



República de Colombia
Corte Suprema de Justicia

Sala de Casación Penal
Sala de Decisión de Tutelas n.º 3

DIEGO EUGENIO CORREDOR BELTRÁN

Magistrado ponente

STP2907-2023

Radicación n.º 129333

Acta 59.

Bogotá, D.C., veintitrés (23) de marzo de dos mil veintitrés (2023).

ASUNTO

La Sala decide la impugnación presentada por **Magaly Mendoza Martínez** contra el fallo proferido el 10 de febrero de 2023 por la Sala Penal del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Villavicencio, que negó el amparo deprecado ante las Fiscalías Ciento Trece Delegada ante los Jueces Penales del Circuito Especializado de Villavicencio y Dieciocho Delegado ante los Jueces Penales del Circuito del Ariari, el Instituto Nacional de Medicina Legal y Ciencias Forenses y el Juzgado 124 de Instrucción Penal Militar.

Al trámite fueron vinculados las partes e intervinientes dentro de los procesos penales 60 00 567 2017 02568 00 y 94001 60 00 644 2021 00148 00.

HECHOS Y FUNDAMENTOS DE LA ACCIÓN

En su escrito de tutela **Magaly Mendoza Martínez** manifestó que las disidencias de las FARC «*se llevaron*» en contra de su voluntad a su hijo Leonel Martínez Mendoza, el 11 de septiembre de 2021, quien se encontraba en su residencia ubicada en el Barrio el Centro del Municipio de Calamar, departamento de Guaviare. Señaló que su hijo era médico y esa fue la causa de su «*desaparición*», pues los miembros del grupo armado tenían unos enfermos y necesitaban que él los atendiera.

Narró que el mismo día en que se llevaron a su hijo se pudo comunicar con él quien y éste le contó que se encontraba en el sector de La Paz, municipio de El Retorno, Guaviare, y que pronto regresaría. No obstante, desde el 11 de septiembre de 2021, no supo más de su paradero.

Indicó que el 27 de septiembre de 2021 se enteró a través de los medios de comunicación acerca del bombardeo por parte de la Fuerza Aérea Colombiana a un campamento en la zona selvática cerca a los límites con el departamento de Guainía, donde se dio de baja a 10 guerrilleros. Por ese motivo se desplazó junto a su esposo a la ciudad de Villavicencio a averiguar sobre la suerte de su hijo, pues «*esos guerrilleros se [lo] habían llevado*». Una vez en la ciudad de Villavicencio, le manifestaron que Leonel Martínez Mendoza había fallecido en el bombardeo del 27 de septiembre de 2021 y, además, «*lo estaban haciendo pasar por guerrillero*».

Señaló que le pidió a la Fiscalía Ciento Trece Especializada Contra Organizaciones Criminales que le permitieran ver el cuerpo de su hijo; sin embargo, le fue negada su solicitud puesto que éste ya había sido plenamente identificado. Asimismo, solicitó que le practicaran una prueba de ADN al cadáver, como sucedió con las familias de los otros fallecidos, pero la Fiscalía nuevamente le denegó su petición.

Adujo que el 4 de octubre de 2021, el Instituto de Medicina Legal le hizo entrega del cuerpo de quien sería su hijo y posteriormente fue trasladado por la funeraria Los Olivos hacia el municipio de Fortul, Arauca.

Destacó que el 5 del mismo mes y año, cuando se disponían a darle sepultura a su hijo, tomó una cuchilla que tenía en su poder, destapó el cajón donde estaba el cadáver, *«empecé a romper las tres bolsas en la que habían envuelto el cuerpo»*, y pudo constatar que el mismo no correspondía al de su hijo, pues al ingresar sus dedos a la boca del occiso se dio cuenta que los dientes de éste eran blancos y completos, mientras que los de su hijo eran amarillos y tenía un diente partido. Asimismo, observó que el cuerpo del fallecido no tenía un lunar al lado izquierdo del cuello en forma ovalada, característico de su descendiente.

Manifestó que decidieron enterrar el cuerpo con la tristeza de saber que no era su hijo. Por ese motivo, al regresar a su residencia en Calamar, Guaviare elevaron varias peticiones dirigidas a la Fiscalía Ciento Trece

Especializada Contra Organizaciones Criminales y al Juzgado 124 de Instrucción Penal Militar, a fin de que se ordenara la exhumación del occiso enterrado bajo el nombre de Leonel Martínez Mendoza y se estableciera su verdadera identidad a través de una prueba de ADN; no obstante, no ha obtenido una respuesta de fondo.

