

En la [anterior entrada](#) mostré, sin pretensiones de exhaustividad, algunos errores y contradicciones puntuales pero protuberantes del escrito de defensa de Colombia ante la Corte IDH por el caso del Palacio de Justicia. En esta entrada, como lo había anunciado, analizaré la estrategia global de defensa. Y nuevamente me disculpo por lo extenso de la entrada y algunos excesos de argumentos técnico-jurídicos, pero creo que este examen es necesario.

Ese estudio de la estrategia de Colombia ante la Corte IDH resultó difícil pues, como lo expliqué anteriormente, el escrito de Nieto Loaiza es muy extenso y bastante confuso. Pero, para no incurrir en la llamada “[falacia del hombre de paja](#)”, que consiste en debilitar la argumentación del contrincante para luego rebatirla más fácilmente y cantar victoria, comenzaré por presentar en su mejor forma los argumentos del escrito de Colombia, para luego mostrar sus debilidades e inconsistencias. Estas deficiencias son tan claras y graves que queda uno atrapado en el siguiente dilema: o el abogado que representó a Colombia en este caso es totalmente incompetente, o el escrito tenía en realidad otros propósitos.

El escrito de defensa reconstruido.

La defensa de Colombia está estructurada sobre dos tipos de razones: unas procedimentales, que buscan que la Corte IDH se abstenga de decidir el caso; y otras de fondo, en donde se pretende que la Corte IDH absuelva a Colombia por cuanto no habría ninguna prueba de que hubiera habido desapariciones forzadas en el Palacio.

Los argumentos procesales, agrupados como “excepciones previas”, son múltiples pero los más relevantes son tres: i) que la Comisión IDH habría violado el derecho de defensa de Colombia, por lo cual el proceso es nulo; ii) que algunos de los peticionarios no habrían agotado los recursos judiciales internos, pues no habrían presentado la demanda ante la jurisdicción contencioso administrativa; y iii) que la Corte IDH no es competente para conocer de esas desapariciones por tratarse de una infracción del derecho humanitario y no de una violación a los derechos humanos.

El argumento de fondo consiste esencialmente en negar que estén demostradas las desapariciones y que éstas sean obras de un agente del Estado colombiano, como expresión de un acto del Estado, para lo cual el escrito cuestiona las pruebas que las decisiones judiciales internas y la Comisión de la Verdad sobre el Palacio de Justicia tuvieron en cuenta

para concluir que en esos hechos Palacio ocurrieron desapariciones que eran imputables al Ejército.

Las razones invocadas para cuestionar esas pruebas parecen ser esencialmente dos: primero que el juicio en la Corte IDH no tiene por qué basarse en las decisiones judiciales internas pues no hay aún una decisión judicial de fondo en firme, hay contradicciones entre las decisiones judiciales internas y que el juicio ante la Corte IDH tiene una lógica y fundamento distinto a los procesos internos, por lo cual la Corte IDH no tiene por qué atenerse a las conclusiones de los jueces colombianos; y segundo, que las pruebas mismas de la existencia de las desapariciones y de la responsabilidad del Estado colombiano son muy precarias.

Así reconstruido, el escrito tiene entonces una cierta lógica, que es la siguiente: la Corte IDH tendría que abstenerse de decidir el caso por las razones procesales mencionadas; pero si no las acoge y decide de fondo, entonces la Corte IDH debería absolver a Colombia pues no hay prueba de que existan desapariciones atribuibles al Estado colombiano. Procedo pues a examinar esta argumentación, comenzando obviamente con las razones procesales, que son bastante técnicas, por lo que pido la indulgencia de los lectores.

Las dos primeras razones procesales.

