.

El Consejo de Estado ha emitido diferentes pronunciamientos con respecto a lo denominado como “falsos positivos”; estos procesos han sido de conocimiento del máximo órgano de la Jurisdicción Contencioso Administrativa, en su gran mayoría, en segunda instancia, por las respectivas apelaciones presentadas por las partes en los órganos jurisdiccionales de instancia. En estas sentencias el Tribunal se ha concentrado en revisar el acervo probatorio aportado y la distribución de las cargas de la prueba, estableciendo quién y qué se debe probar por cada una de las partes, así mismo ha estudiado si las investigaciones fueron remitidas para su investigación a la justicia penal militar y qué medidas se tomaron en dicha jurisdicción.

El Consejo de Estado inició a estudiar los casos de falsos positivos en el año 2009¹⁶ se centraba en revisar los daños causados en ejercicio de actividades peligrosas y en qué tipo de responsabilidad debía acreditar, estableciendo que lo más acertado era acreditar una responsabilidad objetiva por riesgo excepcional, para que al demandante solo debiera acreditar que la actividad fue la causa del daño que estaba buscando reparar y para lo cual la entidad deberá demostrar la existencia de una causa extraña, que para el caso podría ser culpa exclusiva de la víctima, el hecho exclusivo y determinante de un tercero o la fuerza mayor, esto siempre y cuando no se invocara por parte del demandante la falla en el servicio.

Entre los años 2012 y 2014, el Consejo de Estado adoptó, en múltiples sentencias¹⁷, una aplicación uniforme de responsabilidad en temas de falsos positivos; en dicha postura, se pretendía revisar diferentes planteamientos: i) determinar si está probada la existencia de

¹⁶ Consejo de Estado. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Tercera. Radicado 05001-23-26-000-1993-00134-01 (16974). C.P.: RAMIRO PAZOS GUERRERO. Julio 08 de 2009.

¹⁷ Consejo de Estado. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Tercera. Radicados 20001-23-31-000-1999-00274-01 del 29 de octubre de 2012, 41001-23-31-000-1994-07654-01 del 11 de septiembre de 2013, 1500123-31000-1995-05276-01 del 27 de septiembre de 2013, 41001-23-31-000-1993-07386-00 del 30 de abril de 2014.

un daño y si el mismo es imputable a la entidad demandada; ii) si se encuentra demostrada alguna de las causales de responsabilidad; iii) si los miembros de las Fuerzas Armadas involucrados en los respectivos operativos militares no hubieran sido declarados penalmente responsables por la Jurisdicción Penal Militar, para que, en caso negativo, la Jurisdicción Contencioso Administrativa tuviera facultad para pronunciarse.

En estas providencias el Consejo de Estado concluye que, en efecto, la responsabilidad del Estado por falsos positivos estaría enmarcada en una falla en el servicio bajo un régimen objetivo de responsabilidad, ello apoyado de diversos tratados y normatividad de tipo internacional como el Protocolo II del Convenio de Ginebra y la Convención Interamericana sobre Desaparición Forzada de Personas, para darle aplicación a la protección internacional de derechos humanos y así no configurar un nuevo hecho victimizante, en situaciones de conflicto armado interno.

Así mismo, en dichas providencias el Consejo de Estado define por primera vez el significado de la ejecución extrajudicial, manifestando que *“se trata de una acción consciente y voluntaria desplegada por un agente estatal o realizada por un particular con anuencia de aquél, por medio de la cual, en forma sumaria y arbitraria, se le quita la vida a una persona que por su condición de indefensión está protegida por el derecho internacional.”*¹⁸, esto bajo la regla de que los agentes del Estado tienen proscrita toda conducta que pueda poner en peligro los derechos a la vida y a la integridad física de las personas ajenas a los enfrentamientos armados.

La sentencia hito en materia de responsabilidad del Estado colombiano por falsos positivos se da el 28 de agosto de 2014¹⁹ la cual se profiere como sentencia de unificación, mediante la cual el Consejo de Estado revisa los presupuestos procesales de la acción que se venían manejando y establece que el juez administrativo debe ser consciente de que se puede presentar una inexorable realidad y que por este motivo se deberá acudir a criterios flexibles a la hora de valorar el material probatorio, privilegiando la valoración de medios de prueba indirectos e inferencias lógicas guiadas por las máximas de la experiencia, a efectos de reconstruir la verdad histórica de los hechos y lograr garantizar los derechos fundamentales a la verdad, justicia y reparación de las personas afectadas. Lo anterior debido a que en graves violaciones de derechos humanos e infracciones al Derecho Internacional Humanitario, se rompe el principio de la dogmática jurídica procesal tradicional según el cual las partes acceden al proceso en igualdad de condiciones y los eventos de falsos positivos, al tratarse de violación de derechos humanos, se impone una necesidad de ponderar la situación fáctica concreta y flexibilizar los estándares probatorios.

¹⁸ CONSEJO DE ESTADO. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Tercera. Radicado 20001 23 31 000 1999 00274 01. C.P.: DANILO ROJAS BETANCOURTH. 29 de octubre de 2012.

¹⁹ CONSEJO DE ESTADO. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Tercera. Radicado 05001-23-000-1999-01063-01 (32988). C.P.: RAMIRO DE JESÚS PAZOS GUERRERO. 28 de agosto de 2014.

En la sentencia mencionada también se dejó por sentado que, la decisión de inhibirse de iniciar una actuación judicial por parte de la Jurisdicción Penal Militar, no es motivo para que la jurisdicción contenciosa pueda pronunciarse sobre el caso o que, dicha decisión pueda obrar como prueba dentro del proceso adelantado en el escenario administrativo, ya que esta resulta ser independiente de la militar. Por tal motivo se habla de que los daños inmateriales deben verse como autónomos, ello en concordancia con lo establecido por el Consejo Superior de la Judicatura que reafirmó que *“en ningún caso de los delitos denominados de lesa humanidad podrán ser de conocimiento de la justicia penal militar”*.²⁰

Así mismo, deja por sentado que los daños ocasionados en operativos militares y policiales a las víctimas del conflicto armado por conductas censurables y atribuibles a agentes del Estado, como lo son la desaparición forzada y las ejecuciones extrajudiciales de civiles presentados como bajas en combate, no guardan un vínculo “próximo y directo” con el servicio, razón por la cual, son hechos considerados como una violación al Derecho Internacional de los Derechos Humanos y al Derecho Internacional Humanitario.

Por lo anterior, La Sala fija los presupuestos principales de la responsabilidad extracontractual del Estado, a saber: i) Una conducta que constituya una infracción a los derechos fundamentales o a un interés legítimo; ii) El menoscabo o detrimento de un derecho patrimonial o extrapatrimonial de una persona afectada que no tiene la obligación de soportarlo, por no existir causas jurídicas que así lo justifiquen.

Además menciona que para que un daño sea producto de indemnización, es indispensable verificar ex ante la configuración de los siguientes elementos, que el daño sea: i) cierto; ii) actual; iii) real; iv) determinado o determinable; v) anormal; vi) protegido jurídicamente. Es decir que no se concreta solo con la verificación de la lesión de un derecho o de un interés legítimo, sino con los efectos que se derivan de la lesión, los cuales deben incidir en el ámbito patrimonial o extrapatrimonial.

En el año 2015, en sentencias emitidas por el órgano de cierre de la Jurisdicción Contenciosa Administrativa²¹, se condenó a las entidades demandadas bajo el concepto de falla en el servicio, estableciendo que la responsabilidad no solamente es por acción sino que dicha responsabilidad puede derivarse justamente de la omisión e inactividad en la protección de los derechos fundamentales de la víctima a la dignidad humana, vida e integridad. Así mismo, el Consejo de Estado dejó claro que los agentes del Estado son responsables, por hechos enmarcados en el contexto de los falsos positivos, por el desarrollo de operativos militares cuando estos han sido desplegados de forma deliberada, arbitraria, desproporcionada y violatoria de todos los estándares de

²⁰CONSEJO SUPERIOR DE LA JUDICATURA. Sala Jurisdiccional Disciplinaria. Radicado 11001010200020110177800. 13 de junio de 2011.

²¹ CONSEJO DE ESTADO. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Tercera. Radicados 050012331000200403617-01 del 5 de marzo de 2015 y 17001-23-31-000-2009-00212-01 del 7 de septiembre de 2015.

protección mínima aplicable, más aún cuando se logra probar que estos operativos se configuran como falsos e ilegales y que se realizan con el pretexto del cumplimiento de los mandatos constitucionales, pero que en fondo distorsionan, deforman y pueden llegar a quebrar el orden convencional constitucional y democrático, poniendo tela de juicio la legitimidad democrática de la que están investidas las fuerzas militares en Colombia y violando la obligación de seguridad y protección de la población civil dentro del contexto constitucional.

El 05 de marzo de 2015²², el Consejo de Estado emite una sentencia que, a pesar de no ser unificadora, recoge una serie de lineamientos que se han venido desarrollando en diversas sentencias anteriores, entre ellos, la revisión de la procedencia de la acción, la legitimación tanto en activa como en pasiva y la caducidad, así mismo, revisa si se acredita la falla en el servicio y si se encuentran fundados los elementos constitutivos de la causal de exoneración de responsabilidad, esto sería si se trata de un hecho exclusivo y determinante de la víctima.

