

VOTO DISIDENTE DEL JUEZ NIETO NAVIA

Aunque no está probado que actuaran bajo órdenes oficiales o que se tratara de una práctica del Ejército colombiano y, más bien, de los autos puede colegirse lo contrario (aparentemente al secuestrar a sus víctimas estaban vestidos de guerrilleros, aunque no se sepa bien qué diferencia existe entre un uniforme militar y uno de guerrillero; y el Capitán Forero Quintero fue tratado durante varios meses en un hospital militar por paranoia, derivada del trauma psicológico que le causó el asesinato a manos de la guerrilla de varios miembros de su tropa que construían una carretera) la Corte no ha tenido inconveniente en inferir que la muerte y desaparición de Isidro Caballero Delgado y María del Carmen Santana pudo ocurrir a manos de un grupo paramilitar en connivencia con un oficial y un suboficial del Ejército. El suscrito juez entiende que esto, de acuerdo con las modernas tendencias del derecho internacional, podría constituir un acto del Estado, del cual no exime la circunstancia de que hubieran actuado por propia iniciativa.

El Juez penal que investigó a los implicados terminó absolviéndolos con base en las pruebas, todas débiles y circunstanciales, que los acusaban, en sentencia que es modelo de análisis y hace pensar que, quizá, si los hubiera condenado, habría violado los derechos procesales y la presunción de inocencia contemplados en la ley colombiana y en la Convención. La Corte no ha tenido elementos adicionales de convicción a los que tuvo aquel Juez, excepto declaraciones de las mismas personas, no siempre coincidentes con las que dieron inicialmente, y las de Gonzalo Arias Alturo que tampoco coinciden entre sí.

Pero aquí, como lo ha dicho la Corte (*Caso Velásquez Rodríguez*, Sentencia de 29 de julio de 1988. Serie C No. 4, párrs. 134 y 135; *Caso Godínez Cruz*, Sentencia de 20 de enero de 1989. Serie C No. 5, párrs. 140 y 141) nos encontramos en un supuesto de responsabilidad internacional del Estado por violación de la Convención y no en un caso de responsabilidad penal. De manera que lo que corresponde analizar no es si Isidro Caballero Delgado y María del Carmen Santana fueron muertos en las circunstancias que la Corte acepta como hipótesis de trabajo, lo que generaría una responsabilidad penal a los implicados, sino si Colombia ha violado la Convención, es decir, si se dan las condiciones para que el acto, que lesiona un derecho reconocido en la Convención, pueda ser atribuido o imputado a ese Estado y comprometido, entonces, su responsabilidad internacional (*Ibid.*, párr. 160 y párr. 169, respectivamente). La Corte cita en su párrafo 60 la Opinión Consultiva OC-14/94 que plenamente confirma lo dicho aquí (*Responsabilidad internacional por expedición y aplicación de leyes violatorias de la Convención (arts. 1 y 2 Convención Americana sobre Derechos Humanos)*, Opinión Consultiva OC-14/94 del 16 de diciembre de 1994. Serie A No. 14, párr. 56).

Dijo la Corte en oportunidad anterior que

[e]l artículo 1.1 [de la Convención] es fundamental para determinar si una violación de los derechos Humanos reconocidos por la Convención puede ser atribuida a un Estado Parte. En efecto, dicho artículo pone a cargo de los Estados Partes los deberes fundamentales de respeto y de garantía, de tal modo que todo menoscabo a los derechos humanos reconocidos en la Convención que pueda ser atribuido, según las reglas del Derecho internacional, a la acción u omisión de cualquier autoridad pública, constituye un hecho imputable al Estado que compromete su responsabilidad en los términos previstos por la misma

Convención (Caso Velásquez Rodríguez, cit. párr. 164 y Caso Godínez Cruz, cit. párr. 173).

“Las reglas del derecho internacional” a que se refiere la Corte tienen que ver, por supuesto, con los principios que rigen la responsabilidad internacional de los Estados en general y en materia de derechos humanos en particular.