La supuesta violación al debido proceso por la Comisión IDH derivaría de que ésta acumuló, sin justificación clara, dos fases distintas del proceso: i) la admisión de la petición, en donde la Comisión IDH decide si una solicitud reúne o no los requisitos procesales básicos para ser formalmente admitida, y ii) la decisión de fondo, en donde se pronuncia acerca de la responsabilidad del Estado. Por esa acumulación, Colombia alega que nunca que le fue violado su derecho de defensa pues no tuvo claro contra qué ni contra quien tenía que defenderse. No quiero detenerme en este asunto, que es excesivamente técnico, pero la objeción de Colombia es débil, pues i) el artículo 37.3 del reglamento de la Comisión IDH prevé esa posibilidad de acumulación, la cual ha sido aplicada en otros casos; además ii) la Comisión explicó por qué recurría a ese mecanismo; y, sobre todo, iii) no hay ninguna evidencia de que esta acumulación haya afectado el derecho de defensa del Estado colombiano que tuvo, desde la apertura a trámite de la petición y posteriormente tras la acumulación “amplias oportunidades para sustentar sus argumentos, como efectivamente lo hizo en numerosas oportunidades”, como dice el [informe de la Comisión IDH](#), en su párrafo 136.

El argumento de que la Corte IDH es incompetente para decidir los casos de aquellos peticionarios que no demandaron ante la jurisdicción contencioso administrativa parte de un supuesto normativo válido, pero está condenado al fracaso, pues desestima la jurisprudencia constante de la Corte IDH. Es cierto que para acudir ante el sistema interamericano de derechos humanos, el peticionario debe haber agotado los recursos judiciales internos, a fin de que el Estado tenga la posibilidad de solucionar, con su propio sistema judicial, las violaciones a los derechos humanos ocurridas en su territorio. Pero esa “excepción previa” deja de lado que la Corte IDH ha establecido, en varios casos contra Colombia, como el de la Masacre de Mapiripán, la Masacre de Puerto Bello o el de la [Masacre de Ituango](#), que la acción ante el contencioso administrativo no es un recurso judicial que deba ser agotado por cuanto no es idóneo para reparar integralmente una violación a los derechos humanos pues, entre otras cosas, se limita a decretar una indemnización monetaria y no incluye otras medidas de reparación, como las simbólicas o las órdenes de investigar a los responsables.

(Dicho sea de paso, y como lo señalé en la [anterior entrada](#), en este punto el abogado Nieto comete una contradicción obvia pues ha argumentado que no tiene en cuenta en su escrito las sentencias del Consejo de Estado sobre desapariciones, debido a que sus pronunciamientos son distintos al estudio de la responsabilidad internacional en derechos humanos que le corresponde a la Corte IDH. En eso tiene razón, pero ¿entonces por qué presenta como excepción previa que algunos peticionarios no hubieran presentado la acción ante el contencioso administrativo si ésta no es idónea?)

El DIH y la supuesta incompetencia de la Corte IDH.

Entro a la última objeción procesal, que es la tesis de que la Corte IDH no es competente para conocer de esas desapariciones, pues es un tribunal de derechos humanos y las desapariciones, al haber sido cometidas en una situación de guerra, como fue la retoma al Palacio, serían una infracción del derecho humanitario (DIH) y no una violación a los derechos humanos.

Esa tesis no es válida, como lo expliqué en una [columna que escribí](#) sobre el caso Santo Domingo.

La tesis de Nieto es que el DIH opera en situaciones de conflicto armado, pues establece cuáles son las acciones legítimas en una guerra, por lo que la Corte IDH, que es un tribunal de derechos humanos y no de DIH, no puede juzgar las operaciones militares, que se rigen por el DIH

El error fundamental de Nieto es que supone que si un país padece un conflicto armado, entonces la Corte IDH pierde toda competencia para juzgar las eventuales violaciones a los derechos humanos en ese país. Y eso es absurdo, pues la Convención Americana no limita la protección de los derechos humanos a las situaciones de paz, por lo cual la Corte IDH también juzga violaciones a los derechos humanos en situaciones de guerra, como ya lo ha hecho en otros casos. El uso del DIH en estos casos por la Corte IDH no es para concluir si hubo o no una violación autónoma a algún tratado de DIH sino para determinar si una operación de guerra era o no legítima, caso en el cual, a pesar de las muertes ocasionadas, el Estado debe ser absuelto; o si por el contrario, estamos frente a una operación ilegítima, que implicaba violaciones al derecho a la vida o la integridad personal, que son derechos protegidos por la Convención Americana.