Agregó que con la omisión de la Fiscalía le «*están prolongando el sufrimiento*», al no conocer el paradero de su descendiente. Situación que se acentúa con la negativa de la práctica de la prueba de ADN, pues en últimas desconocen sus derechos fundamentales, en especial, los que le asisten en calidad de víctima del conflicto armado.

Por todo lo anterior, pidió que se ampararan sus garantías constitucionales y, en consecuencia, se ordene a Fiscalías Ciento Trece Delegada y Dieciocho Delegado ante los Jueces Penales del Circuito del Ariari, y al Juzgado 124 de Instrucción Penal Militar que realicen la exhumación y nueva identificación del cuerpo que se sepultó como Leonel Martínez Mendoza, a partir de una prueba de ADN.

FALLO IMPUGNADO

La Sala Penal del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Villavicencio, a través de sentencia del 10 de febrero de 2023, negó el amparo invocado por la accionante. Como punto de partida, aclaró que en este caso el derecho fundamental debatido era el de petición; sin embargo, a partir de las respuestas brindadas por las accionadas

corroboró que el Juzgado 124 de Instrucción Penal Militar emitió una respuesta de fondo a la solicitud elevada por la actora, mediante oficio del 1 de noviembre de 2022.

Advirtió que en la respuesta: i) se le informó a la demandante sobre las actuaciones que se han surtido en la indagación preliminar con radicado No. 154 que se sigue por el homicidio de su hijo; ii) se indicó acerca de las pruebas decretadas con ocasión de la solicitud que elevó el Procurador 275 Judicial I Penal quien ejerce agencia especial en el caso; iii) se entregó copia del protocolo de necropsia; y iv) se negó la practica de la prueba relacionada con la toma de muestra de ADN del cadáver de su descendiente, comoquiera que este ya se encontraba plenamente identificado, de acuerdo al informe técnico de Inspección Lofoscopia Forense No. DSM-DOR-OILF-2021010150001000535-1 conforme a NUNC/Acta de Inspección a Cadáver No. 500016000567201702568.

IMPUGNACIÓN

Fue presentada por la accionante quien reiteró los argumentos expuestos en la demanda de tutela. Como aspecto adicional, recalcó que el fallo de primera instancia no se ajustó a los hechos que motivaron la acción de tutela y tampoco llevó a cabo una correcta interpretación y examen de su pretensión. Destacó que en su calidad de víctima de conflicto armado le asiste el derecho a que se le reconozca su estatus y se garantice el acceso a la administración de justicia y la verdad sobre el paradero de su familiar.

Finalmente, consideró que con el fallo de primer grado se le ocasiona un perjuicio irremediable.

CONSIDERACIONES

De conformidad con lo establecido en el numeral 5 del artículo 1º del Decreto 333 de 2021, que modificó el canon 2.2.3.1.2.1 del Decreto 1069 de 2015, es competente esta Sala para pronunciarse sobre la presente demanda, en tanto ella involucra a la Sala Penal del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Villavicencio.

El problema jurídico a resolver se contrae a determinar si la Sala Penal del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Villavicencio acertó al negar el amparo invocado, luego de considerar que el Juzgado 124 de Instrucción Penal Militar no vulneró el derecho de petición de la accionante, pues con oficio del 1 de noviembre de 2023 dio respuesta de fondo a la petición de exhumación de cadáver, elevada por la actora.

Frente a lo expuesto, la Sala anticipa desde ya que revocará el fallo impugnado y, en su lugar, amparará los derechos fundamentales a la dignidad humana, debido proceso, derechos de las víctimas en el marco del proceso penal de la accionante. Lo anterior, pues se evidencia que a pesar de que existen serios indicios acerca de un error en la entrega del cadáver de Leonel Martínez Mendoza a su progenitora, el Juzgado 124 de Instrucción Penal Militar no abordó ese estudio en su respuesta, situación que ha

mantenido en constante quebranto las garantías de la accionante.

A efectos de desarrollar la premisa planteada, la Sala examinará la controversia a partir de los siguientes ejes temáticos: i) como aspecto preliminar, se explicarán las diferencias entre derecho de petición y postulación y su aplicación al asunto sometido a consideración. ii) En segundo lugar, se expondrán brevemente los requisitos genéricos para la procedencia de la acción de tutela contra providencias judiciales y se evaluará su verificación en el caso concreto. iii) Como tercer aspecto, se abordará en caso concreto. Para ello se recordará el marco jurídico y jurisprudencial de los derechos de las víctimas en el marco del conflicto armado; se analizará la entrega de cadáveres como componente de la reparación integral; se estudiará la situación concreta de la actora; y, finalmente, se emitirán las decisiones tendientes a superar la vulneración de las garantías fundamentales.

