

NORMAS Y DIMENSIONES DE LA DESAPARICIÓN FORZADA EN COLOMBIA

TOMO I



INFORME DEL CENTRO NACIONAL DE MEMORIA HISTÓRICA

NORMAS Y DIMENSIONES DE LA
DESAPARICIÓN FORZADA EN COLOMBIA

CENTRO NACIONAL DE MEMORIA HISTÓRICA

DESAPARICIÓN FORZADA TOMO I:
NORMAS Y DIMENSIONES DE LA
DESAPARICIÓN FORZADA EN COLOMBIA

DIRECTOR GENERAL CENTRO NACIONAL
DE MEMORIA HISTÓRICA
Gonzalo Sánchez Gómez

COORDINADOR DEL PROYECTO
Carlos Miguel Ortiz

PARTE I
RELATOR DEL INFORME
Germán Lozano Villegas

ASISTENTE SENIOR
Heidi Baldosea Perea

PARTE II
RELATORA DEL INFORME
Luz Janeth Forero M.

ASISTENTES DE INVESTIGACIÓN
Leonardo Andrés Monsalve R.
Martha Patricia Perdomo

CONSEJO DIRECTIVO
CENTRO NACIONAL DE MEMORIA
HISTÓRICA

Presidente

Gabriel Vallejo López
DIRECTOR DEPARTAMENTO PARA LA
PROSPERIDAD SOCIAL

Mariana Garcés
MINISTRA DE CULTURA

María Fernanda Campo Saavedra
MINISTRA DE EDUCACIÓN NACIONAL

Alfonso Gómez Méndez
MINISTRO DE JUSTICIA Y DEL DERECHO

Paula Gaviria Betancur
DIRECTORA UNIDAD PARA LA ATENCIÓN Y
REPARACIÓN INTEGRAL DE LAS VÍCTIMAS

Felix Tomás Bata Jimenez
Blanca Berta Rodríguez Peña
REPRESENTANTES DE ORGANIZACIONES
DE VÍCTIMAS

CENTRO NACIONAL DE MEMORIA
HISTÓRICA

Gonzalo Sánchez Gómez
DIRECTOR GENERAL

ASESORES DE DIRECCIÓN
Andrés Fernando Suárez, María Emma
Wills Obregón, Patricia Linares Prieto,
Paula Andrea Ila, Luz Amanda Grana-
dos Urrea, Doris Yolanda Ramos Vega,
César Augusto Rincón Vicentes

DIRECTORES TÉCNICOS

Martha Angélica Barrantes Reyes
**Dirección para la Construcción de la
Memoria Histórica**

Álvaro Villarraga Sarmiento
Dirección de Acuerdos de la Verdad

Ana Margoth Guerrero de Otero
**Dirección de Archivos de Derechos
Humanos**

Juan Carlos Posada González
Dirección de Museo de la Memoria

Sonia Stella Romero Torres
Dirección Administrativa y Financiera

Adriana Correa Mazuera
**Coordinación Equipo de
Comunicaciones**

DELEGACIÓN DE LA UNIÓN
EUROPEA EN COLOMBIA
María Wilhelmina Josepha Van Gool
**Embajadora Jefe de la Delegación de la
Unión Europea en Colombia**

Asier Santillan Luzuriaga
**Agregado Cooperación, Gobernabili-
dad Local y Derechos Humanos,
Delegación de la Unión Europea en
Colombia**

DESAPARICIÓN FORZADA TOMO I:
NORMAS Y DIMENSIONES DE LA DESAPARICIÓN
FORZADA EN COLOMBIA

ISBN: 978-958-58167-5-6

Primera edición: febrero de 2014

Número de páginas: 296

Formato: 15 x 23cm

Coordinación editorial:

Lina María Díaz y Tatiana Peláez Acevedo, Dirección para la Construcción de la Memoria Histórica

Corrección de estilo:

Hernando Salazar Palacio

Diseño y diagramación:

Andrea Leal

Fotografías:

Portada: © Álvaro Andrés Cardona

La fotografía de portada hace parte de la serie “Padre, Hijo y Espíritu Armado”, considerada una forma de expresión y de reparación simbólica de las víctimas de la desaparición forzada en el Catatumbo, Norte de Santander, a través del arte. Fue realizada en el 2011 y ganadora del Premio Nacional de Fotografía Colombo-Suizo de la Embajada de Suiza en Colombia y el Ministerio de Cultura.

“Todos somos partes, fragmentos disociados de nosotros mismos y del pasado. Somos una unión de genes, pieles, cabellos, rostros. Estamos unidos por la urgencia de los días, armados con el sello de los años. Cada uno se cuenta y nos cuenta algo de sí mismo con sus gestos, su mirada, su semblante. Cada rostro es una historia armada. Este proyecto explora la genética de los sobrevivientes de tres familias que han vivido el horror de la desaparición forzada; los rostros de los desaparecidos se fusionan con los rostros de los vivos abordando los pensamientos e imágenes mentales de las víctimas a tal magnitud de hacerlos evidentes. Las personas no están donde está su cuerpo sino donde se les recuerde.” Álvaro Andrés Cardona

Internas:

EQUITAS, César Romero Aroca y Centro Nacional de Memoria Histórica.

Impresión:

Imprenta Nacional de Colombia

© Centro Nacional de Memoria Histórica

Carrera 6 N° 35 – 29

PBX: (571) 796 5060

comunicaciones@centrodememoriahistorica.gov.co

www.centrodememoriahistorica.gov.co

Bogotá D.C. – Colombia

Impreso en Colombia. *Printed in Colombia.*

Queda hecho el depósito legal.

Cómo citar:

Centro Nacional de Memoria Histórica. Desaparición forzada Tomo I: Normas y dimensiones de la desaparición forzada en Colombia. Bogotá: Imprenta Nacional, 2014.

Este informe es de carácter público. Puede ser reproducido, copiado, distribuido y divulgado, siempre y cuando no se altere su contenido, se cite la fuente y/o en cualquier caso, se disponga la autorización del Centro Nacional de Memoria Histórica como titular de los derechos morales y patrimoniales de esta publicación.

AGRADECIMIENTOS

El trabajo de la línea de investigación sobre desaparición forzada en Colombia contó con la valiosa interlocución de organizaciones de familiares víctimas de desaparición forzada y organizaciones defensoras de derechos humanos. Ellos no solo aportaron al equipo de investigación información y documentación fundamental, sino que enriquecieron el proceso con sus experiencias, ideas y sugerencias.

Estas organizaciones son: Asociación de Familiares de Detenidos - Desaparecidos (ASFADDES); Corporación para la Defensa y Promoción de los Derechos Humanos (Reiniciar); Corporación Madres de La Candelaria – Línea fundadora; Asociación Caminos de Esperanza Madres de la Candelaria; Asociación de Familias Unidas por un Solo Dolor (AFUSODO); Colectivo Madres de Soacha; Familiares de Desaparecidos Forzadamente por el Apoyo Mutuo (Familiares Colombia); Madres por la vida (Buenaventura); Ruta Pacífica de las Mujeres y el Movimiento Nacional de Víctimas de Crímenes de Estado (MOVICE) que nos permitió acceder a las bases de datos construidas en el marco del proyecto “Colombia Nunca Más”; Comisión Colombiana de Juristas; al Centro de Investigación y Educación Popular/ Programa por la Paz (CINEP/PPP); Escuela Nacional Sindical; Corporación Regional para la Defensa de los Derechos Humanos (CREDHOS); Coordinación Colombia Europa Estados Unidos (CCEEU); Colectivo de Abogados Luis Carlos Pérez; Corporación AVRE; Corporación Jurídica Libertad; Grupo Interdisciplinario por los Derechos Humanos; Colectivo de

Abogados José Alvear Restrepo; Equipo Colombiano Interdisciplinario de Trabajo Forense y Asistencia Psicosocial (EQUITAS); Equipo Colombiano de Investigaciones Antropológico Forenses (ECIAF); Instituto Nacional de Medicina Legal y Ciencias Forenses; Hermanas Lauritas y la Oficina de la Alta Comisionada de las Naciones Unidas para los Derechos Humanos en Colombia.

Quisiéramos agradecer a la Unión Europea, por el apoyo técnico y financiero que brindaron a la elaboración del trabajo de la línea de investigación sobre desaparición forzada.

Sin embargo, es preciso aclarar que el contenido de este informe es responsabilidad del Centro de Memoria Histórica y su equipo de investigación y no refleja la opinión de las organizaciones ni de la Unión Europea.

CONTENIDO

AGRADECIMIENTOS	7
PRESENTACIÓN	17
PARTE I: EVOLUCIÓN DE LA NORMATIVIDAD INTERNACIONAL Y COLOMBIANA SOBRE LA DESAPARICIÓN FORZADA	
MARCO CONCEPTUAL	19
A. Obligaciones de los Estados frente al sistema de protección de los derechos humanos	19
A.1. Las obligaciones en el sistema de protección de la Organización de Naciones Unidas	21
A.1.1. El Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos (1966)	23
A.1.2. El Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales	26
A.2. Las obligaciones de los Estados frente al Sistema Interamericano de Derechos Humanos	28
A.2.1. Obligaciones de los Estados miembros frente a la Carta de la OEA.....	30
A.2.2. Obligaciones de los Estados frente a la Convención Americana de Derechos Humanos	31
A.2.3. Otras obligaciones.....	33
B. El principio de legalidad y tipicidad.....	34
B.1. Principio de legalidad y su alcance en el derecho internacional según la Corte Suprema de Justicia	41
C. El bloque de constitucionalidad en Colombia como criterio para determinar e interpretar los derechos humanos	43

C.1. Concepto y contenido del bloque de constitucionalidad	44
C.2. La clasificación elaborada por la doctrina de la Corte Constitucional	47
1. PERIODO 1: 1970-1982	53
1.1. Derecho interno	53
1.1.1. La ausencia de tipificación de la desaparición forzada	53
1.1.2. La justicia de excepción y el predominio de la justicia penal militar	54
1.1.3. Mayor desarrollo normativo del delito de secuestro	62
1.1.4. Presunción de muerte por desaparecimiento.....	66
1.1.5. Conclusiones del periodo	67
1.2. Derecho regional e internacional.....	69
1.2.1. Decreto nazi “Nacht und Nebel” (Noche y Niebla) ..	69
1.2.2. Pronunciamientos de la ONU.....	70
1.2.3. Pronunciamientos de la OEA y la Comisión Interamericana de DDHH, en especial su informe de 1982	72
1.2.4. Fallos proferidos por el Comité de Derechos Humanos de la ONU y la Corte Interamericana de Derechos Humanos	75
1.2.5. Conclusiones del periodo	77
2. PERIODO 2: 1983-1994.....	82
2.1. Derecho interno.....	82
2.1.1. De la no tipificación de la desaparición forzada, los decretos de persecución al paramilitarismo, las reformas al Código Penal de 1980 y el Estatuto Antisecuestro (Ley 40 de 1993).....	82
2.1.2. Proyectos de ley fallidos para la tipificación del delito de desaparición forzada	100
2.1.3. Constitución de 1991, desaparición forzada y bloque de constitucionalidad	110
2.1.4. Conclusiones del periodo	111
2.2. Derecho regional e internacional.....	112

2.2.1. Pronunciamientos de la ONU	112
2.2.2. Pronunciamientos de la OEA	114
2.2.3. La Convención Interamericana sobre Desaparición Forzada de Personas, OEA, 1994.....	117
2.2.4. Conclusiones del periodo.....	118
3. PERIODO 3: 1995-2002	121
3.1. Derecho interno.....	121
3.1.1. Las Convivir, las medidas contra el secuestro y la tipificación del delito de desaparición forzada....	121
3.1.2. Conclusiones del periodo	142
3.2. Derecho internacional o regional	144
3.2.1. Convención Interamericana sobre Desaparición Forzada de Personas	144
3.2.2. Corte Interamericana de derechos humanos. Caso Caballero Delgado y Santana Vs. Colombia, sentencia de 8 de diciembre de 1995	153
3.2.3. Conclusiones del periodo	153
4. PERIODO 4: 2003-2012.....	157
4.1. Derecho interno.....	157
4.1.1. La desaparición forzada en aplicación: sus características, elementos y configuración. Otros delitos, jurisprudencia.....	157
4.1.2. Conclusiones del periodo	170
4.2. Derecho regional e internacional.....	170
4.2.1. Convención Internacional para la Protección de todas las Personas contra las Desapariciones Forzadas, adoptada en Nueva York el 20 de diciembre de 2006	171
4.2.2. Corte Interamericana de Derechos Humanos en el caso de los 19 comerciantes Vs. Colombia, 5 julio de 2004.....	180
4.2.3. Corte Interamericana de Derechos Humanos, caso de la Masacre de Mapiripán Vs. Colombia, 15 de septiembre de 2005	183
4.2.4. Corte Interamericana de Derechos Humanos, caso Masacre de Pueblo Bello Vs. Colombia, 31 de enero de 2006.....	185

4.2.5. Corte Interamericana de Derechos Humanos, caso Masacre de Ituango Vs. Colombia, sentencia de 1 de Julio de 2006.....	187
4.2.6. Corte Interamericana de Derechos Humanos, caso masacre de la Rochela Vs. Colombia, sentencia de 11 de mayo de 2007.....	189
4.2.7. Corte Interamericana de Derechos Humanos, caso Valle Jaramillo y otros Vs. Colombia, sentencia de 27 de noviembre de 2008.....	192
4.3. Conclusiones del periodo.....	193
 BIBLIOGRAFÍA	 197
 ANEXOS	 205
 PARTE II: BALANCE DE FUENTES OFICIALES Y NO OFICIALES SOBRE DESAPARICIÓN FORZADA Y ANÁLISIS CUANTITATIVOS A PARTIR DE LOS DATOS DISPONIBLES.	
 INTRODUCCIÓN.....	 243
1. ANTECEDENTES.....	246
2. BALANCE DE FUENTES.....	251
2.1. Objetivos de los sistemas de registro	252
2.2. Rangos temporales y espaciales	258
2.3. Aspectos metodológicos	261
2.3.1. Fuentes	261
2.3.2. Definición operativa de caso.....	264
2.4. Sector social	269
3. ANÁLISIS CUANTITATIVOS A PARTIR DE LAS FUENTES OFICIALES Y NO OFICIALES SOBRE DESAPARICIÓN FORZADA.....	270
4. CONCLUSIONES Y RECOMENDACIONES	284
 BIBLIOGRAFÍA	 289

PRESENTACIÓN

La desaparición forzada de personas, la cual comenzó a practicarse en Colombia desde mediados de los años 70 del siglo XX, solo se convirtió en un delito penal en el año 2000. Hasta entonces, las desapariciones forzadas se investigaban como si fueran secuestros y la opinión pública era poco consciente del fenómeno.

La escasa sanción que se ejercía en el país frente a las desapariciones forzadas era de tipo disciplinario o se derivaba de sentencias y pronunciamientos de organismos internacionales como la ONU y la OEA. Lamentablemente, la penalización de la desaparición forzada no significó la disminución del delito, el cual ha cobrado decenas de miles de víctimas en Colombia.

Sin embargo, aún no hay consenso sobre las cifras de las víctimas directas de la desaparición forzada en Colombia debido a que ese crimen solo comenzó a contabilizarse de manera sistemática a partir del año 2000. Eso implica que muchas desapariciones ocurridas antes puedan haberse catalogado como otros delitos.

Esta publicación del Centro Nacional de Memoria Histórica, realizada por Germán Lozano y Luz Janeth Forero, es un excelente instrumento para entender cómo evolucionó la legislación interna e internacional frente a la desaparición forzada y cómo se ha dimensionado este delito atroz.

Este tomo hace parte de una serie de cuatro, los cuales han sido desarrollados en el marco del proyecto "La dinámica de la desaparición forzada en Colombia (1970-2010). Una contribución a la verdad y a la memoria histórica en procura de garantías de no repetición", y responde a una primera exploración de un tema que amerita mayor profundización. El Centro Nacional de Memoria Histórica avanza con nuevos proyectos de investigación sobre el tema.



Día internacional de las víctimas de desaparición forzada, Plaza de Bolívar – Bogotá. Centro Nacional de Memoria Histórica, 2013.

PARTE I
EVOLUCIÓN DE LA NORMATIVIDAD
INTERNACIONAL Y COLOMBIANA SOBRE LA
DESAPARICIÓN FORZADA

Relator del informe

Germán Lozano Villegas

Asistente senior

Heidi Baldosea Perea

MARCO CONCEPTUAL

A. Obligaciones de los Estados frente al sistema de protección de los derechos humanos

El Derecho Internacional de los Derechos Humanos (DIDH), como categoría jurídica autónoma e independiente, se origina en un compromiso de los Estados frente a realidades incontestables de abuso y arbitrariedad propiciadas por ellos mismos a lo largo de la historia, que alcanzaron su punto más alto en la Segunda Guerra Mundial. Este contexto histórico evidencia cuál es el propósito de la consagración de unas normas específicas sobre derechos básicos, que emanan en forma directa por la simple condición de pertenecer a la humanidad: controlar el poder avasalla-

dor de los Estados, que en ejercicio de sus poderes pueden llegar a permitir, aceptar o tolerar la actuación ilícita de sus agentes o representantes, lo que ha llevado a los pueblos a buscar la reivindicación de estos mínimos mediante una lucha ininterrumpida por su conquista¹.

Aunque inicialmente el Derecho Internacional de los Derechos Humanos surgió como sistema de protección contra las arbitrariedades y excesos del poder de los Estados (y ese es su marco específico de acción, particularmente en cuanto se refiere a la determinación de la responsabilidad estatal por el incumplimiento de las obligaciones adquiridas en convenciones y tratados), modernamente las violaciones de los derechos humanos pueden atribuirse a otros aparatos organizados de poder, en cuyo caso la responsabilidad internacional se establece por dos vías distintas: (i) la tradicional de los Estados, en cuanto permitan o toleren dichas violaciones, y (ii) la individual respecto de los perpetradores, por la vía de su juzgamiento ante la Corte Penal Internacional.

A continuación se desarrollará en forma detallada la noción y contenido de las obligaciones que asumen los Estados que actúan bajo el ojo vigilante de un sistema internacional de protección de los Derechos Humanos de los individuos que lo componen, estableciendo además el porqué de la responsabilidad internacional de aquellos frente a éste por su vulneración. Acto seguido, esbozaremos la forma como el Estado colombiano asume estas obligaciones y cuáles, de acuerdo con los compromisos internacionales que ha adquirido, le corresponde cumplir, so pena de ser sancionado en cualquiera de los sistemas de protección a los que se encuentra vinculado.

Es importante aclarar antes que existen tantos sistemas de protección de derechos humanos como instrumentos internacionales que a ellos se refieren. La Organización de Naciones Unidas (ONU), por ejemplo, cuenta no solo con los respectivos Comités

1 Faúndez Ledesma, Héctor. (3ra ed.). (2004). *El Sistema Interamericano de Protección de los Derechos Humanos. Aspectos institucionales y procesales*. San José de Costa Rica: Instituto Interamericano de Derechos Humanos (IIDH), p. 3, 4, 5 y 6. Recuperado de http://www.iidh.ed.cr/BibliotecaWeb/Varios/Documentos/BD_125911109/SI_proteccion_ddhh_3e.pdf

de Derechos Humanos y de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, sino que además tiene un subsistema específico de protección de los derechos de las mujeres (CEDAW)², el Comité contra la Tortura (CAT), el Comité de los Derechos del Niño (CRC) y, en esta misma línea, al menos otros cinco subsistemas adicionales.

En esta investigación se abordarán únicamente los mecanismos más generales de protección y las obligaciones que de ellos emanan, dentro del gran sistema de las Naciones Unidas: la Declaración de Derechos Humanos, el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos y el Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales. Esto para responder a la propuesta metodológica de esbozar las obligaciones de los Estados más genéricas, de las que de acuerdo con cada instrumento adicional van surgiendo otras obligaciones mucho más específicas.

A.1. Las obligaciones en el sistema de protección de la Organización de Naciones Unidas

Después de su fundación en 1945, la ONU es la primera organización de Estados que se encarga de desarrollar instrumentos orientados a promover el respeto y garantía de los derechos humanos y las libertades básicas de los seres humanos, generando a través de ellos compromisos para que los Estados miembros no vulnere, como lo hicieron de forma reiterada durante las dos grandes guerras, los mínimos que les asisten a los miembros de la sociedad occidental. Sin embargo, la creación de la ONU no solo obedece a la intención de proteger los derechos humanos, sino también de establecer mínimos de legitimidad democrática en la organización política y actuaciones de los Estados, tal como aparece en el preámbulo de la Declaración Universal de Derechos Humanos.

El primer instrumento reconocido por la comunidad internacional es la Declaración Universal de los Derechos Humanos de 1948. Esta Declaración es el primer acuerdo político entre naciones del mundo que, con una vocación de universalidad, propende

2 Comité para la eliminación de la discriminación contra la mujer. Recuperado de <http://www.cinu.org.mx/temas/mujer/cedaw.htm>

por la obtención de unas garantías en el ejercicio de los derechos humanos, pues, a pesar de existir desde hacía ya un tiempo en el ideario del mundo occidental, las graves violaciones y atentados de la primera mitad del Siglo XX obligaron a la comunidad de países a su consagración en un instrumento específico³.

Sin embargo, la Declaración ha sido objeto de múltiples debates jurídicos, pues al ser una declaración de principios, en varias oportunidades, sobre todo en los primeros años de su vigencia, se dijo que carecía de obligatoriedad jurídica y que por esa razón los Estados parte de las Naciones Unidas no tenían obligaciones emanadas de ella que comprometieran su responsabilidad. Pese a esta situación, la aplicación de la Declaración con el tiempo derivó en su aceptación como una herramienta jurídica que obligaba a ejecutar ciertos actos por parte de los países, no como un instrumento de derecho positivo (estricto) internacional, sino de aquellos que hacen parte de las normas consuetudinarias de la humanidad⁴. La anterior conclusión no debe asumirse como el fin de la discusión sobre la naturaleza jurídica de la Declaración, pues otros autores afirman que a más de tratarse de una norma de derecho consuetudinario (*ius cogens*), se trata de un conjunto de verdaderas obligaciones generales a cargo de los Estados con el valor de normas de derecho positivo. Otros afirman que no todas las disposiciones de la Declaración tienen el mismo valor jurídico y que, por lo tanto, será obligatorio aquello que esté dentro del núcleo duro de los Derechos Humanos⁵, como los derechos a la vida, la integridad personal, la prohibición de tortura y la servidumbre; mientras que los demás derechos no generan obligaciones directas, pues no han sido recogidos aún por la voluntad política de los Estados. Un debate similar se plantea a nivel más general sobre la naturaleza jurídica de los demás instrumentos de *soft law* (de-

3 Sesenta aniversario de la Declaración Universal de Derechos Humanos. Recuperado de <http://www.un.org/spanish/events/humanrights/2008/declaration.shtml>

4 Castillo Daudí, Mireya. (2da. ed.). (2006). *Curso de Derecho Internacional de los Derechos Humanos*. Madrid: Edit. Tirant lo Blanch.

5 En este sentido, ver Carrillo Salcedo, Juan Antonio. (1999). *Dignidad frente a barbarie: la Declaración Universal de Derechos humanos, cincuenta años después*. Madrid: Edit. Trotta, D.L. y Villán Durán, Carlos. (2002). *Curso de derecho internacional de los derechos humanos*. Madrid: Edit. Trotta.

claraciones, resoluciones, principios, etc.) que resultan relevantes frente a la problemática de la desaparición forzada.

En todo caso, zanjar esta discusión es útil en la medida en que se puede dilucidar a grandes rasgos el sentido de las obligaciones que emanan de la Declaración sin pretender agotar el tema, pues implicaría una desviación del propósito central de este estudio. Lo que sí vale decir sobre la Declaración es que independientemente del valor jurídico que a ella quiera atribuírsele, esta manifestación de objetivos éticos y principios de la humanidad tuvo posteriormente una consagración positiva que sí hace parte estrictamente del Derecho Internacional Público. Los instrumentos que surgieron fueron el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos y el Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales. Ambos desarrollan independientemente los contenidos de la Declaración en dos categorías jurídicas distintas por la distancia material que hay entre una y otra. A continuación se explican las obligaciones que emanan de estos dos instrumentos para los Estados y la distinción que existe entre uno y otro por la especificidad de los derechos consagrados en cada uno.

A.1.1. El Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos (1966)

El Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos (PIDCP) se retiene en los diarios de la historia como la positivización de las libertades fundamentales de los miembros de la sociedad y los ciudadanos en ejercicio, en su mayoría inescindibles de su condición de seres humanos, respecto de los cuales se derivan unas obligaciones específicas en cabeza de los Estados. El Pacto nació a la vida jurídica internacional en 1966⁶ junto con el Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales. Estas dos normas, junto con la Declaración Universal, conforman un conjunto que se conoce como “la Carta de Derechos Humanos de las Naciones Unidas”.

6 Resolución 2200 A (XXI) de la Asamblea General de las Naciones Unidas, aprobada el 16 de diciembre de 1966.

Por revestir el carácter de tratado internacional, los Estados que lo incluyen dentro de su ordenamiento nacional adquieren automáticamente unas obligaciones que pueden llegar a acarrear su responsabilidad frente al sistema de protección que emana de este tratado.

¿Cuáles son las obligaciones que se establecen en cabeza de los Estados para darle efectivo cumplimiento a lo que se establece en el Pacto? Surgen a partir del artículo 2 del PIDCP, que se conocen como obligaciones generales de los Estados en materia de derechos humanos. Estas son las obligaciones de *garantía y respeto*, que son además el referente genérico para que los demás sistemas, ya en el plano regional, las consagren o reiteren en cabeza de los Estados.

En lo que concierne a la obligación de *respeto*, el Comité de Derechos Humanos de la ONU ha entendido en sus observaciones generales⁷ que esta es de carácter *negativo*, pues enmarca la necesidad de que los Estados, a través de sus representantes y autoridades, *no violen* los derechos que se han consagrado en el Pacto como resistencia contra el abuso del poder que cobija y protege a los individuos⁸. Esta obligación, para mayor claridad conceptual, implica que los Estados no pueden, por ejemplo con respecto al derecho a la vida, asesinar o realizar ejecuciones extrajudiciales en perjuicio de sus habitantes, ni tampoco perpetrar desapariciones forzadas sobre sus ciudadanos.

Sin embargo, y a pesar de que esta es una obligación eminentemente negativa, el Comité ha reconocido igualmente que no puede ser desligada de forma tajante de las obligaciones positivas que a continuación se explican, pues resulta evidente que no puede haber abstención en las violaciones por parte del Estado si el aparato institucional habilita dichas actuaciones.

Por esta razón se debe desarrollar el tema en conjunto con las obligaciones de *garantía* que, como se había anticipado, revisten

7 Recopilación de Observaciones Generales del Comité de Derechos Humanos de las Naciones Unidas. Recuperado de <http://www.derechos.org/nizkor/ley/doc/obgen2.html#indole>

8 Observación General No. 31 del Comité de Derechos Humanos de las Naciones Unidas, en el Periodo 80 de sesiones, 2004.

un carácter eminentemente positivo. Esta circunstancia implica que los Estados tienen el deber no solo de abstenerse de cometer violaciones, sino que además deben adecuar todo su aparato institucional para que pueda darse un goce efectivo de los derechos reconocidos en el Pacto. Es decir, esta obligación busca darle validez material a los derechos de los individuos, indicando a los Estados que deben someter sus instituciones soberanas a los mandatos de esos derechos intransigibles para que quienes son sus directos destinatarios puedan disfrutar plenamente del ejercicio de los mismos.

Con respecto a la adecuación institucional para garantizar la efectividad de los derechos, ésta no atañe únicamente a las medidas de carácter legislativo de un determinado país. La adopción de medidas de derecho interno⁹, como obligación complementaria de las dos principales, refuerza esa necesidad de que los derechos humanos no sean un simple discurso retórico, sino que tengan una consagración efectiva dentro de los ordenamientos de los Estados que ratifican el PIDCP. Pero además de una obligación para los órganos legislativos de cada país, la adecuación institucional implica a todas las instituciones que conforman el aparato estatal. Por eso es necesario que las medidas de carácter legislativo sean efectivas y se pueda garantizar que, en caso de violaciones, se cumplirá con el objetivo de investigar, juzgar y sancionar a quienes sean responsables por dichas actuaciones.

En conclusión, las obligaciones generales que emanan del PIDCP permean todos los sistemas internacionales de protección de derechos humanos y son verdaderos límites a la soberanía del Estado, pues en ningún caso podrán ser desconocidas en razón de la autonomía, dado que su ejercicio bajo esas circunstancias acarrearía el desconocimiento de los mínimos fundamentales que propenden por el aseguramiento de la dignidad de los individuos.

9 Artículo 2.2: Cada Estado Parte se compromete a adoptar, con arreglo a sus procedimientos constitucionales y a las disposiciones del presente Pacto, las medidas oportunas para dictar las disposiciones legislativas o de otro carácter que fueren necesarias para hacer efectivos los derechos reconocidos en el presente Pacto y que no estuviesen ya garantizados por disposiciones legislativas o de otro carácter. **(Lo subrayado es nuestro).**

A.1.2. El Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales

El Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales (PIDESC) es el segundo instrumento internacional de derecho positivo elaborado por la ONU, que consagra la categoría específica de derechos referida al ámbito económico, social y cultural del desarrollo de la vida de los individuos. A continuación se presentan las obligaciones que emanan de este instrumento. Se hace la salvedad de que en lo referido a las obligaciones de garantía y respeto se aplica lo expuesto para el PIDCP. Por esta razón, se hará referencia expresa a las obligaciones generales frente a este instrumento, diferentes de las de garantía y respeto, que ya fueron suficientemente desarrolladas.

Es necesario hacer alusión a la naturaleza de los derechos económicos, sociales y culturales (DESC), pues son garantías que no comparten el carácter de inescindibilidad de los seres humanos que sí tienen, en su mayoría, los derechos civiles y políticos. Se trata de una categoría de prerrogativas en cabeza de los individuos que se establecen como mínimos, ya no para su desarrollo personal integral, sino para el desarrollo en sociedad. Desde su concepción son derechos que, como lo dice el Pacto, requieren de un desarrollo progresivo y paulatino, pues al ser exigencias que trascienden la órbita personalísima de los individuos establecidas con el fin de generar cohesión y armonía social, plantean amplias dificultades en su ejecución inmediata, sobre todo porque requieren de una intervención de carácter financiero que en la mayoría de los Estados occidentales es un desafío enorme, debido a la escasez permanente de recursos. De ahí que los DESC hayan sido considerados derechos de segunda categoría, pues aunque su efectividad es esencial para el desarrollo efectivo de las libertades de los individuos, los obstáculos coyunturales que deben superar para su ejecución son tan grandes, que en ningún caso podría exigírsele a un Estado que atienda inmediatamente esas necesidades sin importar los demás aspectos de la vida institucional con los que debe lidiar.

En virtud de esa naturaleza *progresiva* y *paulatina* surgen dos categorías de obligaciones de los Estados frente a los DESC. Por

un lado, unas obligaciones de *conducta*¹⁰, que se justifican por la dificultad para el Estado de garantizar de entrada la existencia de un goce pleno y efectivo de derechos como la salud y la educación en toda la población.

Sin embargo, y a pesar de las dificultades prácticas que el efectivo goce de estos derechos pueda suscitar, el Estado asume al mismo tiempo unas obligaciones de *resultado*¹¹: No puede exonerarse de darles cumplimiento progresivo a esas exigencias so pretexto de las dificultades materiales que ese proceso le pueda representar. Por ello, debe adecuar sus instituciones para que se garantice paulatinamente el acceso a este tipo de derechos, que en su mayoría son prestacionales¹², y para que no se restrinja su acceso por ningún tipo de razón discriminatoria.

Estas últimas obligaciones están expresamente contempladas en el artículo 2 del PIDESC, en virtud del cual el Estado se compromete hasta el máximo de los recursos de que disponga a lograr progresivamente, sin distinción, la efectividad de los derechos.

Frente a la obligación de adoptar medidas para garantizar el goce efectivo de los derechos, el Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales ha manifestado que esa obligación de no discriminar está encaminada no solamente a evitar las distinciones caprichosas por parte de los agentes del Estado a la hora de establecer beneficios en cabeza de un sector de la población, sino también a proscribir las actuaciones que resulten discriminatorias por parte de los demás miembros de la población.

Respecto de la obligación de adoptar medidas, se ha entendido igualmente¹³ que a pesar de que las medidas más importantes son las de carácter legislativo, por ser esta la puerta de entrada a la adopción de muchas otras disposiciones de otra índole, no son las

10 Observación General No. 3 *La índole de las obligaciones de los Estados Parte*, Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales. Quinto periodo de sesiones. 1995.

11 Op. cit. Nota 12.

12 Entiéndase por “prestacionales” aquellos derechos que para su cumplimiento requieren de la prestación de unos determinados servicios que garanticen su efectividad. Por ejemplo, la salud necesita que una entidad, estatal o particular preste ese determinado servicio para que el derecho pueda ser efectivamente garantizado.

13 Observación General No. 3 del Comité de Derechos Económicos y Sociales de las Naciones Unidas. Cit. Nota 12. Puntos 3, 4 y 5.

únicas que le interesan a la comunidad internacional que adopten los Estados a nivel interno. En efecto, por las mismas razones que se expusieron respecto de los derechos civiles y políticos, es necesario que se adopten medidas de otra clase, como, por ejemplo, una política pública integral que garantice el establecimiento de un sistema de educación para los individuos en cierto rango de edades, subsidiado en su totalidad y prestado directamente por las autoridades estatales. Esta medida, que puede ser inicialmente concretada por una ley interna, necesita además la adecuación del sistema financiero y educativo a cargo de otros órganos del poder público para que la prestación del servicio sea efectiva y adecuada.

Dicho en otras palabras, no solo las medidas legislativas son necesarias para garantizar la efectividad de los DESC, sino que se necesita un verdadero compromiso por parte de todos los órganos del poder público, una voluntad de articulación, para que exista una materialización progresiva de tales exigencias.

A.2. Las obligaciones de los Estados frente al Sistema Interamericano de Derechos Humanos

El Sistema Interamericano de protección derechos humanos deriva de los varios instrumentos elaborados por la Organización de Estados Americanos (OEA). El sistema busca generar un aparato institucional interamericano de promoción y protección de los derechos humanos. En esta medida, los Estados miembros de la organización cuentan con un sistema general de protección que emana de la Carta de la OEA¹⁴. Este instrumento es complementado por la Declaración Americana de Derechos y Deberes del Hombre, pues no es preciso ni determinante con respecto a los derechos que son reconocidos en cabeza de los individuos miembros de los Estados americanos.

La Carta tampoco crea organismos internacionales de protección y promoción de los derechos humanos, lo que después obligó a la organización, dadas las acaloradas tensiones políticas coyun-

14 Carta de Bogotá. Reunión en Bogotá, Colombia, entre el 30 de marzo y el 2 de mayo de 1948.

turales en los territorios de los Estados, a la realización de una reunión de consulta de Ministros de Relaciones Exteriores¹⁵ para la creación de un organismo supranacional en el sistema interamericano dedicado a la protección y promoción de los derechos humanos en toda la región, llamado “Comisión Interamericana de Derechos Humanos”. La función que le fue asignada, de acuerdo con el Estatuto posteriormente proferido¹⁶, era exclusivamente la de promover los derechos humanos como organismo autónomo e independiente¹⁷. En desarrollo de esa función esencial tenía el deber de promover el cumplimiento de los derechos consagrados en la Declaración y en esta medida desarrollar actividades específicas que le dieran efectividad a esos derechos.

Por otra parte, se encuentra el Subsistema de Protección de los Derechos Humanos derivado de la Convención Americana de los Derechos Humanos. El precedente más concreto de la Convención es la Primera Conferencia Interamericana sobre Problemas de la Guerra y la Paz¹⁸. Es de resaltar que aunque se le considera un subsistema, en realidad es el verdadero corazón¹⁹ del Sistema Interamericano de Protección de Derechos Humanos (SIPDH), pues la fortaleza de la Convención y de los órganos en que se apoya para darle efectivo cumplimiento a sus preceptos es tal vez el recurso más valioso a nivel internacional con el que cuentan los individuos cuando ven vulnerados sus derechos por parte de los Estados²⁰.

Las diferencias esenciales con la Carta podrían condensarse en dos aspectos fundamentales. Mientras la Carta compromete a todos los Estados miembros de la OEA por ese simple hecho, la Convención sólo compromete a los Estados que hayan ratificado en su ordenamiento interno dicho instrumento, ya que en su cali-

15 V Sesión. Reunión de consulta. Santiago de Chile, del 12 al 18 de agosto de 1959.

16 Estatuto de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos, expedido el 25 de mayo de 1960.

17 Faúndez Ledesma, Héctor. (3ra. Ed.). (2004). *El Sistema Interamericano de Protección de los Derechos Humanos. Aspectos institucionales y procesales*. San José de Costa Rica: Instituto Interamericano de Derechos Humanos (IIDH).

18 Ciudad de México, 21 de febrero de 1945.

19 Faúndez Ledesma, Héctor. Op. Cit. Nota 20, p. 53.

20 Pacto de San José de Costa Rica o Convención Americana de Derechos Humanos, 21 de noviembre de 1969.

dad de tratado no genera *per se* efectos en el interior de cada país miembro de la organización. También se apartan en el sentido de que la Convención establece un listado o catálogo de prerrogativas que se entienden como derechos humanos y simultáneamente unos órganos subsidiarios o complementarios de protección de los mismos, mientras que la Carta en ningún lugar cuenta con elementos de similares características.

A.2.1. Obligaciones de los Estados miembros frente a la Carta de la OEA

Aunque la Carta de la OEA no es muy específica a la hora de describir las obligaciones o compromisos que les corresponden a los Estados de la OEA, sí deja alguna claridad sobre la existencia de unas obligaciones con efectos *erga omnes* (para todos los Estados miembros) por el simple hecho de pertenecer a una comunidad de países que trascienden sus fronteras. Estas obligaciones derivan de lo preceptuado por el Preámbulo, que dicta como parámetros orientadores la “solidaridad americana” y la “buena vecindad”, que redundan necesariamente en la protección de los derechos fundamentales del hombre.