Este punto ya había sido explicado por la Corte IDH en casos anteriores pero, por si había alguna duda, en la reciente sentencia contra Colombia por el bombardeo de [Santo Domingo, la Corte IDH](#) reitera que es competente para analizar violaciones a los derechos humanos en situaciones de conflicto armado.

Esta excepción previa no tiene entonces en general ningún sustento. Pero en este caso la situación es aún más absurda, pues el juicio ante la Corte IDH no es por los posibles excesos en la retoma del Palacio, que fue la operación militar, sino por las desapariciones y torturas ocurridas después de que la Fuerza Pública había controlado totalmente el sitio y el combate militar había cesado. No estamos pues hablando de atropellos a la dignidad humana cometidos durante una operación militar sino de atrocidades cometidas una vez terminado el enfrentamiento bélico. Es pues una situación que se rige integralmente por el derecho internacional de los derechos humanos y no por el DIH, por lo cual la tesis de Nieto Loaiza no sólo es falsa normativamente sino también empíricamente.

La debilidad de la estrategia sobre el fondo.

Las objeciones procesales son totalmente infundadas, por lo que la Corte IDH se pronunciará de fondo. Pero, ¿es sólida la tesis de fondo del escrito de Colombia de que no estén demostradas las desapariciones y que éstas sean obras de un agente del Estado colombiano?

Como lo muestro en mi [última columna en El Espectador](#), esa tesis es falsa tanto a nivel empírico como a nivel normativo.

El error esencial consiste en confundir la prueba de la responsabilidad del Estado en derechos humanos con la prueba de la responsabilidad penal de una persona. Pero son dos cosas distintas.

Toda persona se presume inocente y por ello para que pueda ser condenada penalmente es necesario probar, más allá de toda duda razonable, que cometió el crimen. Y si hay la menor duda razonable sobre su culpabilidad o sobre cualquier elemento del crimen, entonces debe ser absuelta. Y nunca se puede invertir la carga de la prueba para que sea la persona la que pruebe su inocencia. Es pues un estándar probatorio muy alto pues está en juego la presunción de inocencia y la libertad personal.

Pero en cambio, en materia de responsabilidad del Estado, la situación es distinta, tanto en los tribunales internacionales de derechos humanos como frente a la jurisdicción contencioso administrativa. Existen situaciones en donde en cierta forma se invierte, y con toda razón, la carga de la prueba. Y uno de esos eventos es cuando alguien está bajo custodia de una autoridad estatal. En esos eventos, si algo le sucede a esa persona o si desaparece, entonces la carga de la prueba le corresponde a las autoridades, quienes deben explicar y demostrar qué sucedió con esa persona. Y si no brindan explicaciones convincentes, (como por ejemplo que demuestren que liberaron a la persona en buen estado) entonces el Estado es responsable de todo lo que pudo haberle sucedido a esa persona que estaba bajo su custodia. Y es razonable que así sea pues es el Estado quien tiene la capacidad de explicar que pasó con las personas bajo su custodia.

La anterior doctrina fue establecida por la Corte IDH desde su primera sentencia, en 1988, en el célebre [caso Velásquez Rodríguez](#) contra Honduras, en donde distingue, en los párrafos 130 a 136 la valoración probatoria a nivel penal y en la Corte IDH. En esa ocasión no hubo prueba directa de que Manfredo Velazquez hubiera sido desaparecido por un agente del Estado de Honduras. Hubo prueba de que fue secuestrado por personas al servicio de las Fuerzas Armadas y que entonces quedó en custodia del Estado hondureño; y había evidencia de que en Honduras había una práctica de desapariciones. Y como nunca más se supo nada de Velazquez y Honduras nunca ofreció explicaciones claras sobre qué había pasado con él, entonces la Corte IDH concluyó que ese Estado era responsable de su desaparición forzada.

Esa tesis ha sido reiterada en todos los casos relevantes ulteriores. Ahora bien, en el caso del Palacio de Justicia, hay doce personas de las cuales se desconoce aún su paradero, como lo reconoció el [presidente Santos en su discurso](#) del 4 de noviembre de 2010 al conmemorar los 25 años de los hechos del Palacio.