Son bien conocidas de los estudiosos las teorías sobre responsabilidad internacional de los Estados que han ido evolucionando desde la **teoría de la falta** de Grocio, en la que se atribuyen al Estado elementos psicológicos propios de los seres humanos, producto de la identidad, en boga en aquella época, del Estado con su gobernante, hasta la de la **falta de cumplimiento** en la que los hechos generadores de responsabilidad no solamente deben ser ilícitos sino imputables al Estado, pasando por aquella **teoría del riesgo** de acuerdo con la cual la relación de causalidad entre el hecho ilícito y el acto del Estado sería suficiente para generar su responsabilidad. Los trabajos de codificación adelantados en el seno de la Comisión de Derecho Internacional no aceptan esta última tesis y exigen como presupuesto para atribuir al Estado responsabilidad internacional, la imputabilidad.

Tampoco en la suscripción de tratados de derechos humanos los Estados han llegado a aceptar que la mera relación de causalidad entre el acto del Estado y la violación de un derecho protegido genere su responsabilidad internacional. Por esa razón, el análisis del caso *sub judice* no puede apartarse de lo que son esos derechos y de lo que son las obligaciones que los Estados asumieron en los artículos 1.1 y 2 de la Convención, tal como los ha interpretado esta Corte, cuando de aplicar la jurisdicción internacional que ésta contempla se trata.

Es obvio que ciertos derechos protegidos tienen una íntima vinculación con el acto del Estado y no pueden ser violados sino por él. Por ejemplo, la expedición de una ley contraria a las obligaciones asumidas por el Estado al aceptar la Convención, es un acto del Estado que la viola, ya que sólo los Estados pueden expedir leyes. Pero aun en esta hipótesis, como ya lo dijo esta Corte, la sola expedición de la ley no genera una responsabilidad internacional, sino que se requiere su aplicación y que por ella se afecten “*derechos y libertades protegidos respecto de individuos determinados*” (*Responsabilidad internacional por expedición y aplicación de leyes violatorias de la Convención*, cit., párr. 58.1).

Ha dicho la Corte, al interpretar el artículo 1.1 de la Convención, que

[I]o decisivo es dilucidar si una determinada violación a los derechos humanos reconocidos por la Convención ha tenido lugar con el apoyo o la tolerancia del poder público o si éste ha actuado de manera que la trasgresión se haya cumplido en defecto de toda prevención o impunemente. En definitiva, de lo que se trata es de determinar si la violación a los derechos humanos resulta de la inobservancia por parte de un Estado de sus deberes de respetar y de garantizar dichos derechos, que le impone el artículo 1.1 de la Convención (*Caso Velásquez Rodríguez*, cit. párr. 173 y *Caso Godínez Cruz*, cit. párr. 183). El Estado, [agrega la Corte] está en el deber de prevenir, razonablemente, las violaciones de los derechos humanos, de investigar seriamente con los medios a su alcance las violaciones que se hayan cometido dentro del ámbito de su jurisdicción a fin de identificar a los responsables, de imponerles las sanciones pertinentes y de asegurar a la víctima una adecuada reparación (Ibid., párr. 174 y párr. 184, respectivamente).

La palabra “razonablemente” califica el deber de prevención y ha sido explicada por la Corte cuando dijo que “la obligación de prevenir es de medio o comportamiento y no se demuestra su incumplimiento por el mero hecho de que un derecho haya sido violado” (Ibid., párr. 175 y párr. 185, respectivamente). No basta que suceda la violación para que se pueda decir que el Estado falló en prevenirla. Interpretar la Convención de esta manera va, evidentemente, más allá de lo que los Estados aceptaron al suscribirla, porque implicaría que basta que el acto del Estado violatorio de un derecho protegido se presente, para que el Estado tenga que responder por él, lo cual significaría, ni más ni menos, que sobran los órganos protectores, Comisión y Corte, a menos que su función se circunscriba a dictaminar que el hecho se presentó. Igualmente significaría que la protección internacional no es subsidiaria de la jurisdicción interna y que, en cambio, operaría automáticamente. Ninguno de estos dos presupuestos es cierto en la Convención Americana.

Por eso

[e]l deber de prevención abarca todas aquellas medidas de carácter jurídico, político, administrativo y cultural que promuevan la salvaguarda de los derechos humanos y que aseguren que las eventuales violaciones a los mismos sean efectivamente consideradas y tratadas como un hecho ilícito que, como tal, es susceptible de acarrear sanciones para quien las cometa, así como la obligación de indemnizar a las víctimas por sus consecuencias perjudiciales (Ibid.).