1. Cuestión preliminar: derecho de postulación y derecho de petición.

La Corte ha señalado que cuando los sujetos procesales presentan peticiones ante autoridades judiciales en el curso de actuaciones donde se encuentren vinculados, la falta de resolución de las mismas desconoce el derecho al debido proceso, en su manifestación del derecho de postulación, y no el de petición.

Ello es así porque, cuando se solicita a un funcionario judicial que haga o deje de hacer algo dentro de su función, él está regulado por los principios, términos y normas del proceso; en otras palabras, su gestión está gobernada por el debido proceso.

En ese mismo sentido, impera precisar que la omisión del funcionario judicial en resolver las solicitudes formuladas por las partes o intervinientes, propias de la actividad jurisdiccional, configura una violación al debido proceso y al acceso de la administración de justicia, en la medida en que dicha conducta, a desconocer los términos de la ley sin motivo razonable, implica una dilación injustificada al interior del trámite judicial, la cual está proscrita por el ordenamiento.¹

1.1. En esta oportunidad se advierte que el Tribunal de primer grado estimó que el derecho en disputa era el de petición, toda vez que la parte actora indicó en su escrito que había presentado diversas peticiones, las cuales no fueron resueltas de fondo.

Sobre este punto, la Sala reitera que las diversas peticiones a las que hizo alusión **Magaly Mendoza Martínez** corresponden a las postulaciones formuladas el 16 de diciembre de 2021, 28 de junio, y 25 de julio de 2022, las cuales fueron presentadas dentro de la acción penal que adelanta la justicia penal militar por la muerte de su hijo Leonel Martínez Mendoza, identificada con radicado n° 154,

¹ C.P., arts. 29 y 229 y CC T-377 de 2000.

en averiguación de responsables. Además, en esa causa el Juzgado 124 de Instrucción Penal Militar declaró a **Magaly Mendoza Martínez** como parte civil en la actuación, mediante auto del 31 de diciembre de 2021.

En ese sentido, resulta evidente que el derecho debatido no es el de petición como lo expresó el Tribunal de Villavicencio, sino que corresponde al debido proceso, en su manifestación del derecho de postulación. Ello, debido a que lo que se reclama es la resolución de una solicitud en un diligenciamiento penal, donde la accionante está debidamente vinculada como parte civil.

2. Procedencia de la acción de tutela contra providencias judiciales.

Esta Corporación ha sostenido² de manera insistente, que este instrumento de defensa tiene un carácter estrictamente subsidiario y como tal no constituye un medio alternativo para atacar, impugnar o censurar las determinaciones expedidas dentro de un proceso judicial o administrativo.

Sin embargo, también ha indicado que **excepcionalmente** esta herramienta puede ejercitarse para demandar el amparo de un derecho fundamental que resulta vulnerado: cuando en el trámite procesal se actúa y resuelve de manera arbitraria o caprichosa, o en aquellos eventos en

² CSJ STP8641-2018, 5 jul 2018, Rad. 99281; STP8369-2018, 28 jun 2018, Rad. 98927; entre otros

los cuales es expedido un mandato judicial desbordando el ámbito funcional o en forma manifiestamente contraria al ordenamiento jurídico, esto es, en el evento en que se configuren las llamadas *causales de procedibilidad*, o en el supuesto que el mecanismo pertinente, previamente establecido, sea claramente ineficaz para la defensa de las garantías constitucionales, caso en el cual, procede como dispositivo transitorio, con el fin de evitar un perjuicio de carácter irremediable.

De esta manera, la acción de tutela contra decisiones judiciales presupone la concurrencia de unos requisitos de procedibilidad que consientan su interposición: generales³ y especiales⁴, esto con la finalidad de evitar que la misma se convierta en un instrumento para discutir la disparidad de criterios entre los sujetos procesales y la autoridad accionada, contrariando su esencia, que no es distinta a denunciar la violación de los derechos fundamentales.

³ Según lo expuso por la Corte Constitucional en Sentencia C-590 de 2005, los requisitos generales de procedencia excepcional de la acción de tutela contra providencias judiciales son: (i) *que la cuestión que se discuta tenga relevancia constitucional*; (ii) *que se cumpla con el presupuesto de subsidiariedad que caracteriza a la tutela*; (iii) *que se cumpla el requisito de inmediatez*, (iv) *cuando se trate de una irregularidad procesal, ésta debe tener un efecto decisivo en la sentencia que se impugna*; (v) *que la parte actora identifique de manera razonable tanto los hechos que generaron la vulneración, y* (vi) *que no se trate de sentencias de tutela*.