Está misma sentencia revisa el régimen de responsabilidad del Estado por daños causados con armas de dotación oficial, caso en el cual concluye que se configura el título de imputación objetivo de riesgo excepcional que ha sido por antonomasia aplicable a los casos de falsos positivos y solo basta con probar la existencia de i) daño; ii) del hecho dañoso; y iii) del nexo causal entre el primero y el segundo. Si se encuentran configurados los requisitos anteriores la entidad demandada debe acreditar las causales eximentes de responsabilidad establecidas por el ordenamiento jurídico es decir, el hecho de un tercero, hecho de la víctima o fuerza mayor.

Si lo que se requiere es la declaratoria de responsabilidad extracontractual del Estado a título de riesgo excepcional en relación con las armas de fuego oficiales se deben cumplir con tres requisitos, a saber: i) La existencia del daño; ii) Que se trate de la utilización de un arma de dotación oficial por parte de un agente de alguno de los cuerpos y fuerzas de seguridad del Estado en ejercicio de sus funciones; y iii) La relación de causalidad entre ésta y el daño producido como consecuencia directa de la utilización del arma.

Si en la producción del daño antijurídico intervino el concurso de una actividad peligrosa como la manipulación de armas de fuego, el régimen de responsabilidad es de tipo objetivo, sin embargo si se observa el incumplimiento de las normas que regulan el uso de fuerza el fundamento es el aspecto subjetivo de la conducta y por ende se debe enmarcar en el título de imputación de falla en la prestación del servicio.

6.1.3.1. Conclusiones

²² CONSEJO DE ESTADO. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Tercera. Radicado 050012331000200403617-01. C.P.: RAMIRO PAZOS GUERRERO. 5 de marzo de 2015

Conforme a lo anterior y teniendo clara la línea jurisprudencial adoptada por el Consejo de Estado, es claro que en el caso del señor SANÍN se puede demandar por el medio de control de reparación directa buscando que se repare el daño causado ya que como se puede observar cuenta con los elementos probatorios suficientes para respaldar una falla en el servicio o un régimen objetivo, ya que independientemente de cómo se busque enfocarlo si no cumple los criterios del régimen solicitado el juez deberá encausarlo por tratarse de una imputación que busca la condena a la violación de un derecho humano en el cual debe hacer una ponderación de la situación fáctica concreta y flexibilizar los estándares probatorios en aras de contribuir en la búsqueda de la verdad procesal y su adecuada reparación.

Así mismo, en el caso que nos ocupa, se evidencia que el daño encuentra consumado y por ende, se puede interponer la demanda de reparación directa, con las siguientes especificaciones:

- i) Las partes del caso serían, de forma activa, los familiares del señor CAMILO JOSÉ SANÍN CAMPOS y, la parte demandada, la Nación – Ministerio de Defensa – Ejército Nacional Cafetero.
- ii) El daño está consumado y la prueba del mismo es el certificado de defunción del señor CAMILO JOSÉ SANÍN CAMPOS, que acredita que falleció el día 28 de marzo de 2010, ya que en el presente caso se puede demostrar que fue una víctima de ejecución extrajudicial, en el desarrollo de la operación “MATANGA”, y en la cual se presentó al señor Sanín Campos como miembro del grupo guerrillero “LIBÉRESE”, cuando en realidad era un pescador.
- iii) De las pruebas que se pueden aportar con la presentación de la demanda se busca esclarecer más allá de toda duda que la muerte del señor CAMILO JOSÉ SANÍN CAMPOS, fue producida por el accionar de los miembros del Ejército Nacional Cafetero, y que en dicho enfrentamiento se hizo uso excesivo de material de guerra, así como los signos de tortura que muestra el cuerpo por politraumatismo generalizado, heridas profundas en sus extremidades con arma blanca, marcas de estrangulamiento en su cuello, el desmembramiento de su órgano reproductor y la posterior introducción en su cavidad anal. Siendo lo lógico que en un enfrentamiento no se genera un acercamiento tan claro con la otra parte, por el contrario las marcas dejadas en el cuerpo del señor Sanín denotan dolo y sevicia en la perpetración del homicidio.
- iv) Se demostrará que dentro del proceso del señor Sanín no existe causal excluyente de responsabilidad, pues el no pertenecía a ningún grupo al margen de la ley, como lo es el grupo “LIBÉRESE”, por lo que su muerte es un claro caso de falso positivo, perpetrado a manos de los miembros del Ejército Nacional Cafetero.

- v) En la estimación razonada de la cuantía se deben tener perjuicios a indemnizar tales como perjuicio moral que es el que se entiende del padecimiento de una aflicción, tristeza, congoja producido con la muerte del señor Sanín, y en esta se debe tener en cuenta el grado de consanguinidad para tasar el daño en salarios mínimos legales vigentes, en donde se ha establecido que en los casos en los cuales se presenten graves violaciones a derechos humanos y al derecho internacional humanitario, se debe incrementar la reparación del perjuicio moral en un 100%, por lo cual el juez y/o magistrado está en la capacidad de emitir una sentencia condenatoria hasta de doscientos (200) salarios mínimos legales vigentes por demandante.²³

El perjuicio material a título de lucro cesante en esta lo pertinente es realizar la liquidación de perjuicios garantizando la reparación integral reconocida en el artículo 16 de la Ley 446 de 1998, para efectos de la indemnización por perjuicios materiales por lucro cesante, el monto base de liquidación debe distribuirse entre su pareja y sus hijos 50% cada uno si existieren y partir de la base que en los hijos se realiza hasta cuando se cumpla la mayoría de edad y cuando esto ocurra acrecentar el monto a indemnizar a favor del cónyuge sobreviviente.

- vi) En materia de competencia se debe tener presente que mientras no supere los 500 salarios mínimos mensuales legales vigentes la competencia es del Juez Administrativo y en razón a que los hechos ocurrieron en CHOCUELA sería en dicha ciudad, toda vez que fue el lugar donde ocurrieron los hechos.

II. CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS (CIDH).

6.2.1. Estructura institucional y obligatoriedad de sus pronunciamientos en el ordenamiento jurídico colombiano.

La Corte Interamericana de Derechos Humanos (En adelante “Corte IDH” o “CIDH”) es un organismo que se crea como protector de los derechos humanos y que nace como resultado de un proceso que se inició a finales de la Segunda Guerra Mundial²⁴, por dicho

²³ CONSEJO DE ESTADO. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Tercera. Radicados 73001-23-31-000-2008-00561 (38058) del 5 de septiembre de 2017, 54001-23-31-000-2010-00370-01 (53704)A del 9 de junio de 2017, 05001-23-31-000-2009-00233-01 (51623) del 1 de junio de 2017, 05001-23-31-000-2007-00371-01 (44887)A del 23 de marzo de 2017, 05001-23-31-000-2006-034024-01 (47924) del 13 de abril de 2016, 85001-23-33-000-2013-00035-01 (51388) del 7 de septiembre de 2015 y 54001-23-31-000-1995-09280-01 (30860) del 15 de abril de 2015

²⁴ HECTOR GROS SPIEL. La declaración americana: raíces conceptuales y políticas en la historia, la filosofía y el derecho americano. Revista del Instituto Interamericano de Derechos Humanos. 1989

motivo en este capítulo se analizará la historia de la Corte IDH, su estructura y como se ha convertido en un organismo con fallos vinculantes en Colombia.

El Sistema Interamericano de Protección de los Derechos Humanos²⁵ de la Organización de los Estados Americanos (en adelante “OEA”)²⁶ creó en la Carta de la OEA a la Comisión Interamericana de Derechos Humanos²⁷ (en adelante “CADH”) como un órgano principal y autónomo con sede en Washington, D.C. que tendría como funciones principales la de ser un organismo consultivo de la OEA y protector de los derechos humanos²⁸.

De manera conjunta en el año 1969, miembros de la OEA, se reunieron en San José de Costa Rica y redactaron la Convención Americana sobre Derechos Humanos o Pacto de San José²⁹ (En adelante “La Convención”, “La Convención Americana”) la cual instrumentó como organismo competente para conocer de violaciones a los derechos humanos a la Corte Interamericana de Derechos Humanos con sede en San José, Costa Rica. Adicionalmente, ratificó a la CADH como órgano consultivo y encargado de promover la observancia y la defensa de los derechos humanos.³⁰

La Convención Americana establece que la Corte IDH ejerce las funciones consultiva y contenciosa. La primera hace referencia a la capacidad que tienen los estados miembros de la OEA o los órganos de la misma de consultar acerca de la interpretación de la Convención o de otros tratados concernientes a la protección de los derechos humanos de los Estados Americanos. De otra parte, la función contenciosa se refiere a la potestad que tiene este organismo de dar solución a los casos en que se ha alegado que uno de los Estados partes ha violado la Convención. En este sentido, la Corte determina si un Estado ha incurrido en responsabilidad internacional por haber violado alguno de los derechos consagrados o estipulados en la Convención. Además, en relación con los efectos de la competencia del Tribunal, los fallos que ha emitido son definitivos e inapelables.³¹

²⁵ SISTEMA INTERAMERICANO DE DERECHOS HUMANOS. Se fundamenta en la Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre, adoptada en 1948, la Carta de la Organización de los Estados Americanos (1948) y en la Convención Americana sobre Derechos Humanos, suscrita en 1969 y vigente desde 1978.