En este expediente no está probado que tales disposiciones “razonables”, enderezadas a prevenir hechos de esta naturaleza, no existan o existiendo no hayan sido aplicadas. En cambio, de él resulta que el hecho *sub judice* probablemente fue producto de un oficial al que luego se comprobó que padecía perturbaciones mentales, lo que seguramente sobrepasó las eventuales medidas de prevención existentes.

Los deberes del Estado no se limitan a prevenir sino que implican investigar los hechos de manera que “[s]i el aparato del Estado actúa de modo que tal violación quede impune y no se restablezca, en cuanto sea posible, a la víctima en la plenitud de sus derechos, puede afirmarse que ha incumplido el deber de garantizar [el] libre y pleno ejercicio [de los derechos protegidos] a las personas sujetas a su jurisdicción” (Ibid., párr. 176 y párr. 187, respectivamente). Ha dicho la Corte que

[e]n ciertas circunstancias puede resultar difícil la investigación de hechos que atenten contra derechos de la persona. La de investigar es, como la de prevenir, una obligación de medio o comportamiento que no es incumplida por el solo hecho de que la investigación no produzca un resultado satisfactorio. Sin embargo, debe emprenderse con seriedad y no como una simple formalidad condenada de antemano a ser infructuosa. Debe tener un sentido y ser asumida por el Estado como un deber jurídico propio y no como una simple gestión de intereses particulares, que dependa de la iniciativa procesal de la víctima o de sus familiares o de la aportación privada de elementos probatorios, sin que la autoridad pública busque efectivamente la verdad. Esta apreciación es válida cualquiera sea el agente al cual pueda eventualmente atribuirse la violación, aun los particulares, pues, si sus hechos no son investigados con seriedad, resultarían, en cierto modo, auxiliados por el poder público, lo que comprometería la responsabilidad internacional del Estado (Ibid., párr. 177 y párr. 188, respectivamente).

En este caso, el Gobierno suministró a la Corte copias de más de mil páginas de los expedientes en los que constan las investigaciones realizadas, ahora reabiertas con base en las declaraciones del señor Gonzalo Arias Alturo que son, precisamente, las

que han permitido a esta Corte inferir que la violación de los derechos humanos se consumó a manos de los implicados de que se ha hablado.

Con base en dicha documentación, los siguientes han sido los procesos internos:

a. Recurso de hábeas corpus:

Fue interpuesto el día 10 de febrero de 1989 por la señora María Nodelia Parra, compañera del señor Caballero Delgado, ante el Juzgado Primero Superior de Bucaramanga. En esa misma fecha y luego de haber obtenido información "*en los organismos o entidades del Estado donde una persona puede estar detenida por diversas causas*", la Juez concluyó que el señor Caballero no fue privado de su libertad por organismos del Estado. Además, según la Juez, el hábeas corpus debió interponerse ante el juez penal del municipio más próximo de acuerdo con el Código de Procedimiento Penal, por lo que la peticionaria debía acudir a otra autoridad como la Procuraduría Regional o General de la Nación. No obstante, la Juez misma envió toda la documentación a la Procuraduría para lo procedente. (p. 392, Fuero Penal I)

b. Investigación en la justicia penal ordinaria:

El 2 de marzo de 1989, ante denuncia verbal de la señora María Nodelia Parra, se inició la actuación penal ante el Juzgado Segundo de Instrucción Criminal Ambulante, sin tener en ese momento ningún imputado directo. En sendos reconocimientos en fila de personas realizados el 12 de julio de 1989 y el 4 de abril de 1990 por el señor Javier Páez, uno de los supuestos testigos de la desaparición del señor Caballero Delgado y la señora Santana, aquel reconoció a Luis Gonzalo Pinzón Fontecha, al que conocía desde antes por ser naturales de la misma región. Igualmente, luego de confundirlo inicialmente con otro, reconoció a Gonzalo Arias Alturo. Ambos habían sido capturados en unión del Capitán Forero Quintero y del Sargento Báez por asalto a varias estaciones de gasolina y peajes de autopista.