⁴ En lo que tiene que ver con los requisitos de orden específico, el órgano de cierre constitucional en la misma providencia los clasificó en: (i) *defecto orgánico*; (ii) *defecto procedimental absoluto*; (iii) *defecto fáctico*; (iv) *defecto material o sustantivo*; (v) *error inducido*; (vi) *decisión sin motivación*; (vii) *desconocimiento del precedente* y (viii) *violación directa de la Constitución*.

2.1. Descendiendo al caso bajo análisis, se tiene que **Magaly Mendoza Martínez** se duele de la falta de resolución de fondo de las solicitudes elevadas ante las autoridades judiciales accionadas, por medio de las cuales pidió la exhumación del cadáver que fue sepultado como Leonel Martínez Mendoza, a fin de que se practique una prueba de ADN y se determine con certeza de que se trata de su hijo.

La Sala destaca que en este caso se evidencia una decisión emitida por el Juzgado 124 de Instrucción Penal Militar, por medio de la cual se negó la postulación elevada por la actora, concretamente en el auto del 31 de diciembre de 2021. En ese sentido, lo primero que debe verificarse es la procedencia de la acción de tutela contra dicha determinación.

2.2. En ese orden, se establece que en este caso se cumplen los requisitos genéricos de procedibilidad de la acción, en tanto resulta indudable que el asunto bajo estudio reviste relevancia constitucional, pues se discute la garantía al debido proceso y los derechos de las víctimas en el marco del proceso penal en la justicia penal militar. Asimismo, se establece que la parte accionante identificó de forma razonada los hechos que generan la vulneración. Y, no se ataca una decisión de tutela.

2.3. En lo que tiene que ver con los requisitos de inmediatez y subsidiariedad, la Corte Constitucional ha precisado que su análisis se flexibiliza cuando se está de cara

a un sujeto de especial protección constitucional,⁵ para lo cual es necesario evaluar todas las *condiciones de debilidad, vulnerabilidad e indefensión del peticionario*.⁶

2.4. En el caso evaluado, la Sala encuentra que si bien transcurrió un término de 13 meses desde la emisión de la decisión cuestionada – 31 de diciembre de 2021- y la fecha de interposición de la acción de tutela – 31 de enero de 2023⁷- este término resulta razonable, teniendo en cuenta que la accionante se reconoce como víctima del conflicto armado y frente a ella se exige una protección especial.

Aunado a lo anterior, el caso ofrece elementos que permiten colegir el grado de afectación que ha padecido la accionante con el presunto secuestro y muerte de su hijo, en el marco del conflicto armado, a lo que se suma la entrega presuntamente equivocada de su cuerpo. Hechos que no puede pasar por alto esta Corporación a la hora de evaluar los presupuestos genéricos de procedibilidad de la acción, pues ante la magnitud de las afectaciones y la posible falla por parte de las autoridades judiciales en la diligencia de entrega, prevalece la necesidad del análisis de fondo del caso.

2.5. En cuanto a la subsidiariedad, debe recordarse que esta Sala de Tutelas ha sostenido de manera reiterada que la acción de tutela no resulta procedente cuando se trata de procesos en curso, pues dentro de las actuaciones judiciales

⁵ CC- T-169 de 2019

⁶ *ibídem*

⁷ Fecha de acta de reparto de la acción de tutela en primera instancia.

las partes cuentan con las herramientas para discutir sus alegatos en la actuación judicial.

No obstante, también se ha dicho que el juez constitucional está autorizado para inmiscuirse en el análisis de fondo de un asunto en curso, en los eventos en que se advierta una situación de tal magnitud que haga necesaria su intervención excepcional e inmediata para remediarla. O en los casos cuando el objeto de debate no compromete aspectos medulares del proceso penal, que deban ser debatidos en momentos posteriores.

En esta oportunidad nos encontramos frente a la primera hipótesis descrita en el párrafo anterior, ya que **Magaly Mendoza Martínez** pone de presente la trasgresión de los derechos en su calidad de víctima tanto del secuestro como el homicidio de su hijo por parte de actores ilegales y legales, en el marco de una confrontación armada.

En ese orden, no resulta razonable ni proporcionado exigir a la actora que agote todas las instancias del proceso penal que se sigue en la jurisdicción penal militar, a fin de garantizar sus derechos como víctima, cuando su reclamo obedece a una garantía del componente de verdad que puede ser solventado con la anuencia del juzgado de instrucción, desde las fases primigenias del proceso. Tampoco se muestra acertado exigir a la actora que siga reclamando dentro el proceso penal, cuando ya se dio un pronunciamiento de parte de la autoridad accionada que negó su postulación.