²⁶ ORGANIZACIÓN DE LOS ESTADOS AMERICANOS. Creada el 30 de Abril de 1948. Entrada en vigencia en Diciembre de 1951. Bogotá, Colombia.

²⁷ COMISIÓN INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS. Creada por resolución de la Quinta Reunión de Consulta de Ministros de Relaciones Exteriores en Santiago de Chile en 1959.

²⁸ Ibid., P. 133

²⁹ CONVENCION AMERICANA SOBRE DERECHOS HUMANOS O PACTO DE SAN JOSÉ DE COSTA RICA. Creada el 22 de Noviembre de 1969. Entrada en vigencia el 18 de Julio de 1978. San José, Costa Rica.

³⁰ CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS. Historia de la Corte IDH. [Citado el 25 de Octubre]. Disponible en: <http://www.corteidh.or.cr/index.php/es/acerca-de/historia-de-la-corteidh>

³¹ MONGE, Arturo. Op. Cit., P. 135

Su facultad de tomar las medidas que considere pertinentes en casos de extrema gravedad y urgencia, y cuando se haga necesario evitar daños irreparables a las personas, viene directamente de la Convención Americana, la cual establece en su artículo 63.1:

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

La CIDH, en particular, profiere decisiones sobre casos examinados bajo el procedimiento establecido por el artículo 44 de la Convención Americana³² y de su Estatuto, es decir, denuncias sobre presuntas violaciones de la Convención o de la Declaración Americana³³ presentadas por individuos o por ONG. De igual manera, este órgano internacional de protección presenta informes sobre la situación de derechos humanos en países determinados, los cuales contienen observaciones y conclusiones relevantes para la interpretación de la normativa interamericana que pueden ser consideradas como otras fuentes auxiliares.³⁴

Precisamente por sus facultades, guarda una intrínseca similitud con los tribunales, en la medida en que, en primer lugar su competencia está definida por un tratado o un estatuto aprobado por una organización internacional, de otra parte, es permanente, autónoma y dotada de garantías de independencia y sus decisiones se basan en el derecho internacional y son fundadas en la CADH³⁵.

Colombia, mediante la Ley 16 de 1972 ratificada el 31 de julio de 1973 se configuró como miembro de la Organización de los Estados Americanos y Estado parte en la Convención Americana sobre Derechos Humanos³⁶. Sin embargo, el carácter vinculante de los fallos que emite la Corte IDH en el ordenamiento jurídico colombiano no se dio de manera inmediata y, al contrario, fue objeto de diversos debates, en donde se contraponía la soberanía nacional con la soberanía de los derechos humanos y se cuestionaba acerca del valor de los tratados, la doctrina y la jurisprudencia internacional en el ordenamiento interno.

³² Convención Americana sobre Derechos Humanos [CADD]. Artículo 44: *"Cualquier persona o grupo de personas, o entidad no gubernamental legalmente reconocida en uno o más Estados Miembros de la Organización, puede presentar a la Comisión peticiones que contengan denuncias o quejas de violación de esta Convención por un Estado Parte."*

³³ DECLARACIÓN AMERICANA SOBRE DERECHOS Y DEBERES DEL HOMBRE. Firmada el 10 de Diciembre de 1948. Bogotá, Colombia.

³⁴ Corte Constitucional de Colombia. Sentencia T-524 de 2005. (M.P.: HUMBERTO ANTONIO SIERRA PORTO)

³⁵ *Ibid.*, P. 23

³⁶ *Ibid.*, P. 23

Este debate tenía como principal figura al bloque de constitucionalidad, el cual se refiere a todas aquellas normas y principios que, sin aparecer formalmente en el articulado del texto constitucional, son utilizados como parámetros del control de constitucionalidad de las leyes, por cuanto han sido normativamente integrados a la Constitución, por diversas vías y por mandato de la propia Constitución.³⁷

Existen posiciones que sostienen que Colombia, y por tanto los operadores jurídicos nacionales, sólo están vinculados por el texto de los tratados internacionales y por las decisiones judiciales que le ordenan al Estado colombiano una determinada conducta. En ese sentido, la jurisprudencia de la Corte IDH sería simplemente una entre otras opiniones doctrinales que pueden iluminar el entendimiento de aquellos jueces que decidan consultarla, pero sin valor jurídico o eficacia alguna.³⁸

A lo largo del tiempo, la Corte Constitucional ha precisado el concepto de bloque de constitucionalidad, para entender que existen dos sentidos del mismo. Por un lado, se trata del *strictu sensu*, el cual se encuentra conformado por aquellos principios y normas de valor constitucional que se reducen al texto de la Constitución propiamente dicho y a los tratados internacionales que consagren derechos humanos cuya limitación se encuentre prohibida durante los estados de excepción. De otro lado, está el *lato sensu*, el cual está compuesto por todas aquellas normas, de diversa jerarquía, que sirven como parámetro para efectuar el control de constitucionalidad, es decir, la Constitución, los tratados internacionales de que trata el artículo 93 de la Carta, las leyes orgánicas y en algunas ocasiones las leyes estatutarias.³⁹

El artículo 93 de la Constitución Política enuncia:

Los tratados y convenios internacionales ratificados por el Congreso, que reconocen los derechos humanos y que prohíben su limitación en los estados de excepción, prevalecen en el orden interno. Los derechos y deberes consagrados en esta Carta, se interpretarán de conformidad con los tratados internacionales sobre derechos humanos ratificados por Colombia (...).

En lo que respecta al artículo 93 al alcance que se le ha dado al mismo, se pueden concluir dos cosas, por un lado, acerca de la lectura que se le ha dado al inciso primero se necesitan de dos supuestos para que las normas supranacionales sean integradas al bloque: i) el reconocimiento de un derecho humano y ii) Que se trate de un derecho cuya limitación se prohíba durante los estados de excepción.⁴⁰ De otro lado, con respecto al inciso segundo, la Corte Constitucional ha establecido que los tratados internacionales

³⁷ ARANGO OLAYA, Mónica. El Bloque de Constitucionalidad en la jurisprudencia de la Corte Constitucional colombiana. 2004

³⁸ CORDOBA TRIVIÑO, Jaime. Aplicación de la Jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos al derecho constitucional colombiano. Anuario de derecho constitucional latinoamericano. 2007

³⁹ Corte Constitucional de Colombia. Sentencia C-191 de 1998. (M.P.: EDUARDO CIFUENTES MUÑOZ)

⁴⁰ ARANGO OLAYA, Mónica. Op. Cit., P.4

de derechos humanos hacen parte del bloque de constitucionalidad; por lo tanto son parámetros para examinar la constitucionalidad de las leyes y los actos administrativos⁴¹. Lo anterior en virtud de la regla hermenéutica de favorabilidad, la cual enuncia que no puede restringirse o menoscabarse ninguno de los derechos reconocidos en un Estado en virtud de su legislación interna o de otros tratados internacionales invocando como pretexto que el convenio en cuestión no los reconoce o los reconoce en menor grado.⁴²

La Corte Constitucional ha considerado que la jurisprudencia de la CIDH tiene un valor jurídico de mayor relevancia en materia de derechos humanos y derechos fundamentales por ser este órgano, el autorizado para interpretar la Convención Americana⁴³ y ha señalado que la jurisprudencia de la Corte Interamericana constituye un referente que debe ser atendido por los operadores jurídicos nacionales y los tribunales internos⁴⁴ y en vista de que la Convención hace parte del ordenamiento jurídico colombiano es indudable que la jurisprudencia de las instancias internacionales, encargadas de interpretar esos tratados, constituye un criterio hermenéutico relevante para establecer el sentido de las normas constitucionales.⁴⁵

En razón a lo anterior, nuestro país debe ir en concordancia y armonía con las interpretaciones que haga la Corte en materia de Derechos Humanos, así como con los fallos condenatorios por responsabilidad internacional del Estado colombiano.

6.2.2. Procedimiento para realizar denuncias ante el Sistema Interamericano de Protección de los Derechos Humanos.

Como se estableció en el acápite anterior, la función de la CADH es promover la observancia y la defensa de los derechos humanos en las Américas. La Comisión ejerce esta función a través de la realización de visitas a los países, actividades o iniciativas temáticas, la preparación de informes sobre la situación de derechos humanos en un país o sobre una temática particular, la adopción de medidas cautelares o solicitud de medidas provisionales a la Corte IDH y el procesamiento y análisis de peticiones individuales con el objetivo de determinar la responsabilidad internacional de los Estados por violaciones a los derechos humanos y emitir las recomendaciones que considere necesarias. A

⁴¹ Corte Constitucional de Colombia. Sentencia T-256 de 2000. (M.P.: JOSÉ GREGORIO HERNÁNDEZ)

⁴² UPRIMNY YEPES, Rodrigo. El Bloque de Constitucionalidad en Colombia. Un Análisis Jurisprudencial y un Ensayo de sistematización doctrinal. 2000. P. 149

⁴³ Corte Constitucional de Colombia. Sentencia C-010-00 (M.P.: ALEJANDRO MARTÍNEZ CABALLERO)

⁴⁴ CORDOBA TRIVIÑO, Jaime. Op. Cit., P. 669

⁴⁵ Corte Constitucional de Colombia. Sentencia C-067-03. (M.P.: MARCO GERARDO MONROY CABRA).

continuación detallaremos el procedimiento y los requisitos que se deben surtir para instaurar una petición ante la Comisión Interamericana⁴⁶:

Las peticiones individuales que examina la Comisión pueden ser presentadas por personas, grupos de personas u organizaciones que alegan violaciones de los derechos humanos garantizados en la Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre (En adelante “la Declaración Americana”), La Convención y otros tratados interamericanos de derechos humanos.