Esas obligaciones generales se circunscriben a un plano de autonomía, en la medida en que son los Estados los que, según los artículos 16 y 17 de la Carta, establecen medidas para el respeto y garantía efectiva de los derechos de la persona humana. También establece la Carta unas obligaciones de abstención que limitan la actuación del Estado, en el sentido de que no pueden en ningún caso menoscabar los derechos que les corresponden a los individuos del Estado²¹.

21 Artículo 131 de la Carta: Ninguna de las estipulaciones de esta Carta se interpretará en el sentido de menoscabar los derechos y obligaciones de los Estados miembros de acuerdo con la Carta de las Naciones Unidas.

A.2.2. Obligaciones de los Estados frente a la Convención Americana de Derechos Humanos

A diferencia de la Carta de la OEA, el subsistema de protección de derechos humanos inaugurado por la Convención Americana de Derechos Humanos (CADH) establece de forma muy clara unas obligaciones y responsabilidades internacionales para los Estados que derivan de la infracción de las obligaciones de respeto y garantía contenidas en la Convención.

Los artículos 1 y 2 crean unas categorías de obligaciones perfectamente delimitadas, tomadas del importante ejemplo del PIDCP y el PIDESC de la ONU. Antes de precisar su contenido, es importante mencionar que el alcance de estas obligaciones se mide por el resultado concreto que de su ejecución deriva, no por los medios o comportamientos que desarrollan los Estados para lograr su efectividad. Se llega a esta conclusión porque toda la Convención omite la mención de los medios que deben ser desarrollados por los Estados para lograr la plena efectividad de esas dos obligaciones: la de respetar los derechos y la de adoptar disposiciones de derecho interno encaminadas a hacerlos efectivos.

En primer lugar, los países parte de la CADH tienen la obligación de respeto. Como ya se dijo, esta obligación tiene un carácter eminentemente negativo²². Implica que “el Estado y sus agentes no violen los derechos humanos establecidos en la Convención”²³. Es necesario precisar que estas obligaciones de abstención recaen exclusivamente sobre los Derechos civiles y políticos, por ser estas libertades fundamentales de los ciudadanos que por su naturaleza exigen la no intervención de parte del Estado.

En segundo lugar, la Convención establece una obligación de garantía en cuanto al efectivo y pleno ejercicio de los derechos humanos. Al igual que en el sistema del PIDCP, esta es una obligación

22 Nash Rojas, Claudio y Medina Quiroga, Cecilia. (1ª ed.). (2007). *Sistema interamericano de derechos humanos: Introducción a sus mecanismos de protección*. Santiago de Chile: Edit. Universidad de Chile, Facultad de Derecho, Centro de Derechos Humanos, p. 19.

23 Entiéndase por negativo en el plano jurídico no un acto que cause perjuicio o que sea dañino, sino un acto omisivo por parte del Estado o de cualquier otro individuo en pro de la garantía efectiva de una categoría específica de derechos.

positiva que implica que el Estado tiene “el deber de adoptar medidas que sean necesarias y que, de acuerdo a las circunstancias, resulten razonables para asegurar el ejercicio de esos derechos, e impedir la interferencia de terceros”²⁴. La Corte Interamericana de Derechos Humanos (Corte IDH) ha reiterado en varias oportunidades el contenido de esta obligación²⁵ y manifestado que tiene un contenido formal y material.

Ello implica que aunque el Estado debe adoptar medidas de derecho interno, se requiere que esas medidas cumplan con su efecto útil, lo que implica que no sólo se deben ajustar a los estándares normativos nacionales, sino que además esos estándares deben tener un cumplimiento efectivo en la realidad. En palabras de Claudio Nash: “La primera obligación del Estado es la de asegurarse que las normas internacionales operen dentro de su jurisdicción”²⁶. De lo anterior se desprende que no solo es necesario que se hagan ajustes normativos mediante el proceso legislativo, así sea esta la gran puerta de entrada al sistema, sino que se acompañen de medidas que aten o comprometan todo el aparato institucional y gubernamental en términos de políticas públicas y de decisiones judiciales idóneas para el efecto.

Entonces, la obligación de garantía, según la Corte IDH, tiene varias dimensiones: prevenir razonablemente las violaciones, investigar seriamente con los medios judiciales a su disposición, sancionar de forma pertinente a los responsables y asegurar la reparación integral de las víctimas²⁷. De esta manera el Estado da cumplimiento a la Convención y no juega el mismo papel de los criminales (no incurre en las mismas prácticas violatorias de derechos humanos), dándole prevalencia a los valores de la sociedad y del ideario latinoamericano, mientras evita caer en sanciones arbitrarias y excesivas en el ejercicio de su potestad punitiva.

Finalmente, es clara la relación estrecha que existe entre esta obligación y la de adoptar medidas apropiadas para el fin. Las

24 Faúndez Ledesma, Héctor. Op. cit. Nota 20, p. 77.

25 Ver: Velásquez Rodríguez Vs. Honduras, párrafo 166 y 167. Julio de 1988. También Consultar el Caso Godínez Cruz Vs. Honduras y el Caso Masacre de Pueblo Bello Vs. Colombia.

26 Nash Rojas, Claudio. Op. cit. Nota 25, p. 20.

27 Faúndez Ledesma, Héctor. Op. cit. Nota. 20, p. 79.

medidas que han de adoptarse deben ser de dos tipos: unas que promuevan el ejercicio de los derechos humanos y otras que propendan por la eliminación y prohibición de todas las prácticas sociales que atenten contra el contenido esencial de la Convención y los derechos humanos. Este último tipo de medidas evidencian que la obligación de garantía lleva implícita la necesidad de proscribir cualquier actividad atentatoria de los derechos humanos²⁸.

A.2.3. Otras obligaciones

A.2.3.1. Obligación de adoptar disposiciones de derecho interno

La obligación de adoptar disposiciones de derecho interno es un complemento de las obligaciones de garantía y de respeto. Supone que cuando un Estado no tiene garantizado a nivel normativo interno todo el contenido de la Convención, es su deber adoptar disposiciones para garantizarlo.

Como se esbozó antes, esta obligación no implica únicamente la adopción de medidas de carácter legislativo, pues esto llevaría al absurdo de considerar que el Estado y su institucionalidad se circunscriben únicamente al órgano legislativo, siendo ello a todas luces un exabrupto. Tampoco sustituye esta obligación la aplicación directa y absoluta de la Convención, pues su eficacia no puede estar limitada simplemente a la adopción de ciertas medidas en los ordenamientos de los Estados. Es decir, se hace “evidente que el artículo 2 no anula las obligaciones del artículo 1, que son exigibles de inmediato”²⁹.

Por último, esta obligación exige que los Estados eliminen todas las disposiciones del derecho interno que vayan en contra de lo que se establece en la Convención y además eviten la expedición

28 Por ejemplo en el caso *Barrios Altos Vs. Perú* se ve cómo los diferentes arreglos normativos que se expiden durante la época de la dictadura militar de Fujimori pretenden exonerar a los agente del Estado que violan derechos humanos y al mismo tiempo pretenden desconocer las obligaciones adquiridas en el plano regional frente a los derechos humanos.

29 Nash Rojas, Claudio. *Sistema interamericano...* Op. cit. Nota 25, p. 28.

de medidas o normas que desconozcan los mandatos de garantía y respeto que les corresponden frente a los derechos humanos.

B. El principio de legalidad y tipicidad

La necesidad previa de una descripción legal que determine a cierta conducta humana como ilícita y por ende merecedora de una pena se refiere al principio denominado de legalidad, que tradicionalmente ha sido reconocido y aceptado como inherente al Estado democrático de derecho y ligado a su nacimiento en la dinámica de demandas de garantías contra el poder de la autoridad, a tal punto que funge como límite al poder punitivo, pues intenta ceñir el ejercicio del poder público al ordenamiento jurídico, ya que “no existe facultad, función o acto que puedan desarrollar los servidores públicos que no esté prescrito, definido o establecido en forma expresa, clara y precisa en la ley”³⁰, , y como garantía individual que encuentra su efectividad en la teoría de división de los poderes: “...Establece que la intervención punitiva estatal, tanto al configurar el delito como al determinar, aplicar y ejecutar sus consecuencias, debe estar regida por el ‘imperio de la ley’ entendida esta como expresión de la ‘voluntad general’”³¹ .

Sin duda, el análisis de las garantías judiciales constitucionales cobra especial relevancia cuando se trata de su aplicación en el sistema penal, por ser precisamente este ámbito en donde más se expone el individuo al poder del Estado. Una de las características actuales del Derecho Penal es la tendencia a enmarcar su práctica dentro de las exigencias del “garantismo”³² y el cumplimiento de las exigencias de los derechos fundamentales, para lo cual el espacio propicio de desarrollo está bajo paradigmas del derecho superior constitucional. De ahí que en materia penal la Corte Constitucional haya sostenido

30 Corte Constitucional, Sentencia C-710/01 Magistrado Ponente Jaime Córdoba Triviño

31 Muñoz Conde, Francisco (2001). Introducción al Derecho Penal. Montevideo – Buenos Aires: Editorial IBdeF.

32 Ferrajoli, Luigi. (1995). *Derecho y Razón. Teoría del garantismo penal*. Madrid: Editorial Trotta S.A.

que: “Ha habido una constitucionalización del derecho penal porque tanto en materia sustantiva como procedimental, la Carta incorpora preceptos y enuncia valores y postulados - particularmente en el campo de los derechos fundamentales- que inciden de manera significativa en el derecho penal y, a la vez, orientan y determinan su alcance”.³³

El artículo 29 de la Constitución Política de Colombia establece el contenido y desarrollo de este principio informador de las actuaciones judiciales y administrativas, al señalar que: “Nadie podrá ser juzgado sino conforme a leyes preexistentes al acto que se le imputa, ante juez o tribunal competente y con observancia de la plenitud de las formas propias de cada juicio. En materia penal, la ley permisiva o favorable, aun cuando sea posterior, se aplicará de preferencia a la restrictiva o desfavorable”. Por su parte, la Declaración Universal de Derechos Humanos, el PIDCP y la Convención Americana de Derechos Humanos reafirman el principio de legalidad en términos sustancialmente idénticos, estableciendo que: “Nadie será condenado por actos y omisiones que en el momento de cometerse no fueron delictivos (...)”, mientras que la Declaración Americana prohíbe la privación de libertad por motivos y procedimientos “no establecidos por leyes pre-existentes”.

La legalidad penal tiene como base jurídica la consagración contenida en la cláusula *Nullum crimen, nulla poena sine praevia lege*³⁴, una formulación cuya descripción supone el conocimiento previo no sólo de lo que está prohibido, sino también de la sanción que la conducta prohibida acarrea, como presupuesto de la eficacia preventiva general de la norma penal. Al respecto, ha considerado la Corte Constitucional que

El principio de legalidad penal constituye una de las principales conquistas del constitucionalismo pues constituye una salvaguarda de la seguridad jurídica de los ciudadanos ya que les permite conocer previamente cuándo y por qué motivos pueden ser objeto de penas ya sea privativas de la libertad o de otra índole

33 Corte Constitucional, Sentencia C-038 de 1995.

34 Expresión latina que significa: “Ningún delito, ninguna pena sin ley previa”

evitando de esta forma toda clase de arbitrariedad o intervención indebida por parte de las autoridades penales respectivas [6].

De esa manera, ese principio protege la libertad individual, controla la arbitrariedad judicial y asegura la igualdad de todas las personas ante el poder punitivo estatal. Por eso es natural que los tratados de derechos humanos y nuestra Constitución lo incorporen expresamente cuando establecen que nadie puede ser juzgado sino conforme a leyes preexistentes al acto que se le imputa.

Además, esta garantía se asienta en cuatro exigencias que son catalogadas como sub-principios: *lex praevia*, *lex scripta*, *lex certa* y *lex stricta*. Lo primero, esto es, *previa* como el mandato de irretroactividad de las leyes penales y prohibición de leyes ex post facto o, lo que es lo mismo, que el hecho considerado delictivo debe ser considerado con anterioridad a su consumación, lo cual anula la retroactividad en materia penal, es decir, que son inadmisibles las leyes que establecen nuevos delitos o agravan su punición para aplicarse a hechos ya consolidados. Sin embargo, sí es admisible la retroactividad cuando es más beneficiosa para el encausado. Con la exigencia de una *lex scripta*, se trata de un mandato de escritura y reserva de ley en materia penal, de modo que queda excluida la costumbre como fuente de delitos y penas. Además, no sólo es necesario que la ley penal sea escrita, sino también indispensable que provenga de un órgano legitimado —legislativo— que detenta la representación popular. En lo que toca con el carácter de ley *estricta*, exige que la construcción de las leyes penales se haga en forma detallada y describiendo cabalmente. Esto se traduce en una demanda de tipicidad concreta e inequívoca, así como en la prohibición de analogía y la demanda de una tipicidad concreta e inequívoca. Y como cuarto requisito está el de ley *cierta* como el mandato de determinación o taxatividad, a la vez como fundamento en la limitación impuesta a las normas penales de acudir a normas extrapenales.

La Corte Interamericana de Derechos Humanos ha desarrollado una jurisprudencia importante sobre este principio. En el caso Castillo Petrucci, declaró:

La Corte entiende que en la elaboración de los tipos penales es preciso utilizar términos estrictos y unívocos, que acoten claramente las conductas punibles, dando pleno sentido al principio

de legalidad penal. Esto implica una clara definición de la conducta incriminada, que fije sus elementos y permita deslindarla de comportamientos no punibles o conductas ilícitas sancionables con medidas no penales. La ambigüedad en la formulación de los tipos penales genera dudas y abre el campo al arbitrio de la autoridad, particularmente indeseable cuando se trata de establecer la responsabilidad penal de los individuos y sancionarla con penas que afectan severamente bienes fundamentales, como la vida o la libertad. Normas como las aplicadas en el caso que nos ocupa, que no delimitan estrictamente las conductas delictuosas, son violatorias del principio de legalidad establecido en el artículo 9 de la Convención Americana.

A partir de estas exigencias, el principio de legalidad sustenta el desarrollo de otras garantías como la libertad de quienes no infringen la norma, la seguridad que se les imponga por el juez natural a quienes la desconozcan -el delito previamente definido en la ley-, la reserva legal en la creación de los delitos y las penas, la prohibición de la aplicación retroactiva de las leyes, la descripción taxativa de los elementos que estructuran el hecho punible y a lo inequívoco en su descripción. Así, para efectos de la presente investigación, es relevante precisar que la garantía del principio de legalidad en su expresión descriptiva estricta se traduce en el principio de tipicidad o de taxatividad penal.

En cuanto a dicha tipicidad o taxatividad, -aunque suele confundirse con el de legalidad- se trata de un sub-principio derivado de aquel según el cual “las conductas punibles deben ser no sólo previamente sino taxativa e inequívocamente definidas por la ley, de suerte, que la labor del juez penal se limite a verificar si una conducta concreta se adecua a la descripción abstracta realizada por la ley”³⁵. A partir de esa concepción puede sostenerse que la conducta misma sólo se considerará como delictiva a partir de un elemento de descripción desprovisto de carácter valorativo en una descripción abstracta, objetiva y previa en la ley, esto es, que la conducta haya sido clara y taxativamente tipificada.

35 Corte Constitucional, Sentencia C-682 de 2009. Magistrado ponente: Gabriel Eduardo Mendoza Martelo.

Es importante aclarar aquí que no debe confundirse el tipo con la tipicidad. El proceso de adecuación de una conducta con características determinadas y detalladas dentro de una fórmula legal de carácter descriptiva objetiva se llama “tipicidad” y la creación por medio de la cual el legislador discrimina las conductas penalmente relevantes de las que no lo son se llama “tipificar”. Mientras tanto, el tipo es la descripción abstracta que efectúa el órgano estatal encargado –legislativo—de una conducta concreta e individualizada dentro de una proposición constituida por dos partes: precepto y sanción.

Por lo anterior, el tipo penal es un objeto esencialmente jurídico y aunque el fenómeno social que describe puede existir con anterioridad a su tipificación, para efectos del derecho, en virtud del principio general de legalidad de los delitos y las penas, antes de que se establezca como categoría legal es como si no existiera. En otras palabras, antes del proceso de etiquetamiento por el sistema penal la conducta punible sencillamente no existe para el mundo jurídico: “Un hecho no puede considerarse delito ni ser objeto de sanción si no existe una ley que así lo señale”³⁶. Al respecto, la Corte Suprema de Justicia ha considerado que:

Los tipos o figuras penales describen o relacionan en el precepto penal una forma determinada de conducta a fin de que el juzgador, al identificarla en la acción que tiene ante sí, pueda medir el significado antijurídico de ésta, declarar la culpabilidad y la responsabilidad del agente, y, en consecuencia, pronunciar la condena. Esta necesaria confrontación es la garantía de libertad individual, pues la justicia no puede admitir elementos que el tipo no contiene, y es garantía de seguridad colectiva, ya que toda conducta adecuada a un tipo criminoso implica la atribución correspondiente, eliminando cualquier asomo de impunidad³⁷.

36 Casación, 22.11.71, Gaceta Judicial, T. CXXXIX, p. 552 Citada por la Corte Constitucional en sentencia C-996 de 2000.

37 Sentencia C-133 de 1999. MP Carlos Gaviria Díaz. Consideración de la Corte No 3

La redacción del tipo penal debe permitir la deducción clara de la conducta que se prohíbe, para lo cual el legislador en tal labor de individualización puede relacionar circunstancias objetivas y externas o circunstancias de índole subjetiva, que son concernientes al fuero interno de las personas. En este ejercicio de configuración se parte del uso de varios elementos lingüísticos descriptivos tomados del lenguaje común, como “matar” o “cosa” y otros de carácter valorativo normativo, que “se refieren por el contrario, a aquellos datos que no pueden ser, generalmente, representados e imaginados sin presuponer lógicamente una norma”³⁸. Ahora, la estructura básica del tipo penal se compone, en esencia, de cuatro elementos: los sujetos activo y pasivo, la conducta, el bien jurídico y los ingredientes especiales.

En cuanto al primero de ellos, como sujeto activo –también conocido como “sujeto agente” o “actor”—, se entiende aquella persona que lleva a cabo la conducta tipificada en la ley. La representación del sujeto activo en la estructura objetiva del tipo penal tiene como consagración, por lo general, un componente indeterminado y de carácter singular que se escribe como figura abstracta bajo la fórmula “el que” o “quien”, de modo que basta que una sola persona realice la acción. Sin embargo, en algunos casos la construcción normativa del tipo penal también contempla que los supuestos de hecho sean desarrollados con la presencia de una pluralidad de sujetos activos como elemento necesario para la configuración del ilícito, para lo cual se echa mano de expresiones descriptivas como “los que”, “las personas que” o “cuando varias personas”. Además, atendiendo a las calidades especiales del sujeto activo ciertos tipos penales deben ser ejecutados por individuos con calidades especiales.

El segundo de ellos, o sea la conducta como elemento de la estructura del tipo penal, se encuentra contenida en el supuesto de hecho de la proposición jurídica bajo la representación de una o varias inflexiones verbales o verbo rector que “aparece formando parte de una oración que se supone gramaticalmente correcta y expresa un fenómeno o un proceso en sus nociones de acción,

³⁸ Hurtado Pozo, José. Manual de Derecho Penal. EDDILI, Segunda Edición, Lima 1987. Pág. 180. Citando a Engisch, in Mezger Festschrift, p. 147.

suceso o estado”³⁹. De manera usual, la consagración de la conducta en el tipo penal corresponde a un solo verbo rector, como por ejemplo “matar” para el delito de homicidio o “apoderarse” para lo atinente al hurto. Sin embargo, existen casos en los que el legislador utiliza en su composición varios verbos rectores, para el cual basta que el agente cometa uno solo de ellos para dar cuenta de la ejecución del tipo penal. En consecuencia, existen casos en los que el legislador acude a otras formas verbales para describir la conducta ilícita y con tal condición se dice que tales verbos cumplen una función accesorio y de guía interpretativa, como es el caso del delito de Estafa (Art. 246 Código Penal/2000), en donde el verbo rector es “obtener”, pero se acude a circunstancias modales de la conducta, a través de los verbos “mantener e inducir”. Adicionalmente, en consideración a la conducta se extrae la diferencia entre los tipos penales de mera conducta o actividad y de resultado, en la medida que para los primeros es relevante solo ejecutar ciertos hechos mientras en los segundos interesa adicionalmente la cristalización de un resultado.

El tercero de ellos, el bien jurídico, al margen de los intensos debates acerca de su definición, puede tomarse como tal, siguiendo la definición de Von Liszt, el “interés vital para el desarrollo de los individuos de una sociedad determinada, que adquiere reconocimiento jurídico”⁴⁰. Los bienes jurídicos son conceptos abstractos arraigados en la realidad, cuya función particular y superior es la protección concreta de las relaciones interindividuales y sociales. El bien jurídico corresponde al norte en el examen de configuración del tipo penal por parte del legislador, que a través de él se representa qué, para qué y por qué lo protege. En este punto, resulta necesario distinguir el bien jurídico del objeto jurídico protegido en concreto, en tanto que por este último se entiende aquello sobre lo cual recae físicamente la actividad del agente, como por ejemplo el cuerpo de la víctima en el delito de

39 Ob. Cit. Velásquez, V. Pág. 342

40 Von Liszt citado por Kierszenbaum, Mariano, en “El bien jurídico en el derecho penal. Algunas nociones básicas desde la óptica de la discusión actual”, Lecciones y Ensayos, nro. 86, 2009 ps. 187-211. Recuperado de <http://www.derecho.uba.ar/publicaciones/lye/revistas/86/07-ensayo-kierszenbaum.pdf>

homicidio o la cosa mueble ajena en los supuestos de hurto, mientras que el bien jurídico lo constituirán el derecho a la vida y el derecho a la propiedad, respectivamente.

El cuarto elemento, el ingrediente especial, se refiere a una descripción adicional típica que se ajusta a la adecuación de una conducta como ilícita. Son catalogados como elementos subjetivos y normativos: los primeros cuando proceden a describir la voluntad del agente, un propósito, un ánimo, una determinación consciente y finalista de la acción o una contribución al tipo de culpabilidad (dolo o culpa), como, por ejemplo, la consigna “con ánimo de lucro”. Estos pueden aparecer en los tipos penales de manera simple (una sola intención o propósito) o de forma compuesta en donde se estipulan varias fórmulas, bien sea de manera acumulativa, que exige la concurrencia de todas las finalidades, o alternativa, cuando el agente puede optar por una cualquiera de ellas. En cuanto a los segundos, son elementos normativos del tipo aquellos que captan el sentido de la descripción del tipo una vez se ejecute una valoración de contenido jurídico-normativo o extrajurídico (ya sea que se acude a las normas jurídicas o a aspectos sociales, culturales, políticos, etc.)⁴¹.

B.1. Principio de legalidad y su alcance en el derecho internacional según la Corte Suprema de Justicia

Los alcances del principio de legalidad han experimentado un proceso de reformulación, principalmente de cara a los lineamientos del derecho internacional y los derechos humanos, situación que aunque ha generado una tensión entre estos subsistemas normativos también ha servido de incentivo para nuevos desarrollos. Un ejemplo de lo anterior lo constituye la línea reciente de la Corte Suprema de Justicia, que se fundamenta en el reconocimiento del contexto normativo del derecho penal internacional para el juzgamiento de delitos con características de crímenes internacionales (agresión, de lesa humanidad, genocidio y las infracciones graves

⁴¹ Navas Corona, Alejandro. Tipicidad y Derecho Penal (Enfoque del Código Penal Ley 599 de 2000). (Sic) Editorial. 2003

contra el derecho internacional humanitario y el derecho internacional de los derechos humanos) ante la ausencia de legislación interna⁴².

La interpretación de la Corte Suprema de Justicia ha reformulado algunos de los conceptos que se explicaron atrás, tradicionalmente explicados a la luz del derecho penal nacional. En ese sentido, con base en la nueva tendencia de la Corte Suprema de Justicia, la revisión del principio de legalidad frente a la nueva dinámica del derecho penal internacional permite, en aras de la protección de bienes jurídicos globales o comunes a todos los Estados, que dicho derecho penal internacional se pueda aplicar en los estados, independientemente de que dicha normatividad internacional haya sido incorporada al derecho interno por el desarrollo de la legislación. Esto puede redundar en cierto tipo de antinomias y dificultades interpretativas, que es necesario identificar y absolver.

Sin embargo, esta tesis jurisprudencial en favor del que se ha denominado “principio de legalidad internacional” no ha estado exenta de dificultades para su aplicación, pues los argumentos que contiene contradicen no solo las normas del derecho internacional de los derechos humanos, sino también varios pronunciamientos de la Corte Constitucional y de la Corte IDH en materia de legalidad de las leyes.

Igualmente, esta nueva dinámica de aplicación del derecho penal plantea nuevos paradigmas en lo que tiene que ver con la interpretación de dichos estándares internacionales a la luz de los derechos humanos. Por lo tanto, no solamente basta aquí con decir que el derecho penal internacional se conjuga con el derecho interno, sino que también dicha normatividad internacional debe estar acorde con las disposiciones internacionales sobre derechos humanos y en idéntica simetría, como se expuso atrás, se estructuran las relaciones entre el derecho penal y el derecho constitucional a nivel nacional. Sobre esa simetría se pronunció la Corte Constitucional Colombiana en la Sentencia C-580 de 2002⁴³.

42 Corte Suprema de Justicia. Sala de Casación Penal. Radicado 33039 Magistrado ponente: José Leonidas Bustos Martínez, Bogotá D.C., 16 de diciembre de 2010.

43 Corte Constitucional, C-580 de 2002. Magistrado ponente: Rodrigo Escobar Gil.

Aquí se presentará esa constante transformación que ha sufrido el derecho penal nacional a la luz de lo que se ha llamado la “constitucionalización del derecho penal”, en virtud de la interpretación en clave de los derechos fundamentales y los derechos humanos, así como también las nuevas tendencias del derecho penal internacional y su interpretación de conformidad con los sistemas internacionales de protección de los derechos humanos.

C. El bloque de constitucionalidad en Colombia como criterio para determinar e interpretar los derechos humanos

Una de las discusiones más importantes que se ha dado en el campo jurisprudencial y teórico es aquella en la que se debate si la Constitución, en la tarea de recopilar los valores sociales más importantes que le dan el sustrato axiológico a un Estado, ha dejado como resultado un texto acabado o inacabado. Esta breve visión nos permite adentrarnos en el tema que nos atañe: La idea de que la esencia ética y social de un Estado no puede quedar limitada a un texto estricto con declaraciones taxativas, sino que al provenir estos criterios de una sociedad con una naturaleza eminentemente dinámica, que modificará sus propios procesos sociales y normas éticas y existenciales, es necesario abrir la puerta para que el texto constitucional tenga espacio para incluir esas necesidades imperativas de los miembros del Estado, para que no encuentren allí un contenido restringido, acéfalo y carente de aplicación material.

Por las razones anteriores surge en el Consejo Constitucional francés la idea de un bloque normativo que integra de forma diáfana todas las prerrogativas que por su existencia misma corresponden a los seres humanos y que por la dificultad de abarcarlas a todas en un mismo texto es menester incluirlas mediante ficciones o cláusulas del mismo texto⁴⁴. Es así como nace la teoría del bloque de constitucionalidad, atendiendo a esa necesidad de

⁴⁴ Gutiérrez Beltrán, Andrés Mauricio. (2007). *El Bloque de Constitucionalidad. Conceptos y fundamentos*. Bogotá: Universidad Externado de Colombia, Colección de Tesis de Grado No. 48, p. 16, 17 y 18.

contemplar estas prerrogativas esenciales en la Constitución de los Estados como texto inacabado, generándose en ese sentido grandes e importantes discusiones tanto en la doctrina nacional como internacional.

Estas líneas pretenden hacer un esbozo general de la conceptualización del bloque de constitucionalidad y su aplicación en la jurisprudencia de la Corte Constitucional, con el fin de aclarar cuáles son las implicaciones de adoptar ese concepto, más allá de todas las críticas que sobre él se pudieran hacer. En primer lugar analizaremos el concepto y contenido del bloque de constitucionalidad de acuerdo con la doctrina y la jurisprudencia de la Corte Constitucional; luego determinaremos cómo esta corporación ha decidido clasificarlo y, por último, traeremos a colación las implicaciones de adoptar la teoría del bloque en el ordenamiento constitucional colombiano.

C.1. Concepto y contenido del bloque de constitucionalidad

El bloque de constitucionalidad ha sido definido ampliamente y con cierto consenso, en doctrina y en jurisprudencia, como un conjunto de normas que, a pesar de no encontrarse de manera expresa en el texto constitucional, hacen parte del mismo y se constituyen como parámetros de control constitucional sobre las normas del ordenamiento jurídico interno⁴⁵.

Normativamente, y aunque la figura no es de creación propia de nuestro tribunal constitucional, se encuentra referenciada conceptualmente en varias disposiciones de la carta política. Las dos más importantes son el artículo 93, que establece la prevalencia de los tratados y convenios que reconocen derechos humanos, y prohíbe la suspensión de las obligaciones del Estado respecto de ellos aun en estados de excepción, agregando que los derechos y deberes contenidos en la Constitución deben interpretarse de con-

⁴⁵ Arango Olaya, Mónica. *El bloque de constitucionalidad en la jurisprudencia de la corte constitucional colombiana*. Universidad ICESI. Recuperado de http://bibliotecadigital.icesi.edu.co/biblioteca_digital/handle/10906/949

formidad con esas normas internacionales de derechos humanos. La segunda disposición fundamental en la justificación de la existencia de un bloque de constitucionalidad es el artículo 214 #2 sobre disposiciones comunes a todos los estados de excepción. Allí, de forma expresa, el constituyente ha declarado que el ejercicio de los derechos humanos no puede ser suspendido ni siquiera en vigencia de situaciones excepcionales y que, en todo caso, las reglas del Derecho Internacional Humanitario (DIH) deben respetarse.

Además de estas dos disposiciones, encontramos otras dentro del mismo texto constitucional que habilitan la existencia de una serie de prerrogativas y derechos no consagrados de forma expresa, pero que de todas formas hacen parte de él. Dentro de estas encontramos el artículo 94 o la llamada *Cláusula de Derechos Innombrados*, que determina que la existencia de otros instrumentos que consagren derechos en cabeza de los miembros de la sociedad no podrán tenerse por excluidos por no estar determinados expresamente en la Carta, siempre que estos tengan la calidad de ser inherentes a la persona humana. También en este sentido, el artículo 9, 53 inciso cuarto y 101 inciso segundo, que establecen como estándares de valoración o modificación de ciertas situaciones la existencia de compromisos internacionales para Colombia en esas materias, concretamente relaciones exteriores en general, legislación en materia laboral y determinación de los límites del Estado.

Las anteriores disposiciones se citan con el fin de ratificar la idea planteada al inicio de este escrito: existen, en efecto, normas constitucionales que dan cabida no solo a la interpretación de derechos y deberes, sino a la inclusión de principios y normas que no se encuentran en la Constitución y que permiten que su contenido sea mucho más dinámico, ajustándose así a las verdaderas necesidades axiológicas y estructurales de las sociedades occidentales.

Es necesario manifestar que no es caprichosa la intención de esas disposiciones, es decir, no se da paso a la inclusión de normas, reglas y principios no contenidos en el texto porque sí. Ello tiene una razón contundente, que va más allá de la idea de interpretar los derechos y deberes de conformidad con esos instrumentos. Ellos se constituyen como límites en la actuación del juez constitucional, en la medida en que la actividad de control normativo y de amparo de derechos se ve obligada no solo al empleo exclusivo

de las disposiciones de derecho interno, sino a todos aquellos instrumentos que reconozcan valores sociales generales y derechos en cabeza de los miembros de la sociedad y que complementen las disposiciones constitucionales, para realizar dichas actividades en el ámbito concreto de actuación del operador judicial⁴⁶.

Solamente en la Sentencia C-225 de 1995 la Corte Constitucional hace un esfuerzo por sistematizar y determinar el contenido y concepto del bloque de constitucionalidad. En ella se dice que

el bloque de constitucionalidad está compuesto por 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. Son pues verdaderos principios y reglas de valor constitucional, esto es, son normas situadas en el nivel constitucional, a pesar de que puedan a veces contener mecanismos de reforma diversos al de las normas del articulado constitucional stricto sensu⁴⁷.

Esta definición dada por el alto tribunal se identifica con lo que ya hemos esbozado sobre lo que generalmente se entiende por bloque de constitucionalidad.

Adicionalmente, se ha entendido que las disposiciones constitucionales que acreditan la existencia de un bloque que integra el texto constitucional resultan ser normas de reenvío interpretativo de acuerdo a ciertas consideraciones particulares. Por ejemplo, cuando nos encontramos frente a derechos y deberes debidamente consagrados en el texto de la Carta, es el artículo 93 en su inciso segundo el que establece que en todo caso esos derechos y deberes deberán ser interpretados de acuerdo con los presupuestos dictados por el Derecho Internacional de los Derechos Humanos. Si

⁴⁶ Uprimny, Rodrigo. (2005). *El Bloque de Constitucionalidad en Colombia. Un análisis jurisprudencial y un ensayo de sistematización doctrinal*. Recuperado de http://www.dejusticia.org/index.php?modo=interna&tema=sistema_judicial&publicacion=72

⁴⁷ Sentencia C-225 de 1995. Magistrado ponente: Alejandro Martínez Caballero. Fundamento No. 12.

se trata más bien del reconocimiento de derechos en cabeza de los trabajadores, la norma de reenvío correspondiente en ese caso sería el artículo 53, en el entendido en que es éste el que establece que prevalecen los convenios internacionales en materia laboral. Estos dos ejemplos nos permiten establecer que de acuerdo con cada habilitación encontrada en el texto constitucional, se genera la integración del bloque de manera particular⁴⁸.

El asunto alcanza un grado de complejidad importante en sentencias posteriores de la Corte, pues el caso que se analizaba en la Sentencia C-225 era el de compatibilidad del Protocolo II adicional a los Convenios de Ginebra, que de acuerdo con esa teoría general no representaba mayores conflictos frente a la conceptualización de la figura. La Corte, en sentencias posteriores empieza a tratar el tema desde una división conceptual, en donde se establece que existe un bloque en sentido estricto y otro en sentido lato. Este asunto lo analizaremos a continuación.

C.2. La clasificación elaborada por la doctrina de la Corte Constitucional

La Corte Constitucional había adoptado, como ya se observó, un concepto bastante plano de bloque de constitucionalidad, sin caracterizarlo o darle toques de identidad por separado de acuerdo a ciertas condiciones específicas de los instrumentos internacionales que pueden efectivamente tener varias características divergentes, según la materia que traten. Sin embargo, el contenido de la ley de patrimonio cultural y su examen de constitucionalidad suscitaron para la Corte una enorme problemática con respecto a la conceptualización hecha sobre la figura del bloque. Por eso, se vio obligada a replantear su definición y establecer una clasificación del

⁴⁸ Podría decirse, a priori, que esta visión del bloque de constitucionalidad adopta una teoría monista, en la que el derecho internacional se debe sobreponer al derecho nacional. Sin embargo, hay desarrollos jurisprudenciales que permiten analizar el bloque de constitucionalidad desde otra perspectiva, en la que la integración normativa de las reglas del derecho internacional se hace con propósitos diferentes según sea la norma constitucional y llama a integrar el bloque a distintas normas del derecho internacional.

bloque para efectos de determinar si un instrumento internacional de acuerdo a su temática es de rango constitucional o es un simple parámetro de interpretación de las disposiciones constitucionales⁴⁹.

Así, la Corte establece los criterios de *Bloque en sentido lato* y *bloque en sentido estricto*. El sentido estricto hace referencia a las normas de derecho internacional que en efecto se integran con el texto constitucional, es decir, que tienen el mismo rango de la Constitución y, por ende, deben aplicarse en todo caso porque tienen la misma jerarquía que le asiste a la Carta⁵⁰. Dentro de estas normas podrían encuadrarse, de acuerdo con la posición esbozada por la Corte y en el desarrollo doctrinal del profesor Rodrigo Uprimny:

(i) el Preámbulo, (ii) el articulado constitucional, (iii) los tratados de límites ratificados por Colombia, (iv) los tratados de derecho humanitario, (v) los tratados ratificados por Colombia que reconocen derechos intangibles, (vi) los artículos de los tratados de derechos humanos ratificados por Colombia, cuando se trate de derechos reconocidos por la Carta, y (vi) la doctrina elaborada por los tribunales internacionales en relación con esas normas internacionales”.⁵¹

En primer lugar, encontramos el preámbulo, texto sobre el que se han tejido una gran cantidad de debates, porque a pesar de acompañar el texto constitucional, no hace parte en ningún caso del articulado del mismo. En ese sentido, compone un factor importante dentro de la Constitución por consagrar valores constitucionales de suma importancia y ser además la declaración de voluntad de los pueblos sobre el establecimiento de un Estado y los valores sociales que lo conforman.

Frente a los tratados que delimitan el territorio, se entienden estos al mismo nivel de la Constitución por una consagración específica y directa, que podemos encontrar en el artículo 101 de la

49 Sentencia C-191 de 1998. Magistrado ponente: Eduardo Cifuentes Muñoz. Análisis de constitucionalidad de algunas disposiciones de la ley 397 de 1997, sobre patrimonio cultural.

50 Sentencia C-191 de 1998.

51 Uprimny, Rodrigo. *El Bloque de Constitucionalidad en Colombia...* Op.cit, p. 9.

Carta. La Constitución misma en este caso se manifiesta sobre la prevalencia de este tipo de normas en el orden interno y, por tanto, son ellas las encargadas de delimitar los límites y fronteras del Estado. La justificación de esa consagración expresa de preeminencia radica en un hecho bastante lógico, que la determinación de los límites del Estado no puede hacerse por simple intuición, teniendo en cuenta que la constitución de los Estados fronterizos es transversal en la configuración de las fronteras propias. Por esta razón no podría, de forma caprichosa, establecer cuáles son los límites sin tener en cuenta los intereses de los vecinos de territorio.