El Juzgado Segundo de Orden Público de Valledupar dictó auto cabeza de proceso el 1 de agosto de 1989 y en vista de que el señor Pinzón Fontecha había sido capturado en otra causa junto con el Capitán Héctor Alirio Forero Quintero, el Cabo Segundo Norberto Báez Báez y Gonzalo Arias Alturo, el Juzgado los vinculó con la desaparición de Isidro Caballero Delgado, y dictó medida de aseguramiento contra todos ellos, excepto Norberto Báez Báez.

Por decisiones del 11 de septiembre de 1990 y del 20 de septiembre de 1990, se absolvió en este proceso a todos los imputados y se ordenó su libertad inmediata. El caso se archivó el 3 de octubre de 1990.

El 12 de marzo de 1992 se reabrió la investigación penal, esta vez contra Carlos Julio Pinzón Fontecha, quien había sido inculcado por su hermano, Gonzalo Pinzón Fontecha, en declaración indagatoria de 17 de octubre de 1989. De conformidad con información que obra en el expediente, el señor Carlos Julio Pinzón Fontecha había fallecido el 29 de mayo de 1989.

El 4 de noviembre de 1994, la parte civil solicitó la reactivación del proceso con base en la declaración rendida por el funcionario de la Fiscalía General de la Nación, doctor Ricardo Vargas López, ante la Procuraduría Delegada para las

Fuerzas Militares, en la que denunció que, como parte de una investigación realizada por él como Jefe de la Sección de Investigaciones, entrevistó al señor Gonzalo Arias Alturo, el cual le narró hechos que lo incriminan junto con otros en la comisión del delito de secuestro y desaparición de Isidro Caballero Delgado y María del Carmen Santana. La Dirección Regional de Fiscalías, que tiene a cargo la investigación, dictó el 19 de mayo de 1995 medida de aseguramiento contra el señor Gonzalo Arias Alturo, se abstuvo de hacerlo en contra de los otros imputados y continúa con la práctica de pruebas, entre ellas, un nuevo intento de encontrar los cadáveres en el sitio descrito por Arias Alturo. Ese intento también resultó infructuoso.

c. Proceso penal militar:

El 27 de febrero de 1989 se iniciaron diligencias preliminares de averiguación de responsables del delito de secuestro en contra de Isidro Caballero Delgado y María del Carmen Santana, ante el Juzgado 26 de Instrucción Penal Militar. Esta investigación fue iniciada por órdenes del Teniente Coronel Diego Velandia, Comandante del Batallón de Infantería Santander, como consecuencia de la publicación de artículos periodísticos en los *"que directamente y en forma genérica se acusa a militares de la Base de Morrison... de haber aprehendido el 7 de febrero de 1989 en la localidad de Guaduas al particular Isidro Caballero Delgado y María del Carmen Santana, los cuales se encuentran desaparecidos"*.

Como parte de esta investigación se interrogó al personal de la base que estaba de servicio el día de los hechos y se realizaron varias inspecciones para determinar si, para el 7 de febrero de 1989, se ordenaron y realizaron operaciones por parte de la tropa de la Base Morrison. Se citó a María Nodelia Parra para que rindiera declaración jurada acerca de los hechos investigados, pero no compareció. Además, se solicitaron y se añadieron al expediente los documentos relativos a las investigaciones llevadas a cabo por la Dirección de Instrucción Criminal de Valledupar y por la Personera Municipal de San Alberto.

El 6 de junio de 1989 el Juzgado 26 mencionado decidió suspender la indagación preliminar por la desaparición del señor Caballero Delgado y la señora Santana y archivar provisionalmente las diligencias, sin perjuicio de que si con posterioridad pudiese vincularse a alguien como procesado, se continuaría con la investigación.

No se puede imputar a la República de Colombia negligencia o desidia en la investigación y el hecho de que en el primer proceso los implicados hubieran sido absueltos no significa que haya "connivencia" del Poder Público con ellos, porque las reglas que deben aplicar los jueces penales obligan a que las dudas se resuelvan a favor de los acusados. No se ha demostrado tampoco que los jueces no hayan sido independientes.