La denuncia debe ser presentada contra uno o más Estados miembros de la OEA que se considere han violado los derechos humanos contenidos en la Declaración Americana, la Convención Americana y otros tratados interamericanos de derechos humanos.

El Estado puede llegar a ser responsable de violar los derechos humanos por:

- Acción: como consecuencia de un hacer o actuar del Estado o sus agentes.
- Aquiescencia: como consecuencia del consentimiento tácito del Estado o sus agentes.
- Omisión (como resultado que el Estado o sus agentes no actúe/n cuando debía/n hacerlo).

Sólo los Estados Partes y la Comisión pueden someter un caso ante la Corte IDH. Las personas no pueden acudir directamente a la Corte IDH, y deben primero presentar su petición ante la Comisión y completar los pasos previstos ante ésta.

De esta forma, las personas pueden interponer una petición ante la Comisión por la violación a alguno de los siguientes tratados:

- Convención Americana sobre Derechos Humanos, “Pacto de San José de Costa Rica”, 1969.
- Convención Interamericana para Prevenir y Sancionar la Tortura, 1985.
- Protocolo Adicional a la Convención Americana en materia de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, “Protocolo de San Salvador”, 1988.
- Protocolo a la Convención Americana sobre Derechos Humanos Relativo a la Abolición de la Pena de Muerte, 1990.
- Convención Interamericana para Prevenir, Sancionar y Erradicar la Violencia contra la Mujer, “Convención de Belém do Pará”, 1994.
- Convención Interamericana sobre Desaparición Forzada de Personas, 1994.
- Convención Interamericana para la Eliminación de Todas las Formas de Discriminación contra las Personas con Discapacidad, 1999.

⁴⁶ Comisión Interamericana de Derechos Humanos. Sistema de Peticiones y Casos: Folleto Informativo. 2012

Para que la Comisión pueda examinar una petición, deben haberse agotado los recursos judiciales internos de conformidad con la legislación vigente en el Estado de que se trata. Así, las personas que quieran presentar una petición ante la Comisión deben intentar previamente que los tribunales nacionales decidan sobre la situación que denuncian. Una persona agotó los recursos internos cuando el Poder Judicial emitió una decisión de última instancia. En caso de no ser posible agotar los recursos internos, se tendrán que explicar las razones ya que la regla del agotamiento previo de los recursos internos admite excepciones.

La Comisión puede estudiar una petición en la que no se hayan agotado los recursos internos cuando: A. las leyes internas no establecen el debido proceso para proteger los derechos que se alegan violados; B. no se ha permitido a la presunta víctima el acceso a los recursos internos o se le ha impedido agotarlos; o C. hay demora en emitir una decisión final sobre el caso sin que exista una razón válida.

Cualquier persona -grupo de personas u organización- por sí misma o en representación de otra, puede presentar una petición para denunciar una violación a los derechos humanos en contra de uno o más Estados de la OEA.

La petición puede ser presentada en cualquiera de los idiomas oficiales de la Comisión que son el español, inglés, portugués y francés, y generalmente sólo es necesario enviar la petición en uno de ellos que sea utilizado por el Estado.

La Comisión no exige la representación de un/a abogado/a en la presentación y trámite de la petición y los tramites son gratuitos.

Toda petición debe incluir:

- Los datos de la/s presunta/s víctima/s y de sus familiares;
- Los datos de la parte peticionaria, tales como el nombre completo, teléfono, la dirección postal y de correo electrónico;
- Una descripción completa, clara y detallada de los hechos alegados que incluya cómo, cuándo y dónde ocurrieron, así como el Estado que se considera responsable;
- La indicación de las autoridades estatales que se consideran responsables;
- Los derechos que se consideran violados, en caso de ser posible;
- Las instancias judiciales o autoridades en el Estado a las que se acudió para remediar las violaciones alegadas;
- La respuesta de las autoridades estatales, en especial de los tribunales judiciales;
- En caso de ser posible, las copias simples y legibles de los principales recursos interpuestos y de las decisiones judiciales internas y otros anexos que se consideren pertinentes, tales como declaraciones de testigos; y
- La indicación de si se ha presentado la petición ante otro organismo internacional con competencia para resolver casos.

De ser posible, se recomienda incluir una lista en la cual se enumeren los anexos que se adjuntan a la petición, con el objetivo de facilitar la identificación de los mismos. Estos anexos no requieren de ninguna formalidad, es decir, no es necesario que estén certificadas, apostillados, legalizados o autenticados legalmente, basta con que sean copias simples que estén legibles.

La petición puede presentarse personalmente, no es necesario acudir a la Comisión, ya que la petición puede enviarse por correo electrónico, diligenciando un formulario electrónico y por fax o correo postal.

La Comisión remite una carta acusando recibo de la petición e indicando el número de referencia que se le asignó. La carta será enviada a la dirección indicada por la parte peticionaria en la petición.

Luego de una evaluación preliminar se puede decidir:

A. No abrir a trámite la petición.

B. Solicitar información o documentación adicional.

C. Abrir a trámite: En este momento, la petición entrará en etapa de admisibilidad. Esta decisión significa que se cumplieron los requisitos necesarios para que la Comisión estudie la misma, pero no significa decisión alguna respecto a la materia presentada.

6.2.3. Pronunciamientos y línea adoptada por la Corte Interamericana de Derechos Humanos en Falsos Positivos.

6.2.3.1. Derechos invocados.

- **Derecho a la Vida⁴⁷:** Toda persona tiene derecho a que se respete su vida. Este derecho estará protegido por la ley y, en general, a partir del momento de la concepción. Nadie puede ser privado de la vida arbitrariamente.
- **Derecho a la Honra y Dignidad⁴⁸:** Toda persona tiene derecho al respeto de su honra y al reconocimiento de su dignidad. Nadie puede ser objeto de injerencias arbitrarias o abusivas en su vida privada, en la de su familia, en su domicilio o en su correspondencia, ni de ataques ilegales a su honra o reputación

⁴⁷ Convención Americana sobre Derechos Humanos, Pacto de San José. Artículo 4.

⁴⁸ *Ibidem*. Artículo 11.

- **Derecho a la Integridad Personal⁴⁹:** Toda persona tiene derecho a que se respete su integridad física, psíquica y moral. Nadie debe ser sometido a torturas ni a penas o tratos crueles, inhumanos o degradantes. Toda persona privada de libertad será tratada con el respeto debido a la dignidad inherente al ser humano.
- **Derecho a la Libertad Personal⁵⁰:** Toda persona tiene derecho a la libertad y a la seguridad personales. Nadie puede ser privado de su libertad física, salvo por las causas y en las condiciones fijadas de antemano por las Constituciones Políticas de los Estados Partes o por las leyes dictadas conforme a ellas.
- **Derecho a las Garantías Judiciales y Protección Judicial⁵¹:** Toda persona tiene derecho a ser oída, con las debidas garantías y dentro de un plazo razonable, por un juez o tribunal competente, independiente e imparcial, establecido con anterioridad por la ley, en la sustanciación de cualquier acusación penal formulada contra ella, o para la determinación de sus derechos y obligaciones de orden civil, laboral, fiscal o de cualquier otro carácter.
Toda persona tiene derecho a un recurso sencillo y rápido o a cualquier otro recurso efectivo ante los jueces o tribunales competentes, que la ampare contra actos que violen sus derechos fundamentales reconocidos por la Constitución, la ley o la presente Convención, aun cuando tal violación sea cometida por personas que actúen en ejercicio de sus funciones oficiales.
- **Prevención y Sanción de la Tortura⁵²:** Los Estados partes se obligan a prevenir y a sancionar la tortura en los términos de la presente Convención.
Los Estados partes garantizarán a toda persona que denuncie haber sido sometida a tortura en el ámbito de su jurisdicción el derecho a que el caso sea examinado imparcialmente.

6.2.3.2. Casos Contenciosos.

- **Villamizar Durán y Otros Vs. Colombia.**

La Corte IDH únicamente ha fallado una sola vez por casos referentes a “falsos positivos” y lo hizo con base en una denuncia presentada el 14 de abril de 2016 por la Comisión Interamericana de Derechos Humanos, controversia que versaba sobre la supuesta responsabilidad internacional del Estado por las alegadas ejecuciones

⁴⁹ *Ibíd.* Artículo 5.

⁵⁰ *Ibíd.* Artículo 7.

⁵¹ Artículo 8 y 25.

⁵² Convención Interamericana para Prevenir y Sancionar la Tortura. Artículo 1 y 8.

extrajudiciales de Gustavo Giraldo Villamizar Durán, ocurrida el 11 de agosto de 1996; Elio Gelves Carrillo, ocurrida el 28 de mayo de 1997; Carlos Arturo Uva Velandia, ocurrida el 21 de junio de 1992, y Wilfredo Quiñónez Bárcenas, José Gregorio Romero Reyes y Albeiro Ramírez Jorge, ocurridas el 4 de septiembre de 1995. De acuerdo con la Comisión, esas muertes habrían ocurrido en manos de agentes de seguridad del Estado y habrían tenido lugar en el contexto denominado como “falsos positivos”.