Sobre las normas de derechos humanos, es necesario precisar que son verdaderos límites a la actuación de los Estados. El sustrato básico para impedir las violaciones y abusos por parte de los Estados en ejercicio de su poder son los derechos humanos. Es por ello que cada uno se compromete a cumplir con unos mínimos básicos que le corresponden a toda la población de un determinado país y en ese sentido se les atribuyen unas obligaciones en los diferentes sistemas de protección de derechos humanos, una de las cuales -y tal vez normativamente la más poderosa- es aquella que le indica al Estado la necesidad de ajustar su ordenamiento interno a esos presupuestos mínimos de existencia. En ese orden de ideas, el artículo 93 da validez directa y expresa a los tratados internacionales sobre derechos humanos, estableciendo su prevalencia en el orden interno y la aplicación directa que ellos tienen en cuanto a la interpretación de los derechos y deberes que se consagran en la Carta. Esto permite concluir que en efecto estas normas tienen la misma jerarquía normativa que la Constitución.

En último lugar encontramos las normas de Derecho Internacional Humanitario, que se justifican como iguales frente a la Constitución en la medida en que ellas regulan las costumbres, usos y protección a población civil en casos de conflicto armado, de carácter nacional o internacional. El artículo 214 de la Constitución abre la puerta a esta categoría de normas para que ellas se posicionen al lado de la Carta misma. Allí se establece claramente que en ningún caso, es decir, aun en un contexto de estados de excepción, las normas de Derecho Internacional Humanitario pueden suspenderse, dándoseles a éstas la misma importancia y jerarquía de la Constitución.

Por otra parte, se ha entendido por bloque de constitucionalidad en sentido lato o *lato sensu*, aquellas normas que no hacen parte de la Constitución y carecen de su misma jerarquía, pero que fungen como estándares o parámetros de interpretación de la ley ordinaria en el examen de su ajuste al ordenamiento constitucional superior. La Corte define esta forma de bloque inicialmente de la siguiente manera:

Más recientemente, la Corte ha adoptado una noción lato sensu del bloque de constitucionalidad, según la cual aquel estaría compuesto por todas aquellas normas, de diversa jerarquía, que sirven como parámetro para llevar a cabo el control de constitucionalidad de la legislación. Conforme a esta acepción, el bloque de constitucionalidad estaría conformado no sólo por el articulado de la Constitución sino, entre otros, por los tratados internacionales de que trata el artículo 93 de la Carta, por las leyes orgánicas y, en algunas ocasiones, por las leyes estatutarias⁵².

Agrega posteriormente que de acuerdo a esa definición se desprenden unas características específicas de esas consideraciones, que son:

(1) ser parámetro para efectuar el control de constitucionalidad del derecho interno; (2) tener un rango normativo superior a las leyes ordinarias (en algunos casos son normas constitucionales propiamente dichas y, en otros casos, ostentan una jerarquía intermedia entre la Constitución y la ley ordinaria); y, (3) formar parte del bloque de constitucionalidad gracias a una remisión expresa efectuada por alguna disposición constitucional⁵³.

Se tiene entonces que este es el bloque en sentido lato, por servir únicamente como parámetro interpretativo y de armonización de la Constitución a las normas de inferior jerarquía. Allí se incluirían las normas enunciadas para la caracterización del bloque en sen-

52 Sentencia C-191 de 1998, p. 17.

53 Op. cit., p. 18.

tido estricto, en lo que a interpretación puedan referirse esos instrumentos, agregando además las leyes estatutarias y las leyes orgánicas proferidas por el órgano legislativo en lo correspondiente⁵⁴.

Falta agregar el porqué de la inclusión de las leyes estatutarias y orgánicas dentro de un criterio que sirve para integrar o, por lo menos, interpretar la Constitución. La Corte ha establecido estas dos normas de carácter inferior a la Constitución como parámetros de interpretación y ajuste a los postulados de éstas, debido a la especial importancia que ellas adquieren en el mismo plano constitucional.

A manera de conclusión, las implicaciones o consecuencias más importantes de la existencia de la teoría del bloque de constitucionalidad dentro del ordenamiento colombiano son la fijación de unos parámetros de examen de las leyes ordinarias, diferentes al simple articulado de la Constitución. Además, la idea de que la Constitución Colombiana no es un texto completo, terminado o acabado, pues con el fin de darle dinamismo a su contenido y que no pierda su validez material rápidamente, es necesario incluir valores y conquistas sociales manifestadas en instrumentos posteriores a su expedición para que pueda cumplir no solo con sus objetivos iniciales, sino con todos aquellos que con el tiempo se vayan labrando dentro del grupo social. Concretamente, en el tema de los derechos humanos, el bloque de constitucionalidad constituye la vía de entrada para armonizar el derecho nacional con la normatividad internacional.

Un correcto entendimiento de esta dinámica del bloque de constitucionalidad es requisito indispensable para analizar, interpretar y dimensionar la desaparición forzada como delito, prohibición-derecho humano y derecho fundamental.

54 Guitiérrez Beltrán, Andrés Mauricio. *Bloque de Constitucionalidad. Conceptos y contenido*, p. 31-43. Uprimny, Rodrigo. *Bloque de Constitucionalidad en Colombia*, p. 34.



Taller de ruta de búsqueda de personas desaparecidas con familiares de personas desaparecidas forzadamente, Cesar. *EQUITAS*, 2013.

1. PERIODO 1: 1970-1982

1.1. Derecho interno

1.1.1. La ausencia de tipificación de la desaparición forzada

En términos normativos, la descripción penal del delito de desaparición forzada durante las décadas de los setenta y ochenta del siglo XX fue absolutamente nula, pese a que ya desde tiempo atrás se evidenciaba en el ámbito nacional e internacional el drama de ese fenómeno que tomaba niveles escandalosos. En el ordenamiento jurídico colombiano la ausencia de tipificación concurría a la par con un contexto social, jurídico y político que hacía propicia la comisión del delito tanto por agentes estatales como civiles.

La práctica de la desaparición forzada de personas, aunque surge con ocasión de la lucha partidista, consigue un desarrollo sistemático y maximizado a partir de la década de los setenta con la aparición de las luchas insurgentes de la guerrilla y la respuesta drástica del Estado, por medio de la declaratoria constante de los estados de sitio, las limitaciones al pleno ejercicio de los derechos y garantías fundamentales, y en especial la asignación de competencias a las autoridades militares para el juzgamiento de civiles y la autorización a los miembros de la población civil de portar armas de uso privativo de las Fuerzas Militares con fines autodefensivos. Esto hizo posible la conformación y el auge de grupos paramilitares.

En ese periodo, las prácticas de privaciones de la libertad estaban amparadas en el marco del artículo 28 de la Constitución de 1886, que otorgaba al ejecutivo la facultad de restringir la libertad de las personas en los contextos excepcionales previstos por la perturbación del orden público, sin revisiones judiciales. El inciso 20 de la Carta señalaba que: “Esta disposición no impide que aun en tiempo de paz, pero habiendo graves motivos para temer perturbación del orden público, sean aprehendidas y retenidas mediante orden del gobierno y previo dictamen de los ministros, las personas contra quienes haya graves indicios de que atentan contra la paz pública”.

Al mismo tiempo, debido al recrudecimiento de la violencia en el país y al surgimiento de la guerrilla insurreccional, se replanteó la estrategia del Estado en torno al mantenimiento del orden público, la lucha contrainsurgente y la persecución de la criminalidad organizada dedicada al narcotráfico, desde la cual se gestó un proceso gradual de consolidación y acrecentamiento del papel de las fuerzas armadas en el seno de la gestión estatal como un actor político indispensable en la toma de decisiones, dentro de la óptica del fenómeno de “repartición del Estado entre agentes dominantes”⁵⁵. Esta repartición otorgaba a favor de las fuerzas militares un manejo del orden público amplio y autónomo, lo que impactó gravemente la restricción de los derechos fundamentales de los ciudadanos —sobre todo en lo referente a la libertad personal— en los años en que la situación de estado de sitio sometió a los colombianos a una especie de “legalidad marcial”⁵⁶ y en especial a la prevalencia de modelos de justicia de corte militar aplicada a civiles.

1.1.2. La justicia de excepción y el predominio de la justicia penal militar

Durante más de cuarenta años rigió en Colombia un régimen excepcional y cuasi-permanente, dada la constante y prolongada declaratoria del estado de sitio por parte del poder ejecutivo con fundamento en la necesidad de restablecer el orden público turbado y con base en el artículo 121 de la Constitución Política de 1886. Dicho estado extraordinario fue implantado en el nivel normativo a partir de 1965, con base en el Decreto 1288⁵⁷ y perduró hasta inicios de los años noventa gracias a su constante prórroga y suspensión limitada en contadas oportunidades. La discrecionalidad para la declaratoria de excepción era de una enorme amplitud para el

55 Gallón, Gustavo. (1989), citado por Uprimny, Rodrigo; Rodríguez, César y García Villegas, Mauricio. (2003). *Entre el protagonismo y la rutina: Análisis socio jurídico de la Justicia en Colombia*.

56 Op. cit.

57 República de Colombia, decreto 1288 (21 de mayo, 1965), por el cual se declara turbado el orden público y en estado de sitio todo el territorio nacional. *Diario Oficial*. Bogotá, D.C., 1965, n.º 31678, p. 1.

Presidente de la República, en virtud de la disposición constitucional, unida a un control formal que ejercía la Corte Suprema de Justicia al centrarse meramente en la existencia de facultad presidencial para tal declaratoria⁵⁸.

Una gran variedad de contingencias fueron asumidas por los gobiernos a través de la estrategia del estado de excepción⁵⁹, desde un mecanismo de control social de uso en sectores urbanos con miras a neutralizar las manifestaciones sociales que exteriorizaban el descontento frente a la crisis económica y política hasta su utilización como artefacto de guerra en contra de la subversión y el narcotráfico. De modo que el estado de sitio se convirtió en un instrumento para enfrentar la guerra con formalidad jurídica- normativa, especialmente, a través de la militarización de un sistema penal altamente represivo, durante un periodo en el que paradójicamente los abusos contra los derechos humanos fueron masivos y en aumento y, en muchos casos, estuvieron vinculados con miembros de las fuerzas armadas y de seguridad.

La prolongación del estado excepcional trajo consigo la configuración de una especial dinámica gubernamental y un modelo especial de Estado con visos autoritarios, en el que casi todas las labores más íntimamente relacionadas con el ejercicio político y social fueron entregadas a la autoridad policiva y/o militar con miras a conjurar las perturbaciones del orden público. Esta forma de funcionamiento estatal incentivó una visión militar sobre aspectos sociales y políticos, dificultó la consolidación de una política penal coherente y se tradujo en prácticas recurrentes lesivas de los derechos y las libertades fundamentales. La afirmación de un poder amplio de las fuerzas militares como órganos de aplicación del derecho supuso una enorme discrecionalidad en la aplicación de las normas —con serias implicaciones en la vigencia de los derechos humanos— y un actuar con las prerrogativas propias de un régimen militar que eximió a los agentes estatales de los costos judiciales y políticos normales.

58 Uprimny Yepes, Rodrigo. (18 de abril de 2011). El abuso de los estados de excepción. *El Espectador*.

59 Iturralde, Manuel. (Junio de 2003). Guerra y derecho en Colombia: el decisionismo político y los estados de excepción como respuesta a la crisis de la democracia. *Revista de Estudios Sociales* No 15. Universidad de los Andes, p. 29-46.

Con ocasión del “Bogotazo”, ocurrido el 9 de abril de 1948, la justicia penal militar recibió competencia para juzgar las conductas criminales allí cometidas, para lo cual el ministro de Justicia de aquel entonces justificó el traslado de competencias con la necesidad de restablecer el orden público, tal como había acaecido con el levantamiento militar en contra del presidente Alfonso López Pumarejo en 1944, tesis que generó cuestionamientos a nivel político, sobre todo en el escenario del Congreso de la República, dada la participación de sindicatos liberales en los hechos del 9 de abril⁶⁰.

A partir de la década de los años sesenta, la asignación de competencia a la justicia penal militar para la investigación y juzgamiento de los delitos comunes o políticos cometidos por civiles por medio de Consejos Verbales de Guerra⁶¹ se convirtió en una práctica usual y un estado más o menos cotidiano, que se mantuvo por varias décadas en los casos en los que se procedía a la declaratoria de Estado de Sitio, una práctica que además fue fortalecida por el desarrollo jurisprudencial de la Corte Suprema de Justicia, que sirvió de fuerte sustento al considerar que no existía norma que prohibiera tal forma de juzgamiento sino que, por el contrario, tal traslado de competencia para el juzgamiento de delitos comunes estaba autorizado por la Constitución:

El artículo 170 de la Carta crea las Cortes Marciales y los Tribunales Militares para el fuero penal militar como parte integrante de la rama del poder público encargada de administrar justicia; el artículo 58, por su parte, incluye dentro de la rama jurisdiccional los demás tribunales y juzgados que establezca la ley; dentro de

60 Sousa Santos, Boaventura de y García Villegas, Mauricio. (2001). *El caleidoscopio de las justicias en Colombia: Análisis socio jurídico, Volumen 1*. Bogotá: Siglo del Hombre Editores y Universidad de los Andes.

61 A modo de ejemplo: Decreto 1661 del 10 de octubre de 1969, “por el cual se atribuye el conocimiento algunas infracciones penales a la Justicia Penal Militar”. El Presidente de la República, en ejercicio de las atribuciones que le confiere el artículo 121 de la Constitución Nacional, en desarrollo del Decreto 1657 de 9 de octubre de 1969, DECRETA: “ARTÍCULO 1°. Desde la vigencia del presente Decreto y mientras se mantenga en estado de sitio el Departamento del Valle del Cauca, serán de conocimiento de la Justicia Penal Militar, por el trámite de los Consejos de guerra verbales”.

éstos están los Consejos de Guerra Verbales, creados por el Decreto 250 de 1958 y la Ley 141 de 1961. Finalmente el artículo 61 de la Carta permite, en estado de sitio, ampliar la jurisdicción penal militar al conocimiento de los delitos comunes cuando tienen conexidad con la turbación del orden o con las causas que han originado la anormalidad. Siendo los Tribunales Militares también creación de la Carta como los jueces ordinarios, el simple tránsito de competencia de éstos a aquéllos para el juzgamiento de ciertos delitos comunes en tiempo de estado de sitio con los procedimientos de la justicia castrense, no implica la creación de tribunales ad-hoc, ni el sometimiento de los sindicados a normas procesales formalmente nuevas en el tiempo, pues están consagradas en ley preexistente.⁶²

Este hábito de vieja data tuvo un especial periodo de consolidación, junto con algunas otras estrategias, a partir de la implantación de la teoría de la Seguridad Nacional, que durante estos años se afianzó en el continente con ocasión de la dinámica que los grandes centros de poder militar imponían en el marco de la Guerra Fría y que se constituyó como instrumento y fuente de la inspiración ideológica-política del pensamiento de los militares en Latinoamérica para esa época. En cuanto a la definición de la doctrina de la Seguridad Nacional, existe un fuerte consenso acerca de adoptar la definición del concepto acogida por la Escuela Superior de Guerra de Brasil, que exponía que “Seguridad Nacional es el grado relativo de garantía que, a través de acciones políticas, económicas, psico-sociales y militares, un Estado puede proporcionar, en una determinada época, a la Nación que jurisdiccional, para la consecución y salvaguardia de los objetivos nacionales, a pesar de los antagonismos internos o externos existentes o previsibles”⁶³.

62 Corte Suprema de Justicia, Sala Plena. Bogotá, D. E., agosto 13 de 1970. Magistrado ponente: Luis Sarmiento Buitrago.

63 Littuma Arizaga, Alfonso. (1974). *La Nación y su Seguridad*. Caracas: Ed. Grafú-nica, p. 7. Citado por Nina, Andrés. (Noviembre-Diciembre 1979). La doctrina de seguridad nacional y la integración latinoamericana. *Revista Nueva Sociedad*, Nro. 27, p. 33-50. Recuperado de <http://biblioteca.ues.edu.sv/revistas/10701613N27-3>.

La doctrina presenta una reformulación estratégica para la protección de la seguridad del Estado y de la sociedad en general. Esta nueva fórmula supera las concepciones de la simple guerra en los campos de batalla para pasar a una que aborda distintas esferas (sociales, militares, económicas, políticas, científicas e ideológicas), de modo que traslada la dinámica de la guerra militar a las bases del concepto geopolítico de la guerra total y permanente. Asimismo, se plantea la existencia de enemigos, no solo de carácter externo contra los que se lucha, sino también enemigos internos y una combinación de ambos representada en el comunismo, la subversión en su calidad de agentes locales del comunismo internacional —guerrillas— y, en general, todo aquel que se presente con ideas de oposición a los gobiernos. Estos núcleos son considerados una fuerza enemiga frente a la cual el hombre común es incapaz de responder y enfrentar, por lo cual la única solución posible es la conducción política o la fuerte intervención de las fuerzas armadas en aspectos esenciales de la sociedad en defensa de los valores sociales y, ante todo, en defensa de la seguridad.

Vale decir que la visión de la doctrina de seguridad nacional resalta la figura y presencia de los estamentos militares en el Estado y de la sociedad en diversos niveles del funcionamiento de las instituciones, con lo cual se implantó una nueva lectura de la interacción y los problemas sociales, de modo que todas las actividades sociales o individuales eran evaluadas como a favor o en contra de la nación, nunca neutrales, dada la visión que se hacía a través del prisma de la lucha contrainsurgente. En ese sentido, las huelgas, la manifestación social y las campañas electorales de ciertas condiciones eran consideradas como focos de conflictos y, por ende, sujetos de control estatal⁶⁴.

La influencia de la mencionada doctrina en Latinoamérica fue profusa y traducida en diversas modalidades y manifestaciones. En todo caso se dio como una marcada influencia de las instituciones militares sobre el poder civil, aun en versiones menos ra-

64 Velázquez Rivera Edgar de Jesús. Historia de la doctrina de la Seguridad Nacional. *Revista de Ciencias Sociales Convergencia*. Enero – abril, año 9, No. 27. Toluca: Universidad Autónoma de México. Facultad de Ciencias Políticas y Administración Pública, p. 11 – 39. Recuperado de <http://redalyc.uaemex.mx/redalyc/pdf/105/10502701.pdf>

dicales, como sucedió en Colombia a diferencia de otros países de la región. En este país la doctrina se instrumentalizó a partir del llamado *Estatuto de Seguridad*, establecido durante el mandato presidencial de Julio César Turbay Ayala (1978-1982), por medio del decreto 1923 de 1978, “por el cual se dictan normas para la protección de la vida, honra y bienes de las personas y se garantiza la seguridad de los asociados”. Se trató de un mecanismo jurídico, político y militar de un carácter altamente represivo y restrictivo de los derechos humanos, las libertades individuales y la protesta social⁶⁵.

El Estatuto de Seguridad fue declarado exequible por la Corte Suprema de Justicia mediante sentencia de 30 de octubre de 1978 con ponencia del magistrado Luis Carlos Sáchica, con excepción a los siguientes apartes que fueron considerados inexecutable: El inciso final del artículo 1º: “A los sindicatos o condenados por el delito de secuestro no les será aplicable en ningún caso, la suspensión de la detención preventiva o de la pena”; los literales a), d) y f) del art. 70, en la parte que dice: “a)...o de distribuir en ellas propaganda subversiva o de fijar en tales lugares escritos o dibujos ultrajantes o subversivos”, “d) Omitan sin justa causa prestar los servicios públicos a que estén obligados o el auxilio que se les solicite por la autoridad o por quien, amenazado en su vida o en sus bienes, lo requiera”, y “f) Impriman, almacenen, porten, distribuyan o transporten propaganda subversiva”; igualmente, la expresión contenida en el artículo 90. que dice “encuéntrese o no”.

El decreto 1923 fue expedido con base en las atribuciones especiales que otorgaba el Estado de Sitio que años atrás había sido instaurado por el decreto 2131 de 1976, el cual declaró turbado el orden público, y que para esa fecha se encontraba vigente, pues se consideraba que aún subsistían algunas de las causales invocadas en las consideraciones y fundamentos de aquella norma: “Los asesinatos, secuestros, colocación de explosivos e incendios, característicos de prácticas terroristas”.

65 Blair Trujillo, Elsa. (2005). *Las Fuerzas Armadas. Una mirada civil*. Bogotá: CINEP, p. 59, cita del informe *Justicia y paz. Los silencios y los olvidos de la verdad*. Grupo de Memoria Histórica.

El Estatuto, con el cual se hace una recopilación de las medidas tomadas en antiguos periodos de excepción, constaba de 16 artículos con una amplia conformación penal, en tanto que consagraba conductas delictivas nuevas o reforzaba algunas ya previstas por la ley penal —aumentando la pena con un duro tratamiento para el delito de secuestro⁶⁶, entre otros—. También otorgaba facultades judiciales a los inspectores de Policía, Alcaldes y Comandantes de Policía y disponía el juzgamiento de civiles por parte de tribunales militares, a través de los consejos de guerra verbales respecto de delitos comunes⁶⁷.

Este marco normativo se caracterizaba por una aplicación sumaria de justicia con limitado reconocimiento de las garantías de los procesados. Por ejemplo, el decreto 2482 de 1979 dio a los tribunales militares la capacidad de suprimir la lectura de los expedientes en los consejos de guerra a civiles. Igualmente, otorgaba amplias facultades para interrogar y detener al que se considerara sospechoso por parte de los estamentos de seguridad y la imparcialidad de estos tribunales era de dudosa aplicación.

La jurisdicción penal militar aplicada a civiles, que ya de por sí comprendía la competencia sobre una amplia gama de delitos y conductas, contaba además con medidas complementarias seriamente lesivas de los derechos de los ciudadanos y que facilitaban la arbitrariedad e impunidad de las actuaciones de militares y policías. Ese es el caso del decreto 0070 de 1978, llamado popularmente “el decreto de la pena de muerte”⁶⁸, que consagraba como causal de justificación para los delitos cometidos por los miembros de la Fuerza Pública, entre otras circunstancias, el hecho de que aquéllos “...intervengan en operaciones planeadas para prevenir y reprimir los delitos de extorsión y secuestro, y producción, procesamiento y tráfico de estupefacientes”. Este decreto, por demás, fue reseñado por el Comité de Derechos Humanos de las Nacio-

66 Decreto 1923 de 1978, artículo 1.

67 En la exposición pública que con motivo de la expedición del decreto 1923 hizo el Ministro de Gobierno, Germán Zea Hernández. Cita tomada de Informe Comisión Interamericana de Derechos Humanos, Colombia, 1980.

68 Fallo sobre una masacre. La ONU se pronunció sobre el asesinato de 7 personas en el barrio “Contador”. *Semana*. 30 de agosto de 1982. Recuperado de <http://www.semana.com/nacion/fallo-sobre-masacre/64048-3.aspx>

nes Unidas en las observaciones contra el Estado colombiano en el caso relacionado con la acción de la policía que dio como resultado la muerte de la señora María Fanny Suárez de Guerrero⁶⁹.

Esta atribución a la jurisdicción militar se convirtió en práctica hasta 1987 cuando la Corte Suprema de Justicia declaró la inconstitucionalidad del decreto 3671 de 1986, respecto a esa transferencia de competencia, con el argumento que la Constitución no habilita a la jurisdicción penal militar para el juzgamiento de civiles, en virtud de la limitación funcional de las ramas del poder y de la garantía de los derechos de ciudadanos⁷⁰.

Pese a la práctica recurrente de retenciones clandestinas, detenciones, secuestro, seguidos de torturas, desapariciones, ejecuciones e inhumaciones en fosas comunes, la normatividad colombiana fue sorda a la preocupación internacional que se estaba gestando en atención a estos procedimientos, gravemente violatorios de los Derechos Humanos. Entre tanto, el complejo escenario de estas décadas se agudizó con un proceso de reglamentación y regulación del fenómeno paramilitar, a partir del decreto 3398 de 1965, “por el cual se organiza la defensa nacional”, promulgado en el marco de la normatividad de excepción (Decreto 1288, del 21 de mayo de 1965), posteriormente asimilado como legislación permanente mediante la ley 48 de 1968 (con excepción de los artículos 30 y 34). Esa legislación viabilizó la creación y auge de los llamados grupos de autodefensa y/o paramilitares, con el propósito de coordinar todos los órganos del poder público con las “fuerzas vivas” de la nación.

Esta normatividad estuvo vigente hasta antes de finalizar la década de los ochenta, cuando la masacre de una comisión judicial en la zona de La Rochela (Santander) forzó la suspensión de la vigencia del parágrafo 3 del decreto legislativo 3398 de 1965, adoptado como legislación permanente por la ley 48 de 1968 (Decreto

69 Naciones Unidas. Comité de Derechos Humanos. Comunicación No. 45/1979. Recuperado de <http://www.hchr.org.co/documentoseinformes/documentos/html/informes/onu/cdedh/CCPR%20Observaciones%20a%20comunicacion%2045-79.html>

70 Corte Suprema de Justicia. Sentencia número 20. Referencia: Expediente 1562 (235-E). Revisión del Decreto-legislativo número 3671 de 1986, “por el cual se dictan disposiciones sobre competencia y procedimiento en materia de Narcotráfico”. Magistrado ponente: Jesús Vallejo Mejía, 5 marzo de 1987.

legislativo 815, expedido en virtud del Estado de sitio el 19 de abril de 1989) y la tipificación de conductas relacionadas con los grupos armados de los “denominados comúnmente escuadrones de la muerte, bandas de sicarios o de justicia privada, equivocadamente denominados paramilitares” (Decreto 1194 de 1989).

Con todo, muy a pesar del intento fallido de represión, el fenómeno paramilitar, lejos de extinguirse, se consolidó en un proceso de expansión comandado por la Casa Castaño y otros líderes de autodefensas, promovidos y financiados principalmente por el narcotráfico, a partir de una aguda campaña de terror, masacres, muertes selectivas, ejecuciones extrajudiciales, desapariciones forzadas y ataques sistemáticos en contra de la población civil. En este contexto, el narcotráfico fue factor determinante de la violencia y en lo relativo al secuestro se tradujo en su práctica como forma de ajuste de cuentas y en la legitimación -al menos formal- del traslado del juzgamiento de civiles a las autoridades militares.

1.1.3. Mayor desarrollo normativo del delito de secuestro

Pese a que la descripción normativa específica para la práctica de la desaparición forzada estuvo ausente, durante este intervalo los atentados a la privación de la libertad estuvieron alojados dentro del tratamiento normativo del delito de secuestro, el cual, en contraste, tuvo un desarrollo mayúsculo. En efecto, la lucha en contra del secuestro contó con una profusa normatividad que sobrepasaba la simple consagración sustantiva de una conducta ilícita. Causa de ello pudo ser que, si bien con anterioridad el secuestro había sido ejecutado por bandas delincuenciales con el fin de obtener provecho económico a través de rescates⁷¹, para esta época el secuestro se posicionó como elemento dinamizador del conflicto armado, pues fue ejercido con cada vez más periodicidad como técnica de financiación de organizaciones ilegales, entre las que se incluía el narcotráfico (este con especial fuerza solo en el periodo subsiguiente), la delincuencia común y la insurgencia.

71 En 1933 fue secuestrada una menor de tres años, Elisa Eder, hija del industrial Harold Eder, con el fin de extorsionarlo.

En efecto, la figura del secuestro durante el periodo 1970-1982, y con mayor acento en los años ochenta, fue ampliamente considerada y reprimida normativamente desde varias esferas y medios, como el aumento las penas y el fortalecimiento de los mecanismos de investigación judicial. A manera de ejemplo, fue considerado como criterio para la atribución de competencia a los jueces de instrucción criminal, como lo determinó la ley 22 de mayo 10 de 1977 (artículo 10). Igualmente, tuvo tratamiento como causal para negar la excarcelación en los procesos penales, como lo señaló la ley 22 del 17 de septiembre del 1980 o la asignación de retiro o pensión para los agentes de la fuerza pública que hubieran sido condenado por delitos de secuestro y otros (Ley 21 de 27 de abril de 1979, artículo 8 y la ley 24 del 3 de mayo 1979). El secuestro también se tuvo en cuenta en el listado de delitos relacionados con la extradición entre la República de Colombia y los Estados Unidos de América —según la ley 27 de 1980, el “secuestro con o sin rescate y detención ilegal”—. Igualmente, fue considerado como excepción para la concesión de amnistías y extinción de acción penal para los que cesaron actividades y entregaron las armas cuando cometieran delitos de secuestro y otros (Ley 37 del 23 de marzo de 1981 y decreto 474 del 19 de febrero de 1982).

En cuanto a su consagración como delito, desde el Código Penal de la Nueva Granada de 1837 se estipularon varias descripciones relacionadas con los atentados contra los derechos individuales y la libertad personal, como la del siguiente tenor: “El que de propia autoridad y sin ejercer alguna pública arrestare o prendiere a alguna persona para oprimirla, mortificarla o detenerla en custodia privada... incurrirá en el delito de detención privada”⁷².

Durante el siglo XIX y comienzos del XX, los delitos referidos a la privación de la libertad ilícita se encontraban articulados con la ejecución de las conductas delictivas del rapto y otras formas de violencia similares, pero sin utilizar el término secuestro ni una

72 Pulido Barrantes, Carlos A. (2008). *El secuestro; aspectos históricos, jurídicos, criminológicos, estadísticos y de policía judicial*. Bogotá: Plaza & Janes, p. 57. Citado por Caballero, César. (2009). Víctimas o victimarios, una hipótesis sobre las cifras de secuestro. *Razón Pública*. Recuperado de <http://www.razonpublica.com/index.php/conflicto-drogas-y-paz-temas-30/522-victimas-o-victimarios-una-hipotesis-sobre-las-cifras-de-secuestro-.html>

fórmula legal semejante a la actual. Esta fórmula se incorpora por primera vez con la expedición del Código Penal de 1936, mediante la ley 95 del mismo año, en la que se acude al verbo rector “secuestrar” como eje de la conducta penal, unido a una descripción compuesta por elementos subjetivos que reseñan una finalidad específica del agente para la configuración del delito: la persecución de motivos “ilícitos”, con lo cual se daba lugar a considerar la existencia y diferenciación entre estas retenciones delictivas y algunos “secuestros lícitos”: “Artículo 293: Al que secuestre a una persona con el propósito de conseguir para sí o para otro un provecho o utilidad ilícitos, se le impondrá presidio de uno a siete años”. Por su parte, el complemento estaba en el artículo 294, que se refería, fuera del caso previsto en el artículo 294, a la conducta delictiva cometida por un sujeto indeterminado que injustamente privara a otro de su libertad.

Varios años después, las disposiciones de los artículos 293 y 294 serían amplificadas por medio de la ley 21 del 3 de diciembre de 1973, “por la cual se modifican algunas disposiciones del Código Penal y se dictan otras”, que aunque acogió las descripciones punibles iniciales en su integridad, definió causales de atenuación y agravación de la conducta del secuestro y las otras formas de privación de la libertad. En cuanto a las primeras, la pena se reduciría “si se dejare en libertad espontáneamente al secuestrado, sin que se haya obtenido provecho o utilidad ilícitos, y siempre que no concurren las circunstancias de agravación establecidas en los numerales 3o., 6o. y 7o. del artículo 6o. de esta Ley”. Y en cuanto a las segundas, la pena se aumentaba de la mitad a dos terceras partes cuando: a) la víctima fallecía en cautiverio y por causa o con ocasión del secuestro y no constituya un delito diferente, b) el delito se comete en la persona de un inválido, de un menor de diez y seis años o mayor de sesenta y cinco; c) se somete a la víctima a tortura física o moral durante el tiempo que permanezca secuestrada; d) el delito se comete por persona disfrazada o que se finja agente de la autoridad o con utilización de armas; e) se obtiene el provecho o utilidad ilícitos previstos; cuando el provecho era de carácter económico, la elevación de la pena se graduaba según la cuantía o el perjuicio ocasionado a la víctima de acuerdo con sus condiciones económicas; f) cuando la privación de la libertad se

prolonga por más de quince días; y g) si se comete contra la persona del ascendiente o descendiente legítimo o natural, del cónyuge, del hermano o la hermana, padre, madre o hijo adoptivo, o afín en línea recta en primer grado.

Con el decreto ley 100 de 1980, el Código Penal que fue expedido por el Presidente Turbay Ayala en virtud de facultades extraordinarias, la tipificación del delito del secuestro en sus diferentes modalidades (simple y extorsivo) se acompañó de la tipificación de la privación ilegal de la libertad, la prolongación ilícita de la privación de la libertad, la detención arbitraria especial y el desconocimiento del habeas corpus como atentados en contra de la libertad individual, sin que aún se hablara concretamente de la desaparición forzada.

En cuanto al secuestro, con este nuevo marco normativo se logró una mayor precisión respecto de las conductas prohibidas, de modo que con la utilización de verbos más detallados se superó la abstracta e imprecisa descripción de la legislación anterior que se limitaba a definir el secuestro como la acción de “secuestrar”. Es así, como en los artículos 268 y 269 se sancionaron los atentados contra la libertad individual en el entendido que *un sujeto indeterminado arrebató, sustrajo, retenga u oculte a una persona*. Igualmente, desde este marco normativo se diferenció el secuestro extorsivo del simple, en tanto que el primero se circunscribía al propósito específico del agente de exigir por la libertad del retenido un provecho o cualquier utilidad, o que se hiciera u omitiera algo, o con fines publicitarios o de carácter político; el segundo se daba cuando el propósito era distinto:

ARTÍCULO 268. SECUESTRO EXTORSIVO. El que arrebató, sustrajo, retenga u oculte a una persona con el propósito de exigir por su libertad un provecho o cualquier utilidad, o para que se haga u omita algo, o con fines publicitarios o de carácter político, incurrirá en prisión de seis (6) a quince (15) años. ARTÍCULO 269. SECUESTRO SIMPLE. El que con propósito distinto a los previstos en el artículo anterior, arrebató, sustrajo, retenga u oculte a una persona, incurrirá en prisión de seis (6) meses a tres (3) años.

La desaparición involuntaria como una práctica sistemática, aunque no regulada penalmente durante este periodo, traía aparejada una realidad social y familiar de difícil tratamiento legal, en tanto que la consecuencia era la ausencia de estos miembros de la sociedad cuya situación respecto de las relaciones personales, sociales, familiares, laborales y de toda índole quedaba en el limbo. En este sentido, la ausencia se convertía en un hecho con trascendencia jurídica, que generaba consecuencias normativas y la necesidad de un tratamiento especial de cara a una finalidad clara: la búsqueda de un cierre o solución práctica para los familiares de quienes se encontraban ausentes ante la incertidumbre de su paradero. Para ello, se recurrió a disposiciones normativas que planteaban la ficción jurídica de la muerte, como un hecho presumido de quien se encontraba ausente o desaparecido en las condiciones y circunstancias que determinaba la ley, lo cual facilitaba la atribución del estado civil de muerto y la concesión de la posesión definitiva de los bienes del desaparecido.

1.1.4. Presunción de muerte por desaparecimiento

La presunción de muerte por desaparecimiento, prevista para los casos de la acción de guerra, naufragio o peligro, fue consagrada en el Código Civil colombiano en el Capítulo III, a partir del artículo 96, que define la circunstancia fáctica de ausencia de la siguiente manera: “Cuando una persona desaparezca del lugar de su domicilio, ignorándose su paradero, se mirará el desaparecimiento como mera ausencia, y la representarán y cuidarán de sus intereses, sus apoderados o representantes legales”. Según el artículo 97 del mismo código, se presume la muerte si transcurridos al menos dos años no se cuenta con noticias del ausente. La misma es declarada por el juez a petición promovida por quien tuviere interés en ella, previa citación al desaparecido por medio de la publicación de por lo menos tres edictos, la justificación de que “se ignora el paradero del desaparecido, que se han hecho las posibles diligencias para averiguarlo”, y la práctica de la prueba que considere necesaria el juez para acreditar el desaparecimiento.

Mediante el uso de esta figura de raigambre civil los familiares de los desaparecidos tuvieron la opción de presentar el caso ante la justicia civil ordinaria. Como se desprende de la normatividad enunciada, aunque no se trata de una herramienta que busque establecer responsables y buscar al desaparecido, sí es un instrumento legal que genera unas consecuencias jurídicas para el desaparecido y sus familiares que, en todo caso, propende por no dejar la desaparición en estado de permanente indeterminación. Aunque es posible concluir que algunos casos de desaparición forzada se direccionaron mediante esta figura, por lo general los familiares de los desaparecidos se abstuvieron de acudir a ella porque consideraron que con ello “daban muerte” a su familiar.

1.1.5. Conclusiones del periodo

Durante el lapso 1970-1982 se produjo la exacerbación de la desaparición forzada y su impunidad, favorecida por múltiples incentivos negativos para su propagación, a saber: a) la absoluta ausencia de tipificación de la conducta en el ordenamiento jurídico interno; b) el contexto global de lucha contra la “amenaza comunista”; c) el contexto latinoamericano de auge del modelo de “lucha contrainsurgente” paralelo a la multiplicación de las dictaduras militares y los gobiernos democráticos pero militarizados; d) la normalización de los estados de excepción y su derecho exorbitante, restrictivo de los derechos humanos, bajo la modalidad del “Estado de sitio” en Colombia; d) el empoderamiento y extensión de la justicia penal militar para el juzgamiento de civiles, su tolerancia –cuando no abierta complicidad- frente a las violaciones de los derechos humanos por parte de los titulares de la coerción física estatal, en virtud del denominado “espíritu de cuerpo”, y la impunidad que se le apareja, la cual se convierte en incentivo nefasto para los excesos de los miembros de la Fuerza Pública; e) el crecimiento del fenómeno paramilitar y la multiplicación de los “escuadrones de la muerte” en el territorio nacional, al amparo de una legislación represiva en materia de derechos humanos, pero permisiva en términos de posesión de armas y conformación de grupos de autodefensa, que se tradujo en una campaña san-

griente de terror, masacres, muertes selectivas, ejecuciones extrajudiciales, desapariciones forzadas y ataques sistemáticos contra la población civil; e) el progresivo perfeccionamiento normativo de la lucha contra el secuestro como delito típico de privación de la libertad personal y en buena medida su consolidación como tipo penal “subsidiario” para todos los casos de desaparición forzada por parte de agentes estatales; f) el fortalecimiento del narcotráfico como uno más de los factores detonantes del delito.