Ahora, si bien no se aprecia que la actora haya promovido los recursos contra el auto del 31 de diciembre de 2021 proferido por el Juzgado 124 de Instrucción Penal Militar, lo cierto es que tampoco se evidencia una completa inactividad en el reclamo de sus derechos, pues en las fechas de 28 de junio y 15 de julio de 2022, reiteró la solicitud al juzgado de instrucción. Asimismo, la señora **Mendoza Martínez** ha estado en contacto constante con el Procurador 275 Judicial I Penal quien fue designado como agente especial en el caso, según lo manifestó al despacho ponente de esta decisión.⁸ Delegado que también elevó solicitudes probatorias dentro de la indagación n° 154. Lo anterior da cuenta que el reclamo de la actora ha estado vigente en el tiempo y esta ha buscado distintas herramientas dentro del proceso penal para lograr la satisfacción de sus derechos; sin embargo, hasta ahora no lo ha logrado.

Ante este panorama, la tutela resulta procedente para analizar el reclamo propuesto por la parte accionante.

3. Caso concreto

3.1. Derechos de las víctimas en el marco del proceso penal.

3.1. La garantía de los derechos de las víctimas en el marco de los procesos judiciales está consagrada en distintos

⁸ El despacho ponente de comunicó vía telefónica con la accionante el 22 de marzo de 2023, a fin de aclarar algunos puntos de la solicitud de amparo.

instrumentos del derecho internacional de los derechos humanos y en la legislación colombiana. Remitiéndonos al plano internacional, se tiene que, por ejemplo, la Convención Americana de Derechos Humanos establece en su artículo 25⁹ la garantía que tiene todo ciudadano de acceder a un recurso efectivo ante las autoridades judiciales a fin de obtener la salvaguarda frente a violaciones de sus derechos fundamentales. Y el Pacto de Derechos Civiles y Políticos que en su literal literal a) del numeral 3º del artículo 2º, consagra la prerrogativa de un recurso efectivo, entre otros.

En cuanto al derecho a la verdad, justicia y reparación, el Conjunto de Principios para la protección y la promoción de los derechos humanos mediante la lucha contra la impunidad, proclamados por la Comisión de Derechos Humanos ONU en 1998, llenó de contenido estos preceptos, en la medida en que indicó que a las víctimas les asisten los siguientes derechos: a) el derecho a saber qué paso. Categoría que abarca no solo el ámbito individual sino colectivo. b) El derecho a la justicia que incluye la existencia de un recurso eficaz, justo y a la reparación. En este último

⁹ Artículo 25. Protección Judicial. 1. 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.

2. Los Estados partes se comprometen:

a.) a garantizar que la autoridad competente prevista por el sistema legal del Estado decidirá sobre los derechos de toda persona que interponga tal recurso;

b.) a desarrollar las posibilidades de recurso judicial, y

c.) a garantizar el cumplimiento, por las autoridades competentes, de toda decisión en que se haya estimado procedente el recurso.

tópico se identifican medidas de restitución, indemnización y readaptación. Y, c) la garantía de no repetición.

En lo que tiene que ver con la legislación interna, los derechos de las víctimas encuentran asidero en la Constitución Políticas en los artículos 93 – interpretación y aplicación de tratados sobre derechos humanos-; 250, numerales 6 y 7 – deberes de la Fiscalía frente a las víctimas-; 1- principio de dignidad humana-; 229 – acceso a la administración de justicia- entre otros.

En el mismo sentido, la jurisprudencia constitucional ha señalado que la garantía de los derechos a la verdad, justicia y reparación de las víctimas constituyen una obligación del Estado, el cual debe garantizarse en todos los procesos judiciales. En ese sentido, ha dicho:¹⁰

«El Estado debe asegurar a las víctimas la posibilidad de intervenir en los procesos judiciales, mediante mecanismos efectivos, suficientes y apropiados, para la protección de sus derechos. Por lo tanto, en la medida en que el derecho a un recurso judicial efectivo supone el cumplimiento del debido proceso, aquellas tienen derecho a acudir ante un juez competente, considerada la naturaleza de los hechos que dan lugar a la actuación, los daños causados y los reclamos planteados. Solo así se les asegura la idoneidad para atender las correspondientes demandas y reconocer sus derechos a la verdad, la justicia, la reparación y las garantías de no repetición.»