En la Sentencia, la cual fue proferida el 20 de noviembre del 2018, la Corte incluyó dentro del cuerpo de la misma, la definición de “falsos positivos” como aquel acto que consiste en ejecuciones extrajudiciales en el marco del conflicto armado colombiano, con un modus operandi caracterizado por la muerte de civiles posteriormente presentados como miembros de grupos armados ilegales dados de baja en combate, mediante diversos mecanismos de distorsión de la escena del crimen y de las circunstancias de modo, tiempo y lugar en que ocurrieron los hechos.

Así mismo, estableció que, si bien era inapropiado afirmar la existencia de una política planificada de “violación sistemática” de los derechos humanos, las violaciones habían sido tan numerosas, frecuentes y graves en los últimos años que no podían tratarse como si fuesen meros casos aislados o individuales de mala conducta por parte de oficiales de graduación media o inferior sin imputar ninguna responsabilidad política a la jerarquía civil y militar. Por el contrario, incluso cuando no se había adoptado ninguna decisión en el sentido de perseguir a la población civil inermes, el Gobierno y el alto mando militar eran responsables de las acciones y omisiones de sus subordinados.

Igualmente, hizo un fuerte énfasis en el carácter complementario de la jurisdicción internacional, sobre lo cual expuso que el mismo significa que el sistema de protección instaurado por la Convención Americana no sustituye a las jurisdicciones nacionales, sino que las complementa. De tal manera, el Estado es el principal garante de los derechos humanos de las personas, por lo que, si se produce un acto violatorio de dichos derechos, es él quien debe de resolver el asunto a nivel interno y, de ser el caso, reparar, antes de tener que responder ante instancias internacionales.

Así, afirma el Tribunal que el sistema interamericano de derechos humanos consta de un nivel nacional, a través del cual cada Estado debe garantizar los derechos y libertades previstos en la Convención e investigar y en su caso juzgar y sancionar las infracciones que se cometieren; y que si un caso concreto no es solucionado en la etapa interna o nacional, la Convención prevé un nivel internacional en el que los órganos principales son la Comisión y la Corte; y, en ese sentido, si se aceptara que un Estado pueda utilizar el principio de complementariedad para inhibir una decisión de esta Corte sobre un asunto que fue decidido a nivel interno por una instancia jurisdiccional, se estaría alterando la esencia de ese principio y por la misma ocasión se estaría dejando la puerta abierta para que los Estados puedan, por medio de sus órganos jurisdiccionales, en el

marco de procesos respetuosos de las garantías judiciales y de protección judicial, validar judicialmente violaciones a las disposiciones de la Convención.

Si bien la Corte ha conocido otros casos de ejecuciones extrajudiciales en Colombia, es el primer fallo de un tribunal internacional en que se reconoce un patrón de comisión de “falsos positivos”. Para ello, la Corte analizó pronunciamientos internacionales de órganos de Naciones Unidas y decisiones de órganos como la Procuraduría General de la Nación, la Corte Constitucional y el Consejo de Estado proferidos a lo largo de los años 90.

Así, se reconoce la existencia de esta práctica en los noventa que se agudizó y generalizó a partir del año 2002 con base en que “se incentivó con diversos beneficios la eliminación de supuestos subversivos, lo que desató una nueva serie de ejecuciones sin proceso sobre población civil indefensa, con la perversa finalidad de obtener los beneficios ofrecidos valiéndose de este letal fraude”.⁵³

La Corte condenó al Estado colombiano por violaciones al derecho a la vida, a la integridad personal y a la libertad personal en perjuicio de las seis víctimas del caso.

De igual forma, la Corte encontró violaciones a las garantías y a la protección judicial por actuaciones contrarias a las garantías al juez natural, al plazo razonable y a la debida diligencia, causadas principalmente por las falencias y obstáculos de las investigaciones en el marco de la jurisdicción penal militar. Además, al ser el factor de encubrimiento un elemento característico de los “falsos positivos”, la Corte encontró vulnerado el derecho a la verdad de los familiares ya que “las notorias fallas en la investigación parecen denotar más bien maniobras destinadas a ocultar la verdad de los hechos”.

Adicionalmente, la Corte encontró que el Estado vulneró los artículos 1, 6 y 8 de la Convención Interamericana para Prevenir y Sancionar la Tortura en los casos de Wilfredo Quinón Bárceñas, José Gregorio Romero Reyes y Albeiro Ramírez Jorge, al no investigar posibles actos de tortura en contra de estos. Subrayó en este punto que la obligación internacional emanada del artículo 6 de la Convención contra la Tortura no se agota con la tipificación del delito, sino que se materializa con la investigación efectiva de posibles actos de este tipo.

De igual manera, condenó al Estado por las violaciones a la honra y dignidad de los familiares de las víctimas quienes desde la ocurrencia de los hechos han estado en una

⁵³ COLECTIVO ABOGADOS. Primer fallo internacional sobre “falsos positivos” en Colombia. Disponible desde internet en: <https://www.colectivodeabogados.org/?Corte-Interamericana-de-Derechos-Humanos-encontro-un-patron-de-ocurrencia-de>

cruzada para lograr verdad y justicia en el caso de sus seres queridos. Concluyó que las declaraciones realizadas por funcionarios públicos de la fuerza pública referentes a Gustavo Villamizar señalándolo como integrante de la guerrilla, no solamente afectaron los derechos la honra y la dignidad de las víctimas y sus familiares por el contenido falso que estas tenían en sí mismas sino que también generaron estigmas sociales contra ellos.

6.2.3.3. Conclusiones

Para el caso que nos ocupa, lo primero que podemos concluir es que los pronunciamientos de la Corte IDH son plenamente vinculantes en el contexto colombiano y aplicables en nuestro ordenamiento como fuente primaria por parte los operadores judiciales.

Por lo anterior y atendiendo a la jurisprudencia anteriormente citada, en el caso del señor SANÍN, sus familiares encuentran dentro de las posibilidades jurídicas la de presentar una denuncia ante la Comisión Americana de Derechos Humanos, por la violación de los derechos a la vida, honra y dignidad personal, integridad personal y prevención y sanción de tortura que se encuentran establecidos en la Convención Americana de Derechos Humanos. En ese sentido, la Comisión entraría a evaluar la denuncia y, de acuerdo a su propio precedente, lo enviaría a la Corte quien sería la encargada de determinar la responsabilidad o no del Estado colombiano por los hechos descritos y bajo el contexto de ejecuciones extrajudiciales o “falsos positivos”.

III. CORTE PENAL INTERNACIONAL (CPI).

6.3.1. Estructura institucional y obligatoriedad de sus pronunciamientos en el ordenamiento jurídico colombiano.

La comunidad internacional alcanzó un hito histórico cuando 120 Estados adoptaron, el 17 de julio de 1998, el Estatuto de Roma, el instrumento constitutivo de la Corte Penal Internacional (En adelante “CPI”), que entró en vigor el 1 de julio de 2002, tras su ratificación por sesenta países. En la actualidad ya son 123 los países que han ratificado el Estatuto de Roma (En adelante “E.R”).

La CPI, con sede en La Haya, Países Bajos, es un organismo internacional independiente que no forma parte de la estructura de las Naciones Unidas⁵⁴, con la que firmó un acuerdo

⁵⁴ Organización de las Naciones Unidas (ONU): Nacieron oficialmente el 24 de octubre de 1945, después de que la mayoría de los 51 Estados Miembros signatarios del documento fundacional de la Organización,

el 4 de octubre de 2004 que regula la cooperación entre ambas instituciones; su financiación se da principalmente a través de los Estados miembros, pero también con aportaciones voluntarias de gobiernos, organizaciones internacionales, particulares, sociedades y otras entidades.

La CPI es un Tribunal estable y permanente que constituye la primera jurisdicción internacional con vocación y aspiración de universalidad, competente para enjuiciar a personas físicas, y, en su caso, depurar la responsabilidad penal internacional del individuo por los crímenes más graves, de trascendencia para la comunidad internacional⁵⁵ y es competente para conocer de crímenes de guerra, genocidio, crímenes de lesa humanidad y el crimen de agresión.⁵⁶

El E.R. entró en vigor el 01 de Julio de 2002, por ello, la CPI únicamente tiene competencia respecto de crímenes cometidos después dicha fecha. Si un Estado hubiese ratificado su Estatuto después de esta fecha, la Corte podrá ejercer su competencia únicamente con respecto a los crímenes cometidos después de la entrada en vigor del Estatuto respecto de ese Estado, a menos que éste haya hecho una declaración aceptando la competencia de la Corte desde el 1 de julio de 2002.⁵⁷

En Colombia, el E.R. fue aprobado tras la reforma que se dio a la Constitución Política mediante el Acto Legislativo 02 del año 2001, que adicionó el artículo 93 al cuerpo normativo de la Carta Política⁵⁸; de esta forma, el Estatuto fue aprobado mediante la Ley 742 de 2002, declarada exequible por la Corte Constitucional mediante su sentencia C-578 del mismo año y el 5 de agosto de 2002 Colombia ratificó el Estatuto de Roma, convirtiéndose en una fuente vinculante de nuestro ordenamiento jurídico.

6.3.2. Procedimiento establecido por el Estatuto de Roma para juzgar los delitos cometidos sometidos al conocimiento de la Corte Penal Internacional.