En síntesis, la secuencia en el avance normativo del delito de desaparición forzada en Colombia inicia con un mutismo legislativo frente a la realidad violenta y bárbara en que se fomentaron las desapariciones como una práctica cada vez más sistemática y masiva durante la década de los años setenta. Sin embargo, en cuanto al análisis legislativo, la ausencia de un tipo penal específico que respondiera a la realidad de la época contrastaba con la abundancia en otras medidas legales que paradójicamente coadyuvaban al auge de estos procedimientos ilegales. Así, por ejemplo, durante esta etapa histórica se estimuló la limitación de las libertades y derechos fundamentales de los ciudadanos por medio de las constantes declaratorias de Estado de Sitio en una dinámica estatal con visos autoritarios, al tiempo que el escenario legal colombiano asignaba amplias competencias a los estamentos militares para el juzgamiento de los civiles —de modo que también se les habilita para la restricción de la libertad— y facultaba a los ciudadanos para portar armas de uso privativo de las fuerzas armadas (Decreto 3398 de 1965 posteriormente asimilado como legislación permanente mediante la ley 48 de 1968), en una apuesta autodefensiva que derivó en el auge de grupos paramilitares.

Sólo al final del periodo analizado se empieza a revertir la tendencia hacia la impunidad, aunque de manera apenas tangencial y moderada, mediante la penalización en el nuevo Código Penal (Ley 100 de 1980) de múltiples conductas vecinas de limitación de la libertad personal: privación ilegal de la libertad, prolongación ilícita de la privación de la libertad, detención arbitraria especial y desconocimiento del habeas corpus; mediante la utilización del mecanismo típicamente civil de la “presunción de muerte por desaparecimiento” como recurso paliativo por parte de los familiares; y mediante el establecimiento de nuevos instrumentos jurídicos e

interpretaciones jurisprudenciales que morigeraron los abusos de la jurisdicción penal militar.

1.2. Derecho regional e internacional

1.2.1. Decreto nazi “Nacht und Nebel” (Noche y Niebla)

Este decreto, también conocido como “Directivas para la persecución de las infracciones cometidas contra el Reich o las fuerzas de ocupación en los territorios ocupados”, fue expedido el 7 de diciembre de 1941. Se trata del primer instrumento jurídico moderno identificable donde figura en forma expresa una descripción cruda de la desaparición forzada como acción de guerra dirigida literalmente a “desaparecer” al enemigo, negando su paradero. Dice el texto del decreto: “Parientes, amigos y conocidos han de permanecer ignorantes de la suerte de los detenidos: por ello, estos últimos no deben de tener ninguna clase de contacto con el mundo exterior. (...) En caso de muerte, la familia no debe de ser informada hasta nueva orden”.

Con posterioridad, se produjo durante los juicios de Núremberg el primer fallo contra un oficial nazi por desaparición forzada. Se trató de la sentencia del Tribunal Militar Internacional para el Juzgamiento de los Mayores Criminales del Régimen Nazi de Núremberg contra el mariscal de campo alemán Wilhelm Keitel, del 17 de octubre de 1946. Keitel, miembro del OKW (Oberkommando der Wehrmacht), Comando Supremo de las Fuerzas Armadas de Hitler, fue procesado por crímenes contra la paz, crímenes de guerra y crímenes contra la humanidad. El tribunal lo encontró culpable de todos los cargos, a pesar de que el mariscal alegó en su defensa que al desaparecer personas actuó en cumplimiento de “órdenes superiores”.

1.2.2. Pronunciamientos de la ONU

Es posible identificar tres resoluciones de relevancia durante el periodo 1970-1982 por parte de la Organización de Naciones Unidas. La primera en 1975, relativa a Chipre; la segunda en 1977, con respecto a las desapariciones de opositores bajo la dictadura chilena de Pinochet; y la tercera, de 1978, hace referencia al problema de las desapariciones forzadas a nivel mundial y la necesidad de que todos los países tomen medidas para prevenirla. Por su parte, también importa la Observación General del Comité de Derechos Humanos de las Naciones Unidas, del 30 de julio de 1982, donde se pronunció sobre el estado general de cosas con respecto al derecho a la vida, y en particular sobre las desapariciones forzadas.

1.2.2.1. Resolución 3450 de la Asamblea General de las Naciones Unidas sobre el caso de Chipre, del 9 de diciembre de 1975.

Se trata de la primera utilización del término “desaparecido” en un instrumento de carácter internacional:

Gravemente preocupada por la suerte que haya podido correr un número considerable de chipriotas desaparecidos como resultado del conflicto armado en Chipre. Agradeciendo la labor del Comité Internacional de la Cruz Roja en esta cuestión, ‘I Reafirmando la necesidad humana básica de las familias en Chipre de recibir información sobre parientes desaparecidos;

1. Pide al Secretario General que haga todo lo posible para ayudar, en estrecha cooperación con el Comité Internacional de la Cruz Roja, a localizar a las personas desaparecidas como resultado del conflicto armado en Chipre y determinar lo que ha sucedido con ellas....

1.2.2.2. Resolución 32/118 de la Asamblea General de las Naciones Unidas del 13 de diciembre de 1977, con respecto a las desapariciones por motivos políticos en el régimen chileno

En esta resolución la ONU

expresa su especial inquietud e indignación frente a la incesante desaparición de personas que, según indican los testimonios disponibles, puede atribuirse a razones políticas y ante la negativa de las autoridades chilenas a aceptar su responsabilidad por el gran número de personas que se encuentran en esas condiciones o a explicarlo, o siquiera a realizar una investigación adecuada de los casos que se han señalado a su atención.

1.2.2.3. Resolución 33/173 de la Asamblea General de las Naciones Unidas del 20 de diciembre de 1978, sobre la problemática de las desapariciones forzadas a nivel mundial.

Este es el primer documento que se refiere a la necesidad de establecer una regulación en torno al preocupante problema de las desapariciones forzadas o involuntarias a nivel mundial.

En esta resolución, la ONU:

Pide a los gobiernos que en el caso de informes de desapariciones forzadas o involuntarias dedique los recursos adecuados a la búsqueda de esas personas, y hagan investigaciones rápidas e imparciales; (...)

Pide a la comisión de Derechos Humanos que examine la cuestión de las personas desaparecidas con miras a hacer las recomendaciones apropiadas.

1.2.2.4. Observación General del Comité de DDHH de las Naciones Unidas No. 6/16 del 30 de julio de 1982.

El Comité se pronunció sobre el estado general de cosas con respecto al derecho a la vida, y en particular sobre las desapariciones forzadas:

4. States parties should also take specific and effective measures to prevent the disappearance of individuals, something which unfortunately has become all too frequent and leads too often to arbitrary deprivation of life. Furthermore, States should establish effective facilities and procedures to investigate thoroughly cases of missing and disappeared persons in circumstances, which may involve a violation of the right to life.

1.2.3. Pronunciamientos de la OEA y la Comisión Interamericana de DDHH, en especial su informe de 1982

En el nivel interamericano, cabe destacar durante este periodo dos informes de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos, que datan de 1980, en los que se creó el *Grupo de Trabajo sobre Desapariciones Forzadas o Involuntarias* y se pronunció sobre la delicada situación bajo las dictaduras del Cono Sur; un documento de la OEA, de abril de 1980, donde expresó su preocupación por la irregularidad de las aprehensiones físicas en Argentina e hizo una exposición de los mecanismos más comunes de desaparición forzada en los estados latinoamericanos y, por último, el Informe Anual de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos, de 1982, donde se recomendó la adopción de medidas específicas contra las desapariciones en los estados miembros de la Convención, en especial la creación de un registro de detenidos.

1.2.3.1. Informe Anual de la Comisión Interamericana de DDHH (contenida en la Resolución 443 (IX-0/79) de la Asamblea General de la OEA), del 29 de febrero de 1980.

Gracias a este instrumento se produce la creación del *Grupo de Trabajo sobre Desapariciones Forzadas o Involuntarias*. La Comisión: “Decides to establish for a period of one year a working group consisting of five of its members, to serve as experts and their individual capacities, to examine questions relevant to enforced or involuntary disappearances of persons”.

1.2.3.2. Informe anual de la Comisión Interamericana de DDHH (Contenida en la Resolución 510 (X-01/80) de la Asamblea General de la OEA), del 27 de noviembre de 1980.

En este pronunciamiento se toman varias decisiones respecto de la situación de los desaparecidos en el Cono Sur:

12. Destacar la necesidad de que, en aquellos países donde ocurra, se ponga fin inmediatamente a toda práctica que conduzca a la desaparición de personas e instar asimismo a que se lleven a cabo los esfuerzos necesarios para determinar la situación de las personas cuya desaparición ha sido denunciada.

13. Recomendar a los Gobiernos, en relación con el párrafo anterior, el establecimiento de registros centrales en los cuales se lleve el control de todas las personas que hayan sido objeto de detención, para permitir a sus familiares y a otras personas interesadas tomar conocimiento, en un periodo corto de tiempo, de cualquiera detención que haya ocurrido; solicitar que las detenciones se lleven a cabo únicamente por autoridades competentes debidamente identificadas y que se ubique a los detenidos en los lugares destinados a ese propósito.

1.2.3.3. Organización de Estados Americanos Ser. L/V/ii.49 Doc. 19 (Situación de DDHH en Argentina para 1980), del 11 de abril de 1980.

En este documento la OEA manifiesta preocupación por la irregularidad de las aprehensiones físicas en la República de Argentina:

1. La CIDH en los tres últimos años ha recibido un número apreciable de denuncias que afectan a un grupo considerable de personas en la República Argentina, en las cuales se alega que dichas personas han sido objeto de aprehensiones en sus domicilios, lugares de trabajo, o en la vía pública, por personal armado, en ocasiones uniformado, en operativos que por las condiciones en que se llevaron a cabo y por sus características, hacen presumir la participación en los mismos de las fuerzas públicas. Con posterioridad a los hechos descritos, las personas aprehendidas desaparecieron sin que se tenga noticia alguna de su paradero.

1.2.3.4. Informe Anual de la CIDH (Contenida en la Resolución 618 (XII-0/82) de la Asamblea General de la OEA), del 20 de noviembre de 1982.

En este informe, la CIDH hace una reiteración sobre las necesidades de adoptar medidas contra las desapariciones en los estados miembros de la Convención, en especial la creación de un registro de detenidos. Para el efecto decide:

8. Recomendar a los Gobiernos de los Estados miembros el establecimiento de registros centrales de detención en los cuales se lleve el control de todas las personas que han sido objeto de detención y, asimismo, que las detenciones se lleven a cabo únicamente por autoridades competentes, debidamente identificadas, debiéndose ubicar a los detenidos en los lugares destinados a ese propósito.

1.2.4. Fallos proferidos por el Comité de Derechos Humanos de la ONU y la Corte Interamericana de Derechos Humanos

Se produjo durante este periodo la primera denuncia por desaparición forzada bajo el régimen chileno de Pinochet ante el Sistema Interamericano de Derechos Humanos (1974); la condena por parte del Comité de Derechos Humanos de las ONU al Estado de Uruguay por la desaparición de Eduardo Bleier (1982) y la denuncia ante la Comisión Interamericana de Derechos Humanos en 1980 del caso de Omaira Montoya, la primera desaparición forzada que fue denunciada en Colombia, que en 2011 luego fue archivada por desistimiento del interesado.

1.2.4.1. Primera denuncia por desapariciones forzadas en el régimen chileno ante el Sistema Interamericano de Derechos Humanos.

Comisión Interamericana de Derechos Humanos (Informe anual. Doc. 31; Rev.1), 30 de diciembre de 1974. En este informe la Comisión señala que Amnistía Internacional y la Comisión Internacional de Juristas denunciaron “la profunda preocupación” por los arrestos en masa y ejecuciones sumarias de opositores políticos en la República de Chile, así como de refugiados políticos de otros países en Chile. En este cablegrama, luego de enfatizar la urgencia del caso, se solicitaba la intervención de la OEA, para buscar acuerdo con otros países americanos para que concedieran asilo a los miembros de la oposición y para persuadir a las autoridades chilenas que permitieran la salida de ese país a los refugiados hacia países que desearan recibirlos. Además, se solicitaba la acción de la OEA para que el Gobierno de Chile respetara los derechos humanos consagrados en la Declaración Universal, así como la tradición del asilo, actuando justa y humanitariamente con los miembros de la oposición en el país.

En este contexto, se produce el primer pronunciamiento sobre las *normas mínimas de tratamiento de personas privadas de la libertad física*, en los siguientes términos:

Este tema se empezó a considerar en el trigésimoprimer periodo de sesiones. El relator del mismo, Dr. Carlos A. Dunshee de Abranches, presentó un documento titulado “Normas mínimas sobre el tratamiento a personas privadas de su libertad corporal” (doc.51-31 rev.1) que contiene un proyecto de resolución en el que dispone, entre otras cosas, elaborar un estudio general sobre la situación de las personas privadas de su libertad, a cualquier título, en los Estados americanos, como punto de partida para la preparación de las normas mínimas y otras recomendaciones que la Comisión decidiera hacer a los gobiernos en el ejercicio de sus facultades. En el trigésimosegundo periodo de sesiones, en la 398ª sesión, el relator hizo una exposición sobre los aspectos fundamentales de su proyecto y la Comisión acordó aprobarlo con excepción de los citados puntos 5, 6, 7 y 8 de la parte resolutive, sustituyéndolos por una solicitud a los gobiernos de información legislativa, proyectos y estudios y datos estadísticos sobre el tratamiento a personas privadas de libertad corporal.

1.2.4.2. Comité de DDHH de las Organización de Naciones Unidas/ Caso N°30/1978, 29 de marzo de 1982. Condena contra el Estado de Uruguay por el desaparecimiento del ciudadano Eduardo Bleier (Violación del Protocolo Facultativo de derechos Civiles y Políticos):

13.4 The Committee finds that the disappearance of Eduardo Bleier in October 1975 does not alone establish that he was arrested by Uruguayan authorities. But, the allegation that he was so arrested and detained is confirmed (i) by the information, unexplained and substantially unrefuted by the State party, that Eduardo Bleier’s name was on a list of prisoners read out once a week at an army unit in Montevideo where his family delivered clothing for him and received his dirty clothing until the summer of 1976, and (ii) by the testimony of other prisoners that they saw him in Uruguayan detention centers. Also there are the reports of several eyewitnesses that Eduardo Bleier was subjected to severe torture while in detention.

1.2.4.3. Comisión Interamericana de Derechos Humanos/Caso de Omaira Montoya, 23 de marzo de 2011 (solicitud presentada el 15 de abril de 1980).

Se trata de la providencia que resuelve archivar, por desistimiento del peticionario, la primera desaparición forzada denunciada en Colombia. Informe de archivo de 2011 (el proceso inició en 1980):

1. Durante la observación in loco realizada por la Comisión Interamericana de Derechos Humanos (en adelante “la Comisión” o “CIDH”) en abril de 1980 se recibió una comunicación en la cual se alegó la responsabilidad de agentes de la República de Colombia (en adelante “el Estado colombiano” o “Colombia”) por la detención arbitraria, torturas y desaparición de Omaira Montoya Henao y la detención arbitraria y las torturas contra Mauricio Trujillo Uribe presuntamente perpetradas desde el 9 de septiembre de 1977, en la ciudad de Barranquilla.

Alegaron que Omaira Montoya no fue puesta a disposición de las autoridades luego de su captura -como sí se hizo con Mauricio Trujillo Uribe- a causa de las deformaciones sufridas por las torturas a las que fue sometida; las cuales constituían evidencia contra los agentes del F2.

1.2.5. Conclusiones del periodo

En este primer periodo, que podríamos denominar “prehistoria” de la desaparición forzada, porque aún no existía como conducta punible o tipo penal autónomo en la legislación, es posible identificar varios momentos normativos y jurisprudenciales de importancia internacional y regional. El antecedente más remoto de la desaparición forzada es el decreto nazi “Noche y Niebla”, que en 1941 ordenó en forma explícita la desaparición y envió a los campos de concentración de cualquier enemigo del Tercer Reich en los territorios ocupados, en forma clandestina y al amparo de

la noche. Con posterioridad, el mariscal alemán Wilhelm Keitel fue condenado por estos hechos en Núremberg (1946) sin que hubiera sido aceptado el argumento de defensa de que actuaba en cumplimiento de “órdenes superiores”.

Este periodo se inscribió además en un contexto internacional de importancia, la *Guerra Fría*, que en el escenario latinoamericano se desdobló en el movimiento de lucha contra la “amenaza comunista” aupado por Estados Unidos en los países del Cono Sur y Centroamérica, que consistió en apoyar a los “hombres fuertes” de estados “amigos”, varios de ellos dictadores violadores de los derechos humanos, que respondían a los intereses geopolíticos norteamericanos. Fue la época del auge del modelo de “guerra contrainsurgente” en América Latina, doctrina que favoreció distintas estrategias de lucha o “guerra sucia” contra la supuesta conspiración internacional comunista que quería extenderse por el mundo mediante la cooptación de “estados satélite” o aliados del bloque soviético, cuyas puntas de lanza en la región fueron Cuba y el sandinismo nicaragüense (1978-1990).

Entre las estrategias adoptadas por la guerra contrainsurgente, propias de la denominada “Operación Cóndor” (operación transnacional encubierta que tuvo lugar en Argentina, Chile, Uruguay, Paraguay, Bolivia y Brasil durante los años setenta y ochenta) pueden enumerarse las siguientes: 1) el impulso de fuerzas paramilitares bajo estrecho control estatal clandestino, redes de informantes y grupos auxiliares de civiles con el fin de convertirlos en fuentes de información y “multiplicadores de la fuerza” persecutora y represiva de las dictaduras; 2) el fortalecimiento y ampliación de las agencias e instituciones estatales de inteligencia para incrementar la vigilancia y control social; 3) el uso de criterios políticos e ideológicos para etiquetar sectores específicos de la sociedad como amigos o enemigos del régimen; 4) la utilización del terrorismo de Estado, luego denominado “contraterrorismo” –que no es otra cosa que el uso del terrorismo para combatir el terrorismo– como herramienta de control social y eliminación de la oposición; 5) la implementación de la guerra psicológica (PSYWAR) como mecanismo de manipulación política, mediante el uso de la propaganda negra y el temor social para normalizar la violencia dentro de la población civil.

En suma, este contexto produjo una transformación de la sociedad y de la naturaleza del Estado en Latinoamérica, donde “más que estar al servicio de sus ciudadanos, como corresponde al modelo occidental moderno, el gobierno se convirtió en una fuerza depredadora que implantaba en sus ciudadanos el temor, la confusión y la desorientación”⁷³.

El corolario de este escenario fue la violación masiva de los derechos humanos más básicos por los regímenes militares, marco bajo el cual el delito de desaparición forzada se convirtió en la herramienta ilícita por excelencia de combate y erradicación clandestina del enemigo político, sin que el Estado en principio sufriera el escarnio público por el descrédito de haberse convertido en una máquina criminal. De ahí que las dictaduras del Cono Sur y su modelo de totalitarismo y represión estatal, en especial la de Augusto Pinochet en Chile (1973-1990), la dictadura cívico-militar en Uruguay (1973-1985) y la dictadura militar encabezada por el general Jorge Rafael Videla en Argentina (1976-1981) (Videla llegó a afirmar en 1976 que “el terrorista no es solamente alguien con un arma o una bomba, sino también quien difunde ideas que son contrarias a la civilización occidental y cristiana”), se hayan convertido en paradigmáticas de la utilización del crimen de Estado de desaparición forzada como arma de lucha política.

Lo anterior explica también que la legislación y herramientas jurídicas para prevenir la desaparición forzada hayan sido tempranamente desarrolladas por los organismos supranacionales de la región latinoamericana, adelantándose al estado del general del arte en el mundo.

Es así como la OEA fue pionera en crear en 1980 el *Grupo de Trabajo sobre Desapariciones Forzadas o Involuntarias*, que se manifestó sobre el deterioro de los derechos humanos bajo las dictaduras del Cono Sur. Luego, en 1994, la OEA fue la primera en hacer la tipificación del delito de desaparición forzada en un instrumento jurídico internacional, la *Convención Interamericana sobre Desaparición Forzada de Personas*.

73 McSherry, J. Patrice. (2009). *Los Estados depredadores: la Operación Cóndor y la guerra encubierta en América Latina*. Santiago de Chile: Editorial LOM, p. 40.

También se destaca un documento de la OEA, de abril de 1980, donde la organización expresó su preocupación por la irregularidad de las aprehensiones físicas en Argentina e hizo una exposición de los mecanismos más comunes de desaparición forzada en los estados latinoamericanos. Asimismo, el Informe Anual de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos, de 1982, que recomendó la adopción de medidas específicas contra las desapariciones en los estados miembros de la Convención.



Día internacional de las víctimas de desaparición forzada, Plaza de Bolívar – Bogotá. César Romero Aroca, 2013.

2. PERIODO 2: 1983-1994

2.1. Derecho interno

2.1.1. De la no tipificación de la desaparición forzada, los decretos de persecución al paramilitarismo, las reformas al Código Penal de 1980 y el Estatuto Antisecuestro (Ley 40 de 1993)

Durante este periodo, especialmente en los inicios de la década de los ochenta, Colombia se debatía entre los vientos de diálogos de paz⁷⁴ y las dinámicas de violencia de la delincuencia y los grupos armados legales e ilegales que aún en esa sensación de esperanza continuaban dando lugar a un amplio número de casos de desaparición forzada, detenciones arbitrarias, ejecuciones extrajudiciales y secuestros. Todas esas conductas punibles se encontraban amparadas por un alto índice de impunidad, dado el ambiente de violencia reinante en el país y las condiciones especiales del conflicto, que restaba eficacia a la función de administración de justicia, entre las que se destacaba la multiplicidad de agentes que cometían estas conductas ilícitas —en algunos casos con serios indicios de participación de unidades de las fuerzas armadas o de los servicios de seguridad—, la inoperancia de la justicia, unida a la intimidación de los agentes estatales por parte de los miembros de las organizaciones criminales, que trajo como consecuencia la ausencia de información, testigos y denunciadores por temor. Las especialísimas modalidades de ejecución del delito fueron tales, que los delitos en muchos casos quedaron en la impunidad, por ejemplo “los secuestros que se llevan a cabo con precisión quirúrgica, sin dejar rastro alguno, y en muchos casos sus autores llevan ropas civiles”⁷⁵.

74 A partir de la Ley 35 de 1982, “por la cual se decreta una amnistía y se dictan normas tendientes al restablecimiento y preservación de la paz”, se promovió el inicio de las gestiones de paz y las conversaciones de paz entre los grupos guerrilleros y el gobierno de Belisario Betancur.

75 Informe del Grupo de Trabajo sobre Desapariciones Forzadas o Involuntarias de la visita realizada a Colombia en 1988 E/CN.4/1989/18/Add.1

En ese panorama, la situación normativa respecto de los delitos que atentaban contra la libertad individual seguía incólume, pues había ausencia absoluta de un marco legal que reprimiera la cada vez más creciente actividad criminal de la desaparición forzada, lo cual llevaba a los operadores judiciales a asimilarla al delito de secuestro simple o, en el peor de los casos, a declarar la inhibición en las investigaciones y juzgamientos ante la ausencia de tipificación específica de este delito.

Así lo señaló el Grupo de Trabajo Interdisciplinario:

La falta de tipificación legal de la desaparición conlleva en ocasiones la imposibilidad de continuar las investigaciones sobre desapariciones forzadas cuando éstas recaen en despachos judiciales cuyos jueces no asimilan este hecho al secuestro. Actualmente se está utilizando esta figura de secuestro simple. Así se califica el delito y el proceso sigue su curso. Pero esta interpretación no cuenta con el consenso del poder judicial y por esta razón se encontraron casos en que el juez ordena el cierre de la investigación, tomando como fundamento la falta de tipificación de la desaparición forzada como delito. En los casos en que se ha abierto investigación por secuestro, se encontraron, además, casos archivados por prescripción de la acción penal, aun cuando la persona sigue desaparecida⁷⁶.

Por otro lado, los esfuerzos normativos y judiciales se enfocaban en la marcada persecución del delito de secuestro en su modalidad simple y extorsiva. Por ejemplo, por medio del decreto No. 1150 del 24 de enero de 1983, el Gobierno Nacional convocó a sesiones extraordinarias al Congreso de la República para que éste se ocupara de una serie de proyectos de ley, entre los cuales se encontraba aquél que esperaba establecer una regulación procesal específica para la investigación y juzgamiento de los delitos de secuestro extorsivo, extorsión y terrorismo, cuya competencia

76 Naciones Unidas, Informe de la visita realizada a Colombia por dos miembros del Grupo de Trabajo sobre Desapariciones Forzadas o Involuntarias (24 de octubre a 2 de noviembre de 1988). E/CN.4/1989/18/Add.1 Recuperado de <http://daccess-ddsy.un.org/doc/UNDOC/GEN/G89/103/87/PDF/G8910387.pdf?OpenElement>

estaría asignada a los nuevos jueces especializados a través de la regulación de un procedimiento especial. El proyecto se convirtió un año más tarde en la ley 2 de 1984, por medio de la cual se asignaban funciones a las autoridades de policía en materia de contravenciones, se atribuía competencia, se establecían reglas de procedimiento y, de manera relevante, se instauraba la justicia especializada para los mencionados delitos. En efecto, 400 cargos, entre jueces especializados y fiscales del circuito, fueron creados específicamente para investigar y fallar los delitos de secuestro extorsivo, extorsión, terrorismo y sus conexos, conforme a un procedimiento especial definido en los artículos 13 y siguientes de la nueva ley.

Sin duda alguna el endurecido tratamiento del secuestro, especialmente el extorsivo, no tenía como único fin contrarrestar el actuar ilícito de la delincuencia común y de los grupos armados ilegales, sino también estaba encaminado a neutralizar las prácticas delictivas del narcotráfico, que sistemáticamente iba implantando una situación de violencia generalizada y se erigía cada vez más claramente como uno de los principales factores de desestabilización social de esa época, debido al poder económico que estaba tomando. Una muestra de ese actuar violento se evidenció el 30 de abril de 1984 con el asesinato de Rodrigo Lara Bonilla, el entonces ministro de Justicia, ultimado por dos sicarios contratados desde Medellín por los “capos” del narcotráfico. A raíz del magnicidio y el actuar reiterativo de grupos armados ilegales que atentaban contra el régimen constitucional —con anterioridad se había emitido el decreto 615 de 1983 para conjurar la grave situación en los departamentos de Caquetá, Huila, Meta y Cauca—, dieron lugar a que en la madrugada del 1 de mayo de 1984 se declarara turbado el orden público y el Estado de sitio en todo el territorio nacional, por medio del decreto legislativo 1038 de 1984, el cual estuvo vigente por un poco más de 7 años. Entre las medidas que de manera seguida se tomaron para el restablecimiento del orden público estuvo la ampliación de competencia a la justicia militar para el juzgamiento de civiles (específicamente para el delito de narcotráfico), por medio del decreto 1042 del 2 de mayo de 1984, la previsión de las normas penales militares para los procedimientos de captura y detención preventiva (Decreto 1071 de 1984) y la

creación de un tipo penal en relación con el secuestro, previsto en el artículo 7° del decreto 2829 del 21 de noviembre de 1984:

El que con el propósito de obtener para sí o para otro u otros, un provecho económico, actúe como intermediario entre los familiares, allegados o amigos de la persona secuestrada o extorsionada y los secuestradores o extorsionistas, para efectos de lograr la entrega de aquélla o los resultados de la extorsión, incurrirá en prisión de 3 a 8 años.

Finalmente, en cuanto al régimen de privación de la libertad, ese mismo año, por medio de la ley 52, se le otorgaron facultades extraordinarias al Presidente de la República para que, entre otros aspectos, reglamentara lo concerniente a la captura, detención y libertad provisional, particularmente en relación con los delitos más graves, en los que no se concedería excarcelación (artículo 3). Esas facultades se otorgaron mediante los decretos 1853 de 1985 y 56 de 1986, que dispusieron la captura obligatoria y la excepción a la libertad provisional en los casos de secuestro extorsivo, extorsión y terrorismo.

En los años siguientes las disposiciones siguieron refiriéndose a normas de carácter sustancial y procesal penal o relacionadas con la concesión del indulto⁷⁷, que contemplaban de alguna manera el delito de secuestro.

El 6 y 7 de noviembre de 1985 un comando del movimiento guerrillero M-19 tomó a la fuerza las instalaciones del Palacio de Justicia en donde se encontraban las sedes de la Corte Suprema de Justicia y el Consejo de Estado. El grupo guerrillero buscaba someter al entonces Presidente de la República, Belisario Betancur Cuartas, a un juicio político por el incumplimiento de los compromisos de las negociaciones de paz. La toma se llevó a cabo conforme a un plan táctico previamente elaborado por el grupo subversivo, que tuvo como respuesta inmediata el inicio de un operativo militar con miras a la recuperación del Palacio, el cual

77 Ley 49 del 4 junio de 1985, “por la cual se concede una autorización al Presidente de la República, se regula el ejercicio de la facultad de conceder indultos y se dictan otras disposiciones”.

fue dirigido y coordinado por el Ejército Nacional con la participación de otras varias fuerzas del orden. En su gran mayoría, los rehenes rescatados fueron trasladados a la Casa del Florero y tras ser interrogados e identificados eran dejados en libertad. Sin embargo, del paradero de once de esas personas rescatadas no se volvió a tener noticias.

El 13 de noviembre de 1985 el Gobierno Nacional dispuso la creación de un Tribunal Especial de Instrucción encargado de investigar los delitos cometidos con ocasión de la toma violenta del Palacio de Justicia de Bogotá. El Tribunal contaba con un término de tres meses, prorrogables por dos semanas más, para perfeccionar la investigación y proceder a rendir un informe dentro del mes siguiente a la culminación de la investigación, de la cual enviaría copias al Ministro de Justicia, a la Corte Suprema de Justicia, al Procurador General de la Nación y a los jueces competentes (Decreto 3300 de 1985).

A finales de la década de los ochenta, el marco normativo colombiano continuó centrado en las normas excepcionales. Una de las normas con mayor recordación para esta época es el llamado Estatuto para la Defensa de la Democracia o decreto 180 del 27 de enero 1988 –más conocido como “Estatuto Antiterrorista”, expedido con la finalidad de completar algunas normas del estatuto penal vigente en la época y adoptado durante la presidencia de Virgilio Barco Vargas bajo la figura perdurable del Estado de Sitio (declarado por el Decreto 1038 de 1984). El Estatuto fue promulgado con el fin de restablecer el orden público, cada vez afectado más gravemente por los hechos que atentaban contra la vida e integridad de los asociados, los actos terroristas contra oleoductos, instalaciones militares y policiales, los secuestros de candidatos a las alcaldías y corporaciones públicas de elección popular, así como el secuestro y muerte violenta del Procurador General de la Nación, Carlos Mauro Hoyos.

El mencionado Estatuto creó nuevos tipos penales contra la tranquilidad y la seguridad pública, la libertad personal y el patrimonio económico, especialmente dirigidos a la lucha en contra del terrorismo. Además, modificó parcialmente normas del Código Penal vigente con la previsión de atenuantes de responsabilidad por colaboración eficaz con la justicia y gratificaciones por in-

formación eficaz. El decreto también establecía de manera precisa atribuciones o funciones a cualquier miembro de las Fuerzas Militares, la Policía Nacional, la Policía Judicial y del Departamento Administrativo de Seguridad para coadyuvar en caso de urgencia o fuerza mayor. El decreto 180 de 1988 autorizaba a “a) Aprender sin orden judicial a persona o personas indiciadas de participar en actividades terroristas, debiéndolas poner a disposición de su superior inmediato en el término de la distancia, quien, a su vez, informará dentro de las veinticuatro (24) horas siguientes al Juez de Orden Público competente de la jurisdicción” y “b) Practicar registros en sitios donde se presume se encuentren terroristas o que se hayan cometido actos encaminados a consumar un delito que implique el uso o posesión de explosivos, armas de fuego o cualquier otro elementos similar” (artículo 40). Esas normas fueron declaradas inexecutable por la Corte Suprema de Justicia⁷⁸.

Por medio de esta normatividad también se aumentaron las penas privativas de la libertad para el delito de secuestro, al que además le impuso la pena de multa, conforme a lo establecido en el artículo 22, que dice: “SECUESTRO. El que arrebathe, sustraiga, retenga u oculte a una persona, incurrirá en prisión de quince (15) a veinte (20) años y multa de cien (100) a doscientos (200) salarios mínimos mensuales”.

De igual forma, el decreto 180 definió circunstancias de agravación punitiva en relación con los delitos de terrorismo, secuestro, extorsión, homicidio con fines terroristas, lesiones personales, amenazas, torturas, entre otros.

En el desarrollo de este marco legal contra el terrorismo también se expidieron los decretos 181 y 182 de 1988. El primero disponía de la creación y el fortalecimiento de Salas Especiales de Juzgamiento y los Juzgados de Orden Público especiales para el juzgamiento de los delitos señalados en el Estatuto. Y el segundo regulaba el habeas corpus, que ya había sido reglado por el Código de Procedimiento Penal (Decreto 050 de 1987). Con esta nueva regulación se dispuso una aplicación especial del recurso para los

78 Decreto declarado constitucional, salvo apartes del artículo 40 que fueron declarados inexecutable por la Corte Suprema de Justicia, mediante Sentencia 21, del 3 de marzo de 1988. Magistrado ponente: Fabio Morón Díaz.

delitos del Estatuto con el fin de, según los considerandos, “impedir la fuga o la liberación fraudulenta de personas relacionadas con grupos terroristas, con el propósito de que no abusen de la ley para evadir la acción de la justicia”. En ese sentido, el competente para conocer y resolver las peticiones de libertad en virtud del habeas corpus respecto de los delitos previstos por el decreto 180 de 1988 sería exclusivamente el Juez Superior del lugar donde se encuentre detenida la persona (artículo 2), quien decidirá lo pertinente 12 horas después de que el Ministerio Público presente su concepto dentro del término de 12 horas.

En el mismo año, la Asociación de Familiares de Detenidos Desaparecidos (ASFADDES) solicitó al grupo de trabajo sobre Desapariciones Forzadas o Involuntarias de las Naciones Unidas que visitara al país, con el objetivo de visibilizar las prácticas de desapariciones forzadas a nivel interno e internacional y lograr investigaciones judiciales que llevaran al esclarecimiento de los hechos en que desaparecieron sus allegados y el juzgamiento de los responsables. Igualmente, en ese mismo año el Gobierno creó un grupo interinstitucional que tenía como finalidad recopilar y remitir la información de los casos que habían sido transmitidos por el Grupo de Trabajo con base en el seguimiento a los casos reportados a una base de información del Ministerio de Relaciones Exteriores.

El 24 de octubre de 1988 el Grupo de Trabajo sobre Desapariciones Forzadas o Involuntarias realizó visita a Colombia por invitación del Gobierno Nacional. Y el 6 de febrero de 1989 rindió el informe E/CN.4/1989/18/Add.1, en el que analizó la legislación antiterrorismo recientemente proferida. En relación con la práctica del habeas corpus recopiló las apreciaciones de abogados y defensores de Derechos Humanos, que consideraban que había sido limitado:

59. El Decreto N° 182 ha introducido modificaciones sustanciales en la normativa sobre habeas corpus que, a juicio de algunos abogados, crean serios obstáculos legales para su funcionamiento. Así, se establece que cuando se invoque el habeas corpus en beneficio de alguna persona vinculada por algunos de los delitos previstos en el Decreto N° 180 o en la Ley N° 30 de 1986 (sobre

narcotráfico), será competente ya no cualquier juez sino el juez superior del lugar en donde la persona se encuentre detenida. Siendo reducido el número de jueces de dicho rango y más difícil el acceso a ellos, existe allí un factor limitativo evidente que es de mayor gravedad en las zonas rurales. Otro factor limitativo de significación es el de las vacaciones judiciales de las que gozan todos los jueces superiores en forma simultánea, con lo cual, durante ese lapso, quedaría desguarnecida la ciudadanía 6o. Además, el juez puede decidir sólo luego de informar al respectivo agente del Ministerio Público dentro de 12 horas quien, por su lado, dispondrá también de 12 horas para emitir su concepto. Esta formalidad antes no existía...

Durante este periodo, según la Corporación Jurídica Libertad, en Colombia:

(...) El crimen –de desaparición forzada- se vuelve generalizado y permanente porque los grupos paramilitares, con la complicidad de las Fuerzas Armadas, retomaron la práctica como una de las modalidades de agresión y terror contra la población campesina a quienes capturaban, torturaban, asesinaban y luego desaparecían como una forma de apropiarse de sus tierras y bienes, o incluso como forma de implementar proyectos estratégicos de infraestructura o de explotación de recursos naturales. Para la década de los noventa la desaparición forzada se convirtió en el crimen de lesa humanidad preferido por los grupos paramilitares y tenía tres fines esenciales: (1) Exterminar y desaparecer líderes sociales y políticos. (2) Realizar acciones de exterminio contra sectores de la población considerados indeseables como mujeres prostituidas, drogadictos, población LGTB e indigentes. (3) Como forma de disciplinamiento y control social de poblaciones enteras a quienes se les aplicaba esta modalidad para generar terror y así acabar con cualquier intención de denuncia u oposición a la estrategia paramilitar⁷⁹.

79 Recuperado de http://www.cjlibertad.org/index.php?option=com_content&view=article&id=365:movice&catid=50:hazlojusto&Itemid=90

El 18 de enero de 1989, una comisión de varios funcionarios judiciales salió de San Gil (Santander) para adelantar diligencias judiciales en la vereda La Rochela, dentro de la investigación de una serie de homicidios en contra de campesinos tildados como colaboradores de la guerrilla⁸⁰, perpetrados por la macabra alianza entre grupos paramilitares y miembros del Ejército Nacional en el Magdalena Medio, fortalecida por el marco normativo vigente, que permitía la colaboración entre las Fuerzas Militares y los civiles en grupos llamados de autodefensas, según el decreto legislativo 3389 de 1965, adoptado como legislación permanente mediante la ley 48 de 1968⁸¹.