Y en los procesos judiciales internos en Colombia hay evidencia contundente de que al menos dos personas (Carlos Rodríguez e Irma Franco) salieron vivas, quedaron en poder de

las Fuerzas Armadas y que hoy se desconoce su paradero. Los dos casos son clarísimos, como lo analizó ampliamente [la sentencia del Tribunal de Bogotá](#) que condenó al coronel Plazas Vega por esas dos desapariciones.

Otro caso incontrovertible, a pesar de que no haya ninguna condena penal, es el del magistrado Urán. La evidencia, que está en las investigaciones en curso pero que es conocida ampliamente por la opinión pública, muestra que Urán salió con vida del Palacio y que fue llevado en una camilla militar; hay videos que claramente muestran esa escena. Y un nuevo examen forense mostró que la muerte de Urán se debió a un disparo a quemarropa y que luego su cadáver fue presentado como un muerto en combate. [Informes periodísticos](#) serios o los análisis de la [Comisión de la Verdad](#) sobre los Hechos del Palacio de Justicia desarrollan esa evidencia.

Está probado entonces que están desaparecidas dos personas que estaban bajo custodia del Ejército y que otra apareció ejecutada. Y el Estado colombiano no ha brindado explicaciones convincentes sobre qué fue lo que pasó, por lo que la responsabilidad del Estado colombiano, al menos en esos tres casos, es clarísima.

Ahora bien, ¿qué hace el escrito de defensa de Colombia frente a esos tres casos? Simplemente le opone otras consideraciones probatorias, a veces de una debilidad desconcertante. El ejemplo más dramático es el del caso Irma Franco, una guerrillera que participó en la toma y cuya desaparición por el Ejército está tan probada que todo el mundo en Colombia la acepta. Incluso el [abogado defensor del coronel Plazas Vega](#) reconoce que esa desaparición está probada pero considera que no fue responsabilidad del coronel.

Ahora bien, frente a esa evidencia incontrovertible, el escrito de defensa de Colombia responde en la página 170, como si se tratara de un conflicto de linderos entre dos particulares: “el Estado rechaza las afirmaciones del informe de la CIDH y del ESAP y se atiene a lo que se pruebe en el proceso internacional sobre la desaparición de la señora en mención”. Increíble.

La evidencia de que las otras nueve personas salieron vivas del Palacio y quedaron bajo custodia de la Fuerza Pública es menos contundente, aunque en algunos casos es muy persuasiva. ¿Significa eso que el Estado debe ser absuelto en esos otros nueve casos?

La respuesta es negativa, pues esas personas estaban en el Palacio al momento de la toma y después de la retoma la Fuerza Pública quedó en total control del sitio. Esas personas o sus cuerpos quedaron entonces en custodia del Estado. Ahora bien, las autoridades hicieron un

manejo indebido de los cadáveres y de la escena del crimen, un manejo tan extraño, que varios informes han concluido que éste buscaba borrar evidencias sobre posibles crímenes cometidos en la retoma y en horas y días ulteriores. Por ejemplo, varios cadáveres, como los de los magistrados Gaona y Urán, fueron lavados, lo cuál hacía perder evidencia crucial sobre las circunstancias de su muerte. Igualmente se ordenó precipitadamente la inhumación en una fosa común del cementerio del Sur de 36 cadáveres, con el argumento de que eran los cuerpos de los guerrilleros y que el M-19 podía intentar recuperarlos, una tesis desestimada por la Comisión de la Verdad como «carente de cualquier asidero» pues en esos días las medidas de seguridad se extremaron y se reforzó “la custodia de las instituciones estatales. Fue así como varios declarantes manifestaron que un grueso contingente de las fuerzas del orden, prestaba vigilancia en las instalaciones de la morgue.”

En esas circunstancias, como hay prueba de que al menos dos personas fueron desaparecidas y otra ejecutada, como hay evidencia de un manejo sospechoso de la escena de los hechos, es razonable temer que algo semejante pudo suceder con esas otras nueve personas, cuyo paradero hoy se desconoce y que quedaron bajo la custodia del Estado. Siguiendo entonces la doctrina del caso Velázquez Rodríguez, reiterada en muchos casos ulteriores, la carga de la prueba se invierte: es el Estado colombiano quien debe probar que no tuvo nada que ver con la desaparición de esas personas. Mientras no lo haga, para el derecho internacional y para el sentido común, también esas nueve personas están desaparecidas y el Estado colombiano debe igualmente responder por ellas.