Lo primero que debemos tener en cuenta, es que las víctimas no pueden acudir directamente ante la CPI para que sea investigado su caso, pues solamente podrán remitir

la Carta de la ONU, la ratificaran. En la actualidad, 193 Estados son miembros de las Naciones Unidas, que están representados en el órgano deliberante, la Asamblea General.

⁵⁵ Estatuto de Roma de la Corte Penal Internacional. Artículo 1.

⁵⁶ *Ibíd.* Artículo 5

⁵⁷ *Ibíd.* Artículo 12

⁵⁸ Constitución Política de 1991. Artículo 93. Los tratados y convenios internacionales ratificados por el Congreso, que reconocen los derechos humanos y que prohíben su limitación en los estados de excepción, prevalecen en el orden interno. (...)

El Estado Colombiano puede reconocer la jurisdicción de la Corte Penal Internacional en los términos previstos en el Estatuto de Roma adoptado el 17 de julio de 1998 por la Conferencia de Plenipotenciarios de las Naciones Unidas y, consecuentemente, ratificar este tratado de conformidad con el procedimiento establecido en esta Constitución. La admisión de un tratamiento diferente en materias sustanciales por parte del Estatuto de Roma con respecto a las garantías contenidas en la Constitución tendrá efectos exclusivamente dentro del ámbito de la materia regulada en él.

casos ante la Corte los Estados parte, el Consejo de Seguridad y la Fiscalía de la Corte iniciar la investigación de oficio (Artículos 13, 14 y 15 del E.R.); así entonces aunque es un mecanismo internacional eficaz para establecer la responsabilidad penal de las personas involucradas en la comisión de crímenes de guerra y tiene sus propios mecanismos a efectos de ejecutar la pena; echamos de menos la posibilidad de que las víctimas puedan acudir ante un organismo para dar a conocer los presuntos crímenes de los cuales ha sido víctima.

Ahora, el procedimiento establecido en el Estatuto de Roma, para los casos puestos en consideración de la CPI, se estructura en tres fases: **(i) El examen preliminar, (ii) La fase de investigación y enjuiciamiento** y, **(iii) El juicio oral** que se da ante la Sala de Primera Instancia y concluye con la emisión de una sentencia. Contra esta Última se pueden interponer **dos recursos impugnatorios**, a saber: **(i) el recurso de apelación** presentado ante la Sala de **Apelaciones** y, **(ii) el recurso de revisión** presentado ante la propia Sala de Primera Instancia, por el conocimiento de hechos nuevos, las cuales resumimos así:

I. **Examen Preliminar (Art 15 del E.R.):** Esta fase del procedimiento está a cargo del Fiscal, actuación que es por parte de la Sala de Cuestiones Preliminares la cual encarga de autorizar toda investigación ex officio motivada por el Fiscal. Es decir, cuando el caso se inicie a petición ex officio del Fiscal, siempre se tendrá que realizar una confirmación por parte de la Sala de Cuestiones Preliminares, mientras que, cuando el caso se active por iniciativa de un Estado parte o del Consejo de Seguridad, la Sala de Cuestiones Preliminares no tendrá dicha competencia; deben resaltarse **tres criterios que debe tener en cuenta el Fiscal cuando decide abrir una investigación:**

- a) Que la información brindada constituya fundamento razonable para afirmar que se esté cometiendo un crimen susceptible de ser juzgado por la Corte.
- b) Que la evaluación del cumplimiento de los requisitos de admisibilidad previstos en el artículo 17° del Estatuto de Roma.
- c) El Fiscal puede decidir no dar inicio a la fase de investigación cuando existan razones sustanciales para afirmar que, pese a la gravedad del crimen y los intereses de las víctimas, la investigación no redundar en interés de la justicia.

II. **Etapa de investigación y enjuiciamiento (artículos 18 y 19 del E.R.):** Si el Fiscal decide abrir la investigación, y el caso fue llevado por un Estado parte, tendrá que comunicar dicha situación a los demás Estados Parte, sin embargo, si el caso fue enviado por el Consejo de Seguridad, el trámite se simplifica, toda vez que no hay necesidad de comunicar esta decisión a cada uno de los Estados para que se tomen un plazo a fin de analizar la decisión. Durante toda esta etapa de instrucción e investigación se pueden reunir pruebas, interrogar y determinar si existe responsabilidad individual. Por ello, se debe velar para que se respete el principio de imparcialidad e igualdad de armas durante

esta etapa. De otro lado, si decide que procede la acusación, solicitar a la Sala de Cuestiones Preliminares que dicte una orden de detención y en caso no exista riesgo de fuga, solicitar una orden de comparecencia. Lo que se busca con la orden de detención es garantizar la presencia del acusado en el juicio y las investigaciones o impedir que se siga cometiendo el crimen. Esto último se asemeja, a una suerte de detención preventiva. El Fiscal también se encuentra facultado para pedir una orden de detención provisional, cuando la persona se encuentra en el territorio de un Estado. Por lo general va a solicitar la detención y entrega, pero en algunos casos va a solicitar que lo detengan en su Estado.

III. El juicio: En esta fase del procedimiento, el acusado tiene una serie de garantías tales como, los principios generales del derecho penal *Nullum Crimen Sine Lege*, *Nulla Poena Sine Lege*, y el principio de *Irretroactividad*, y los dispuestos en el artículo 55⁵⁹ del E.R. En cuanto a las penas, estas pueden variar desde la privativa de libertad por 30 años o a perpetuidad, hasta la posibilidad de dictar multas, las cuales no son excluyentes de la reclusión sino concurrentes. Cabe destacar que la pena de muerte no es una sanción que pueda ser aplicada por la Corte.

6.3.3. Pronunciamiento y línea adoptada por la Corte Penal Internacional en casos de Falsos Positivos.

6.3.3.1. Víctimas.

Frente al concepto “*población civil*” la sentencia “*Asunto Fiscal vs. Jean Paul Akayesu*”, proferida el 2 de septiembre de 1998 por la Sala de Primera Instancia del TPIY, Tribunal Penal Internacional para la ex Yugoslavia (TPIY). Es importante aclarar que el Sistema Penal Internacional está conformado también por los Tribunales Penales Internacional ad hoc para la ex Yugoslavia y Ruanda los cuales fueron creados por la ONU como órganos de transición, según la cual: “*Se entiende por población civil las personas que no participan*

⁵⁹ **Artículo 55 Derechos de las personas durante la investigación:** 1. En las investigaciones realizadas de conformidad con el presente Estatuto: a) Nadie será obligado a declarar contra sí mismo ni a declararse culpable; b) Nadie será sometido a forma alguna de coacción, intimidación o amenaza, a torturas ni a otros tratos o castigos crueles, inhumanos o degradantes; c) Quien haya de ser interrogado en un idioma que no sea el que comprende y habla perfectamente contará, sin cargo alguno, con los servicios de un intérprete competente y las traducciones que sean necesarias a los efectos de cumplir el requisito de equidad; y d) Nadie será sometido a arresto o detención arbitrarios ni será privado de su libertad salvo por los motivos previstos en el presente Estatuto y de conformidad con los procedimientos establecidos en él. 2. Cuando haya motivos para creer que una persona ha cometido un crimen de la competencia de la Corte y esa persona haya de ser interrogada por el Fiscal o por las autoridades nacionales, en cumplimiento de una solicitud hecha de conformidad con lo dispuesto en la Parte IX, tendrá además los derechos siguientes, de los que será informada antes del interrogatorio: a) A ser informada de que existen motivos para creer que ha cometido un crimen de la competencia de la Corte; b) A guardar silencio, sin que ello pueda tenerse en cuenta a los efectos de determinar su culpabilidad o inocencia; c) A ser asistida por un abogado defensor de su elección o, si no lo tuviere, a que se le asigne un defensor de oficio, siempre que fuere necesario en interés de la justicia y, en cualquier caso, sin cargo si careciere de medios suficientes; y d) A ser interrogada en presencia de su abogado, a menos que haya renunciado voluntariamente a su derecho a asistencia letrada.

directamente en las hostilidades, comprendidos los miembros de las Fuerzas Armadas que han depuesto 80 Jurisprudencia penal internacional aplicable en Colombia las armas y las personas puestas fuera de combate por enfermedad, herida, o por cualquier otra causa. La presencia en el seno de la población civil de personas aisladas, que no responden a la definición de civiles, no priva a dicha población de esa calificación.”

Sin embargo, en el 2000 el TPIY señaló que los combatientes también pueden ser víctimas de crímenes de lesa humanidad, cuando hayan depuesto las armas y puestos fuera de combate por enfermedad, herida, detención o por cualquier otra causa:

Uno no ve por qué sólo los civiles y no también los combatientes deben ser protegidos por estas normas (en particular por la norma que prohíbe la persecución), teniendo en cuenta que puede considerarse que estas reglas poseen un alcance y propósito humanitario más amplio que aquellas que prohíben los crímenes de guerra⁶⁰

La jurisprudencia de las diferentes Salas de la CPI ha adoptado una interpretación uniforme en relación con varios aspectos de esta definición. En primer lugar el concepto de "personas naturales" ha sido entendido como referido a "seres humanos"⁶¹ (se ha discutido, sin embargo, si una persona fallecida podría participar a través de sus representantes). En segundo lugar, el concepto de "organizaciones o instituciones" se ha interpretado como referido a personas jurídicas. En tercer lugar, la interpretación que se le ha dado al concepto de "daño" incluye a los daños físicos, psicológicos y materiales. En cuarto lugar, se ha considerado necesario verificar una relación de causalidad entre los presuntos daños y el delito investigado. En cambio, otros elementos de la definición del concepto de víctima recogido en la Regla 85 han encontrado interpretaciones divergentes. Al análisis de las distintas interpretaciones se dedican las próximas secciones.