La jurisprudencia constitucional también ha señalado que, en el marco del sistema penal acusatorio, las víctimas, como intervinientes y durante toda la actuación “*tienen derecho a recibir un trato digno y respetuoso*”, en los siguientes términos:

¹⁰ CC SU-190-2021

“a la Fiscalía le corresponde, de conformidad con las disposiciones previstas en la Ley 906 de 2004, una comunicación efectiva con las víctimas, en tanto se le asigna competencias específicas en virtud de las cuales se busca materializar sus derechos. Esta circunstancia representa una relación de interdependencia entre la Fiscalía y las víctimas que se manifiesta con claridad en la etapa de indagación. En esta fase, se presenta un primer acercamiento a los hechos penalmente relevantes y, en uso de las herramientas legales dispuestas para los actos de investigación, la Fiscalía deberá lograr el mayor conocimiento posible de los hechos acontecidos, a la par que deberá asegurar la atención, protección y efectiva intervención de las víctimas. Ha manifestado la Corte que, para cumplir con estos deberes legales, la Fiscalía debe alcanzar una comunicación previa, constante y activa con las víctimas, a efectos de que puedan ejercer sus derechos de forma efectiva [...].

El contexto normativo y jurisprudencial traído a colación, hace parte de los amplios desarrollos que en materia de protección a los derechos de las víctimas se han proferido tanto en la legislación interna, como en el ámbito internacional.

Ahora, para lo que nos interesa al caso concreto, se tiene en el marco del proceso penal militar, el artículo 194 de la Ley 1407 de 2010, Código de Procedimiento Penal Militar, consagra los derechos de las víctimas, entre ellos: *«a) A recibir, durante el procedimiento, un trato humano y digno; (...) c) A una pronta e integral reparación de los daños sufridos, a cargo del autor o partícipe del injusto; d) A ser oídas y a que se les facilite el aporte de pruebas; e) A recibir desde el primer contacto con las autoridades y en los términos establecidos en este Código, información pertinente para la protección de sus intereses y a conocer la verdad de los hechos que conforman las circunstancias del injusto del cual han sido víctimas; (...) i) A recibir asistencia integral para su recuperación en los términos que señala la ley;»*

Las anteriores garantías deben ser observadas y aplicadas por las autoridades de la jurisdicción penal militar en igualdad de condiciones a la justicia ordinaria, pues, en todo caso, responden a la obligación que tiene el Estado colombiano desde sus distintas ramas del poder público, especialmente las que administran justicia, de garantizar la realización de los derechos de las víctimas.

3.2. La entrega de cadáveres como componente de la reparación integral.

La entrega de los cuerpos de las personas desaparecidas, que se han separado del núcleo social y familiar por cuenta del conflicto armado, tiene especial relevancia en la realización de los derechos de las víctimas a la verdad y a la reparación integral.

Sobre este punto, la Corte Interamericana de Derechos Humanos, en sentencia del 22 de noviembre de 2000,¹¹ en caso de víctimas de homicidio y desaparición de sus restos, advirtió que el derecho a la verdad para ellos implica que sepan lo que sucedió y sus responsables, y esta verdad hace parte de la garantía a la reparación de la que son acreedores. Asimismo, sostuvo que **«en caso de homicidio, la posibilidad de los familiares de la víctima de conocer dónde se encuentran sus restos, constituye un medio de reparación y, por tanto, una expectativa que el Estado debe satisfacer a los familiares de la víctima y a la sociedad como un todo.»**¹² (Negrilla fuera de texto original).

¹¹ Caso Bámaca Velásquez vs Guatemala.

¹² Cr. CC-SU-915-2013

Por su lado, la Corte Constitucional en sentencia T-129 de 2022, recordó que la *«búsqueda, localización y liberación de la persona desaparecida o la restitución de sus restos, en caso de haber fallecido»* hace parte de los medios de reparación para las víctimas indirecta de este delito, pues el derecho a la reparación comprende todos los daños ya sean materiales y morales. Lo anterior quiere significar que aparte de las medidas de reparación convencionales, frente a los afectados de desaparición forzada, tiene gran *«preponderancia la restitución y entrega de los restos de la víctima directa como una medida de protección de sus derechos fundamentales.»*

3.4. Hechos relevantes en el caso concreto.

Una vez esclarecido el contexto normativo y jurisprudencial bajo el cual se resolverá el caso concreto, la Sala empieza por recordar que el Juzgado 124 de Instrucción Penal Militar adelanta indagación preliminar en averiguación de responsables bajo el radicado n° 154, con el propósito de determinar si hay o no lugar al ejercicio de la acción penal. Lo anterior, como consecuencia del informe rendido producto de la operación conjunta desarrollada el 27 de septiembre de 2021 por parte de la Fuerza Aérea Colombiana, en donde se dieron de baja a 18 integrantes del Grupo Armado Ilegal Residual - GAOR - Armando Ríos.