La confusión del estándar probatorio

En ese sentido, la objeción de Nieto Loaiza, tanto en el escrito de respuesta como en declaraciones o en escritos de prensa, de que no hay prueba judicial interna y directa definitiva de que agentes de Estado hubieran desaparecido a las 12 personas, es equivocada jurídicamente, pues traslada los estándares probatorios de un proceso penal a los estándares probatorios distintos de un tribunal de derechos humanos, que juzga la responsabilidad de un Estado y no la culpa criminal de un individuo.

La confusión no es menor por lo siguiente: es razonable sostener que si un juez penal tiene alguna duda de que una persona salió o no con vida del Palacio, entonces no podría condenar penalmente por esa desaparición a algún militar procesado, pues la Fiscalía no habría probado todos los elementos del crimen. Y quedaría entonces a favor del procesado la duda de si esa persona pudo morir en el enfrentamiento militar, pero haber sido inhumada precipitadamente en la fosa común del cementerio del sur, en donde fue

encontrada una de las desaparecidas, la señora Ana Rosa Castiblanco.

(Eso no es probable, pues se hicieron exhumaciones y pruebas de ADN con la mayor parte de esos cuerpos y se contrastaron con los familiares de los desaparecidos, y sólo se pudo identificar a la señora Castiblanco. La mayor parte de los demás cuerpos identificados correspondieron a guerrilleros que participaron en la toma. No es pues probable que los cuerpos de los otros desaparecidos de la cafetería hubieran sido inhumados en esa fosa común, pero no existiendo prueba clara de que salieron vivos del Palacio, esa hipótesis no puede ser excluida)

Ahora bien, frente a la responsabilidad del Estado en materia de derechos humanos, la situación es distinta. Pues es claro que i) esas personas estaban en el Palacio, ii) que la Fuerza Pública y las autoridades tomaron control total del sitio, iii) que no se volvió a saber nada de esas personas, y que iv) en ese evento hubo desapariciones. Por ende, si el Estado colombiano no prueba qué pasó con esas personas, entonces es responsable internacionalmente de esas desapariciones.

El ataque a las decisiones judiciales internas y al informe de la Comisión de la Verdad

La única forma en que Colombia podía entonces evitar o morigerar una condena por los desaparecidos del Palacio era mostrando que su justicia había actuado eficazmente para esclarecer qué paso con esas personas. Y que igualmente el Estado había hecho otros esfuerzos por esclarecer esos hechos, como lo es por ejemplo el informe de la Comisión de la Verdad. Colombia tiene cosas que mostrar en este aspecto, pues la justicia colombiana, aunque en forma tardía, ha actuado. Pero en vez de adoptar esa estrategia, que era la única sensata jurídicamente y digna humanamente, el escrito de defensa de Colombia se dedicó a criticar la labor de la justicia colombiana...

Fuera de que es una ofensa a las víctimas y un atentado a la verdad histórica, el resultado jurídico de esa estrategia es claro: el escrito de Nieto Loaiza garantiza la condena de Colombia en la Corte IDH, no sólo por los análisis probatorios y de responsabilidad que sintetice anteriormente, sino además porque el tribunal le cuestionará el cambio de estrategia: anteriormente Colombia había pedido a la Comisión IDH que dejara actuar a su justicia y ahora cuando ésta actúa, entonces cuestiona sus resultados... Eso obviamente afecta la buena fe procesal y es ilegítimo conforme a la llamada doctrina del "[Estoppel](#)", que se aplica en derecho internacional, y según la cual un Estado, en un proceso, no puede

contradecir, sin justificación, su anterior comportamiento. No puede pues Colombia pedir ante el sistema interamericano que su justicia actúe para luego atacar los resultados de la justicia.

Una novedosa pero equivocada tesis jurídica.

Detrás de estos errores, hay una novedosa tesis jurídica sobre la responsabilidad internacional en derechos humanos, que Nieto Loiza ha sintetizado en su [columna del pasado domingo](#) en El Colombiano.