Las víctimas pueden presentar opiniones y observaciones, cuando se determina que en determinada fase del proceso se están afectando sus intereses. Sin embargo, el reconocimiento de ese estatus no significa que se tenga un derecho automático a intervenir en las actuaciones procesales. Por el contrario, la SPI I requiere que, además, quienes deseen intervenir en una actividad procesal concreta, o presentar observaciones con respecto a un elemento de prueba específico, demuestren previamente que sus intereses personales se pueden ver afectados esa actividad procesal o elemento de prueba particular:

⁶⁰ Prosecutor v. Kupreskic, Caso No, IT-95-16-T, Trial Judgment, para. 547 (Ene. 24, 2000)

⁶¹ Decision on the Applications for Participation in the Proceedings of VPRS 1, VPRS 2, VPRS 3, VPRS 4, VPRS 5 and VPRS 6, dictada por la SCP I el 17 de enero de 2006 en la situación en la República Democrática del Congo ("DRC"), Doc. Num. ICC-01/04-101-tEN-Corr, para. 80. Ver también Decision on Victim's Applications for Participation a/0010/06, a/0064/06 to a/0070/06, a/0081/06 to a/0104/06 and a/0111/06 to a/0127/06, dictada por la SCP II el 10 August 2007 en la situación en Uganda, DocNum. ICC02/04-101, para. 105; Decision on Victim's Participation, dictada por la SPI I en el caso The Prosecutor v Thomas Lubanga Dyilo el 18 de enero de 2008,, Doc. Num. ICC-01/04-01/06-1119, para 87.

En vista de lo anterior (y aparte del procedimiento previsto en el artículo 15 del Estatuto), los procedimientos previstos en el artículo 53 del Estatuto parecen ser el contexto más significativo en el que las víctimas de incidentes que aún no constituyen el tema de un caso, están investidos con derechos procesales autónomos. Además, las mismas víctimas pueden desempeñar un papel con respecto a la protección de la seguridad y la privacidad de las víctimas, o la preservación de las pruebas en virtud del artículo 57, párrafo 3 (c) y el artículo 56. Para permitir la participación, la Cámara tendrá evaluar, de conformidad con el artículo 68, párrafo 3, del Estatuto, si los intereses personales de las víctimas se ven realmente afectados en relación con el procedimiento en cuestión y las circunstancias personales de las víctimas en cuestión. Además, de conformidad con la misma disposición, la Cámara "permitirá que sus puntos de vista y preocupaciones se presenten y consideren en las etapas del procedimiento que se determine que son apropiadas", y "de una manera que no sea perjudicial o incompatible con los derechos del acusado y un juicio justo e imparcial."⁶²

Y en la sentencia *Prosecutor v. Bahar Idriss Abu Garda*⁶³, se establecieron requisitos para que las víctimas sean autorizadas para participar en el procedimiento, en aras de obtener su reparación:

(...) (i) él / ella califica como víctima bajo la definición de este término provisto por la regla 85 de las Reglas, (La Regla 85 (a) de las Reglas define el término "víctimas" de la siguiente manera: 'Víctimas' significa personas físicas que han sufrido daños como resultado de la comisión de cualquier delito dentro de la jurisdicción de la Corte.) (ii) sus intereses personales están afectados por los procedimientos en curso según lo prescrito en el artículo 68 (3) del Estatuto, y (iii) él / ella ha presentado una solicitud completa para participar.

(...) Como ya dijo la Cámara, el interés personal de las víctimas fluye de (i) el deseo de que un organismo competente declare la verdad (derecho a la verdad); (ii) su deseo de que los que los victimizaron sean identificados y procesados (derecho a la justicia) y (iii) el derecho a la reparación.⁶⁴

Además, en ese caso la CPI también estableció los requisitos mínimos que deben contener las solicitudes las víctimas para ser escuchadas en el proceso:

(i) la identidad del solicitante; (ii) la fecha de los delitos; (iii) la ubicación de los delitos; (iv) una descripción del daño sufrido como resultado de la comisión de cualquier delito dentro de la jurisdicción de la Corte; (v) prueba de identidad; (vi) si la solicitud la realiza una persona que actúa con el consentimiento de la víctima, el consentimiento expreso de esa víctima; (vii) si la solicitud la realiza una persona que actúa en nombre de una víctima, en el caso de una víctima que es un niño, prueba de parentesco o tutela legal; o, en el caso de una víctima discapacitada, prueba de tutela legal; (viii) una firma o huella

⁶²Decision on 270 applications by victims to participate in the proceedings, ICC-01/05-01/08-1862 Trial Chamber III Decision.

⁶³ International Criminal Court, ICC-02/05-02/09., 25 September 2009

⁶⁴ International Criminal Court, ICC-01/04-01/07-474, pag 31-44.

digital del solicitante en el documento, en el mismo menos, en la última página de la aplicación.⁶⁵

Ahora, frente a las reparaciones a la que tienen derechos las víctimas directas e indirectas, de los crímenes de delitos de lesa humanidad, la Sala de Cuestiones Preliminares I en el caso *Prosecutor vs. Thomas Lubanga Dyilo*. Señaló que : *“Este ámbito de protección para las víctimas indirectas a nivel internacional ha sido establecido desde la Declaración de los Principios Fundamentales de Justicia Relativos a las Víctimas de la Criminalidad y a las Víctimas de Abuso de Poder, , y más recientemente en los Principios y Directrices Básicos sobre el Derecho de las Víctimas de Violaciones Manifiestas de las Normas Internacionales de Derechos Humanos y de Violaciones Graves del Derecho Internacional Humanitario a Interponer Recursos y Obtener Reparaciones”*

Igualmente, en la sentencia proferida 7 de agosto de 2012, en ese mismo caso, el acápite reparaciones reviste una importancia trascendental pues viene a reforzar el importante papel de las víctimas en el Derecho Penal Internacional. En ella la Sala afirma que : *“Aunque en esta decisión la Sala de Primera Instancia ha establecido ciertos principios relacionados con las reparaciones y el enfoque que debe adoptarse para su implementación, estos se limitan a las circunstancias del presente caso”*

Lo anterior tiene relevancia en la medida en que establece que aquellas disposiciones no constituyen un precedente; sin embargo, deben estudiarse para futuros casos.

Con relación a Colombia, a la fecha no existen fallos por parte de la CPI; sin embargo, la Fiscalía de este Tribunal se encuentra investigando diversos crímenes de crímenes de lesa humanidad, específicamente los conocidos como “falsos positivos”.

En este orden de ideas, conforme a lo que hemos visto hasta el momento, las víctimas colombianas pueden aportar toda la documentación de que dispongan, a efectos de que, la Fiscalía de la CPI, cuente con elementos de prueba suficientes con el fin de solicitarle a la Sala de Cuestiones Preliminares la apertura de un proceso concreto. De allí que cuenten, desde ya, con la posibilidad de remitir los formularios que aparecen en la página web de la CPI, para dar a conocer los casos y sean investigados y judicializados

6.3.3.2. Frente a crímenes de guerra y de lesa humanidad

Un caso que sentó varios puntos importantes con relación a los crímenes de lesa humanidad y crímenes de guerra cometidos por parte de agentes estatales, es el denominado *Fiscal Vs. Bemba et al*; para entender los hechos nos remitimos a una breve explicación realizada por la Federación Internacional de Derechos Humanos:

El 21 de marzo de 2016, la Sala de Primera Instancia de la Corte Penal Internacional (CPI) condenó a Jean-Pierre Bemba por crímenes de guerra y crímenes contra la humanidad en forma de violación, asesinato y saqueo, perpetrados en la República

⁶⁵ Ibidem.

Centroafricana (RCA) en el periodo comprendido entre el 2 de octubre de 2002 y el 15 de marzo de 2003.

Bemba apoyaba al entonces presidente Patassé, era el jefe militar del Movimiento de Liberación del Congo (MLC) y estaba al mando de grupos armados que "de forma consciente y deliberada" cometieron múltiples violaciones contra personas ancianas, hombres, mujeres, niñas y niños. El significado que este caso reviste es que, por primera vez, se ha logrado obtener justicia ante la CPI para las víctimas de violencia sexual y que estas podrán exigir reparación. Asimismo, es la primera vez que la CPI ha condenado a una persona por su condición de superior en delitos cometidos por personas bajo su mando.⁶⁶

La importancia de este caso radica en fue primer caso de la CPI en el que los cargos se refieren principalmente a delitos de violencia sexual contra la población civil de África Central. En el veredicto, la Sala de Primera Instancia sostuvo que los soldados del MLC bajo el mando de Bemba "a sabiendas e intencionalmente" cometieron múltiples actos de violación contra ancianos, hombres, mujeres y niños. La violación ciertamente fue utilizada como arma de guerra.