Los miembros de la comisión fueron interceptados a la altura del Río Opón por un grupo de sujetos que se hicieron pasar por miembros del Frente 13 de las FARC al mando de alias “Ernesto” (suplantado por el paramilitar Julián Jaimes), quien indagó por los objetivos de la comisión. Una vez abordaron el mismo carro en el que habían llegado y que era ahora conducido por quien aparentaba ser alias “Ernesto”, la comisión judicial, que ahora se encontraba atada y sin armas gracias al ardid de los delincuentes, fue retirada unos kilómetros y en la carretera que conduce a Barrancabermeja, en el sitio conocido como La Laguna, fue salvajemente atacada a la comisión judicial. Tres de los integrantes de la comisión lograron sobrevivir al hacerse pasar por muertos mientras el resto de sus compañeros fueron masacrados: Orlando Morales (21 años), Carlos F. Castillo (24 años), Gabriel E. Vesga (23 años), Yul Germán Monroy (28 años), Benhur Iván Guasca (24 años), Luis O. Hernández (29 años) Pablo E. Beltrán (40 años), Mariela Morales

80 Grupo de Memoria Histórica. (2010). *La Rochela: Memoria de un Crimen contra la Justicia*. Carta enviada por Efraín Pérez y Joaquín Pinto, dirigentes comunales de la región, al Procurador General de la Nación, 15 de noviembre de 1988.

81 Decreto legislativo 3398 de 1965, “por el cual se organiza la defensa nacional”, el cual tenía una vigencia transitoria, pero fue adoptado como legislación permanente mediante la ley 48 de 1968 (con excepción de los artículos 30 y 34). El artículo 25 del decreto decía: «Todos los colombianos, hombres y mujeres, no comprendidos en el llamamiento al servicio militar obligatorio, podían ser utilizados por el Gobierno en actividades y trabajos con los cuales contribuyeran al restablecimiento de la normalidad». Parágrafo 3 del artículo 33: «El Ministerio de Defensa Nacional, por conducto de los comandos autorizados, podrá amparar, cuando lo estime conveniente, como de propiedad particular, armas que estén consideradas como de uso privativo de las Fuerzas Armadas».

(36 años), Virgilio Hernández (59 años), Samuel Vargas (51 años), Cesar A. Morales (28 años) y Arnulfo Mejía (27 años)⁸².

El cubrimiento periodístico llevó a que el atroz hecho consternara al país entero y la ciudadanía en general se solidarizara con los familiares de las víctimas fatales, mientras que la Rama Judicial recibió el hecho con gran dolor. A partir de los reportes de prensa se suscitó un interés nacional por las acciones de los grupos paramilitares, al tiempo que el hecho permitió evidenciar la intimidación generada por éstos.

Lo que reveló esta masacre era un creciente monstruo capaz de ejecutar actos de la mayor barbarie posible, una fuerza oculta pero bien financiada por dirigentes y narcotraficantes unidos por intereses económicos, que tenía licencia para cometer hechos tan execrables como masacres, torturas, homicidios y desapariciones forzadas. Por lo tanto, para contener tal esperpento la sociedad comenzó a exigir una reacción enérgica y pronta por parte del Estado, con respuestas concretas en su contra, en contraste con la anterior pasividad para enfrentarlos.

Por ello, tres meses después de la masacre de La Rochela el Gobierno Nacional suspendió la vigencia del marco legal señalado. Así, a partir del reconocimiento de la existencia de un nuevo actor de la violencia responsable de actos perturbadores del orden público el Gobierno, bajo la modalidad del estado de sitio, expidió el decreto 0815 del 19 de abril de 1989, por medio del cual suspendió la vigencia del parágrafo tercero del artículo 33 del Decreto legislativo 3398 de 1965, adoptado como legislación permanente por el parágrafo del artículo 1° de la Ley 48 de 1968⁸³, por medio del cual se autorizó la utilización de personal civil en actividades y trabajos para el restablecimiento de la normalidad. Esto, señalan las consideraciones del decreto, se interpretó por algunos sectores como una autorización o legalización de organización de grupos civiles armados al margen de ley. En consecuencia, la interpreta-

82 *La Rochela: Memoria de un Crimen contra la Justicia*, Op cit.

83 Artículo 33, parágrafo 3°: “El Ministerio de Defensa Nacional, por conducto de los Comandos autorizados, podrá amparar, cuando lo estime conveniente, como de propiedad particular, armas que estén consideradas como de uso privativo de las Fuerzas Armadas”.

ción acerca de la colaboración de la población civil se limitaría a actividades no agresivas y “en ningún momento implicarán la entrega de armas de uso privativo de las Fuerzas Armadas ni la autorización de su porte o utilización”.

Según el presidente Virgilio Barco, estos grupos eran responsables de varias masacres y muertes de altos funcionarios del Estado y dirigentes de la izquierda, su actuar se había convertido en una constante amenaza contra los derechos a la vida y a la libertad de expresión e incluso los señalaba como saboteadores de los procesos de paz. Por eso, la expedición del decreto fue necesaria para “impedir que esos grupos terroristas se amparen o escuden en la ley”⁸⁴.

Posteriormente, la sentencia de 25 de mayo de 1989 de la Corte Suprema de Justicia declaró inexecutable el parágrafo 3 del artículo 33 del Decreto legislativo 3398 de 1965.

En el marco de las facultades excepcionales del Estado de Sitio también se asumieron medidas específicas en contra de los paramilitares. El decreto 0814 del 19 de abril de 1989 creó el “Cuerpo Especial Armado encargado de cumplir misiones de orden público contra los escuadrones de la muerte, bandas de sicarios o grupos de autodefensa o de justicia privada, equivocadamente denominados paramilitares, integrado hasta por mil efectivos armados, tomados del personal activo de Policía Nacional”. El decreto 0813 del 19 de abril 1989 creó “la Comisión Asesora y Coordinadora de las acciones contra los escuadrones de la muerte, bandas de sicarios o grupos de autodefensa o de justicia privada, equivocadamente denominados paramilitares” y se le asigna funciones, la cual debía reunirse dos veces al mes por lo menos y estaría integrada por los ministros de Defensa, Justicia e Interior, el comandante general de las Fuerzas Militares y por los directores de la Policía y del DAS.

Finalmente, con el argumento de que

los acontecimientos que vienen ocurriendo en el país, han demostrado que existe una nueva modalidad delictiva consistente en la comisión de actos atroces por parte de grupos armados, mal

84 Guerra contra los paramilitares. El presidente Barco anunció severo plan contra el narcoterrorismo. *El Tiempo*, 20 de abril de 1989.

llamados paramilitares, constituidos en escuadrones de la muerte, bandas de sicarios, grupos de autodefensa o de justicia privada, cuya existencia y acción afectan gravemente la estabilidad social del país, las cuales deben suprimirse para lograr el restablecimiento del orden y la paz públicos,

se expidió el decreto 1194 del 8 de junio de 1989, que adicionó el decreto legislativo 180 de 1988 y sancionó nuevas modalidades delictivas, entre ellos la promoción, financiación, organización, dirección, fomento y ejecución de actos “tendientes a obtener la formación o ingreso de personas a grupos armados de los denominados comúnmente escuadrones de la muerte, bandas de sicarios o de justicia privada, equivocadamente denominados paramilitares”.

El decreto 813 se adoptó como legislación permanente mediante el decreto 2254 de 1991 con la incorporación de las expresiones “escuadrones de la muerte, bandas de sicarios o grupos de autodefensa o de justicia privada, equivocadamente denominados paramilitares”. De la misma forma, el artículo 6 del decreto 2266 emitido el 4 de octubre de 1991 adoptó como legislación permanente las disposiciones del decreto legislativo 1194 de 1989.

Posteriormente, el escenario de violencia de los años noventa generado por narcotraficantes, terroristas, organizaciones criminales y grupos armados ilegales que atentaban contra dirigentes políticos y sociales, funcionarios judiciales, policías, mujeres, niños y ancianos, hizo que el Gobierno Nacional tomara medidas.

Con ocasión del primer Consejo Nacional de Seguridad de la administración de Gaviria Trujillo se evidenció el aumento de delitos como el secuestro y el homicidio, muchos de ellos en contra de miembros de las Fuerzas Armadas, cuya mayor fuerza violenta era el narcotráfico, seguido por la delincuencia común y la subversión. Durante los primeros ocho meses del 90 se registraban más de 15.000 personas muertas⁸⁵. El 22 de octubre de 1990 el Consejo Nacional de Seguridad creó la Unidad Especial Antiex-

85 Secuestrados 63 miembros de las Fuerzas Armadas en ocho meses. *El Tiempo*, 1 septiembre 1990. Recuperado de <http://www.eltiempo.com/archivo/documento/MAM-47524>.

torsión y Secuestro (UNASE), conformada por miembros de la Policía Nacional, del Ejército y del DAS, con funciones orientadas a obtener la libertad de los secuestrados. Posteriormente, la UNASE fue duramente cuestionada por las acusaciones de actuaciones que vulneraban los derechos humanos⁸⁶.

Producto del movimiento estudiantil denominado “séptima papeleta”, en la jornada electoral presidencial de 1990 también se consultó a los colombianos acerca de la convocatoria a una Asamblea Nacional Constitucional. La votación por el sí se impuso. El 24 de agosto, el gobierno, con base en las facultades del Estado de Sitio, expidió el decreto legislativo 1926, mediante el cual adoptó las medidas para la votación a la Asamblea Nacional Constitucional.

El 10 de octubre de 1990, la Corte Suprema de Justicia comunicó a la opinión pública que en virtud de la sentencia proferida el día anterior declaraba constitucional el decreto legislativo 1926, que convocaba para el 9 de diciembre las elecciones para la Asamblea Nacional Constitucional.

Sin embargo, la Corte consideró como inconstitucionales “... aquellas partes del acuerdo político que limitaban las liberaciones de la Asamblea a un temario estrecho y que sólo expresaba la voluntad de ese grupo reunido en Palacio...”. Por esa razón, se dio paso a una Asamblea Nacional Constituyente, con la facultad de producir una nueva Constitución Política y no simplemente reformar la anterior en algunos apartes.

Después de cinco meses de sesiones y debates por parte de los 74 constituyentes en la Asamblea Constituyente instalada el 5 de febrero de 1991, el 4 de julio Colombia tuvo una nueva Constitución Política, que consta de 380 artículos y 60 disposiciones transitorias, la que el Presidente de ese entonces consideró como un tratado de paz y un instrumento de reconciliación.

De esta forma, Colombia quedó bajo la cláusula de un estado social de derecho, organizado en forma de república unitaria, descentralizada, participativa y pluralista, fundada en el respeto de la dignidad humana. La Constitución de 1991 presenta un im-

86 Comisión Interamericana de Derechos Humanos. (1993). Informe de Derechos Humanos Colombia.

portante catálogo de derechos fundamentales. Mediante la adopción del bloque de constitucionalidad, del artículo 93, se otorgó una especial prelación en el ordenamiento interno a los tratados internacionales ratificados por el Congreso que reconocen los derechos humanos.

Además, el nuevo marco constitucional consagra una serie de mecanismos para hacer efectivos los derechos fundamentales: las acciones de tutela, de cumplimiento y las populares.

En los antecedentes de la Constitución Política de 1991 se tiene constancia⁸⁷ que el Gobierno Nacional presentó un proyecto de texto constitucional en el cual se hacía mención a la protección del derecho a la integridad física y mental como derecho inviolable, al tiempo que prohibía toda forma de tortura y penas o tratos crueles, inhumanos o degradantes y castigaba con la nulidad toda declaración obtenida mediante la violación de este derecho. Por su parte, la subcomisión segunda de la Comisión Primera de la Asamblea Constituyente propuso un texto en el cual la protección era de contenido más amplio, incluyendo el derecho a la vida, cuya garantía estaba a cargo del Estado, estipulaba la prohibición de la pena de muerte, la tortura, los tratos inhumanos y degradantes, así como la desaparición forzada, a los cuales se les daba la categoría de delito. Sin embargo, el texto presentado a debate en la Comisión Primera suprimía la consideración de tales conductas como delictivas y en cambio establecía una fórmula general de que nadie sería sometido a desaparición forzada, a torturas, ni a tratos o penas crueles, inhumanos o degradantes. Esta enunciación, luego de que se separara lo concerniente al derecho a la vida, fue la que finalmente fue acogida en la plenaria. Se dio paso al actual texto, que es acorde con lo dispuesto en la Declaración Universal de los Derechos Humanos y en la Convención Americana sobre Derechos Humanos. Se encuentra consignado en el Título III, capítulo 1° “De los Derechos Fundamentales”, artículo 12 de la Constitución y dice así: “Nadie será sometido a desaparición forzada, a torturas ni a tratos o penas crueles, inhumanos o degradantes”.

87 Corte Constitucional, Sentencia C-317 del 2 de mayo de 2002. Magistrada ponente: Clara Inés Vargas Hernández.

El 4 de julio, con el decreto 1686 de 1991, el Presidente de la República dispuso el levantamiento del Estado de Sitio en todo el territorio nacional con ocasión de la nueva Constitución, que, se argumenta en la disposición, fortalece la institucionalidad y facilita la reincorporación de miembros de grupos armados organizados al margen de la ley.

Además, la Asamblea Constituyente adoptó medidas de transición respecto al nuevo orden constitucional y los decretos expedidos durante la declaratoria de estado de sitio⁸⁸, los cuales continuarían rigiendo por un tiempo, con la posibilidad de ser adoptados como legislación permanente, según el artículo transitorio 40. Con la disolución del Congreso de la República, la Asamblea recomendó que se convocara a elecciones parlamentarias, que se llevaron a cabo en octubre de ese mismo año y conformó una Comisión Especial, a la cual se le denominó “Congresito”, con 36 miembros que fueron elegidos por los constituyentes el mismo 4 de julio de 1991⁸⁹.

La libertad como derecho fundamental está consignado de manera expresa en el artículo 28 de la Constitución de 1991, que reza:

Toda persona es libre. Nadie puede ser molestado en su persona o familia, ni reducido a prisión o arresto, ni detenido, ni su domicilio registrado, sino en virtud de mandamiento escrito de autoridad judicial competente, con las formalidades legales y por motivo previamente definido en la ley. La persona detenida preventivamente será puesta a disposición del juez competente dentro de las treinta y seis horas siguientes, para que éste adopte la decisión correspondiente en el término que establezca la ley. En

88 Entre los cuales se encontraba el decreto 2790 de 1990, “por el cual se dicta el Estatuto para la Defensa de la Justicia, integrando en una sola jurisdicción los Jueces de Orden Público y los especializados creando mecanismos jurídicos para su protección y la de los demás intervinientes en los procesos penales de su competencia, organizando la Subdirección Nacional y las Direcciones Seccionales de orden público para darles el apoyo operativo y necesario para el cumplimiento de sus funciones y robusteciendo los organismos auxiliares de la justicia”.

89 Calderón, Camilo. (Junio de 2003). La revocatoria del Congreso de 1991. La transición se salvó con un “Congresito” de 36 miembros. *Revista Credencial Historia*. Bogotá, Edición 162.

ningún caso podrá haber detención, prisión ni arresto por deudas, ni penas y medidas de seguridad imprescriptibles.

Sin embargo, en el comienzo de la década de los noventa las violaciones a este derecho eran alarmantes y el país se conmocionó con los secuestros de figuras públicas, políticos y periodistas, como Diana Turbay y Francisco Santos.

Primero, el 30 de agosto de 1990, fueron secuestrados Diana Turbay de Uribe, Azucena Liévano, Juan Vitta, Hero Buss, Richard Becerra y Orlando Acevedo cuando fueron engañados con una supuesta entrevista con el cura Manuel Pérez, comandante del Ejército de Liberación Nacional (ELN). En septiembre, fueron secuestrados Francisco Santos Calderón y Marina Montoya de Pérez, hermana de Germán Montoya, secretario general de la Presidencia del ex presidente Virgilio Barco. En octubre se acusó al Cartel de Medellín con el secuestro de los periodistas y el grupo de “Los Notables”, compuesto por el cardenal Mario Revollo Bravo, los ex presidentes Misael Pastrana Borrero y Alfonso López Michelsen y Diego Montaña Cuéllar, se ofrece como mediador para la liberación. Un mes después, fue secuestrada Maruja Pachón de Villamizar, cuñada de Luis Carlos Galán Sarmiento y esposa del congresista Alberto Villamizar Cárdenas junto con su cuñada y asistente de prensa Beatriz Villamizar de Guerrero.

Entre noviembre y diciembre de 1990 fueron liberados Juan Vitta, Hero Buss y Azucena Liévano; luego Orlando Acevedo, auxiliar de cámara, el 17 de enero; en febrero del 91, Beatriz Villamizar de Guerrero y en mayo, Maruja Pachón de Villamizar y Francisco Santos⁹⁰. Diana Turbay murió durante una operación de rescate en febrero de 1991.

Dos años más tarde, el 19 de enero de 1993 se expidió el Estatuto Antisecuestro o la Ley 40 de 1993, que consagraba un listado de delitos relacionados con el secuestro⁹¹ y aumentaba considerablemente las penas de las conductas que ya se encontraban

90 La cronología del múltiple secuestro. *El Tiempo*, 21 de mayo de 1991.

91 Enriquecimiento derivado del secuestro (Art. 6), Favorecimiento (Art. 7), Receptación (Art. 8), Omisión de informes (Art. 9), Omisión de aviso (Art. 10) y Celebración indebida de seguros (Art. 12).

tipificadas. El delito de secuestro extorsivo —ahora con una pena de prisión de 25 a 40 años y multa de 100 a 500 salarios mínimos mensuales— continúa precisado por las conductas de arrebatar, ocultar, sustraer o retener a una persona como una actuación que realiza un sujeto indeterminado con “el propósito de exigir por su libertad un provecho o cualquier utilidad, o para que se haga u omita algo, o con fines publicitarios o de carácter político”, o cuando tales conductas se ejecuten sobre “una personalidad de reconocida notoriedad o influencia pública”. En los casos en los que el propósito es diferente, el delito sigue siendo el secuestro simple, pero con una pena de 6 a 25 años y multa de 100 a 200 salarios mínimos mensuales. El Estatuto además contenía disposiciones procesales como el decomiso de los bienes provenientes o empleados para la comisión de estos ilícitos; la prohibición expresa de conceder indultos, amnistías, cesación de procedimiento o auto inhibitorio a favor de los autores o partícipes del delito de secuestro que era considerado como delito atroz y no conexo con el delito político; igualmente, se excluían las rebajas por confesión, concesión de subrogados penales y libertad condicional en los casos relacionados con secuestro. No obstante, en materia de colaboración, el Estatuto disponía la rebaja de la pena, y solo en casos excepcionales, el reconocimiento de la condena de ejecución condicional, el prescindir de imponer o ejecutar la pena, siempre y cuando se evaluara la conveniencia, se colaborara con el esclarecimiento de los hechos y la captura o establecimiento de responsabilidad de los autores o partícipes y la preclusión o cesación de procedimiento se aplicaría cuando, a partir de la colaboración con la administración de justicia, se capturara para quienes conforman organizaciones delincuenciales.

En la sentencia que estudió la constitucionalidad del Estatuto (Sentencia C-069 de 1994) la Corte Constitucional señala la calidad de grave y atroz del delito de secuestro, en tanto que atenta contra derechos tan fundamentales como el derecho a la vida, la libertad (artículos 12, 13 y 28), la dignidad del hombre, la seguridad (artículo 21), el derecho a la familia (artículos 5 y 42), el derecho a la intimidad (artículos 15 y 42), el derecho al libre desarrollo de la personalidad (artículo 16), el derecho a la libre circulación (artículo 24), el derecho al trabajo (artículo 25), el derecho

a la participación (artículo 40) y toda una gama de derechos conexos con los anteriores. Asimismo, consideró que la tipificación del delito de omisión de aviso a las autoridades en los casos de secuestro no constituye una violación a la garantía de autoincrimination contenida en el artículo 33 de la Carta, al tiempo que determina que la negativa para conceder indultos o amnistías en favor de quienes han cometido delitos de secuestro está conforme a la filosofía de la Constitución, pues, de manera prudente, la norma no asimila el delito de secuestro con un delito político. La Corte Constitucional, además, declaró inconstitucionales varios artículos de la ley, entre ellos algunos apartes relacionados con los beneficios por colaboración, específicamente en lo referente a prescindir de la aplicación de la pena, la preclusión y la cesación de procedimiento. Al respecto, consideró la Corte que las razones de conveniencia no pueden sustraer la pena como respuesta lícita y justa del Estado, de modo que la exoneración de la pena es un acto desproporcionado e injusto, máxime cuando se trata de un delito como el secuestro, que tiene la categoría de delito de lesa humanidad.

Durante este periodo no existió tipificación de la desaparición forzada en el Código Penal colombiano. Sin embargo, tuvieron lugar varias reformas al Código Penal de 1980, entre ellas la ya mencionada ley 40 de 1993 o “Estatuto Antisecuestro”, donde se continúa con la distinción entre secuestro extorsivo y secuestro simple. Ambos diferenciados, al igual que en la fórmula del código del 1980, en que el primero tiene fines de provecho, de utilidad, de hacerse o no algo, de fines publicitarios, de fines políticos, mientras que el segundo –el simple- de modo residual a circunstancias no previstas en la descripción anterior.

En cuanto a la pena de prisión por el delito de secuestro sí se produjo un cambio sustancial, pues el Estatuto las elevó considerablemente, decisión que fue avalada por la Corte Constitucional, mediante la Sentencia C-563 de 1993⁹².

92 Corte Constitucional, Sentencia C- 563 de 1993. Magistrado ponente: Hernando Herrera Vergara.

Sin embargo, es importante destacar que en el artículo 11 del mencionado Estatuto se consagró una obligación especial para los jueces y autoridades de investigación cuando se tenga noticia “de un posible delito de secuestro o que ha ocurrido una desaparición”. Y aunque de manera tímida se incluye el vocablo de desaparición en el articulado del Estatuto, no se hace referencia más detallada durante el desarrollo del mismo. Puede intuirse que para esa época la legislación nacional empieza a recoger algunos conceptos y terminología propios del derecho regional e internacional, como se mencionó en el periodo anterior.

2.1.2. Proyectos de ley fallidos para la tipificación del delito de desaparición forzada

El proceso de tipificación del delito de desaparición forzada en Colombia no se dio sin dificultades. Aunque desde 1994 existía el tipo penal supranacional de desaparición forzada, Colombia solo cumplió con sus obligaciones de tipificación adquiridas como signataria de la Convención Interamericana sobre Desaparición Forzada de Personas a partir de la ley 589 de 2000. Esta ley estableció el delito de desaparición forzada y creó la Comisión de Búsqueda de Personas Desaparecidas (CBPD), primer intento serio de convertir la lucha contra la desaparición forzada en derrotero estatal y política pública. Sin embargo, el proceso legislativo de tipificación de la desaparición forzada en Colombia fue tortuoso, debido a las dificultades que se presentaron en el trámite parlamentario de las múltiples iniciativas legislativas fallidas en la materia. Seis proyectos fracasaron desde 1988 antes de que fuera aprobada la ley 589 de 2000. Veamos:

2.1.2.1. Proyecto de ley número 224 de 1988

El primer intento fallido de tipificación de la desaparición forzada como delito tuvo lugar en 1988, mediante el proyecto de ley número 224, que fue presentado por el entonces Ministro de Justicia, Guillermo Plazas Alcid. El proyecto no fue aprobado por el Congreso.

2.1.2.2. Proyecto de ley número de 30 de 1990

Con posterioridad, en 1990, la misma iniciativa fue presentada por el Ministro de Gobierno, Horacio Serpa Uribe, a la Cámara de Representantes. El proyecto de ley número 30 no fue aprobado porque no alcanzó a debatirse en su totalidad. Este proyecto tipificaba la conducta en forma genérica, sin sujeto activo cualificado (mediante la fórmula “el que...”), con una pena privativa de la libertad muy baja, aunque establecía una agravación punitiva cuando el delito fuera cometido por un agente estatal:

Artículo 1. Desaparición forzada o involuntaria. El que con fines delincuenciales y valiéndose de cualquier medio ordene u obligue a otra persona a permanecer en contra de su voluntad en sitio diferente al de su vecindad, domicilio, lugar de trabajo o donde habitualmente desarrolle actividades, incurrirá en prisión de cinco (5) a diez (10) años, sin perjuicio de la pena que le pueda corresponder por otro u otros delitos que se ocasionen con el hecho.

Parágrafo. La pena anterior se aumentará hasta la mitad, si se realizará por quien ejerza autoridad o jurisdicción, o por quien no siéndolo utilizare uniforme, identificación, prenda o insignia de uso privativo de Fuerza Pública o de organismo de seguridad oficial.

La tipificación se acompañaba de la calificación de la desaparición forzada como delito de lesa humanidad, imprescriptible y no amniable ni indultable. Además, establecía la obligación de limitar la privación de la libertad a “sitios autorizados”, es decir, solo en establecimientos carcelarios oficiales del orden municipal, departamental y nacional reconocidos por la Dirección General de Prisiones. También se señalaba como obligatoria la intervención del Ministerio Público en todas las actuaciones relativas a denuncias contra miembros de la Fuerza Pública.

En la exposición de motivos del proyecto, se advierte entre líneas cierta reticencia del gobierno a asumir total responsabilidad por los casos de desaparición forzada. Allí el gobierno reconoció

la existencia, gravedad y repercusiones negativas en términos de imagen del Estado frente al fenómeno, pero descartó su sistematicidad y que fuera el resultado de una política de Estado. La exposición de motivos decía que:

También en el país se ha indagado sobre el particular por parte de los partidos políticos, las entidades privadas, universidades, entidades no gubernamentales de Derechos Humanos, etc., y en todas las ocasiones, no solamente se ha constatado la existencia de tales delitos, sino su absoluta impunidad. Se esté o no de acuerdo con los múltiples pronunciamientos al respecto, algunos francamente parcializados, lo cierto e irrefutable, es que han ocurrido desapariciones y sobre el destino de las víctimas nunca se ha vuelto a saber (...).

Ha de quedar claro que el Gobierno y sus instituciones no propician, encubren o toleran estas abominables conductas; por el contrario, las censura y las reprime con los medios que le dispensa la ley. Simultáneamente, adopta estrategias persuasivas, colaterales a la represión del delito, tales como la promoción de una cultura de defensa de los Derechos Humanos y las libertades fundamentales (...).

La desaparición forzada no era de ocurrencia común en nuestro medio y corresponde, sin duda alguna, a las fatales características de la denominada “Guerra Sucia”, consecuencia lacerante de la crisis que sufrimos los colombianos. Por ello, no está erigida como delito autónomo, específico, en nuestro Estatuto Criminal. Es conveniente, a más de obligante, crear este tipo de delito (...).

En el proyecto se señala una agravación de la pena cuando estos criminales procedimientos sean cometidos, facilitados o encubiertos por autoridades de cualquier jurisdicción o instancia. Ello obedece a que en ciertas oportunidades, se han hecho imputaciones a miembros de los organismos de seguridad del Estado o de sus Fuerzas Militares, y ha habido casos en que han resultado responsables, sin que, justo es decirlo, se haya demostrado que

tales acciones hubieran sido cometidas en cumplimiento de un orden institucional o en desarrollo de una política de trazada por los altos mandos⁹³.

2.1.2.3. Proyecto de ley número de 152 de 1992

Este proyecto fue presentado por la senadora Vera Grabe, ex combatiente, reinsertada y cofundadora del desaparecido movimiento M-19, según se lee en la exposición de motivos con el fin de “hacer justicia a tantos colombianos que han sido desaparecidos, pero siguen vivos en la memoria de sus familiares y amigos, quienes, en medio de la incertidumbre y la duda, mantienen la búsqueda eterna y la esperanza de hallarlos vivos, o, como triste consuelo, por lo menos obtener certeza de su muerte”⁹⁴. El tono de este proyecto es diametralmente opuesto al anterior del gobierno debido, desde luego, a los orígenes políticos de la senadora Grabe. Algunos apartes de importancia de la exposición de motivos dicen:

Para desgracia y deshonra de nuestra patria, y en detrimento de los valores esenciales de la democracia y de la convivencia ciudadana, ha hecho carrera en nuestro país desde hace ya varios años, como práctica usual de la intolerancia un crimen monstruoso que afecta los valores intrínsecos del ser humano y de la sociedad, como es intolerable, la desaparición forzada de personas.

Decenas, centenares y millares de denuncias ha conocido el país, a través de la voz clamorosa de justicia que miles de ciudadanos de organizaciones defensoras de derechos humanos, de organismos protectores de los mismos en el ámbito internacional, de instancias gubernamentales como la Procuraduría General de la Nación, la Consejería de Derechos Humanos, el estamento eclesial y tantos más, que en forma vehemente han reclamado justicia y el retorno con vida de los desaparecidos (...).

93 *Gaceta del Congreso*, 8 de agosto de 1990, p. 14.

94 *Gaceta del Congreso*, 30 de septiembre de 1992, p. 2.

Si queremos edificar un Estado sólidamente democrático y al servicio de la paz, debe ser ese Estado el primero en velar por el ejercicio pleno de los derechos constitucionales y humanos.

No puede un Estado, ni un gobierno ni sus instituciones, permitir siquiera bajo el manto de la sospecha, que se contemple la posibilidad que bajo el ejercicio del poder, se propician, encubren o toleran estas prácticas (...).

Lamentablemente para la historia nacional, no son pocos los casos, en que dichas desapariciones han recaído sobre opositores políticos, luchadores populares, o defensores de derechos humanos, lo que ha fundamentado en un importante segmento de la sociedad, la creencia de que son agentes del Estado, en especial miembros de los organismos de seguridad oficial, los que en gran cantidad de casos han cometido y cometen estos crímenes. Más aún, en algunas investigaciones han resultado ciertamente comprometidos agentes del Estado.

Este proyecto se componía de nueve artículos donde se tipificaba la desaparición forzada como delito con sujeto activo indeterminado (“el que...”) y una pena de prisión de 8 a 15 años. También se establecía la responsabilidad penal por omisión de información de quien estaba legalmente obligado a suministrarla; se señalaba como causal de agravación punitiva la condición de agente estatal y como causal de atenuación la liberación de la víctima o el suministro de información que conduzca a su aparición viva; se le daba al delito el carácter continuado, común (nunca delito político), imprescriptible, de lesa humanidad, de competencia de la jurisdicción ordinaria y se establecía la prohibición de amnistiarlo; se determinaban en forma expresa los sitios autorizados para la privación de la libertad de los particulares; se asignaba la competencia para conocer de este delito a los jueces regionales; y se ordenaba la intervención del Ministerio Público y la Defensoría del Pueblo ante el conocimiento de posibles infracciones.

2.1.2.4. *Proyectos de ley número de 277 de 1993 y 331 de 1993*

Al anterior proyecto de ley (152 de 1992, Senado), siguieron los proyectos 277 de 1993 (Senado) y 331 de 1993 (Cámara), que con posterioridad fueron unificados en uno solo, que el gobierno de turno objeto el 6 de julio de 1994, por “considerar que la ley no podía violar las figuras de fuero militar y obediencia debida”⁹⁵. El mencionado proyecto tuvo en cuenta la realidad social colombiana, donde el delito de desaparición forzada era cometido por actores no solo públicos. Por esta razón concibió un dispositivo más amplio que desbordaba el tipo penal clásico restringido a los agentes estatales. Al respecto, la Corte Constitucional señaló que:

En cuanto hace al desarrollo legislativo del artículo 12 Fundamental, es de recordar que en el año de 1992 ante el Congreso se presentó el Proyecto de Ley 152 de 1992, que pretendía tipificar como delito la desaparición forzada de personas. Al sustentar esta iniciativa el ponente, con base en un documento preparado por la Consejería Presidencial para los Derechos Humanos, consideró que pese a que en la literatura sobre el tema el sujeto activo de este delito es generalmente un representante de la autoridad, el caso colombiano ofrece especiales características pues los particulares también pueden cometerlo, como es el caso de la guerrilla cuando hace desaparecer personas por conflictos internos o por tener desercciones o por problemas de mando y seguridad; el narcotráfico cuando utiliza este sistema para saldar cuentas o vengar anteriores ofensas de ex colaboradores en el negocio; y los paramilitares que tampoco han sido ajenos a esta abominable práctica⁹⁶.

La Corte recordó que los reparos del gobierno al mencionado proyecto

Se dirigieron contra el artículo 8° del proyecto, en sus incisos tercero y cuarto que prescribían que “en ningún caso podrá adu-

95 Comisión de Búsqueda de Personas Desaparecidas (2010). *Informe Instrumentos de lucha contra la desaparición forzada*. Bogotá, p. 41.

96 Corte Constitucional, Sentencia C-317 de 2002.

cirse que las conductas previstas en la presente ley han sido cometidas en relación con el servicio, cuando se atribuyan a miembros de la fuerza pública en servicio activo” y que “tampoco podrá alegarse como eximente de responsabilidad la obediencia debida. En todo caso quien recibiera la orden *podría* incurrir en alguna de las conductas previstas en la presente ley, teniendo el derecho y el deber de no obedecerla”. A criterio del Gobierno estas disposiciones eran contrarias a los artículos 91 y 221 de la Constitución Política⁹⁷.

El artículo 91 de la Carta establece que “en caso de infracción manifiesta de un precepto constitucional en detrimento de alguna persona, el mandato superior no exime de responsabilidad al agente que lo ejecuta”. Sin embargo, al tenor del mismo artículo “los militares en servicio quedan exceptuados de esta disposición. Respecto de ellos, la responsabilidad recaerá únicamente en el superior que da la orden”. Por su parte, el artículo 221 establece que los delitos cometidos por los miembros de la Fuerza Pública en servicio activo “y en relación con el mismo servicio” son de competencia de la jurisdicción penal militar.

Se evidencia que el tema de la tipificación de la desaparición forzada en sus inicios generó fuertes tensiones con los privilegios que les otorgaba el fuero especial a los militares, pues en un comienzo el gobierno no quiso excluir de la competencia de la jurisdicción especializada ni siquiera los delitos de lesa humanidad, que romperían *ipso iure* cualquier “relación con el servicio”.

2.1.2.5. Proyectos de ley número 129 de 1997, 222 de 1998, 20 de 1998 y 142 de 1998

En 1997, los ministros de Relaciones Exteriores y de Justicia y del Derecho presentaron ante el Senado el proyecto de ley 129 de 1997 y ante la Cámara el proyecto 222 de 1998, los cuales no fueron debatidos por el Congreso. Finalmente, fueron presentados

⁹⁷ *Ibidem*.

los proyectos de ley 20 de 1998 (Senado) y 142 de 1998 (Cámara), que fueron aprobados como la ley 589 de 2000⁹⁸.

En la *exposición de motivos* del proyecto de ley número 20 de 1998 se reconoció que la desaparición forzada revestía características de extensión y gravedad particulares en el caso colombiano:

Históricamente la desaparición forzada surgió como un delito cometido única y exclusivamente por agentes estatales, al punto de ser conocida en la década pasada como un delito-pena de detención-desaparición. La desaparición en los países del cono sur y en Centroamérica indicaba que se componía de un primer acto de detención ejercido por la fuerza pública, el cual era seguido de la desaparición de los así detenidos.

Este acto era concebido dentro de la lógica dictatorial como una pena para el opositor por el hecho de disentir con el sistema, pero a la vez, frente a un derecho penal liberal, era un delito cometido por los propios agentes del Estado, merecedor, por lo tanto, de la correspondiente sanción penal.

En Colombia, las desapariciones forzadas no son insólitas pues desde la década del setenta, al menos, se han presentado conductas de este tipo al igual que en el resto de países de América Latina. No obstante, una particularidad que caracteriza nuestra realidad está dada en que los actores de nuestro conflicto, cometen sin distinción alguna actos de este tipo, lo que hace preciso no limitar la conducta a los agentes estatales pues el Gobierno colombiano entiende que agentes particulares, sin vínculo estatal de ninguna naturaleza, también están comprometidos en la comisión de este delito de lesa humanidad.

Tal particularidad impone la tarea de reconocer la participación de los particulares en delitos de desaparición forzada,

98 Ley 589 de 2000, “por medio de la cual se tipifica el genocidio, la desaparición forzada, el desplazamiento forzado y la tortura; y se dictan otras disposiciones”. Publicada en el *Diario Oficial* No. 44.073, de 7 de julio de 2000.

reconociendo la especial configuración que adquirió en el caso colombiano⁹⁹.

Gracias al reconocimiento de la especificidad colombiana, el tipo penal fue propuesto con mayor amplitud, sin sujeto activo cualificado, en los siguientes términos:

Artículo 124A. Desaparición forzada. El que prive o mantenga privada de la libertad a una persona y omita dar información concreta sobre su situación o paradero, o evite que esta se dé, o suministre información falsa, o tolere que otro lo haga, con el propósito de desaparecerla, incurrirá en prisión de cuarenta y cinco (45) a sesenta (60) años, en multa de quinientos (500) a dos mil (2000) salarios mínimos mensuales vigentes y en interdicción de derechos y funciones públicas de cinco (5) a diez (10) años.

Sin embargo, se estableció una agravación punitiva para el caso de los agentes estatales:

Artículo 124B. Desaparición forzada por servidor público. El servidor público que prive o mantenga privada de la libertad a una persona y omita dar información concreta sobre su situación o paradero, o evite que esta se dé, o suministre información falsa, o tolere que otro lo haga, con el propósito de desaparecerla, incurrirá en prisión de cincuenta (50) a sesenta (60) años, en multa de quinientos (500) a dos mil (2000) salarios mínimos legales mensuales vigentes y en interdicción de derechos y funciones públicas de cinco (5) a diez (10) años¹⁰⁰.

Sin embargo, el presidente de la época, Andrés Pastrana, objetó los proyectos de ley número 20 y 142 de 1998 por razones tanto de inconveniencia como de inconstitucionalidad, en lo relativo a la tipificación del genocidio. En cuanto a los motivos de inconveniencia, el ejecutivo consideró que tal como había quedado

99 *Gaceta del Congreso*. Miércoles 22 de julio de 1998, p. 26.

100 *Ibidem*, p. 23.

redactado el tipo de genocidio, al incluir los “grupos políticos o colectividades con identidad propia fundada en motivos políticos” como sujeto pasivo de la conducta punible, se entorpecería la labor de la Fuerza Pública en el combate de los grupos subversivos. Y argumentó que:

La Fuerza Pública tiene la función de defender el orden constitucional y preservar el orden público en todo el territorio nacional bajo la suprema dirección del Presidente de la República.

El cumplimiento de tan alto encargo supone la realización de tareas tendientes a combatir los grupos armados al margen de la ley, lo cual determina el empleo de armas y como consecuencia, la muerte o heridas de miembros de dichos grupos delictivos.

Así las cosas, resultaría posible que los militares y policías que participen en operativos en los que se den tales desenlaces, podrían ser vinculados a proceso de tal naturaleza (esto es, por genocidio)¹⁰¹.