Su tesis es que para que Colombia “sea declarada internacionalmente responsable se requieren que se den cinco conclusiones concurrentes”, que procedo a analizar pues son todas inexactas:

“1) que los presuntos desaparecidos no están entre los cuerpos calcinados y exhumados de la fosa común de Palacio y cuya identificación está pendiente”. Es falso pues es el Estado quien debe esclarecer qué pasó con las personas desaparecidas.

“2) que en proceso internacional se pruebe inequívocamente que los presuntos desaparecidos salieron vivos”. Es falso pues está trasladando el estándar probatorio del proceso penal al juicio internacional de derechos humanos, como lo expliqué anteriormente.

“3) que también quede probado fuera de toda duda que fueron desaparecidos por agentes del Estado”. Es cierto que la desaparición debe ser imputable al Estado pero la tesis es parcialmente falsa, pues traslada nuevamente el estándar del proceso penal (fuera de toda duda) al proceso internacional. Y además, el Estado puede comprometer su responsabilidad por acción de particulares, cuando estos se ven beneficiados por la inacción del Estado en prevenir o esclarecer lo que ocurrió. Y por ello, incluso si alguno de los desaparecidos del Palacio fuera encontrado en la fosa común, como sucedió con la señora Castiblanco, y que quedara claro que murió por obra del M-19, de todos modos la incertidumbre sobre su situación resultó de acciones y omisiones del Estado, como el manejo de los cadáveres, que comprometen la responsabilidad de Colombia.

“4) que si las desapariciones ocurrieron, fueron resultado de un acto del Estado y no de actuaciones arbitrarias de alguno de sus funcionarios”. Incomprensible pues no se entiende que significa que algo sea un “acto del Estado” pues obviamente una actuación de un agente estatal, aun cuando sea arbitraria, es jurídicamente un acto imputable al Estado. Me

imagino entonces que Nieto se refiere a su tesis, sostenida en otras entrevistas, de que se requiere una política de Estado, lo cual es falso pues, como lo expliqué en mi anterior entrada, una violación de derechos humanos no requiere de una política estatal.

“y 5) que además todo ello configure un hecho ilícito internacional que genere responsabilidad del Estado”. Parcialmente falso pues este requisito no es uno suplementario a los otros cuatro sino que por si mismo es suficiente para generar la responsabilidad internacional de Colombia.

En síntesis, esta novedosa tesis jurídica de Nieto Loaiza es falsa, por lo que resulta totalmente cierta una afirmación de su columna: “La desinformación y las reacciones no meditadas de algunos sí han hecho un daño enorme a la defensa del Estado”. Me imagino que es una autocrítica.

Reflexiones finales.

Este escrito de defensa de Colombia está tan desenfocado jurídicamente que surge este dilema: ¿será que el problema fue de incompetencia técnica del abogado? ¿O será que el propósito del escrito no fue tanto representar jurídicamente al Estado colombiano, incluida su rama judicial, sino otro muy diferente? ¿Será que el propósito fue usar el escenario internacional para atacar a una rama del poder (la judicial) para defender a unos militares posiblemente vinculados a unas desapariciones, cuya existencia (al menos en relación con algunas de ellas) es imposible hoy negar?

Esta duda queda porque hay ciertos apartes del escrito que parecen mucho más un alegato penal de defensa que un escrito para una instancia internacional, Efectivamente el texto está lleno de transcripciones, cuya originalidad uno puede razonablemente dudar. No puedo afirmarlo con certeza, pues no tengo la prueba, pero si uno lee el aparte del escrito en donde Nieto critica la credibilidad de un testigo, que ha afirmado la responsabilidad de ciertos militares en las desapariciones del Palacio (el señor Gámez Mazuera, pags 207 y ss), el lenguaje utilizado por Nieto es más propio de un escrito de un abogado defensor en un proceso penal, que cuestiona la credibilidad de un testigo de la Fiscalía, que el lenguaje que el propio Nieto utiliza cuando hace argumentos jurídicos más propios del derecho internacional.

<http://www.lasillavacia.com/elblogueo/dejusticia/41733/la-estrategia-de-colombia-en-la-corte-idh-por-el-palacio-de-justicia-pobr>