En este caso la Corte Penal Internacional concluyó que los una misma conducta puede constituir crímenes de lesa humanidad y crímenes de guerra, es decir que aquellas calificaciones no son excluyentes entre sí: *"El hecho de que el acusado haya sido condenado por ambos pone de relieve la necesidad de proteger a los civiles en los dos tiempos de guerra y en situaciones que no equivalen a conflictos armados."*⁶⁷

No obstante en esa oportunidad estableció las diferencias entre aquellas, por lo que entre uno y existen elementos materialmente distintos, es decir, que cada uno de ellos requiere la prueba de un hecho no requerido por el otro, lo cual explicó de la siguiente manera: *"El crimen de lesa humanidad requiere la existencia de un ataque generalizado o sistemático contra una población civil y un nexo entre la conducta del autor y el ataque, mientras que el crimen de guerra requiere que la víctima esté fuera de combate o no participe en las hostilidades y que La conducta en cuestión estaba relacionada con un conflicto armado."*⁶⁸

6.3.3.3. Responsabilidad del Superior Jerárquico por Cadena de Mando.

Este tema resulta de gran importancia para el caso colombiano, referente a los falsos positivos porque eso permite establecer el grado de responsabilidad que tienen, en el derecho penal internacional los altos mandos de las fuerzas militares, incluyendo el

<https://www.fidh.org/es/impactos-1543/republica-centroafricana-la-corte-penal-internacional-cpi-declara>

⁶⁷ Sentencia de conformidad con el artículo 74 del Estatuto, dictada por la Sala de Primera Instancia III el 21 de marzo de 2016, N°: ICC-01 / 05-01 / 08, párr. 751.

⁶⁸ *Ibidem*.

Presidente de la República y el Ministro de Defensa, pues sabemos que el primero según las Constitución Política de 1991, es el Comandante en jefe de las Fuerzas Militares.

Ello está regula en el ER, artículo 28⁶⁹, el cual trata sobre la responsabilidad de los jefes y oros superiores, y establecen en pocas palabras que los jefes militares cuando sean cometidas por unidades *“bajo su mando y control efectivo, o su autoridad y control efectivo”*; así entonces, conforme a esas apreciaciones, lo que queremos determinar si para la CPI, frente a los hechos acaecidos, responde únicamente el militar que directamente realizó el hecho delictual, o si por cadena de mando responden sus superiores y cuáles son los requisitos para que esto ocurra.

Respecto a ello, el Fiscal de la Corte Penal Internacional declaró que:

En el caso de crímenes de guerra, crímenes de lesa humanidad o genocidio, crímenes que a menudo conducen a cientos de miles de víctimas en extensas escalas geográficas y temporales, el concepto de responsabilidad del comandante es crucial para permitir el enjuiciamiento de personas que tienen altos cargos militares o militares, puestos políticos, como destacó la Fiscal en su declaración oficial después de la condena, esta decisión afirma que *“aquellos en posiciones de mando o autoridad y control tienen obligaciones legales sobre las tropas. No pueden aprovechar su poder y estatus para otorgarles a ellos o sus tropas poderes sin control sobre la vida y el destino de los civiles”*. Tienen la obligación legal de ejercer un mando y control responsables sobre sus tropas: proporcionar capacitación suficiente para garantizar que sus tropas no cometan atrocidades⁷⁰.

Y en el pluricitado caso *Fiscal Vs. Bemba et al*, se registró la primera vez que los jueces de la CPI condenan a un individuo en su calidad de superior por delitos cometidos por personas que sirven bajo su mando, y aquel veredicto se basó en la responsabilidad penal en el sentido del artículo 28 (a) del Estatuto de Roma, es decir, la responsabilidad de los comandantes. La responsabilidad del comandante significa la responsabilidad legal de un superior (civil o militar) por crímenes cometidos por subordinados bajo su control.

Sin embargo, esta forma de responsabilidad debe cumplir criterios estrictos. En particular, para establecer la responsabilidad penal de un comandante militar, se debe proporcionar prueba de que:

⁶⁹ *“Artículo 28 Responsabilidad de los jefes y otros superiores Además de otras causales de responsabilidad penal de conformidad con el presente Estatuto por crímenes de la competencia de la Corte: a) El jefe militar o el que actúe efectivamente como jefe militar será penalmente responsable por los crímenes de la competencia de la Corte que hubieren sido cometidos por fuerzas bajo su mando y control efectivo, o su autoridad y control efectivo, según sea el caso, en razón de no haber ejercido un control apropiado sobre esas fuerzas cuando: i) Hubiere sabido o, en razón de las circunstancias del momento, hubiere debido saber que las fuerzas estaban cometiendo esos crímenes o se proponían cometerlos (...)”*

⁷⁰ Declaración del Fiscal de la Corte Penal Internacional, Fatou Bensouda, sobre la condena del Sr. Jean-Pierre Bemba, 21 de marzo de 2016. https://www.icc-cpi.int/EN_Menu/icc/press%20and%20media/press%20releases/pages/otp-stat-bemba-21-03-2016.aspx

(i) el comandante militar realmente ejerció un control efectivo sobre las fuerzas bajo su mando.

(ii) el comandante militar sabía, o debido a las circunstancias deberían haber sabido, que sus fuerzas estaban cometiendo delitos, y,

(iii) el comandante militar no tomó todas las medidas necesarias y razonables dentro de su poder para evitar que sus soldados cometieran tales crímenes, o para castigarlos una vez que se cometieron los crímenes.

La cadena de mando es entendida entonces, en el contexto del derecho penal internacional, como un conjunto de relaciones de subordinación, que abarcan desde el nivel más alto al más bajo, con diferentes rangos de responsabilidad, donde es aplicable el principio de unidad de mando, que implica que cada integrante de la organización es responsable ante un solo superior.

6.3.3.4. Conclusiones:

Con aquellos prenotados jurisprudenciales, es claro que, la Corte Penal Internacional es competente para conocer los casos de “falsos positivos” presentados en Colombia, que consisten en una serie de ejecuciones extrajudiciales realizadas por agentes del Estado, contra jóvenes que, en la mayoría de los casos, son de bajos recursos, con el fin de mostrar resultados de bajas en combate, para la Fiscalía de la CPI, son 1.669 casos actualmente investigados por la Fiscalía colombiana (cifra que podría incrementarse hasta los 2.896), en palabras de Relator Especial sobre las ejecuciones extrajudiciales, sumarias o arbitrarias de la ONU, Philip Alston estas son:

De mis investigaciones se desprende claramente que los miembros de las fuerzas de seguridad de Colombia han cometido un número considerable de ejecuciones ilegales y que el cuadro sistemático de falsos positivos se ha repetido en todo el país. Ha habido demasiados asesinatos de carácter similar para caracterizarlos como incidentes aislados perpetrados por apenas algunos soldados o unidades renegadas, o “manzanas podridas”⁷¹.

Lo anterior es ratificado por la Fiscalía de la Corte Penal Internacional en los informes preliminares realizados para el caso colombiano de los “falsos positivos”, con los cuales además de adelantar el seguimiento a los procesos del derecho interno, busca influir en las políticas de estado, dirigidas a potenciar la eficacia y eficiencia en las investigaciones a nivel interno, para identificar y condenar a los presuntos responsables de aquellos

⁷¹ Informe del Relator, op.cit., párr. 14

desmanes contra la población civil, los cuales han sido calificados por ese mismo organismo como *crímenes de lesa humanidad*.

Reiteramos que la competencia de la CPI en Colombia, inicia desde el 1° de noviembre de 2009, razón por la cual, el caso que concita nuestra atención, conforme a este factor es de su competencia, no obstante debemos tener en cuenta que la competencia de la CPI es de carácter subsidiario, es decir que su competencia entra a regir en el caso de que el derecho penal interno no logre su cometido, o que en el ordenamiento jurídico del Estado no esté penalizada la conducta.

Tenemos que el caso Colombiano, si bien, ha estado bajo la lupa de la Fiscalía de la CPI; no ha llegado a la etapa de juicio, porque en los últimos informes preliminares (2016 y 2018) ha resaltado que *“con arreglo a la JEP, el 17 de julio de 2018 la Sala de Reconocimiento de Verdad, de Responsabilidad y de Determinación de los Hechos y Conductas (“Sala de Reconocimiento de Verdad” o la “Sala”) dictó un Auto de priorizar las “muertes ilegítimamente presentadas como bajas en combate por agentes del Estado”, cometidas entre 1985 y el 1° de diciembre de 2016, en 29 de los 32 departamentos de Colombia”*⁷² y además, de acuerdo al seguimiento realizado determinó que la Rama Judicial emitió hasta esa fecha 206 sentencias condenatorias contra miembros de las Fuerzas Armadas Colombianas.

Es por ello, que la Fiscalía de la CPI no ha dispuesto hasta la fecha este caso a la *fase de investigación y juzgamiento*; máxime cuando en Colombia se implementó un proceso de justicia transicional que incluye juicios penales, mecanismos para el establecimiento de la verdad, programas de reparaciones y garantías de no repetición; si bien estos procesos son seguidos también por la Fiscalía de la CPI; se hace en este caso un análisis más flexible, teniendo en cuenta las medidas que son específicas de la justicia transicional, que no necesariamente finalizan con penas de detención intramural.

⁷² FISCALIA CORTE PENAL INTERNACIONAL. Informe sobre las actividades de examen preliminar de 2018.