Por su parte, las razones de inconstitucionalidad aducidas apuntaban a la violación de los artículos 151 y 157 de la Constitución, pues, según ejecutivo, el aparte mencionado del delito de genocidio había sido el resultado de una modificación realizada en plenaria del Senado, que no había sido posteriormente conciliada por las comisiones permanentes respectivas. Sin embargo, el argumento no fue aceptado por parte del Presidente del Senado, Miguel Pinedo Vidal, quien envió al Presidente los antecedentes de la discusión del proyecto, resaltando las actas de conciliación sobre las modificaciones hechas en plenaria. Finalmente, el proyecto se convirtió en ley con algunas modificaciones en lo relativo al sujeto activo cualificado.

De este difícil recorrido legislativo, en especial de los motivos inicialmente alegados por el presidente Gaviria para objetar los proyectos en su momento, puede sugerirse que el Gobierno Nacional se mantuvo reticente durante toda la década de los noventa hacia la

101 *Gaceta del Congreso*, 23 de marzo de 2000, p. 5.

tipificación del delito de desaparición forzada, fundamentalmente por motivos de protección al estamento militar. En un contexto de guerra interna no es extraño que el debate sobre los alcances del fuero penal militar se traduzca en una permanente tensión entre las demandas de justicia y reparación por parte de las víctimas de los excesos de la Fuerza Pública, y la defensa de esta última en busca del establecimiento de mayores privilegios para su investigación y juzgamiento. Esa hipótesis es corroborada por el tenso debate nacional que se dio en 2012 y 2013 respecto al proyecto de reforma constitucional para regular y ampliar nuevamente el radio de aplicación del fuero penal militar en Colombia.

2.1.3. Constitución de 1991, desaparición forzada y bloque de constitucionalidad

En respuesta a la fallida tipificación de la desaparición forzada como delito, con la expedición de la Carta Política de 1991, como ya se ha señalado, el propio constituyente, en el capítulo I del título II, *De los derechos fundamentales*, consagró en el artículo 12: “Nadie será sometido a desaparición forzada, a torturas ni a tratos crueles, inhumanos o degradantes”.

Este derecho fundamental, de aplicación inmediata por disposición del artículo 85 constitucional, sentó las bases para su posterior desarrollo legislativo e interpretación a la luz de los instrumentos internacionales, de conformidad con las nuevas disposiciones introducidas por la Constitución de 1991, relacionadas con el bloque de constitucionalidad.

Sin embargo, vale reiterar que conformidad con lo establecido en el artículo 93 constitucional se establecen dos premisas de vital importancia en este tema. La primera, en el reconocimiento que los tratados y convenios sobre derechos humanos que prohíben su limitación en los estados de excepción prevalecen en el orden interno y, que los derechos consagrados en la Constitución se interpretarán de conformidad con los tratados internacionales sobre los derechos humanos.

En consecuencia, a partir de la expedición de la Constitución Política de 1991 se cambia en el ordenamiento jurídico colombiano la

fundamentación y naturaleza de la desaparición forzada, en la medida que se eleva constitucionalmente como un derecho fundamental.

2.1.4. Conclusiones del periodo

La ausencia absoluta de represión legal frente a la creciente práctica de la desaparición forzada trajo como consecuencia la asimilación al delito de secuestro simple y, en el peor de los casos, a la inhibición en las investigaciones y juzgamientos, lo que constituyó un detrimento en la lucha contra este crimen y una invisibilización de las víctimas. La tendencia era la prolongación de la dinámica del periodo anterior, especialmente con la consagración de los contenidos de las normas excepcionales en un estado de sitio que se prorrogó hasta 1991. Aunque se expidió el Estatuto para la Defensa de la Democracia y la modificación de los procedimientos relacionados con el habeas corpus como mecanismo de control a las afectaciones de la libertad personal por parte de las autoridades estatales, uno de los cambios trascendentales que se presentó en materia legal durante este periodo fue la expedición de normas en las que se tomaron medidas en contra del fenómeno paramilitar. Una de ellas fue el decreto 0815 del 19 de 1989, por medio del cual suspendió la vigencia del parágrafo tercero del artículo 33 del decreto legislativo 3398 de 1965, adoptado como legislación permanente por el parágrafo del artículo 1 de la ley 48 de 1968.

Sin embargo, la vehemencia del cuerpo legal que luchaba en contra del fenómeno paramilitar desafortunadamente no se tradujo en impedimento alguno para el proceso de consolidación de las Autodefensas Unidas de Colombia (AUC), que se expandieron con los hermanos Castaño y otros comandantes paramilitares.

Este es un periodo, además, caracterizado por la promulgación de una nueva Constitución Política, naciente del acuerdo de varios movimientos políticos y sociales por medio del cual se forja un nuevo orden normativo en el que, entre otros aspectos, se proscribió de manera absoluta la práctica de la desaparición forzada, a través del artículo 12 de la Carta y se consagra el derecho a la libertad como garantía fundamental.

No obstante, la realidad colombiana demostraba otra cosa: por un lado los actos de desaparición forzada no cesaban y por el otro eran cada día más frecuentes los secuestros simples y extorsivos, lo que conllevó a la respuesta del Estado a través del Estatuto Antisecuestro (Ley 40 de 1993).

Finalmente, el periodo de finales de los años 80 cierra con los intentos fallidos por tipificar el delito de desaparición forzada por medio de seis proyectos de ley que fracasaron.

2.2. Derecho regional e internacional

2.2.1. Pronunciamientos de la ONU

2.2.1.1 El Comité de Derechos Humanos de las Naciones Unidas adoptó por primera vez en 1982 una decisión en contra de Uruguay por un caso de desaparición forzada en violación del Pacto internacional de Derechos Civiles y Políticos.

El caso fue denunciado en 1978 al comité y se relaciona con la desaparición forzada del señor Eduardo Bleier, ex miembro del partido Comunista, que había sido detenido por las autoridades Uruguayas sin ninguna orden judicial en Montevideo y estuvo incomunicado en un lugar de reclusión desconocido. Según versiones de varios detenidos que estuvieron recluidos junto con el Bleier, este fue sometido a torturas y su cuerpo desapareció. Ver. Comité de Derechos Humanos, Bleier C. Uruguay, comunicación No. 30/1978, Dictamen 29 de Marzo, 1982.

Es importante destacar que la construcción del concepto de desaparición forzada, que hasta la fecha no se había prescrito normativamente, surgió del análisis de la interpretación de los instrumentos internacionales vigentes para la protección de los derechos humanos.

2.2.1.2 La Convención contra la Tortura y otros Tratos o Penas Crueles, Inhumanos o Degradantes, adoptada por las Naciones Unidas el 10 de diciembre de 1984, ratificada por Colombia el 10 de Abril de 1985 y con entrada en vigencia el 8 de diciembre de 1987. En ese instrumento se resaltó que además de la tortura pueden presentarse otro tipo de actos producidos por autoridades públicas o u otras personas con su aquiescencia que pueden denigrar al ser humano en su bienestar físico y mental. En dicho instrumento se reconoció:

Artículo 1

1. A los efectos de la presente Convención, se entenderá por el término “tortura” todo acto por el cual se inflija intencionalmente a una persona dolores o sufrimientos graves, ya sean físicos o mentales, con el fin de obtener de ella o de un tercero información o una confesión, de castigarla por un acto que haya cometido, o se sospeche que ha cometido, o de intimidar o coaccionar a esa persona o a otras, o por cualquier razón basada en cualquier tipo de discriminación, cuando dichos dolores o sufrimientos sean infligidos por un funcionario público u otra persona en el ejercicio de funciones públicas, a instigación suya, o con su consentimiento o aquiescencia. No se considerarán torturas los dolores o sufrimientos que sean consecuencia únicamente de sanciones legítimas, o que sean inherentes o incidentales a éstas.

2.2.1.3 La Asamblea General de la Organización de Naciones Unidas (ONU) adoptó, mediante Resolución 47/133 de 1992, la Declaración sobre la Protección de todas las Personas contra las Desapariciones Forzadas, en la que se definió este comportamiento así:

Se arreste, detenga o traslade contra su voluntad a las personas, o que éstas resulten privadas de su libertad de alguna u otra forma por agentes gubernamentales de cualquier sector o nivel, por grupos organizados o particulares que actúan en nombre del

gobierno o con su apoyo directo o indirecto, su autorización o su asentimiento, y que luego se niegan a revelar la suerte o el paradero de esas personas o a reconocer que están privadas de la libertad, sustrayéndola así a la protección de la ley.

Según esta Declaración, se configura la desaparición forzada cuando concurren los siguientes elementos: la privación de la libertad de una persona por agentes gubernamentales, por grupos organizados o por particulares que actúan a nombre del gobierno o con su apoyo, autorización o asentimiento, y la negativa a revelar su suerte o paradero o a reconocer que ella está privada de la libertad, sustrayéndola así a toda protección legal.

Dicha Declaración determina claramente que entre los derechos vulnerados con un acto de desaparición forzada están el derecho a la vida, la dignidad humana, el derecho al reconocimiento de la personalidad jurídica, el derecho a la libertad y a la seguridad, y el derecho a no ser objeto de torturas ni a otras penas o tratos crueles inhumanos o degradantes; que los estados no podrán realizar desapariciones forzadas y que el Estado tomará todas las medidas para erradicarlas y que estas deberán ser penalizadas en consonancia con su extrema gravedad.

Salta a la vista la evidente preocupación de la Organización de Naciones Unidas por la práctica de la desaparición forzada. Esta resolución sienta las bases conceptuales y normativas que posteriormente servirán para su posterior tipificación en instrumentos internacionales. La pluralidad de derechos humanos que desconoce la desaparición forzada, la afrenta que produce en sus víctimas y la responsabilidad que atañe a los estados partes, tanto internacional como civilmente en su limitación y abolición, son elementos estructurales de la visión de la ONU sobre este crimen.

2.2.2. Pronunciamientos de la OEA

Durante este periodo se produjeron algunos pronunciamientos regionales, particularmente en la OEA, como la resolución AG/RES. 618 (XII-o/82) 20 de Noviembre de 1982, que insistió en la preocupación relatada en el periodo anterior frente a la desapa-

rición de personas. Al igual que la ejecución sumaria, la tortura y la detención sin debido proceso se catalogaron las desapariciones forzadas como gravísimas violaciones de los derechos humanos. Posteriormente, en esa misma línea, la OEA produjo la resolución AC/RES. 742 (XIV-O/84) 17 de noviembre de 1984.

Podemos inferir que en 1983 los avances conceptuales sobre la gravedad de la desaparición forzada –entre otras violaciones- permitieron sentar las bases para que posteriormente fuera considerada como un crimen de lesa humanidad.

2.2.2.1 Corte Interamericana de Derechos Humanos

En materia judicial, en desarrollo de los avances descritos anteriormente, se produjeron algunas decisiones importantes respecto a la desaparición forzada de personas.

En 1989 la Corte Interamericana de Derechos Humanos, al resolver los casos hondureños de Velásquez Rodríguez y Godínez Cruz, efectuó la primera descripción exhaustiva del crimen de desaparición forzada y señaló que se trata de un delito de lesa humanidad, que constituye una violación múltiple a distintos derechos consagrados en la Convención, como la vida, la libertad y la dignidad humana. Sobre el particular sostuvo la Corte IDH:

161. Si bien no existe ningún texto convencional en vigencia, aplicable a los Estados Partes en la Convención, que emplee esta denominación, la doctrina y la práctica internacionales han calificado muchas veces las desapariciones como un delito contra la humanidad (Anuario Interamericano de Derechos Humanos, 1985, págs. 369, 687 y 1103). La Asamblea de la OEA ha afirmado que “es una afrenta a la conciencia del Hemisferio y constituye un crimen de lesa humanidad” (AG/RES.666, supra). También la ha calificado como “un cruel e inhumano procedimiento con el propósito de evadir la ley, en detrimento de las normas que garantizan la protección contra la detención arbitraria y el derecho a la seguridad e integridad personal” (AG/Res. 742, supra).

164. Además, el aislamiento prolongado y la incomunicación coactiva a los que se ve sometida la víctima representan, por sí mismos, formas de tratamiento cruel e inhumano, lesivas de la libertad psíquica y moral de la persona y del derecho de todo detenido al respeto debido a la dignidad inherente al ser humano, lo que constituye, por su lado, la violación de las disposiciones del artículo 5 de la Convención que reconocen el derecho a la integridad personal como sigue: 1. Toda persona tiene derecho a que se respete su integridad física, psíquica y moral. 2. 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...

165. La práctica de desapariciones, en fin, ha implicado con frecuencia la ejecución de los detenidos, en secreto y sin fórmula de juicio, seguida del ocultamiento del cadáver con el objeto de borrar toda huella material del crimen y de procurar la impunidad de quienes lo cometieron, lo que significa una brutal violación del derecho a la vida, reconocido en el artículo 4 de la Convención cuyo inciso primero reza: 1. 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.

Es de resaltar que este estelar y prolijo pronunciamiento la Corte Interamericana de Derechos Humanos dejó en claro que, en principio, la desaparición forzada constituye una violación transversal a varios derechos humanos e incluso compromete y quebranta abiertamente en su integridad la Convención Americana de Derechos Humanos. Por lo tanto, es un acto abominable que compromete la responsabilidad del propio Estado y sus agentes, y la Corte IDH invita a los Estados partes de la Convención a tomar acciones en contra de aquel.

2.2.3. La Convención Interamericana sobre Desaparición Forzada de Personas, OEA, 1994

Adoptada en Belém do Pará, Brasil, el 9 de junio de 1994, en el vigésimo cuarto periodo ordinario de sesiones de la Asamblea General de la OEA. Fue aprobada en Colombia mediante la ley 707 de 1 de diciembre de 2001 y declarada exequible por la Corte Constitucional, a través de la Sentencia C- 580 de 2002. El Estado colombiano depositó el instrumento de ratificación en diciembre de 2005.

Este instrumento obliga a los Estados Partes a no practicar, sancionar, cooperar y tomar medidas legislativas para erradicar la desaparición forzada. Según su artículo II,

(...) se considera desaparición forzada la privación de la libertad a una o más personas, cualquiera que fuere su forma, cometida por agentes del Estado o por personas o grupos de personas que actúen con la autorización, el apoyo o la aquiescencia del Estado, seguida de la falta de información o de la negativa a reconocer dicha privación de libertad o de informar sobre el paradero de la persona, con lo cual se impide el ejercicio de los recursos legales y de las garantías procesales pertinentes.

Según esta Convención, la desaparición forzada puede cometerla cualquier persona siempre que actúe “con la autorización, el apoyo y la aquiescencia del Estado”. En dicho instrumento no se considera como delito político para los efectos de extradición, ni la acción penal ni su pena estará sujeta a prescripción salvo que, como lo dice la Convención, una norma de carácter fundamental establezca la prescripción de la acción.

Tampoco se admite la eximente de la obediencia debida a órdenes o instrucciones superiores que dispongan, autoricen o alienen la desaparición forzada. Asimismo, los presuntos responsables sólo podrán ser juzgados por las jurisdicciones de derecho común competentes en cada Estado, con exclusión de toda jurisdicción especial, en particular la militar.

Como queda visto, la comunidad internacional ha reconocido que la desaparición forzada es un crimen de *lesa humanidad* cuan-

do es practicado sistemáticamente (según se dice en el preámbulo de la Convención), pues se trata de un atentado múltiple contra derechos fundamentales del ser humano en cuanto supone la negación de un sinnúmero de actos de la vida jurídico-social del desaparecido, desde los más simples y personales hasta el de ser reconocida su muerte, situación que acarrea para los Estados el deber de adoptar medidas legislativas, administrativas y de política para prevenir y erradicar este crimen.

2.2.4 Conclusiones del periodo

Como puede deducirse de este periodo de la investigación, tanto a nivel universal como interamericano se sientan las bases para una positivización de la desaparición forzada.

En este corto lapso de tiempo 1983-1994, principalmente, con la Declaración sobre la Protección de todas las Personas contra las Desapariciones Forzadas de la ONU –atrás mencionada- y con la Convención Interamericana sobre Desaparición Forzada de Personas de la OEA, 1994, se sentaron las bases claras y sólidas para definir el alcance del derecho humano a la no desaparición forzada y sus elementos normativos como delito de lesa humanidad. Además, se reconocieron sus efectivos dañinos frente al conjunto de los derechos humanos y la dignidad humana, es decir, que una sola desaparición forzada lesiona varios derechos humanos.

Adicionalmente, estos instrumentos prescriben desenmascarar la necesidad viva y latente de los estados partes en extinguir conductas de esta naturaleza y la consecuente obligación para éstos de erradicar, eliminar y prevenir este atroz acto.

Por lo tanto, en este periodo se aprecia la idea de la desaparición forzada como un acto atentatorio grave contra los derechos humanos y, en consecuencia, se empieza a gestar un proceso internacional para crear en los estados obligaciones concretas para combatirla y erradicarla. Son obligaciones que van desde una fuerte tipificación hasta crear mecanismos de investigación para encontrar a los desaparecidos y reparar a sus víctimas. Estos instrumentos internacionales han sido el fundamento para la producción jurisprudencial internacional, particularmente de la

Corte Interamericana de Derechos Humanos, quien con su interpretación y desarrollo posteriormente vendrá a declarar la responsabilidad internacional de los estados por desaparición forzada, además de servir como herramienta y derrotero a los países de la región para su desarrollo legislativo y jurisprudencial.



Día internacional de las víctimas de desaparición forzada, Plaza de Bolívar – Bogotá. Centro Nacional de Memoria Histórica, 2013.

3. PERIODO 3: 1995-2002

3.1. Derecho interno

3.1.1. Las Convivir, las medidas contra el secuestro y la tipificación del delito de desaparición forzada

En el gobierno del presidente César Gaviria Trujillo, mediante el decreto 356 de 1994 se “expide el Estatuto de Vigilancia y Seguridad Privada”, al cual estarían sometidos, entre otros, los grupos de servicios comunitarios de vigilancia y seguridad privada, que consistían en cooperativas, juntas de acción comunal o empresas comunitarias cuyo objeto era el de proveer de manera exclusiva “vigilancia y seguridad privada a sus cooperados o miembros, dentro del área donde tiene asiento la respectiva comunidad”.

Además, en dicho Estatuto se reglamentaron las denominadas cooperativas de vigilancia y seguridad privada, que consistían en asociaciones sin ánimo de lucro encargadas de prestar servicios de vigilancia y seguridad privada a terceros, así como servicios conexos (asesoría, consultoría e investigación en seguridad) a cambio de una prestación remunerada, con la característica de que los trabajadores además compartían las condiciones de aportantes y gestores de la empresa. Igualmente, se dispuso la creación del *servicio especial de vigilancia y seguridad privada*, que correspondía a personas jurídicas de carácter público o privado que, autorizadas por la Superintendencia de Vigilancia y Seguridad Privada, se proveían de manera “expresa, taxativa y transitoria” su propia seguridad para el desarrollo de “actividades en áreas de alto riesgo o de interés público, que requieren un nivel de seguridad de alta capacidad”.

La condición especial en la prestación del servicio de vigilancia y seguridad privada estaba dada por el empleo de armas de fuego de uso restringido, así como por el uso de técnicas y procedimientos específicos diversos a los establecidos para otros servicios de vigilancia y seguridad privada, previa aprobación del Comité de Armas del Ministerio de Defensa Nacional y control permanente de la Superintendencia.

En desarrollo de la regulación realizada por la Superintendencia de Vigilancia y Seguridad Privada sobre los nuevos servicios de seguridad, el 27 de abril de 1995 se expidió la resolución 368, que establecía que los servicios especiales de vigilancia y seguridad privada se denominarían “Convivir”. Posteriormente, en la resolución 7174 del 22 de octubre de 1997, se determinó que no se debería usar más el nombre Convivir¹⁰²

La defensa del Estatuto por parte del gobierno ante el Senado, a cargo del entonces Ministro del Interior, Horacio Serpa Uribe, se basó en el énfasis de que no se trataba de un estímulo al paramilitarismo, sino de la puesta en práctica del deber de cooperación que le corresponde a los ciudadanos con la Fuerza Pública, para el logro de mejores condiciones de seguridad para todos los colombianos, lo cual se puede hacer efectivo a través de organizaciones sin carácter punitivo pero armadas, cuya misión principal es la de brindar información a la autoridad¹⁰³.

Sin embargo, los datos referidos a la no intervención bélica de la ciudadanía quedaron desvirtuados cuando se evidenció que la excepcionalidad en el porte de armas de uso privativo era en realidad una regla, debido a que desde 1996 varias Convivir ya contaban con numeroso armamento bélico:

Como consta en las actas del Comité Consultor de la Superintendencia, de enero a diciembre de 1996 esta entidad aprobó para las Convivir la compra de 422 subametralladoras, 373 pistolas 9 mm, 217 escopetas de repetición, 17 ametralladoras Miniuzi, 70 fusiles, 109 revólveres 38 largo y 41 armas de uso restringido -que pueden ir desde fusiles Galil hasta ametralladoras M-60, lanzacohetes, granadas de fragmentación, rockets y morteros¹⁰⁴.

La alerta aumentó cuando se constató el paralelismo entre las Convivir y los grupos armados ilegales de autodefensas por parte de la Oficina del Alto Comisionado de los Derechos Humanos de las Naciones Unidas, que dio cuenta de los 11 departamentos

102 Recuperado de <http://www.cidh.org/countryrep/Colom99sp/capitulo-4e.htm>

103 *Revista Alternativa*, N° 8, marzo 15 – abril 15 de 1997, p. 10.

104 *Ibidem* p.12

que más se consideraban afectados por el conflicto armado interno. La Oficina del Alto Comisionado de Derechos Humanos de la ONU evidenció que se registraron actividades de los llamados grupos paramilitares en el 70% de los municipios en los que fueron creadas las Convivir¹⁰⁵.

En cuanto al secuestro, pese a las medidas normativas implantadas por medio del Estatuto Antiterrorista, continuaba siendo “un fenómeno de alarmante magnitud, tanto en las áreas urbanas como rurales del territorio nacional”¹⁰⁶, por lo que durante este periodo se continuó con la descripción punible consagrada en la ley 40 de 1993 (artículos 1 y 2) y la dinámica normativa de proveer mecanismos judiciales en la lucha contra este delito.

Mediante los decretos 1465 del 1 de septiembre y 1653 del 25 de septiembre de 1995, así como 6 de enero 11 de 1996, se creó el Programa Presidencial para la Lucha contra el Delito de Secuestro en el Departamento Administrativo de la Presidencia de la República. El programa tenía funciones relacionadas con la formulación, seguimiento y evaluación de la política integral tendiente a combatir el fenómeno del secuestro y de unidad coordinadora de las políticas de inteligencia en relación con este delito adelantadas por diversos organismos gubernamentales.

Para fortalecer las unidades que combaten los delitos de secuestro y extorsión, el 6 de octubre de 1996 se expidieron los decretos 1723 y 2238, por medio de los cuales se dictan medidas tendientes a erradicar los delitos contra la libertad personal —especialmente el secuestro y la extorsión— y se dictan otras disposiciones, para lo cual se dispuso la tipificación de conductas¹⁰⁷ y se crearon la Dirección Nacional de Lucha contra el Secuestro y Demás Atentados contra la Libertad Personal (Dinase); los Grupos de Acción Unificada por la Libertad Personal (GAULA); la Dirección Antisecuestro y Extorsión de la Policía Nacional¹⁰⁸ y el Fondo Nacional para la Defensa de la Libertad Personal. Posteriormente, al Programa Presidencial para la

105 Observatorio de la Violencia, Oficina del Alto Comisionado para la Paz, 1998.

106 Consideraciones del decreto 1465 del 1 de septiembre de 1995.

107 Suministro de información económica (Art. 9), Provecho ilícito por error ajeno proveniente de secuestro (Art. 11).

108 También en el decreto 864 de 1998.

Lucha contra el Delito de Secuestro se le otorgó el carácter de permanente bajo el nombre de Programa Presidencial para la Defensa de la Libertad Personal, según lo establecido en la ley 282 de 1996, “por la cual se dictan medidas tendientes a erradicar algunos delitos contra la libertad personal, especialmente el secuestro y la extorsión, y se expiden otras disposiciones”, que también reitera la creación del Consejo Nacional de Lucha contra el Secuestro y demás Atentados contra la Libertad Personal (Conase), como órgano asesor, consultivo y de coordinación en la lucha contra los delitos contra la libertad individual, en especial el secuestro y la extorsión, de los grupos GAULLA y el Fondo Nacional para la Defensa de la Libertad Personal¹⁰⁹, como una cuenta especial del Departamento Administrativo de la Presidencia de la República.

De la misma manera, durante este periodo hubo un tratamiento normativo referido exclusivamente a las víctimas de secuestro, a través del decreto 1923 del 24 de octubre de 1996, por medio del cual se reglamenta el funcionamiento del seguro colectivo para garantizar el pago de salarios y prestaciones sociales de las personas víctimas de secuestro. Finalmente, el 21 de febrero de 1997, a través de la ley 365, “por la cual se establecen normas tendientes a combatir la delincuencia organizada y se dictan otras disposiciones”, se tipifica, de un lado, el delito de lavado de activos para sancionar el blanqueo de dineros y recursos provenientes de, entre otros delitos, el secuestro (artículo 9) y, por otro lado, se adiciona la conducta de concierto para delinquir agravado cuando “el concierto sea para cometer delitos de terrorismo, narcotráfico, secuestro extorsivo, extorsión o para conformar escuadrones de la muerte, grupos de justicia privada o bandas de sicario” (artículo 8).

En los albores del gobierno de Andrés Pastrana se expidió el decreto 2429 de 1998, por medio del cual se creó el “Comité Especial de impulso y seguimiento a las investigaciones de violaciones de los Derechos Humanos”, presidido por el Vicepresidente de la República y en el que participaban el Ministro del Interior y de Justicia, el Fiscal General de la Nación, el Procurador General de la Nación, el Defensor del Pueblo, el Presidente del Consejo Superior de la Judicatura,

109 Decreto 1461 de 1996, Fondelibertad.

el Director del Programa Presidencial de Derechos Humanos y Derecho Internacional Humanitario, el Director de Justicia y Seguridad del Departamento Nacional de Planeación y un representante de la Oficina en Colombia del Alto Comisionado de Naciones Unidas para los Derechos Humanos (OACNUDH). Este comité tendría por finalidad fomentar la actuación armónica de las diferentes autoridades competentes en materia de diligencias relacionadas con las violaciones de derechos humanos, en especial promover, impulsar e incluso ejercer vigilancia y control con relación a este tipo de investigaciones e informar sus resultados, lo cual permitiría más adelante la identificación de dificultades y obstáculos en dicha tarea.

Años después, el 25 de noviembre del 2005, tal comité adoptaría la política de lucha contra la impunidad en casos de violaciones a los derechos humanos. El tema de la lucha contra la impunidad tenía entonces reglamentación, pero el objetivo primordial del nuevo gobierno era la negociación de la Paz.

En lo relacionado con la persecución y enjuiciamiento penal respecto de los delitos de narcotráfico, terrorismo y otros de alta gravedad, a través de una reforma con la que se buscó dar continuidad a los casos que cursaban en la casi extinta “justicia regional o sin rostro”, el 5 de junio de 1999 se expidió la ley 504 de 1999, que derogó y modificó algunas disposiciones del decreto 2700 de 1991¹¹⁰, y de los decretos-leyes 2790 de 1990¹¹¹, 2271 de 1991¹¹², 2376 de 1991¹¹³, la ley 65 de 1993¹¹⁴, la ley 333 de 1996¹¹⁵ y la ley 282 de 1996¹¹⁶.

110 Por el cual se expiden las normas de procedimiento penal.

111 Por el cual se dicta el Estatuto para la Defensa de la Justicia, integrando en una sola jurisdicción los Jueces de Orden Público y los especializados creando mecanismos jurídicos para su protección y la de los demás intervinientes en los procesos penales de su competencia, organizando la Subdirección Nacional y las Direcciones Seccionales de orden público para darles el apoyo operativo y necesario para el cumplimiento de sus funciones y robusteciendo los organismos auxiliares de la justicia.

112 Por el cual se adoptan como legislación permanente unas disposiciones expedidas en ejercicio de las facultades del Estado de sitio.

113 Por el cual se adiciona el decreto 2066 de 1991, “por el cual se crea el Comité de Coordinación de la Apertura Económica”.

114 Por la cual se expide el Código Penitenciario y Carcelario.

115 Por la cual se establecen las normas de extinción de dominio sobre los bienes adquiridos en forma ilícita.

116 Por la cual se dictan medidas tendientes a erradicar algunos delitos contra la libertad personal, especialmente el secuestro y la extorsión, y se expiden otras disposiciones.

Por medio de la ley 504 de 1999 se crearon los Jueces Penales del Circuito Especializado, en remplazo de los jueces regionales, a los cuales se les asignó competencia para conocer, entre otros, delitos de terrorismo, narcotráfico, secuestro y concierto para cometer delitos de terrorismo, narcotráfico, secuestro extorsivo, extorsión, o para conformar escuadrones de la muerte, grupo de justicia privada o bandas de sicarios, lavado de activos u omisión de control (Ley 365 de 1997). También se dispuso la reserva de la identidad de testigos y fiscales, por medio del uso de mecanismos técnicos eficaces, siempre y cuando así lo aconsejaran circunstancias graves que pusieran en peligro la vida o integridad de aquellos.

Con respecto a la desaparición forzada, durante buena parte de la década no se evidenciaba un avance serio para tipificar la conducta, más allá de la presentación continua de proyectos de ley tramitados e incluso aprobados por el Congreso, pero que terminaban en fracaso por la objeción presidencial. Esta situación era evaluada con preocupación por el Grupo de Trabajo de Desaparición Forzada o Involuntaria de las Naciones Unidas, el cual fue advertido por la aparente ausencia de interés del Gobierno y el Parlamento, dada la ausencia de progreso en el proceso legislativo encaminado a tipificar como delito específico en el Código Penal la “desaparición forzada” y, en consecuencia, la tendencia de jueces e investigadores a considerar los casos de desaparición como “secuestros”.

No obstante, durante este periodo se produjo la primera definición jurídica exhaustiva o tipificación del delito de desaparición forzada en una convención internacional por parte de la OEA, en 1994, que incorporó los tres elementos esenciales del tipo en su génesis histórica: la privación de la libertad de la persona, el subsiguiente ocultamiento o negativa a dar cuenta sobre su paradero y el agente del Estado como sujeto activo del crimen. Este instrumento dio lugar a varias condenas en contra de los estados que incurrieron en la nueva conducta punible internacional.

Inicialmente, la desaparición forzada fue definida como un típico *delito de Estado*, cuyo sujeto activo era cualificado: debía ser un servidor público o en su defecto una persona o grupo de personas que actuaran con la autorización, el apoyo o la aquiescencia del Estado. Con posterioridad, se registraron importantes evoluciones en la definición del tipo de desaparición forzada, siempre con mi-

ras a ensanchar la protección de los derechos humanos: el Estatuto de Roma de la Corte Penal Internacional amplió en 1998 el sujeto activo del delito para incluir, además de a los agentes del Estado, a las “organizaciones políticas”. Este proceso de ampliación del dispositivo penal fue completado por el legislador colombiano en 2000 cuando, en la tipificación nacional, hizo realizable el delito de desaparición forzada por “particulares pertenecientes a un grupo armado ilegal”, además de servidores públicos.

En 1997 la Ministra de Justicia y del Derecho, Alma Beatriz Rengifo López, presentó el proyecto de ley por medio del cual se tipificaban conductas lesivas graves de los derechos humanos (genocidio, desaparición forzada, desplazamiento forzado y tortura) y se legislaba sobre otras disposiciones, el cual fue radicado en el Senado como PL 20/1998 y en la Cámara como PL 20/1998. El Gobierno Nacional le solicitó al Congreso, el 14 de abril de 1998, que se le diera trámite de urgencia a ese proyecto. El 30 de diciembre de 1999 el Gobierno presentó objeciones al proyecto (*Diario Oficial*, 43834 / 1999) y el 22 de marzo del mismo año, el Senado de la República aceptó las objeciones presidenciales (Informe sobre objeciones 66/2000-70/2000-76/2000) y la Cámara acogió el texto aprobado por el Senado. De esta forma, el proyecto de ley dio lugar a la ley 589 de 2000, por medio de la cual se adicionaron nuevos tipos penales al régimen penal interno (Decreto 100 de 1980 Código Penal) en consonancia con la protección internacional de los derechos humanos y el derecho internacional humanitario, como quiera que se penalizaron comportamientos reconocidos internacionalmente como delitos: el genocidio, la desaparición forzada, el desplazamiento forzado y la tortura.

Además, se elevó a tipo penal agravado la concertación en empresas criminales con fines de cometer delitos de genocidio, desaparición forzada de personas, tortura, desplazamiento forzado, entre otros; y se sancionó también la organización, promoción, financiación o arme de grupos armados al margen de la ley, así como incitar a la comisión de un determinado delito o género de delito de los que en ella se trataba.

En la exposición de motivos de la ley se asume la importancia de la tipificación de las mencionadas conductas en los siguientes términos:

El Gobierno en su empeño por lograr la plena vigencia de los Derechos Humanos en nuestro país y de adecuar nuestra normatividad a los postulados del Derecho Internacional de los Derechos Humanos (...) pretende tipificar conductas proscritas por la humanidad entera (...) El contenido del proyecto se centra en la tipificación de la desaparición forzada de personas, del genocidio y de la ampliación típica de la tortura, incorporando estos tres delitos como un capítulo nuevo del Código Penal que los agrupe como delitos de lesa humanidad, respondiendo a los requerimientos de carácter internacional y a la realidad de nuestro país. La conciencia jurídica universal ha repudiado la comisión individual o masiva de las desapariciones forzadas y de genocidios como unas de las conductas más lesivas contra las personas y contra el género humano, por lo cual la Comisión de Derecho Internacional de las Naciones Unidas, lo mismo que la Organización de Estados Americanos, las han calificado como delitos de lesa humanidad. Este proyecto sugiere una serie de normas cada una con un propósito particular, pero todas ellas orientadas al mismo fin: el logro de la protección de los derechos fundamentales de las personas en nuestro país.¹¹⁷

Específicamente el artículo 1° de la mencionada ley adicionó el artículo 268A al Código Penal de 1980 con el tipo penal de desaparición forzada, el cual correspondía a la siguiente descripción:

ARTÍCULO 268-A. Desaparición forzada. El particular que perteneciendo a un grupo armado al margen de la ley someta a otra persona a privación de su libertad cualquiera que sea la forma, seguida de su ocultamiento y de la negativa a reconocer dicha privación o de dar información sobre su paradero, sustrayéndola del amparo de la ley, incurrirá en prisión de veinticinco (25) a cuarenta (40) años, multa de quinientos (500) a dos mil (2.000) salarios mínimos legales vigentes y en interdicción de derechos y funciones públicas de cinco (5) a diez (10) años. A la misma pena quedará sometido, el servidor público, o el particular que actúe

117 Extraído de la Sentencia C-317 de 2002 de la Corte Constitucional.

bajo la determinación o la aquiescencia de aquel, y realice la conducta descrita en el inciso anterior.

Esta tipificación de la conducta de desaparición forzada en Colombia está referida a un comportamiento que incluye a los particulares que actúen sin vinculación con funcionarios estatales, lo cual es una variante respecto de las disposiciones internacionales, que circunscriben el comportamiento punible a los agentes estatales o quienes obran con su aquiescencia. De esta forma la descripción de la desaparición forzada, la definición de este delito y de sus circunstancias de agravación o atenuación punitiva señalaba como sujeto activo no solo al servidor público que actúa por sí mismo o determinando a un particular o bajo su aquiescencia, sino también a un sujeto indeterminado —un particular— con una calidad específica: ser perteneciente a un grupo armado al margen de la ley¹¹⁸. En estas condiciones cualquier actor armado podía ejecutar la privación de la libertad del sujeto pasivo, seguida de su ocultamiento y la negación a reconocer dicha privación o por lo menos a dar información de su paradero, incluso los miembros del ejército regular, para quienes de manera expresa obra la exclusión de la obediencia debida como causal justificante en los casos de genocidio, desaparición forzada y tortura.

En esta ley, además de la tipificación, se establecieron medidas de política pública, tales como los mecanismos de registro de personas capturadas y detenidas, Comisión de Búsqueda de Personas Desaparecidas (instalada formalmente el 25 de octubre de 2005) y el registro nacional de personas desaparecidas y búsqueda urgente. Este último fue reglamentado por la ley 971 de 2005, “... para la prevención efectiva del delito de desaparición forzada y la protección de la libertad, integridad física y demás derechos y garantías de aquellas personas de las cuales se presume que han sido desaparecidas”. Este mecanismo público y gratuito busca que

118 Es interesante en este punto señalar que en la definición original se establecía que el delito de desaparición forzada era un delito de aparatos organizados de poder, lo que, a juicio de algunos, no entendió suficientemente la Corte Constitucional con posterioridad, que lo volvió un delito de criminalidad común al hacer el control de constitucionalidad, incluyendo tanto a particulares como a agentes estatales como ejecutores de la conducta.

las autoridades judiciales ejecuten inmediatamente todas las diligencias necesarias con miras a la localización de estas personas. Asimismo, en el artículo 8 de la ley se señala como obligación especial de los miembros de la Fuerza Pública, de los organismos de seguridad o de cualquier entidad del Estado, permitir y facilitar “el acceso a sus instalaciones, guarniciones, estaciones y dependencias, o a aquellas instalaciones donde actúen sus miembros, a los servidores públicos que, en desarrollo de un mecanismo de búsqueda urgente, realicen diligencias para dar con el paradero de la persona o personas en cuyo favor se instauró el mecanismo”.

En el texto de la ley también se reglamentan aspectos como el rescate de la persona desaparecida que se encuentra en poder de particulares, el procedimiento en caso de privación de libertad por autoridad pública, el derecho de los familiares a la entrega inmediata del cadáver, las medidas de protección a las víctimas y testigos y el fondo especial para el funcionamiento de la Comisión de Búsqueda.