Excepto en lo que al deber de reparar se refiere, se echa de menos en esta sentencia de la Corte la argumentación jurídica que pruebe que la República de Colombia violó la Convención. Es decir, la Corte ha hecho una pura y simple aplicación de la **teoría del riesgo**, lo que excede no solamente lo que los Estados aceptaron al dar su consentimiento a la Convención sino la jurisprudencia anterior de la Corte, citada atrás.

El deber de reparar no es ni en el orden interno, ni en el internacional, autónomo. Es decir, para imponer una reparación, previamente hay que demostrar la violación de la Convención. Ya lo había dicho la Corte en los casos Velásquez Rodríguez y Godínez Cruz: "*El Estado está en el deber de prevenir... de investigar... de identificar a los responsables, de imponerles las sanciones... y de asegurar a la víctima una adecuada reparación*" (*Ibid.*, párr. 174 y párr. 184, respectivamente), lo cual indica un orden que no es accidental.

No se puede, entonces, violar la Convención por falta de reparación, a menos que esa reparación provenga del daño por haberla violado de otra manera. El artículo 63.1 de la Convención así lo reconoce y lo dispone cuando dice:

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 argumentación de la Corte en la materia de la reparación se muestra más débil aún cuando más adelante, párrafo 69 de esta sentencia, dice que "[e]n el presente caso la reparación debe consistir en la continuación del proceso para la averiguación de la desaparición de Isidro Caballero Delgado y su sanción conforme al derecho interno colombiano", lo que ordena luego en su parte resolutive. Interpretando rectamente, habría que concluir que la Corte condena al Gobierno colombiano por violación de la Convención porque los procesos internos no han concluido aún, aun cuando, como la propia Corte lo señala, (párrafo 58 de esta sentencia) citando jurisprudencia anterior, la obligación de investigar es de medio y no de resultado y, en esta sentencia, no se ha imputado a Colombia violación de los artículos que la obligan a una recta administración de justicia.

* * *

Las normas jurídicas de los tratados deben interpretarse en el sentido de que produzcan un resultado y no en el de que no produzcan ninguno, como lo indica la sana hermenéutica. En el derecho penal, si una persona es muerta con un puñal, es obvio que también fue víctima de lesiones personales, pero es el asesinato el delito que se cometió y a ningún Juez se le ocurriría interpretar las normas en el sentido de que el muerto fue víctima de "asesinato y lesiones". Lo mismo sucede en materia de violaciones a los derechos humanos. La Comisión parece no entender esto porque demanda por una retahíla de violaciones conexas pero absorbidas por otras que luego no puede sustentar debidamente. La Corte no puede incurrir en el mismo error.

Esto no quiere decir que, en materia de derechos humanos, no se puedan consumir varias violaciones simultánea o sucesivamente, como en los casos Velásquez Rodríguez y Godínez Cruz, en los que la Corte consideró probadas una detención prolongada sin fórmula de juicio por largo tiempo con presumibles torturas, antes de la muerte. En el caso *sub judice*, sin embargo, no se presenta el mismo cuadro, ya que según los autos las dos personas fueron aparentemente detenidas alrededor de las 7:00 p.m. y muertas antes de medianoche, de manera que, si bien es cierto que el proceso que se siguió en Colombia lo fue por secuestro, aquí de lo que se trata es de violación del derecho a la vida (artículo 4), ya que la Corte tampoco encontró probada la tortura. En el caso Gangaram Panday la Corte dijo que

no [era] posible fijar la responsabilidad del Estado en los términos descritos, en virtud, entre otras razones, de que la Corte está determinando una responsabilidad por detención ilegal por inferencia y no porque haya sido demostrado que la detención fue, en efecto, ilegal o arbitraria o que el detenido haya sido torturado (*Caso Gangaram Panday*, Sentencia de 21 de enero de 1994. Serie C No. 16, párr. 62).

Si la jurisprudencia anterior de la Corte sirve para algo, debe el Tribunal ser consecuente con ella.

Por las razones anteriores disiento, respetuosa pero firmemente, de las conclusiones de la Corte en el número 1 de la parte resolutive y en los que de él se derivan.

Rafael Nieto Navia
Juez

Manuel E. Ventura Robles
Secretario