Se destaca que dentro de los cuerpos sin vida se reportó a Leonel Martínez Mendoza, quien se identificaba con la cédula de ciudadanía n° 1.118.557.944, el cual fue

identificado a partir del Informe Pericial de Necropsia N° 2021010150001000535 del 29 de septiembre de 2021, realizado en la Unidad Básica de Villavicencio – Meta.

En dicho protocolo de necropsia se establece como manera de la muerte «*violenta – homicidio*», se describen los hallazgos del cadáver y se describen como señales particulares un lunar ovalado de color café con 5x2.5 cm, ubicado en la «*región esternocleidomastoidea izquierda*».

A la par, se tiene que la Fiscalía General de la Nación bajo el número de noticia criminal 940016000644202100148, conoció acerca de la denuncia instaurada por la hoy accionante, con ocasión al secuestro de su hijo Leonel Martínez Mendoza, quien habría sido retenido por un grupo armado disidente de las FRAC, desde el 11 de septiembre de 2021.

En lo que tiene que ver con actuación ante la justicia penal militar, se tiene que el Juzgado 124 de Instrucción Penal Militar reconoció como parte civil a **Magaly Mendoza Martínez**, mediante auto del 31 de diciembre de 2021. Y en la misma determinación negó la solicitud de práctica de prueba de ADN, que había sido solicitada previamente por el defensor de la hoy accionante el 16 de diciembre de 2021.

En esa petición, que luego fue reiterada el 28 de junio y 15 de julio, el abogado de la accionante advirtió que el cuerpo que recibió **Magaly Mendoza Martínez** y al que le dio sepultura, no correspondería al de su hijo, ya que el cadáver

i): no tenía lunar en el lado izquierdo del cuello; ii) los dientes del difunto eran blancos y parejos, mientras que los de Leonel Martínez Mendoza eran de color amarillento y uno de ellos estaba partido. En la misma señaló que fue a través de la propia observación de la madre del occiso, que se lograron identificar estos hallazgos en el cuerpo entregado. Por lo anterior, entre otras cosas, pidió:

«Se ordene la exhumación de los restos del cuerpo que fue inhumado como LEONEL MARTÍNEZ MENDOZA, en el CEMENTERIO CENTRAL DE ARAUCA. (...)

Se ordene una nueva identificación plena del cuerpo inhumado como LEONEL MARTINEZ MENDOZA por medio de identificación genética a través del cotejo de muestras biológicas tomadas del señalado cuerpo y de la señora MAGALY MENDOZA MARTINEZ, madre de la víctima.

Se ordenes que se tome muestra de ADN a la señora MAGALY MENDOZA MARTINEZ, con el fin del cotejo.»

En la respuesta brindada por parte del Juzgado 124 de Instrucción Penal Militar - auto del 31 de diciembre de 2021- se indicó que la solicitante *«no acompaña argumentación alguna relacionada con la pertinencia, conducencia u utilidad del decreto de la pericia.»* Acto seguido, resaltó que: *«de acuerdo con el informe del Instituto Nacional de Medicina Legal y Ciencias Forenses la identificación del feaciente del cuerpo de LEONEL MARTÍNEZ MENDOZA ya tuvo lugar, siendo precisamente esta identificación parte fundante de la legitimación en la causa de la poderdante (...)*»

Conforme a estos antecedentes, la Sala destaca que la decisión del Juzgado accionado no abordó el punto medular de la reclamación de la actora. Esto es así, pues el análisis de la autoridad accionada se centró en la identificación del

cuerpo de Leonel Martínez Mendoza, lo cual queda claro que sí tuvo lugar según protocolo de necropsia de Medicina Legal; pero no analizó la posible equivocación a la hora de entregar el cuerpo a sus familiares, donde al parecer se presentó una falla por parte de las autoridades convocadas que intervinieron en ese trámite.

A esta conclusión se llega, pues la accionante ofrece dos indicios que darían cuenta que los restos mortales por ella recibidos no son los de su descendiente. Concretamente, las diferencias en la dentición del cadáver y la ausencia del lunar en el lado izquierdo del cuello del cuerpo. Este último hallazgo cobra especial importancia, pues el mismo dictamen de necropsia describe esta señal en el cuerpo identificado como Leonel Martínez Mendoza. Luego, entonces, la conclusión a la que se podría arribar es que probablemente se dio una confusión en la entrega del cuerpo correcto a **Magaly Mendoza Martínez.**

En este escenario es claro que la accionante no acompaña su dicho con mayores elementos de convencimiento que su propia observación al cadáver; no obstante, no se aprecian razones para no darle crédito a su dicho. De una parte, pues ninguna de las accionadas rebatió estos argumentos. Y, de otro lado, el contexto en que ocurrieron los hechos y las acciones que ha desplegado la accionante con posterioridad a ellos en aras de esclarecer el hecho, muestran relato completamente genuino, propio de una víctima que no ha obtenido la verdad sobre lo sucedido y no ha alcanzado la tranquilidad.