Paradójicamente, el año 2000, en que se logró la innovación legislativa de penalizar la desaparición forzada, se reportó un aumento significativo en el número de personas víctimas de ese delito, pues la cifra aumentó entre 300 a 400 más que en el año inmediatamente anterior¹¹⁹, que fueron calculadas en una cifra alarmante de 664 casos, según lo reportó la Comisión Interamericana de Derechos Humanos en su informe del país para el año 2000. Entre los casos más significativos que merecieron un fuerte pronunciamiento por parte del Alto Comisionado de las Naciones Unidas estuvieron las desapariciones de Claudia Monsalve Pulgarín y de José Quintero Mesa, miembros de la seccional Medellín de la Asociación de Familiares de Detenidos Desaparecidos (Asfades), ocurrida en octubre de ese año¹²⁰.

De manera relevante, durante este periodo se evidenció un desarrollo legislativo respecto del delito de desaparición forzada y los mecanismos de prevención y sanción pertinentes, conformes con la gravedad del crimen, mediante la creación del tipo por la ley 589 de 2000, en un proceso de tipificación que se consolidó con el nuevo Código Penal (artículos 165 al 167).

119 En el 200 aumentaron las desapariciones en el país. *El Tiempo*, 11 de julio de 2001.

120 Llamado de atención de Kompas. *El Tiempo*, 24 de octubre de 2000.

El proyecto de reforma, “por medio del cual se reforma el Código Penal”, fue promovido por el Fiscal General de la Nación el 20 de julio de 1998, en un texto que consagraba el delito de desaparición forzada en los mismos términos del artículo 1° de la ley 589 de 2000. El proyecto fue aprobado por el Congreso de la República y objetado por el Gobierno Nacional alegando razones de inconveniencia, bajo la consideración de que, en lo que tocaba con el delito de desaparición forzada, era necesario suprimir las referencias al sujeto infractor como “particular” y “perteneciendo a un grupo armado al margen de la ley”, lo cual excluía a otros posibles infractores de la ley penal¹²¹. No obstante las apreciaciones del Gobierno Nacional, la Comisión Accidental designada en el Senado no aceptó las objeciones presidenciales. Al respecto señaló:

(...) En materia de derechos humanos, los tratados internacionales establecen estándares mínimos de protección, lo que significa en manera alguna excluye para que los países, dentro de su legislación interna, consagren regulaciones más rigurosas. Así tenemos por ejemplo, que internacionalmente se considera el delito de tortura, como un comportamiento realizado por agentes del Estado, y en nuestra legislación se consagra como sujeto activo indeterminado, lo que significa que puede ser realizado tanto por particulares como por agentes del Estado; igual sucede dentro del mismo proyecto objetado, con relación al delito de desaparición forzada en donde, de acuerdo con los tratados internacionales correspondientes, se limita a que sea realizado por agentes del Estado o por particulares que actúan a nombre del Estado, pues bien, en el proyecto objeto de este estudio, se consagra la desaparición forzada por parte de particulares sin relación alguna con el Estado, y por esas circunstancias, ni nosotros ni el Gobierno considera que esa tipificación sea inconveniente (...) Fue sólo a raíz, de la discusión en la Comisión Primera de Senado y posteriormente en la subcomisión, con la participación del señor Ministro de Justicia y del Derecho, doctor Parmenio Cuéllar Bastidas, en donde se propuso que el sujeto activo de la desaparición forzada, esto es, el particular,

121 *Gaceta del Congreso* No. 65, 17 de marzo de 2000.

debe pertenecer a una organización criminal o a un grupo político armado, además de que prive de la libertad y oculte a la persona; porque de no ser así el particular estaría incurso en un comportamiento diferente, como el secuestro, por ejemplo¹²².

Finalmente, se expidió un nuevo Código Penal por medio de la ley 599 del 2000, que tipifica comportamientos reconocidos internacionalmente por su gravedad, por tratarse de delitos que atentan contra las personas y bienes protegidos por el Derecho Internacional Humanitario y el Derecho Internacional de los Derechos Humanos. Aparejado a este nuevo estatuto penal, se expide un nuevo Código de Procedimiento Penal (ley 600 de 2000) con el que se continúa la tendencia mixta en el sistema de enjuiciamiento, que asimila principios del sistema inquisitivo con reglas y preceptos de un sistema acusatorio que finalmente será adoptado por la ley 906 del 2004.

En el artículo 165 de la ley 599 de 2000 se tipificó la desaparición forzada en los siguientes términos (la parte tachada marca la parte declarada posteriormente inexecutable por la Corte Constitucional):

~~El particular que perteneciendo a un grupo armado al margen de la ley~~ someta a otra persona a privación de su libertad cualquiera que sea la forma, seguida de su ocultamiento y de la negativa a reconocer dicha privación o de dar información sobre su paradero, sustrayéndola del amparo de la ley, incurrirá en prisión de veinte (20) a treinta (30) años, multa de mil (1.000) a tres mil (3.000) salarios mínimos legales mensuales vigentes y en interdicción de derechos y funciones públicas de diez (10) a veinte (20) años. A la misma pena quedará sometido, el servidor público, o el particular que actúe bajo la determinación o la aquiescencia de aquél, y realice la conducta descrita en el inciso anterior.

La descripción del delito de desaparición forzada en el ámbito normativo colombiano exige en primera instancia que el sujeto pasivo sea sometido a una privación de su libertad, sin especificar

122 Citado por la Corte Constitucional en la Sentencia C- 317 de 2002.

si esta se realiza en forma legal o ilegal. A ello le sigue el ocultamiento de la víctima y la abstención del sujeto agente de brindar información sobre su paradero —no es necesario requerimiento alguno, pues basta la falta de información, según lo determinó la Corte al declarar exequible de manera condicional el inciso 1 del artículo 165—, sustrayéndola del amparo de la ley, con lo que se imposibilita a la víctima para ejercer cualquiera de los recursos legales establecidos o por lo menos que sus familiares puedan tener conocimiento de su paradero.

Aunque inicialmente la calificación del sujeto activo previsto requería la pertenencia “a un grupo armado al margen de la ley” (tanto en la disposición de la ley 589 de 2000 como en la ley 599 de 2000), tal exigencia fue declarada inexecutable por la Corte Constitucional en Sentencia C-317 de 2002, en un control constitucional que flexibilizó aún más la conducta, incluyendo en ella como sujeto activo a todo tipo de particulares, pertenezcan o no a un grupo armado y sea o no este grupo de carácter ilegal, para garantizar de este modo, en virtud del principio *pro Homine*, una protección que supera el mínimo del estándar internacional¹²³:

En verdad, al dejar por fuera las hipótesis citadas se desconoce el artículo 12 Superior que, como ya quedó dicho, consagra una protección más amplia que la regulada en los instrumentos internacionales, según los cuales la desaparición forzada sólo puede ser cometida por un agente estatal, una organización política o un particular con la autorización, tolerancia o aquiescencia de estos, resultando de esta manera la consagración constitucional más garantista que la legislación internacional, lo cual es perfectamente posible y le permite a Colombia colocarse a la vanguardia en materia de responsabilidad ante los organismos encargados de la protección de los derechos humanos, toda vez que conforme a la jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos

123 Un segmento de la doctrina sobre desaparición forzada contesta tanto el sustento argumentativo como el efecto obtenido por este fallo de la Corte en materia de extensión del sujeto activo de la conducta. En su entender, esa ampliación del sujeto tuvo múltiples consecuencias negativas, entre ellas quitar fuerza a la descripción y hacer que el juzgamiento de individuos —no de aparatos organizados de poder— se haga por fuera del principio de tipicidad estricta.

citada anteriormente la simple omisión de los Estados de prevenir la desaparición forzada cometida por particulares o de controlar a los grupos armados irregulares que ejecutan dichos actos, implica que el Estado respectivo no ha cumplido con su obligación de prevenir y castigar a los responsables de tales actos siendo, en consecuencia, merecedor de las condignas sanciones¹²⁴.

En la demanda de constitucionalidad se alegó que el segmento impugnado “perteneciendo a un grupo armado al margen de la ley” del delito tipificado en el artículo 165 del Código Penal infringía los principios de justicia, igualdad y razonabilidad, así como los valores fundamentales del Estado Social y Democrático de Derecho, lo que merecía la declaratoria de inconstitucional, pues

no es admisible que sólo se penalice al particular o al servidor público que ejecuta la desaparición forzada cuando pertenece, primero, a un grupo, segundo que éste sea grupo armado; y tercero, que esté por fuera de la ley. Es decir, que si es un grupo no armado, no hay tipicidad. O bien, que si no se pertenece a ningún grupo, no hay delito. O que si el grupo es armado, pero dentro de la ley, hay entonces atipicidad de la conducta. De tal disposición legal, tal como está redactada, queda el servidor público que, en principio, pertenece a las Fuerzas Armadas las que, por esencia, son cuerpos armados legales. Cuestión absolutamente ilógica e irrazonable.¹²⁵

Al respecto, la Corte Constitucional consideró que si bien es cierto que el delito de desaparición forzada en el ámbito internacional es en esencia un delito de Estado que genera responsabilidad estatal en tanto que el comportamiento se produce con el apoyo o tolerancia del poder público o cuando este ha actuado impunemente o sin tomar las previsiones para evitar su consumación, en el marco normativo colombiano esta conducta puede ser ejecutada tanto por los servidores públicos, entre los cuales se en-

124 Corte Constitucional, Sentencia C- 317 de 2002. Magistrado ponente: Clara Inés Vargas Hernández.

125 *Ibidem*.

cuentran los miembros de la fuerza pública, como por los particulares. En esta medida la expresión “que pertenezca a un grupo armado al margen de la ley” resulta inconstitucional, pues “reduce significativamente el sentido y alcance de la protección general contenida en el artículo 12 de la Carta Política” cuando excluye hipótesis de otros sujetos activos de la conducta como: a) el particular que no pertenezca a ningún grupo (realiza el hecho punible individualmente o motu proprio); b) el particular que pertenezca a un grupo pero que no sea armado; y c) el particular que pertenezca a un grupo armado pero que no se encuentre al margen de la ley.

Es claro que la realidad del país da cuenta de la comisión de hechos de desaparición forzada por un amplio catálogo de personas, algunas distintas de las enunciadas en el artículo demandado, como por ejemplo los grupos de limpieza social, la delincuencia común, los grupos de autodefensa o paramilitares, los narcotraficantes y la guerrilla. En otras palabras, la realidad social colombiana, con múltiples actores violentos potencialmente “desaparecedores”, exige un tipo penal con un sujeto activo más amplio que el tradicional, so pena de dejar en la impunidad –o sometidos a penas más leves propias de otros delitos menos graves- verdaderas desapariciones forzadas de personas perpetradas por sujetos distintos de los agentes estatales u otros individuos por ellos influidos.

La legislación internacional más reciente en materia de desaparición forzada ha hecho eco de esta necesidad de ampliación del sujeto activo del delito, tal como lo confirman los artículos 3 y 6 de la “Convención Internacional para la Protección de todas las Personas contra las Desapariciones Forzadas” (Nueva York, 2006). El artículo 3 de este instrumento propugna por la toma de medidas, por parte de los Estados firmantes, apropiadas para investigar las desapariciones forzadas

que sean obra de personas o grupos de personas que actúen sin la autorización, el apoyo o la aquiescencia del Estado, y para procesar a los responsables”; por su parte, el artículo 6 de la mencionada Convención dispone que los Estados parte del tratado deberán tomar las medidas necesarias para procesar penalmente “a

toda persona que cometa, ordene, o induzca a la comisión de una desaparición forzada, intente cometerla sea cómplice o participe en la misma (se subraya).

Esta opción por un sujeto activo indeterminado privilegiada por la Corte Constitucional colombiana ha suscitado amplias críticas por parte de los defensores de la desaparición forzada como delito típicamente de Estado. Los dos principales argumentos avanzados para el efecto podrían sintetizarse en que: a) la ampliación del sujeto le “quita fuerza” a la descripción del delito de desaparición forzada como típicamente estatal y b) redundante en que el juzgamiento de individuos -no de aparatos organizados de poder- por el punible de desaparición forzada se haga por fuera del principio de tipicidad estricta. A decir verdad, ambos argumentos, si se les analiza con detenimiento, revisten un carácter tautológico porque se basan en el supuesto de que el delito de desaparición forzada sigue teniendo en Colombia las características históricas tradicionales que lo singularizaron durante la época de las dictaduras del Cono Sur, a saber: el ser utilizado con la finalidad específica de desaparecer al opositor político (sujeto pasivo particular) y ser cometido por un sujeto activo también específico, el agente estatal del régimen represivo concernido.

Así las cosas, cabe resaltar como contraargumento central frente al de los que se podrían denominar bajo esta lente “puristas” o “historicistas” de la desaparición forzada que, a pesar de que originalmente (durante la época de las dictaduras militares del Cono Sur) fue típicamente un delito de Estado, la realidad social colombiana le hizo experimentar una clara mutación, particularmente en lo concerniente a su finalidad. Aunque inicialmente fue desaparecer al enemigo político, situación que terminaba por calificar también al sujeto pasivo de la conducta (un miembro de la oposición), hoy, en el contexto colombiano, la desaparición forzada responde a toda suerte de móviles siniestros e incluso abiertamente apolíticos, a los cuales el tipo penal debe adaptarse para que la potestad punitiva del Estado guarde coherencia con la realidad social.

En efecto, en Colombia la desaparición forzada no es solo un arma de lucha política, sino que se volvió “multiuso”: la usa todavía el Estado para eliminar enemigos políticos, algunas veces

como parte de una política de Estado y otras como resultado de la corrupción individual de sus agentes (en el caso de los desaparecidos del Palacio de Justicia esta discusión aún suscita fuertes debates¹²⁶). Pero también la utilizan los paramilitares para despojar campesinos y consolidar dominios territoriales específicos; los narcos para saldar cuentas, venganzas y para aterrorizar a la población; la guerrilla, con diversos fines: cuando, verbigracia, inicialmente secuestra con móvil económico pero luego termina desapareciendo o cuando desaparece miembros de la fuerza pública o ciudadanos activistas que se resisten a la violencia; e incluso la delincuencia común, que también desaparece personas con toda suerte de móviles y propósitos.

En definitiva, además del argumento jurídico jurisprudencial de la mayor protección o principio *Pro homine* utilizado por la Corte Constitucional para ampliar el sujeto activo de la conducta, reiterado por la tendencia en el derecho internacional positivo sobre la materia más reciente, existen poderosas razones de índole histórica-social relativas al contexto criminal colombiano que justifican la supuesta “desnaturalización” o “desdibujamiento” del delito de desaparición forzada en Colombia.

En concordancia con lo expuesto, y ya desde una perspectiva jurídica-constitucional, consideró la Corte:

Fuerza concluir que su tipificación penal debe estar en correspondencia con la amplitud del mandato constitucional y por ello el señalamiento del sujeto activo del delito desaparición forzada debe cubrir a todas las personas sin importar si pertenecen a un grupo armado al margen de la ley (...) y en consecuencia, la Corte procederá a declarar la inconstitucionalidad de las expresiones “perteneciendo a un grupo armado al margen de la ley” del inciso primero del artículo 165 del Código Penal. No considera, sin embargo, necesario extender tal pronunciamiento a la palabra “particular” del inciso primero del artículo en cuestión, por cuanto al

126 Ver, por ejemplo, la opinión de Alfredo Rangel (El palacio sin justicia. *Semana.com*, febrero 23 de 2013), para quien “la responsabilidad individual sobre los dos desaparecidos hay que esclarecerla, pero de ahí no se puede derivar una política de Estado”.

hacerlo quedaría sin efectos la tipificación de la desaparición forzada contenida en el inciso segundo de la citada norma respecto de los particulares que actúen bajo determinación o aquiescencia de un servidor público.

Paralelamente las Fuerzas Militares se encontraban en la mira de la comunidad nacional e internacional, debido a las varias sindicaciones por su vinculación con hechos relacionados con torturas, desapariciones forzadas y asesinatos de líderes sindicales y defensores de derechos humanos¹²⁷. Especialmente se presentaron fuertes críticas contra la Vigésima Brigada del Ejército, la cual fue denunciada por sus actividades de escuadrones de muerte, lo que llevó a su cierre oficial el 19 de mayo de 1999. Sin embargo, pocos meses después se anunció el rediseño de la mencionada brigada, bajo el control de un Comité de Ética y con un enfoque exclusivo de actividades de inteligencia, que le prohibía realizar operaciones armadas¹²⁸. En medio de esta realidad, unido a la crisis entre el Gobierno Nacional y los generales del ejército tras la renuncia del Ministro de Defensa, Rodrigo Lloreda Caicedo, fue modificado el régimen Penal Militar previsto por el decreto 2550 de 1988, dirigido a los militares en servicio activo que cometieran, dentro o fuera del territorio nacional, delitos de carácter militar o común relacionados con el servicio, salvo las excepciones consagradas en el derecho internacional.

El 12 de agosto se expidió la ley 522 de 1999, vigente un año después de su expedición, que derogó el mencionado decreto y se convirtió en el nuevo Código Penal Militar, conforme al cual los delitos cometidos por los miembros de la Fuerza Pública y en relación con el mismo servicio activo serían de competencia de las Cortes Marciales o los Tribunales Militares integrados por miembros de la Fuerza Pública en servicio activo o en retiro. En el desarrollo de esta ley se definen como delitos relacionados con el servicio aquellos cometidos por los miembros de la fuerza pública derivados del ejercicio de su propia función militar o policial, y

127 Informe de la Alta Comisionada de las Naciones Unidas para los Derechos Humanos sobre la situación de los derechos humanos en Colombia, 1999.

128 Tormenta en las fuerzas militares. *El Tiempo*, 25 de agosto de 1998.

en sentido contrario se señala que nunca se considerarán delitos relacionados con el servicio los de tortura, genocidio y desaparición forzada, entendidos en los términos definidos en convenios y tratados internacionales ratificados por Colombia.

Las adiciones y modificaciones al nuevo Código Penal durante este lapso inician con los cambios que se introdujeron a los delitos de secuestro simple, secuestro extorsivo y extorsión por medio de la ley 733 de 2002, que se expidió para dar pautas “tendientes a erradicar” estos delitos. Entre las medidas adoptadas se encuentran el aumento de la pena, la exclusión de beneficios y subrogados, la prohibición de aplicar amnistías e indultos y la adición de los delitos de omisión de denuncia y favorecimiento a la fuga en su modalidad culposa para los casos de genocidio, desplazamiento forzado, tortura, desaparición forzada, homicidio, secuestro, secuestro extorsivo o extorsión, narcotráfico, tráfico de drogas tóxicas, estupefacientes o sustancias sicotrópicas, enriquecimiento ilícito, entre otros, así como la descripción del concierto para delinquir en modalidad simple y agravada cuando la intención para concertarse sea la cometer esta clase de delitos.

A mediados del año 2002, el Congreso de la República aprobó el Estatuto de Roma (que creó la Corte Penal Internacional, CPI), por medio de la ley 742. De esta forma, Colombia acepta la jurisdicción complementaria de la CPI, una corte permanente y vinculada con las Naciones Unidas que cumple la función de investigar, juzgar y sancionar a los individuos —ya no a los Estados— responsables de la comisión de crímenes internacionales de trascendencia y gravedad para la comunidad internacional: el genocidio, los crímenes de lesa humanidad, los crímenes de guerra y el crimen de agresión, este último siempre y cuando se defina y sean enunciadas las condiciones para ejercer su competencia.

Además, el Estatuto define los crímenes y las conductas constitutivas de los mismos. Así, para el genocidio, enuncia una serie de actos —matanzas, lesiones graves, impedimento a nacimientos, entre otros— que configuran el delito cuando son perpetrados con la intención de destruir total o parcialmente a un grupo nacional, étnico, racial o religioso. De la misma forma, la descripción de los crímenes de lesa humanidad contiene una enumeración y definición de actos como el exterminio, la esclavitud o el asesinato

que configuran la clasificación delictiva, siempre y cuando sean perpetrados como parte de un ataque sistemático y generalizado contra una población civil y medie el conocimiento del ataque. Finalmente, el Estatuto circunscribe la competencia de los crímenes de guerra a los casos reseñados cuando son cometidos como parte de un plan, una política o una comisión a gran escala. El Estatuto también consagra aspectos relacionados con el ejercicio de la competencia y las condiciones de admisibilidad de un caso, la composición de la Corte, los principios y reglas aplicables para el procedimiento y la prueba, los procedimientos de detención, las etapas de investigación y enjuiciamiento.

El Estatuto de la Corte Penal Internacional incluyó la desaparición forzada en los crímenes de lesa humanidad, la cual se define en el artículo 7.2 literal i), así:

Por *desaparición forzada de personas* se entenderá la aprehensión, la detención o el secuestro de personas por un Estado o una organización política, o con su autorización, apoyo o aquiescencia, seguido de la negativa a admitir tal privación de la libertad o dar información sobre la suerte o el paradero de esas personas, con la intención de dejarlas fuera del amparo de la ley por un periodo prolongado”.

Este instrumento, al caracterizar la desaparición forzada como delito de lesa humanidad señala que para tal evento es necesario que tal conducta “se cometa como parte de un ataque generalizado o sistemático contra una población civil y con conocimiento de dicho ataque.

Conforme a la competencia de este tribunal internacional, la previsión de responsabilidad por la comisión del delito de desaparición forzada requiere, según la Comisión Preparatoria de la Corte Penal Internacional en el 2000, los siguientes elementos:

- 1) Que el autor:
 - a) Haya aprehendido, detenido o secuestrado a una o más personas; o

- b) Se haya negado a reconocer la aprehensión, la detención o el secuestro o a dar información sobre la suerte o el paradero de esa persona o personas.
- 2)
- a) Que tal aprehensión, detención o secuestro haya sido seguido o acompañado de una negativa a reconocer esa privación de libertad o a dar información sobre la suerte o el paradero de esa persona o personas;
 - b) Que tal negativa haya estado precedida o acompañada de esa privación de libertad.
- 3) Que el autor haya sido consciente de que:
- a) Tal aprehensión, detención o secuestro sería seguido en el curso normal de los acontecimientos de una negativa a reconocer la privación de libertad o a dar información sobre la suerte o el paradero de esa persona o personas;
 - b) Tal negativa estuvo precedida o acompañada de esa privación de libertad.
- 4) Que tal aprehensión, detención o secuestro haya sido realizado por un Estado u organización política o con su autorización, apoyo o aquiescencia.
- 5) Que tal negativa a reconocer la privación de libertad o a dar información sobre la suerte o el paradero de esa persona o personas haya sido realizada por un Estado u organización política o con su autorización o apoyo.
- 6) Que el autor haya tenido la intención de dejar a esa persona o personas fuera del amparo de la ley por un periodo prolongado.
- 7) Que la conducta se haya cometido como parte de un ataque generalizado o sistemático dirigido contra una población civil.

- 8) Que el autor haya tenido conocimiento de que la conducta era parte de un ataque generalizado o sistemático dirigido contra una población civil o haya tenido la intención de que la conducta fuera parte de un ataque de ese tipo¹²⁹.

3.1.2. Conclusiones del periodo

Como se decía anteriormente, las luchas a través de las medidas legislativas en contra del fenómeno paramilitar nunca fueron lo suficientemente contundentes para contener su expansión. Por el contrario, la dinámica de la violencia en Colombia, unida al uso de nuevos instrumentos normativos, coadyuvó a su consolidación en el territorio nacional. Tales mecanismos legales usados para dar amparo de legalidad a aquellos grupos ilegales se concretan en este periodo en la reglamentación de los servicios de vigilancia y seguridad privada, mediante figuras como las cooperativas de vigilancia y seguridad privada o los grupos servicios comunitarios de vigilancia y seguridad privada que, nuevamente, autorizaban a los particulares para usar armas de fuego de uso restringido y les permitían el uso de técnicas específicas diferentes a las instituidas para otros servicios de vigilancia y seguridad privada (Resolución 368 el 27 de abril de 1995, Superintendencia de Vigilancia y Seguridad Privada).

La lucha contra el secuestro continuó siendo una de las prioridades de la política criminal colombiana no sólo en lo que tiende a su persecución penal, sino también a través de un marco especial de protección a favor de las víctimas de este delito, como lo determinó la expedición del decreto 1923 del 24 de octubre de 1996, por medio del cual se reglamentó el seguro colectivo para garantizar el pago de salarios y prestaciones sociales de las personas víctimas de secuestro.

129 Informe de la Comisión Preparatoria de la Corte Penal Internacional, Segunda parte del proyecto de texto definitivo de los Elementos de los Crímenes. Documento de las Naciones Unidas PCNICC/2000/1/Add.2, 2 de noviembre de 2000, p. 16 y 17. Citado por el Informe de Instrumentos de Lucha contra la Desaparición Forzada de la Comisión Nacional de Búsqueda de Personas Desaparecidas, 2010.

En relación a este último punto, estas medidas de protección se hicieron extensivas posteriormente a las víctimas de los delitos de desaparición forzada y toma de rehenes, en el entendido que la exclusión de este conglomerado en el régimen de beneficios establecidos por la ley constituía un trato discriminatorio:

La diferenciación establecida en la descripción de los destinatarios del régimen de beneficios consagrado en la Ley 986 de 2005, configura un claro trato discriminatorio frente a las víctimas de los delitos de toma de rehenes y desaparición forzada y sus familias, pues definitivamente no existe una justificación válida desde la perspectiva constitucional, para establecer un régimen que únicamente favorezca a los secuestrados, mientras que, por el contrario, nada diga en relación con estos grupos que demandan igual ámbito de protección. Esta Corporación recalca que existe un deber específico emanado de expresos mandatos constitucionales, consagrados en los artículos 2º, 5º y 95. Deberes estos de mayor trascendencia cuando se trate de víctimas de delitos de lesa humanidad y crímenes de guerra y sus familias, quienes, en virtud del principio de igualdad, tienen derecho a recibir el mismo trato que los secuestrados y sus familias en materia de protección. Adicional a lo anterior, es pertinente anotar que la ejecución de los tratados internacionales que buscan erradicar estas prácticas delictivas, debe sujetarse al principio de *pacta sunt servanda*, el cual exige no solamente respuestas punitivas proporcionadas frente a la realización de conductas proscritas por el derecho internacional, dentro de la jurisdicción respectiva del Estado parte, sino que impone el deber de implementación de medidas efectivas de carácter legislativo, ejecutivo y judicial en un plazo razonable, relativas a la protección de las víctimas y sus núcleos familiares dependientes¹³⁰.

En lo que toca con la desaparición forzada, en un contagio del progreso internacional que sobre el tema se venía dando, durante este periodo se logra a nivel doméstico la tipificación de la con-

130 Corte Constitucional, Sentencia C- 394 del 2007.

ducta gracias a la ley 589 de 2000 –posteriormente recogida en el nuevo Código Penal o Ley 599 de 2000—, mediante la cual, en consonancia con la protección internacional de los Derechos Humanos y el Derecho Internacional Humanitario, se adicionan nuevos tipos penales al régimen penal interno: genocidio, desaparición forzada, desplazamiento forzado y tortura.

La conducta de desaparición forzada en la legislación interna se caracterizó por incluir a los particulares que actúen sin vinculación con funcionarios estatales, como una variante respecto de las disposiciones internacionales, que circunscriben el comportamiento punible a los agentes estatales o a quienes obren con su aquiescencia. Asimismo, su descripción exige que la víctima sea sometida a una privación de su libertad (legal o ilegal), seguida de su ocultamiento y de la negativa a brindar información sobre su paradero, sustrayéndola del amparo de la ley.

3.2. Derecho internacional o regional

3.2.1. Convención Interamericana sobre Desaparición Forzada de Personas

Durante este periodo, en el plano de los derechos humanos a nivel interamericano se destaca la incorporación al derecho interno de la Convención Interamericana sobre Desaparición Forzada de Personas, firmada en Belém do Pará el 9 de junio de 1994, mediante la ley 701 de 2001. Esa norma, por expresa disposición de la Constitución Política de 1991, debe someterse a control previo automático de constitucionalidad por la Corte Constitucional, que la declaró ajustada a la Carta mediante la Sentencia C-580 de 2002, con ponencia del magistrado Rodrigo Escobar Gil.

Dicha Convención adopta la siguiente definición de desaparición forzada:

Para los efectos de la presente Convención, se considera desaparición forzada la privación de la libertad a una o más personas,

cualquiera que fuere su forma, cometida por agentes del Estado o por personas o grupos de personas que actúen con la autorización, el apoyo o la aquiescencia del Estado, seguida de la falta de información o de la negativa a reconocer dicha privación de libertad o de informar sobre el paradero de la persona, con lo cual se impide el ejercicio de los recursos legales y de las garantías procesales pertinentes.

Como se evidencia, la definición planteada por el instrumento considera que la desaparición forzada implica una privación de libertad cometida por agentes del Estado o personas que actúen bajo su nombre o aquiescencia, esto es, parte de una cualificación del sujeto activo que en cambio, de conformidad con la ley colombiana, puede ser cualquier persona. Se conserva en esta disposición internacional que la desaparición debe estar seguida de la falta de información sobre el paradero de la persona que le impida ejercer legalmente sus garantías.

Dentro de las finalidades que reconoce la jurisprudencia a partir de la incorporación al derecho interno de la citada Convención, siguiendo la opinión de la guía interinstitucional del proceso de búsqueda de víctimas de desaparición forzada, se destaca que:

En su análisis, con motivo de la Revisión oficiosa de la Ley aprobatoria de la Convención Interamericana, la Corte Constitucional se refirió al interés de erradicar la impunidad de los crímenes de desaparición forzada, que según el Alto Tribunal se desprende del deber especial de protección correlativo a la prohibición constitucional de tal conducta.

Para la Corte, el interés de que se conozca la verdad, que se atribuyan responsabilidades personales e institucionales por hechos de desaparición forzada y la reparación de las víctimas constituyen no solamente un interés de las víctimas individualmente consideradas sino un interés general de carácter prevalente en cuanto permitirían “crear conciencia entre las personas acerca de la magnitud de los daños causados por el delito” y constituirse

en un importante elemento de prevención del delito y del apoyo, autorización o aquiescencia del Estado frente al mismo¹³¹.

Del citado pronunciamiento se deducen ideas fundamentales para el correcto entendimiento y comprensión de la desaparición forzada en su doble dimensión nacional e internacional. Empieza la Corte por reconocer que aun cuando en estricto sentido no se trate de un tratado de derechos humanos, la Convención sobre la Desaparición Forzada establece unas obligaciones para los Estados respectivos que se enmarcan dentro de las obligaciones internacionales por la adopción de instrumentos internacionales de manera teleológica; obligaciones que incluso estarían vigentes si no se hubiese suscrito la Convención. En palabras de la Corte Constitucional:

Como lo ha reconocido la Corte Interamericana de Derechos Humanos, aun en ausencia de un tratado que las especifique, la gran mayoría de las obligaciones estatales en relación con la desaparición forzada de personas proviene del reconocimiento mismo de los derechos humanos. De tal forma, el solo reconocimiento de ciertos derechos, bien sea a través de la costumbre, de las normas convencionales, o de cualquiera de las fuentes de derecho internacional contempladas en el artículo 38 del Estatuto de la Corte Internacional de Justicia o reconocidas por la jurisprudencia internacional, obliga a los Estados a crear los mecanismos necesarios para garantizar su eficacia dentro de sus respectivas jurisdicciones¹³².

Adicionalmente, se pone de manifiesto que la obligaciones de prevenir, sancionar e investigar las desapariciones forzadas de conformidad con el derecho internacional no son suficientes para la protección de los derechos, sino que, por el contrario, se hace necesario desarrollar nuevos mecanismos nacionales e internacionales para garantizar la eficacia de los derechos fundamentales.

131 Guía interinstitucional del proceso de búsqueda de víctimas de desaparición forzada e identificación de cadáveres para servidores públicos. Recuperado de www.profis.com.co

132 Corte Constitucional, Sentencia C-580 de 2002. Magistrado Ponente: Rodrigo Escobar Gil.

Dentro del anterior contexto, el presente tratado tiene por objeto fijar pautas a las cuales deben sujetarse los ordenamientos internos de los Estados que hacen parte del sistema interamericano de protección de los derechos humanos en lo que se refiere a la desaparición forzada. En tal medida, sus disposiciones no resultan directamente aplicables en los ordenamientos internos, sino que deben ser desarrolladas por los Estados a través de normas internas. Las cláusulas del tratado imponen a los Estados obligaciones de prevenir, suprimir y sancionar la desaparición forzada, con el fin de erradicarla de los países del sistema interamericano, contribuyendo de este modo a proteger los múltiples derechos fundamentales vulnerados con tal conducta¹³³.

Finalmente, manifiesta al Corte que si bien es necesaria una legislación nacional que desarrolle los postulados de la Convención Interamericana, esta forma parte del bloque de constitucionalidad y por lo tanto delimita el alcance del artículo 12 constitucional sobre la prohibición de la desaparición forzada. En esa línea, manifestó:

A pesar de que la presente Convención no constituye en estricto sentido un tratado de derechos humanos sino más bien un mecanismo de erradicación del delito, comparte con aquellos el mismo fin protector de los derechos esenciales de las personas. En tal medida, puede afirmarse que desde un punto de vista teleológico la Convención reconoce los derechos humanos y establece mecanismos que contribuyen en gran medida a su protección. Por lo tanto, de conformidad con el artículo 93 de la Carta, en concordancia con el artículo 94, aquellas garantías adicionales de la Convención, que no estén expresas en la Carta Política o adscritas directamente a ella, hacen parte del bloque de constitucionalidad *latu sensu*. Es decir, constituyen parámetros para la interpretación de los alcances del artículo 12 constitucional¹³⁴.

133 *Ibidem.*

134 *Ibidem.*

Concretamente, frente a la interpretación del artículo 1 y 2 de la Convención y frente a su objetivo, la Corte manifestó:

Artículo 1 El artículo 1 establece los compromisos estatales generales que serán desarrollados en los artículos posteriores. Dentro de tales compromisos el Estado colombiano adquiere los deberes de abstenerse de realizar y de impedir la desaparición forzada de personas, aun en estados de excepción; el de sancionar a las personas involucradas en el mismo a cualquier título; el de cooperar con los demás Estados partes para prevenir, sancionar y erradicar el delito y; el de adoptar las medidas internas necesarias para implementar la Convención.

Artículo 2 El artículo 2 define la desaparición forzada como una privación de la libertad de una o más personas, con la autorización, apoyo o aquiescencia del Estado, en la cual, independientemente de su forma, no se da información sobre su paradero, se niega el hecho o no se informa sobre la ubicación de la persona, impidiéndole ejercer sus recursos y garantías legales. En relación con esta definición es necesario que la Corte se detenga sobre diversos aspectos.

En primer lugar, en lo que se refiere al ámbito de aplicación de la definición. Como lo dice su mismo texto, los efectos de la definición de desaparición forzada se circunscriben a la aplicación de la Convención. Ello significa que la responsabilidad del Estado por el incumplimiento de las obligaciones consagradas dentro de la Convención –por supuesto dentro del sistema interamericano de protección de los derechos humanos- está determinada por los elementos contenidos en el artículo 2º. En particular, en lo que se refiere a la tipificación, a la investigación y a la sanción del delito. Contrario a lo que ocurre en otros instrumentos internacionales, como aquellos que se derivan de la creación de órganos jurisdiccionales internacionales, la definición no pretende determinar directamente los elementos constitutivos de responsabilidad penal

individual,¹³⁵ sino que fija ciertos elementos a los cuales las partes deben adecuar su derecho penal interno, de conformidad con las obligaciones contenidas en los literales b) y d) del artículo 1º, y con el inciso primero del artículo 3º de la Convención. De tal modo, la definición impone apenas un mínimo de elementos del tipo, pero no afecta la facultad del Estado de asumir mayores responsabilidades en la protección –interna o internacional– de los derechos que se pretenden garantizar a través de la desaparición forzada.

De lo anterior se derivan varias consecuencias. Entre ellas, las siguientes: 1) al tiempo con la Convención, pueden coexistir otras fuentes de derecho internacional que amplíen el alcance de la responsabilidad internacional del Estado, por dentro o por fuera del sistema interamericano, mediante una definición más amplia de la desaparición forzada; 2) la definición del artículo 2º establece un mínimo que debe ser protegido por los Estados partes, sin perjuicio de que estos adopten definiciones más amplias dentro de sus ordenamientos internos; y por lo tanto, 3) los elementos de la definición contenida en el artículo 2º no tienen el efectos sobre la determinación de responsabilidades penales individuales por el delito de desaparición forzada.

En la Sentencia C-317/2002 (M.P. Clara Inés Vargas Hernández), la Corte hizo un recuento de los instrumentos internacionales sobre desaparición forzada y mencionó el artículo 2º de la presente Convención, refiriéndose a la forma como este instrumento internacional coadyuva indirectamente a la erradicación de este delito mediante la imposición de obligaciones a los Estados partes. Al respecto dijo:

Como queda visto, la comunidad internacional ha reconocido que la desaparición forzada es un crimen de lesa hu-

135 Como ejemplos de tales instrumentos se pueden citar las resoluciones 808 y 827 de 1993, y el informe de la Comisión de Expertos S/25274, para la creación del Tribunal Penal Internacional para la Antigua Yugoslavia, así como la Resolución 955/94 y su anexo contentivo del Estatuto del Tribunal para Ruanda; así como el Estatuto de Roma y el texto final del documento preparatorio de los elementos de los crímenes de los que conoce la Corte Penal Internacional PCNICC/INF/3/Add. 2.

manidad pues se trata de un atentado múltiple contra derechos fundamentales del ser humano en cuanto supone la negación de un sinnúmero de actos de la vida jurídico-social del desaparecido, desde los más simples y personales hasta el de ser reconocida su muerte, **situación que acarrea para los Estados el deber de adoptar medidas legislativas, administrativas, y de política para prevenir y erradicar este crimen de lesa humanidad** (resaltado fuera de texto).

Sin embargo, la Corte reconoció que tales instrumentos internacionales son complementarios y por tanto no impiden a Colombia reforzar la protección de los derechos involucrados ampliando el tipo penal de la desaparición forzada de acuerdo con sus disposiciones constitucionales. Así, a pesar de la similitud que existía entre el artículo 165 del nuevo Código Penal (Ley 599/2000) y los criterios generales contenidos en la Declaración 47/133 de 1992 de la Asamblea General de las Naciones Unidas, esta Corporación concluyó que la protección constitucional frente a la desaparición forzada es más amplia que la consagrada en los instrumentos internacionales. Sostuvo que, como el artículo 12 de la Carta no establece un sujeto activo específico para el delito, la protección constitucional frente a la desaparición forzada impide que se condicione la calidad de los sujetos activos a su pertenencia a un grupo armado al margen de la ley. Por lo tanto, declaró la inexequibilidad de la expresión “perteneciendo a un grupo armado al margen de la ley”, contenida en el inciso primero del artículo 165 del nuevo Código Penal¹³⁶.