La Sala reconoce que de cara a los compromisos adquiridos por el Estado colombiano, deben brindársele las garantías de un recurso efectivo a las víctimas tendiente que satisfagan sus derechos a la verdad, la justicia y reparación. También destaca que la accionante, tal y como se autodenomina, funge como parte civil en el homicidio de su descendiente por los cuerpos legales armados, y como víctima indirecta del delito de secuestro por parte de los grupos ilegales. Esas circunstancias son suficientes para colegir que la actora es destinataria de las garantías propias de las víctimas, que deben ser solventadas en todas las actuaciones judiciales, incluido el proceso penal militar.

De otro lado, esta Sala recordó en apartes anteriores que la entrega de los cuerpos sin vida a los familiares de desaparecidos tiene un valor altamente trascendente en la garantía de reparación de las víctimas indirectas. Y, por tanto, es deber del Estado desplegar los mecanismos para su efectivización.

Bajo este entendimiento, para la Sala resulta desacertada la solución que brindó el Juzgado 124 de Instrucción Penal Militar frente a la solicitud de exhumación elevada por **Magaly Mendoza Martínez**, pues como se dijo, en esta decisión no se abordó el fondo del debate y de otra parte se desconocieron todos los desarrollos frente a los derechos de las víctimas ya mencionados.

En este contexto resulta clara que las omisiones en el auto del 31 de diciembre de 2021 emitido por el Juzgado 124 de Instrucción Penal Militar, quebrantan los derechos de la actora, pues más allá de un carácter puramente procesal, repercuten en la vida y bienestar de una persona que ha tenido que pasar por un hecho victimizante como el aquí descrito. Dicho en otras palabras, los yerros registrados, en últimas, no le han permitido gozar del derecho a la verdad y a la reparación en un componente moral a **Magaly Mendoza Martínez**.

Por tanto, surge necesario la intervención del juez constitucional a fin de detener la vulneración de los derechos de la actora. En consecuencia, la Sala revocará el fallo impugnado y, en su lugar, amparará los derechos a la dignidad humana, debido proceso y derechos de las víctimas a la verdad y reparación.

Por tanto, ordenará al Juzgado 124 de Instrucción Penal Militar que, en el término de cinco (5) días, contados a partir de la notificación del fallo, se pronuncie de fondo frente a la solicitud de la accionante y ordene la realización de la exhumación del cuerpo enterrado como Leonel Martínez Mendoza y la posterior práctica de la prueba de ADN. Lo anterior, a fin de establecer si el mismo, efectivamente corresponde a éste. Para tal efecto, deberá adoptar las medidas administrativas necesarias para llevar a cabo la exhumación y posterior práctica de la pericia.

En mérito de lo expuesto, la **Sala de Decisión de Tutelas No. 3 de la Sala de Casación Penal de la Corte Suprema de Justicia**, administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la Ley,

RESUELVE

PRIMERO: REVOCAR el fallo impugnado y, en su lugar, **AMPARAR** por los derechos a la dignidad humana, debido proceso y derechos de las víctimas a la verdad y reparación de **Magaly Mendoza Martínez**, por las razones expuestas en este proveído.

SEGUNDO: ORDENAR al Juzgado 124 de Instrucción Penal Militar que, en el término de cinco (5) días, contados a partir de la notificación del fallo, se pronuncie de fondo frente a la solicitud de la accionante y ordene la realización de la exhumación del cuerpo enterrado como Leonel Martínez Mendoza y la posterior práctica de la prueba de ADN. Lo anterior, a fin de establecer si el mismo, efectivamente corresponde a éste.

Para tal efecto, deberá adoptar las medidas administrativas necesarias para llevar a cabo la exhumación y posterior práctica de la pericia.

TERCERO. **REMITIR** el expediente a la Corte Constitucional para su eventual revisión, conforme lo establece el artículo 32 del Decreto 2591 de 1991.

Notifíquese y cúmplase.



DIEGO EUGENIO CORREDOR BELTRÁN



MYRIAM ÁVILA ROLDÁN



GERSON CHAVERRA CASTRO

NUBIA YOLANDA NOVA GARCÍA

SECRETARIA