Frente a la imprescriptibilidad del delito de desaparición forzada, la Corte avanzó las siguientes reflexiones:

Artículo 7 El artículo 7 establece que tanto la acción penal como la pena por el delito de desaparición forzada son imprescriptibles, salvo que una norma fundamental del Estado parte

¹³⁶ *Ibidem.*

disponga lo contrario. En tal caso, la prescripción será igual a la del delito más grave previsto dentro de la legislación interna de la parte.

Para efectuar el análisis de lo dispuesto en el artículo 7° de la Convención es necesario establecer una distinción entre la prescripción de la acción penal y la prescripción de la pena, figuras éstas a las cuales la Convención trata indistintamente. Ello se debe a que en su artículo 28, nuestro ordenamiento constitucional establece que “[e]n **ningún caso podrá haber** detención, prisión ni arresto por deudas, ni **penas** y medidas de seguridad **imprescriptibles**.

Como el artículo 28 prohíbe las penas imprescriptibles, Colombia se encuentra en el evento regulado por el segundo inciso del artículo de la Convención para efectos de la prescripción de la pena. Tal inciso dispone que si hay una norma fundamental de este tipo, la prescripción de la pena será igual a la del delito más grave previsto en la legislación interna.

Sin embargo, la regla constitucional contenida en el artículo 28 prohíbe la imprescriptibilidad de las penas, pero no se refiere explícitamente a las acciones penales. A pesar de la falta de una regla explícita, no se puede afirmar prima facie que la imprescriptibilidad de la acción penal está permitida constitucionalmente. En esa medida, para efectos de la revisión constitucional del presente tratado, es necesario establecer si nuestro país se puede acoger a la hipótesis regulada en el inciso 1° o si, por el contrario, de acuerdo con la Constitución se debe atener a lo regulado por el inciso 2°, también respecto de la prescripción de la acción penal en el delito de desaparición forzada de personas.

Por lo tanto, la Corte debe establecer si la imprescriptibilidad de la acción penal frente a la desaparición forzada resulta aceptable a partir de la Constitución.

Para tal efecto, es necesario interpretar el sentido del artículo 28 constitucional, en particular, de la disposición contenida en

el inciso tercero, que prohíbe que haya penas y medidas de seguridad imprescriptibles. Una vez identificado el sentido de esta disposición, pasará la Corte a determinar el alcance de la misma, como garantía frente a la intemporalidad de la potestad estatal para iniciar una acción penal.

Más adelante, luego de realizar un ejercicio de proporcionalidad sobre la imprescriptibilidad de la acción, la Corte Constitucional concluyó sobre el particular:

En tales eventos, el resultado de la ponderación favorece la libertad personal. En particular, el interés de la persona vinculada a un proceso penal de definir su situación frente a medidas a través de las cuales el Estado puede privarlo materialmente de la libertad. Por lo anterior, la imprescriptibilidad de la acción penal resulta conforme a la Carta Política, siempre y cuando no se haya vinculado a la persona al proceso a través de indagatoria. Cuando el acusado ya ha sido vinculado, empezarán a correr los términos de prescripción de la acción penal, si el delito está consumado.

Así, como conclusión del análisis precedente, la Corte establece que la regla de imprescriptibilidad de la acción penal por el delito de desaparición forzada, contenida en el inciso primero del artículo 7 de la Convención, no resulta contraria a la Carta Política. El legislador, al adecuar el ordenamiento interno al presente tratado, puede establecer la imprescriptibilidad de la acción para dicho delito. Sin embargo, si el delito está consumado, los términos de prescripción de la acción empezarán a correr una vez el acusado haya sido vinculado al proceso.

Entre tanto, en lo que se refiere a la imprescriptibilidad de la pena, deberá aplicarse el inciso segundo que dispone que la prescripción de la pena sea igual a la del delito más grave previsto en la legislación interna.

En síntesis, con la interpretación de la Corte Constitucional se conjugan de una manera armónica la normatividad nacional e internacional en procura de una mayor y efectiva garantía de

los derechos humanos y, particularmente, de la erradicación de la desaparición forzada y su debida justiciabilidad.

3.2.2. Corte Interamericana de derechos humanos. Caso Caballero Delgado y Santana Vs. Colombia, sentencia de 8 de diciembre de 1995

Esta es la primera condena contra Colombia por la desaparición de dos dirigentes sindicales por parte de presuntos miembros de la fuerza pública. El Estado fue declarado responsable por la violación de los artículos 4 y 7 de la Convención Americana de Derechos Humanos, pero no del 5, ya que no se demostró tortura.

En esta decisión se trajeron a colación los casos Velásquez Rodríguez (1988) y Godínez Cruz (1989) para la interpretación del artículo 1.1 de la Convención, en la medida en que los Estados adquieren obligaciones de respeto y garantía frente a los derechos humanos. En las conclusiones se sostuvo: “A Colombia le es imputable la responsabilidad por la muerte de Isidro Caballero Delgado y María del Carmen Santana, quedando probado que la captura fue ilegal. Por tanto, se viola el derecho a la libertad personal y el derecho a la vida consagrados en los artículos 7 y 4 de la Convención”.

3.2.3. Conclusiones del periodo

Es importante tomar como referente en este periodo la simbiosis que se produce a nivel internacional, particularmente por la adopción de la Convención Interamericana sobre la Desaparición Forzada y la interpretación de la Corte Constitucional colombiana. Este ejercicio, fruto de la revisión de constitucionalidad de la Corte Constitucional del convenio internacional permite sacar varias conclusiones.

En primer lugar, el derecho internacional y concretamente el interamericano es un mínimo o un referente para la legislación nacional, la cual puede robustecer el régimen jurídico para la erradicación de la desaparición forzada.

Por lo tanto, el régimen nacional puede desarrollar figuras propias que abarquen situaciones concretas que el derecho interamericano no reconoció. Ejemplo de esta situación lo constituye el hecho que para el ordenamiento constitucional colombiano la desaparición forzada tenga como sujeto activo –primordialmente a los particulares –al margen de la ley o no-, el Estado y grupos con su aquiescencia o colaboración. Esta situación ha planteado en Colombia a partir de la dinámica interamericana una nueva manera de entender la desaparición forzada en consonancia con los elementos propios del conflicto armado nacional, con la presencia de grupos guerrilleros, paramilitares, grupos narcotraficantes, delincuentes y del Estado, quienes, cada uno desde su propia perspectiva, pueden ser sujetos activos de la desaparición forzada.

Otro aspecto de particular interés es el relacionado con la imprescriptibilidad de la DF como una consecuencia de escindir la prescripción de la acción y la prescripción de la pena. En ese sentido, es coincidente el argumento de la Corte Interamericana y la Corte Constitucional colombiana en el sentido de reconocer que al tratarse de un delito de carácter continuado, la acción solo prescribirá a partir del momento en que se entienda que hay un responsable de dicha vulneración de derechos humanos, bien sea por la investigación o por la condena. En otras palabras, lo que dijo la Corte Constitucional fue que la prescripción comienza a contarse no desde el acto de desaparición, sino desde la vinculación procesal de su presunto responsable o su condena. Luego, hay prescripción de la pena e incluso de la acción si se presenta uno de los eventos mencionados.

Finalmente, debe mencionarse que si bien el derecho a la no desaparición forzada *strictu sensu* no es un derecho fundamental, la Convención Interamericana sienta las bases para su positivización y el reconocimiento de obligaciones para los Estados sujetos a ella. Debido a su naturaleza, la Convención ha sido considerada un convenio de derechos humanos que debe irradiar el derecho interno de los Estados y, por lo tanto, puede formar parte del bloque de constitucionalidad. De ahí la importancia de decisiones concretas de la Corte IDH que impulsan a la legislación y jurisprudencia interna a replicar el alcance de sus conceptos y desarrollos.

Estos últimos se entienden como unos mínimos sobre los cuales se puede avanzar y desarrollar: el caso colombiano es buen ejemplo de ello.



Día internacional de las víctimas de desaparición forzada, Plaza de Bolívar – Bogotá. Centro Nacional de Memoria Histórica, 2013.

4. PERIODO 4: 2003-2012

4.1. Derecho interno

4.1.1. La desaparición forzada en aplicación: sus características, elementos y configuración. Otros delitos, jurisprudencia.

4.1.1.1. Desaparición Forzada: características y elementos

Pese a que la Constitución Política de Colombia garantiza que nadie será sometido a desaparición forzada (artículo 12), la realidad a lo largo del conflicto armado da cuenta de los recurrentes métodos generalizados y sistemáticos ejercidos por los actores legales e ilegales relacionados con el descuartizamiento, las fosas comunes, el ocultamiento, los cementerios de agua, entre otros, todo ello relacionado con la innegable y cruel práctica de la desaparición forzada. Dicha práctica acentúa el drama social que generan las dinámicas de la violencia, en tanto que la desaparición de un ser querido es

...un hecho súbito que produce muchos “sin sentidos” en los familiares de las víctimas. Se le llama “experiencia traumática” porque es una experiencia que deja una huella indeleble en la memoria, en la historia y en la vida de la gente, con la cual se tiene que aprender a vivir. Dentro del contexto de las violaciones de derechos humanos, la desaparición afecta el “proceso de duelo”, el cual consiste en la forma en que las personas enfrentan la pérdida de personas con quienes tienen una vinculación afectiva específica. La desaparición implica un tipo de proceso de duelo muy traumático y difícil de realizar¹³⁷.

137 Corte Interamericana de Derechos Humanos, sentencia 19 Comerciantes Vs. Colombia.

La existencia de un delito específico y de ejecución continuada que describa la amarga realidad de la desaparición forzada no ha sido un tema de pacífica aceptación e interpretación en el contexto colombiano, en contraste con la aceptación de la comunidad internacional acerca de su proscripción como norma de *ius cogens*, o, lo que es lo mismo, como norma imperativa para todos los Estados. Dada la aceptación universal de la gravedad extrema de este fenómeno, existe un amplio consenso en la tipificación internacional como “crimen de lesa humanidad”, lo que implica su caracterización como delito imprescriptible y no sujeto a amnistías o indultos. En oposición, por mucho tiempo en el contexto interno no hubo un ambiente favorable para la aceptación de esta tendencia internacional de criminalizarla como un delito autónomo, sino que la preferencia del aparato estatal colombiano fue la de perseguir el secuestro con mayor decisión y sin reticencias, de acuerdo a la visibilidad que tuvo este el delito a lo largo de la historia y a la categórica persecución, debido a que el sujeto activo de esta conducta no es calificado (no es un agente del Estado como en la legislación internacional, ni un miembro de grupo armado ilegal como en la nacional). Por lo tanto, mientras no existió el tipo penal autónomo de desaparición forzada, fue natural que la mayoría de estos casos en Colombia se tipificaran en forma “subsidiaria” mediante esta figura.

En la actualidad, la existencia de un delito específico de desaparición forzada en el marco normativo colombiano ha implicado que se asuma como un punible complejo bajo unos rasgos específicos: su carácter de lesa humanidad, pluriofensivo y de ejecución continua o permanente.

En cuanto a lo primero, conforme a la perspectiva internacional, la desaparición forzada ha sido asumida en Colombia como un delito de lesa humanidad, a través de la adopción de normas internacionales que así lo prevén, pero también aludiendo a que a lo largo de la atroz historia de violencia es claro que las acciones y métodos de desaparición de los actores violentos se han ejecutado dentro de parámetros de sistematicidad, generalización y de atentados múltiples y de suma gravedad contra los derechos fundamentales del ser humano, que suponen la negación de variados actos de la vida jurídica, social y familiar del desaparecido como,

incluso, el simple hecho de que se reconozca su muerte y se busquen sus restos. Esta categorización trae aparejada la discusión acerca del carácter imprescriptible del delito, de cara al desarrollo y la relevancia que el régimen de prescripción ha tenido en el derecho colombiano y su cultura jurídica, expresamente contenido en el precepto constitucional (artículo 28), que prohíbe la imprescriptibilidad de las penas y las medidas de seguridad.

Como lo resalta la Corte Constitucional en la Sentencia C-611 de 2011, el alcance de algunos enunciados normativos ha sido objeto de interpretaciones diversas a la prohibición constitucional en consideración a la gravedad del delito y los estándares internacionales, como fue el caso de las leyes aprobatorias del Estatuto de Roma, en donde se reconoció la imprescriptibilidad de los crímenes de competencia de la Corte Penal Internacional a condición de que “la jurisdicción nacional no esté dispuesta o no sea capaz de perseguir el delito” (Sentencia C-578 de 2002).

También en el caso del control de constitucionalidad sobre la Convención Interamericana sobre Desaparición Forzada de Personas se determinó que la disposición acerca de la no prescripción de la acción penal “no vulnera el artículo 28 de la Constitución, por cuanto lo que en este precepto se prohíbe es la imprescriptibilidad de la pena, mas no de las acciones” (Sentencia C-580 de 2002).

Por su parte, aunque la conducta punible de desaparición forzada adoptada a nivel doméstico a inicios de esta década fue consignada en el Título III del Código Penal, denominado “Delitos contra la libertad individual y otras garantías”, es claro que el nivel de protección alcanzado por el derecho colombiano lo sitúa dentro de la categoría de “gravemente pluriofensivo (por materia y por personas a las que afecta)”¹³⁸, pues su consagración ratifica el amparo de una multiplicidad de bienes jurídicos, tales como el derecho a la vida, a la libertad, a la autonomía y a la seguridad personal, la prohibición de tratos crueles, inhumanos o degradantes, el derecho a no ser arbitrariamente detenido, el debido proceso, el derecho al reconocimiento de la personalidad jurídica ante la ley y el derecho a un tratamiento humano de detención, entre otros.

138 Corte Constitucional, Sentencia C-611 de 2011.

Existe, además, consenso en el carácter de ejecución permanente del delito de desaparición forzada, pese a los debates jurídicos penales, hasta por lo menos el esclarecimiento de la suerte de la víctima con independencia de si el autor del punible continúa con el dominio voluntario del hecho. De suerte que “el tipo penal de la desaparición forzada puede ser imputado aun cuando al momento de la privación de la libertad tal tipo penal aún no había sido sancionado, dado que precisamente el injusto continúa y permanece aún luego de la entrada en vigencia del tipo penal específico”.¹³⁹

La condición de delito de ejecución permanente —al igual que el secuestro— deriva de la aplicación del precepto penal sustancial que determina en qué tiempo se debe considerar cometido el delito.

Así, según el artículo 26 del Código Penal (artículo 20 del decreto 100 de 1980), la conducta punible “se considera realizada en el tiempo de la ejecución de la acción o en aquél en que debió tener lugar la acción omitida, aun cuando sea otro el resultado”, y en tanto que consumir la conducta de desaparición se realiza no sólo con la privación de la libertad sino también con el ocultamiento de la víctima, la negativa de dar información y la sustracción del amparo legal, mientras que estas conductas se estén dando se estará ejecutando el ilícito. En ese sentido, advierte la Corte Constitucional¹⁴⁰ que

este delito debe considerarse como de ejecución continuada o permanente hasta que no se conozca el paradero de la víctima. Esta obligación resulta razonable si se tiene en cuenta que la falta de información acerca de la persona desaparecida impide a la víctima y a sus familiares el ejercicio de las garantías judiciales necesarias para la protección de sus derechos y para el esclarecimiento de la verdad: la persona sigue desaparecida. Esta situación

¹³⁹ Cfr. Meini, *Perú*, p. 126-127. Así también lo ha dicho la Corte Suprema del Perú (véase Acuerdo Plenario de Perú, op. cit., p. 9 citado por Kai Ambos / María Laura Böhm. *El tipo penal de la desaparición forzada de personas. Análisis comparativo-internacional y propuesta legislativa*).

¹⁴⁰ Corte Constitucional, Sentencia C-580 de 2002.

implica que la lesión de los bienes protegidos se prolonga en el tiempo, y por tanto, la conducta sigue siendo típica y antijurídica hasta que el conocimiento que se tenga acerca del paradero de la persona permita el ejercicio de tales garantías judiciales.¹⁴¹ En esa medida, la conducta de desaparición forzada se realiza durante el tiempo en que se prolongue la privación de la libertad y no se tenga información acerca de la persona o personas que se encuentren en tal circunstancia¹⁴².

Desde la óptica actual para determinar que efectivamente se ha configurado una conducta de desaparición forzada conforme a la descripción del comportamiento delictivo en Colombia (artículo 165 de la ley 599 de 2000) se debe constatar que a una persona se le ha privado de la libertad, su ocultamiento, la negativa de dar información o negativa de su captura y la sustracción de la víctima al amparo de la ley:

En ese orden, surge evidente, en concordancia con el tipo descrito en el artículo 165 objeto de escrutinio, que no es un solo acto sino varios los que han de concurrir para que se configure la conducta punible en comento: i) privación de la libertad de una persona en las condiciones del injusto, seguida de ii) su ocultamiento y iii) la negativa a reconocer o no informar sobre esta

141 Asimismo, dice el numeral 2º del artículo 17 de la Declaración 47/133: “2. Cuando los recursos previstos en el artículo 2 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos ya no sean eficaces, se suspenderá la prescripción relativa a los actos de desaparición forzada hasta que se restablezcan esos recursos.” Por su parte, el artículo 2º del mencionado Pacto dice: “3. Cada uno de los Estados Partes en el presente Pacto se compromete a garantizar que:

a) Toda persona cuyos derechos o libertades reconocidos en el presente Pacto hayan sido violados podrá interponer un recurso efectivo, aun cuando tal violación hubiera sido cometida por personas que actuaban en ejercicio de sus funciones oficiales;

b) La autoridad competente, judicial, administrativa o legislativa, o cualquiera otra autoridad competente prevista por el sistema legal del Estado, decidirá sobre los derechos de toda persona que interponga tal recurso, y desarrollará las posibilidades de recurso judicial;

c) Las autoridades competentes cumplirán toda decisión en que se haya estimado procedente el recurso.”

142 En tal sentido, el artículo 26 del Código Penal establece que “[l]a conducta punible se considera realizada en el tiempo de la ejecución de la acción o en aquél en que debió tener lugar la acción omitida, aun cuando sea otro el del resultado”.

situación de privación de la libertad, los que conllevan a iiiii) la sustracción de la víctima del amparo de la ley, expresión esta que constituye el núcleo del injusto atendiendo que es un elemento referido a la posibilidad de acción y ejercicio de derechos, como al efectivo funcionamiento de la administración de justicia, todo lo cual indefectiblemente debe predicarse a partir de un contexto temporal y espacial específico, no abstracto ni hipotético¹⁴³.

En el mismo sentido, la sentencia dentro del radicado 37584 del 30 del noviembre de 2011, señaló:

De esta manera, el tipo objetivo consagrado en Colombia cuenta con los siguientes elementos:

(i) Un sujeto activo indeterminado (“[e]l particular”, “el servidor público” o “el particular que actúe bajo la determinación a aquiescencia de aquél”).

(ii) Un sujeto pasivo también indeterminado (“otra persona”).

Y (iii) una conducta compleja, consistente en, primero, someter “a otra persona a privación de su libertad, cualquiera que sea su forma”, y segundo, ocultarla o negar la privación o no dar información de su paradero, pero en todo caso “sustrayéndola del amparo de la ley.

Así lo explicó la Corte Constitucional en el fallo en mención:

[...] La descripción de la conducta exige que se someta a una persona a privación de su libertad, bien sea en forma legal o ilegal; que luego la víctima sea ocultada y sus familiares no puedan conocer su paradero; y que ocultada la víctima, el sujeto agente se abstenga de brindar información sobre su paradero sustrayéndola del amparo de la ley, imposibilitándola de esta manera para ejercer cualquiera de los recursos legales establecidos para su pro-

143 Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Penal. Radicado 36399 del 27 de junio del 2012.

tección. Es decir, que no es necesario requerimiento alguno pues basta la falta de información.

La estructura y descripción del tipo penal señala, entonces, la necesidad de comprobar tales elementos concurrentes en la realidad factual para determinar la configuración del delito de desaparición forzada. En esa línea, ha de tenerse en cuenta que las normas y jurisprudencia internacionales precisan que sólo se requiere demostrar, por lo menos, dos elementos: uno, la privación de la libertad por agentes gubernamentales o grupos organizados que actúen en nombre o con autorización del gobierno y dos, la negativa a reconocer que la persona se encuentra privada de la libertad o que el sujeto se vea privado de la respectiva protección legal. En la descripción legal nacional se adiciona la sustracción del amparo de la ley como un elemento constitutivo del tipo. Así se aplica en el caso seguido por la Corte Suprema de Justicia en contra de Salvador Arana Sus, ex gobernador de Sucre, con ocasión de la desaparición y homicidio de Eudaldo León Díaz Salgado, ex alcalde del municipio del Roque:

De lo anterior surge evidente la configuración de las fases de la figura punible: i) privación de la libertad; ii) no información sobre esta situación de privación de la libertad, lo que conllevó a iii) sustraer a EUDALDO LEÓN DÍAZ SALGADO del amparo de la ley que es una expresión del núcleo del injusto, elemento que se refiere a la posibilidad de acción y ejercicio de derechos y al efectivo funcionamiento de la administración de justicia¹⁴⁴.

4.1.1.2. Desaparición forzada y otras conductas punibles, jurisprudencia

A partir de la judicialización de conductas relacionadas con el delito de desaparición forzada, los casos que han llegado a los estrados judiciales han generado pronunciamientos y decisiones

¹⁴⁴ Corte Suprema de Justicia. Sala de Casación Penal, radicado 32672 del 3 de diciembre de 2009.

que clarifican el marco jurídico relacionado con el punible a nivel interno, a través de la fijación de parámetros que han hecho referencia, entre otros aspectos, “a la naturaleza¹⁴⁵, contexto¹⁴⁶, condiciones en las que se configura¹⁴⁷ y ha de sancionarse¹⁴⁸ el delito de desaparición forzada”¹⁴⁹. Además, uno de los aspectos en los que la jurisprudencia ha tenido gran importancia se relaciona con la precisión de distintivos entre aquél y otros delitos.

Como se ha visto, los múltiples elementos que concurren en la ejecución del delito de desaparición forzada dan cuenta de circunstancias fácticas que pueden configurar otras categorías delictivas, lo que plantea la disyuntiva entre el empleo del tipo penal de desaparición forzada u otras conductas punibles. Para dar respuesta a esa confusión se requiere una estricta y detallada valoración de la situación fáctica, para así determinar si existe una concurrencia de tipos penales aplicables al caso¹⁵⁰, o si se deben excluir aquellos delitos que aparentemente le son consustanciales, pero que en realidad no son adecuados al asunto, pues del análisis jurídico se advierte la aplicación de un sólo delito.

Esta problemática es abordada por el derecho penal a través del denominado “concurso aparente de tipos penales”, que

emerge en aquellas hipótesis en que una conducta pareciera simultáneamente concurrir en la estructura típica de diversos hechos punibles, aun cuando una detenida valoración de la misma permite demostrar su exclusión entre sí, en forma tal que sola-

¹⁴⁵ *Ibidem*.

¹⁴⁶ Corte Suprema de Justicia. Sala de Casación Penal, radicado 32022, auto de 21 de septiembre de 2009, proceso 32680, 11 de noviembre de 2009, radicado 36163, auto de 30 de mayo de 2011.

¹⁴⁷ Corte Suprema de Justicia. Sala de Casación Penal, radicado 36563, auto de 3 de agosto de 2011.

¹⁴⁸ Corte Suprema de Justicia. Sala de Casación Penal, radicado 28935, auto de 1 de julio de 2009.

¹⁴⁹ Corte Suprema de Justicia. Sala de Casación Penal, radicado 36399.

¹⁵⁰ Código Penal colombiano. ARTÍCULO 31. CONCURSO DE CONDUCTAS PUNIBLES. El que con una sola acción u omisión o con varias acciones u omisiones infrinja varias disposiciones de la ley penal o varias veces la misma disposición, quedará sometido a la que establezca la pena más grave según su naturaleza, aumentada hasta en otro tanto, sin que fuere superior a la suma aritmética de las que correspondan a las respectivas conductas punibles debidamente dosificadas cada una de ellas.

mente un delito se consolida como existente. Se trata, por ende, de un formal acomodamiento de la conducta a dos disímiles descripciones que la punen en la ley, solo que el análisis de sus supuestos bajo aquellos postulados generales de contenido jurídico elaborados por la doctrina posibilitan descartar su material concurrencia, por entrar, preferiblemente, uno de ellos a colmar en los distintos órdenes de los principios que los regulan, con mayor amplitud en sus características estructurales, o en el desvalor de conducta que es predicable o en el nivel de afectación del bien jurídico que es objeto de tutela con su contemplación legal¹⁵¹.

Conforme a este instituto penal, el aparente concurso de delitos se soluciona acudiendo a tres principios: especialidad, consunción y subsidiariedad. Según el primero, cuando de la comparación de los tipos penales se nota que uno es de contenido genérico frente a otro más preciso, completo y enriquecido en cuanto a la descripción de la conducta, es éste el que se escogerá. En cuanto al segundo, se parte de la escogencia del tipo penal cuyo supuesto de hecho es más grave frente a otro de menor entidad. Y, finalmente, en el último caso prevalece el grado de afectación del bien jurídico¹⁵².

La actual coexistencia del punible de desaparición forzada con el delito de secuestro ha promovido el reconocimiento de elementos precisos para su diferenciación, los cuales fueron objeto de análisis jurídico a la luz del derecho penal con el fin de determinar con claridad la adecuación en uno u otro tipo bajo el entendido de que se trata de dos delitos diferentes que han sido valorados de manera diversa por el legislador a partir de hechos también distintos. En ese sentido, la metodología que ha usado la Corte Constitucional para determinar su disimilitud radica en la definición de los momentos consumativos¹⁵³, el contenido de la voluntad

151 Corte Suprema de Justicia. Sala de Casación Penal, radicado 21629, del 15 de junio de 2005.

152 *Ibidem*.

153 Corte Constitucional, Sentencia C-317 de 2002. Esta destaca además que la desaparición forzada requiere de dos actos: la privación de la libertad y la negativa a reconocer dicha privación o de dar noticia al respecto.

del agente infractor¹⁵⁴, la especificidad de la conducta cometida por éste y, en cierto caso, la temporalidad de la acción¹⁵⁵.

La intercalada aplicación de los punibles de secuestro y desaparición forzada se ha basado, además, en el significado que estos delitos representan para combatir la criminalidad que vulnera el bien jurídico de la libertad y la autonomía, así como la necesidad de fortalecer la protección de estos derechos. Para la configuración de uno y otro punible se requiere, ineludiblemente, la privación de libertad de la víctima aun cuando su consumación no se agote en ello. El desconocimiento de las prohibiciones y los límites que el orden legal impone para la afectación de la libertad personal se constituye como antecedente de los sucesos de desaparición forzada a lo largo de la historia. Esta referencia a la afectación de la libertad personal, como eje central en el proceso de adecuación penal, llevan a que en un análisis jurídico las hipótesis iniciales que se formulen respecto de un hecho en concreto tiendan a suponer la adecuación primaria de otros delitos cuyo distintivo común es la restricción física¹⁵⁶ para su configuración, entre los cuales se encuentra, fuera del secuestro, la privación ilegal de la

154 Corte Constitucional, Sentencia C-400 de 2003. Magistrado ponente: Jaime Córdoba Triviño. 20 de mayo de 2003. “En el caso del secuestro, la estructura típica del comportamiento remite a la privación transitoria de la libertad, o, como lo dice la ley, a la acción de arrebatar, sustraer, retener u ocultar a una persona. Y tal conducta puede cometerse con el propósito de exigir por su libertad un provecho o cualquier utilidad, o para que se haga u omita algo, o con fines publicitarios o de carácter político -eventos constitutivos de secuestro extorsivo-, o puede cometerse con propósitos distintos a esos -caso del secuestro simple”.

155 Op. Cit., Sentencia C-400 de 2003. “El delito de secuestro se caracteriza por el carácter transitorio de la privación de la libertad a que se somete a la víctima y, en la gran mayoría de los casos, la finalidad que persigue el sujeto activo del delito no se agota en el acto del secuestro ya que éste es asumido como un medio para conseguir un fin diverso. De allí que en estos supuestos al autor le interese que se conozca su acto pues ese es el primer paso con miras a la realización de las exigencias que tiene en mente. En el delito de desaparición forzada, en cambio, el actor no pretende arrebatar, sustraer, retener u ocultar transitoriamente a una persona sino privarla de la libertad, ocultarla y no dar información sobre su paradero. De allí que el autor, lejos de buscar que se conozca el acto material del delito, pretenda que tanto su comportamiento como la suerte de la víctima, permanezcan en la clandestinidad pues se trata de un delito que no es concebido como un instrumento para la realización de otros propósitos previstos en el tipo sino como un delito cuyo fin se agota en su sola consumación”.

156 Entendida como la “limitación personal en la autonomía para la libre locomoción”. Corte Suprema de Justicia. Sala de Casación Penal, radicado 36399.

libertad¹⁵⁷, la prolongación ilícita de la privación de la libertad¹⁵⁸, la detención arbitraria especial¹⁵⁹ o el desconocimiento del hábeas corpus¹⁶⁰ e incluso las llamadas ejecuciones extrajudiciales, en los cuales, sin duda, algo tiene que ver la posibilidad de privaciones de la libertad efectuadas por agentes del Estado con desconocimiento de la estricta reserva judicial.

Otra problemática que se evidencia durante la aplicación de manera concreta de la desaparición forzada como figura delictiva es la distinción entre aquellos casos en los la privación de la libertad, el ocultamiento y la sustracción de la reserva legal concurre con la muerte efectiva de la víctima, lo que en términos jurídico-penales se definiría como concurso de desaparición forzada y homicidio¹⁶¹. En casos aplicados, específicamente durante el estudio dentro del trámite de Justicia y Paz (Ley 975 de 2005), la Corte Suprema de Justicia se plantea aquellas situaciones en las que con posterioridad a la desaparición, con ocasión de la investigación o la confesión del autor —como es el caso del proceso de justicia y paz— se logra tener certeza de la muerte de quien fue víctima

157 Código Penal. ARTÍCULO 174. PRIVACIÓN ILEGAL DE LIBERTAD. Penas aumentadas por el artículo 14 de la Ley 890 de 2004, a partir del 10. de enero de 2005. El servidor público que abusando de sus funciones, prive a otro de su libertad, incurrirá en prisión de cuarenta y ocho (48) a noventa (90) meses.

158 Código Penal. ARTÍCULO 175. PROLONGACIÓN ILÍCITA DE PRIVACIÓN DE LA LIBERTAD. Penas aumentadas por el artículo 14 de la Ley 890 de 2004, a partir del 10. de enero de 2005. El servidor público que prolongue ilícitamente la privación de libertad de una persona, incurrirá en prisión de cuarenta y ocho (48) a noventa (90) meses y pérdida del empleo o cargo público.

159 ARTÍCULO 176. DETENCIÓN ARBITRARIA ESPECIAL. Penas aumentadas por el artículo 14 de la Ley 890 de 2004, a partir del 10. de enero de 2005. El servidor público que sin el cumplimiento de los requisitos legales reciba a una persona para privarla de libertad o mantenerla bajo medida de seguridad, incurrirá en prisión de cuarenta y ocho (48) a noventa (90) meses y pérdida del empleo o cargo público

160 ARTÍCULO 177. DESCONOCIMIENTO DE HÁBEAS CORPUS. Penas aumentadas por el artículo 14 de la Ley 890 de 2004, a partir del 10. de enero de 2005. El juez que no tramite o decida dentro de los términos legales una petición de habeas corpus o por cualquier medio obstaculice su tramitación, incurrirá en prisión de treinta y dos (32) meses a noventa (90) meses y pérdida del empleo o cargo público.

161 Código Penal. ARTÍCULO 103. HOMICIDIO. Penas aumentadas por el artículo 14 de la Ley 890 de 2004, a partir del 10. de enero de 2005. El texto con las penas aumentadas es el siguiente. El que matare a otro, incurrirá en prisión de doscientos ocho (208) a cuatrocientos cincuenta (450) meses.

directa del punible de desaparición. La Corte resuelve que en aquellos hechos en los que es posible escindir la consumación de la retención con el deceso se configura tanto el atentado contra la libertad como contra la vida – desaparición forzada y homicidio—¹⁶², mientras que en aquellos en los que sólo se tiene constancia de lo primero, en tanto exista incertidumbre de la suerte de la víctima, se configura sólo la desaparición:

No admite discusión que la desaparición forzada es una conducta punible de ejecución permanente, esto es, que desde el acto inicial, la retención arbitraria de la víctima, el hecho continúa consumándose de manera indefinida en el tiempo, y el límite final de ejecución del delito está dado por la terminación de ese estado de privación de libertad, ya porque de alguna manera se recobra ésta (el victimario la libera, es rescatada, etc.), ya porque se ocasiona su deceso.

Si la persona es privada de su libertad de locomoción, luego de lo cual se le causa la muerte, no genera incertidumbre la comisión de dos conductas diferenciables que, por tanto, concurren, en tanto se presentan dos momentos, uno de retención y otro de muerte, pero es evidente que la primera deja de consumarse cuando se causa el homicidio. Pero la fijación de un momento cierto en el cual termina la consumación no descarta la existencia de la desaparición.

La situación es diversa cuando solamente existe un momento, sucede la privación de libertad y no existe prueba alguna respecto de que se puso punto final a ese estado. Por tanto, la desaparición continúa ejecutándose de manera indefinida en el tiempo y, así, el término de prescripción de la acción penal (cuando sea viable tal instituto) no comienza a correr, pues eso sucede exclusivamen-

162 Corte Suprema de Justicia. Sala de Casación Penal. Proceso 36163 del 30 de mayo del 2012 contra Ramón María Isaza y otros. En consecuencia, en este trámite sólo se autorizó el asentamiento del registro de defunción para aquellos casos en los que al momento de la imputación se tuviera certeza de la muerte de la víctima de desaparición.

te cuando cesa la privación de la libertad, o, lo que es lo mismo, cuando deja de consumarse la desaparición¹⁶³.

Finalmente, debe tenerse en cuenta que la sola ausencia de información del paradero o el ocultamiento de cadáveres no configura por sí mismo la conducta de desaparición forzada si a ello no le anteceden los elementos descriptivos del tipo penal enunciados (privación de la libertad, negativa de dar información y sustracción del amparo legal) o si no existe una intención delictiva en el agente basada en el conocimiento y la voluntad de ejecutar el punible de desaparición. En cuanto a esta última condición debe advertirse que este delito es “un acto antijurídico de ascensión dolosa y de naturaleza permanente, como es obvio, desde cuando se origine la aprehensión ilegal de la persona hasta su liberación o su deceso”¹⁶⁴, mientras que respecto a lo primero, el simple ocultamiento de cadáver, en punto de la concurrencia de circunstancias de desaparición con la muerte de la víctima se encuadra de manera correcta y más precisa en el punible de “Ocultamiento, alteración o destrucción de elemento material probatorio”¹⁶⁵ y no en el delito previsto en el artículo 165 del Código Penal, pues corresponde a una conducta dirigida a asegurar la impunidad de un hecho a través de un atentado en contra de los medios de prueba y no necesariamente a la sustracción del amparo legal de un individuo.

163 Corte Suprema de Justicia. Sala de Casación Penal. Auto de segunda instancia Justicia y Paz. N° 36.563.

164 Corte Suprema de Justicia. Sala de Casación Penal, radicado 36006.

165 Código Penal. ARTÍCULO 454-B. OCULTAMIENTO, ALTERACIÓN O DESTRUCCIÓN DE ELEMENTO MATERIAL PROBATORIO. Artículo adicionado por el artículo 13 de la Ley 890 de 2004. El nuevo texto es el siguiente: El que para evitar que se use como medio cognoscitivo durante la investigación, o como medio de prueba en el juicio, oculte, altere o destruya elemento material probatorio de los mencionados en el Código de Procedimiento Penal, incurrirá en prisión de cuatro (4) a doce (12) años y multa de doscientos (200) a cinco mil (5.000) salarios mínimos legales mensuales vigentes.

4.1.2. Conclusiones del periodo

La existencia de un delito específico relacionado con la desaparición forzada como práctica sistemática, generalizada y masiva dentro de las dinámicas de la violencia en Colombia ha derivado en su caracterización como delito de lesa humanidad, pluriofensivo y de ejecución continua o permanente. La experiencia judicial, por su parte, ha permitido darle contenido a estas categorías por medio de la determinación de parámetros relacionados con su naturaleza, contexto, configuración y sanción. Incluso, el análisis de la casuística penal en punto de este delito permite diferenciar las conductas de secuestro y desaparición forzada, así como ésta y otros ilícitos que atentan contra la libertad personal, la vida, la autonomía y los medios de prueba.

4.2. Derecho regional e internacional

Los altibajos en el proceso de tipificación de la desaparición forzada han producido un interesante material normativo en el derecho colombiano, fruto de necesidades propias de la tipificación, así como de las actuales tendencias en los sistemas internacionales de protección de los derechos humanos. En ambos casos, dichas regulaciones han sido objeto de desarrollo jurisprudencial sobre la interpretación de estos preceptos a la luz de la Constitución e instrumentos internacionales, particularmente por la Corte Constitucional colombiana y la Corte Interamericana de Derechos Humanos. Por lo anterior, esta última etapa de la investigación vendrá acompañada de un robusto análisis jurisprudencial que permite establecer las debilidades y fortalezas del régimen jurídico de la desaparición forzada en Colombia.

En el ámbito internacional este periodo se caracterizó por la presencia importantes instrumentos internacionales, como la Convención Internacional para la Protección de todas las Personas contra las Desapariciones Forzadas, adoptada en Nueva York el 20 de diciembre de 2006 y aprobada en Colombia mediante la ley 1418 de 2010.

4.2.1. Convención Internacional para la Protección de todas las Personas contra las Desapariciones Forzadas, adoptada en Nueva York el 20 de diciembre de 2006

En virtud de dicho instrumento, “a los efectos de la presente Convención, se entenderá por “desaparición forzada” el arresto, la detención, el secuestro o cualquier otra forma de privación de libertad que sean obra de agentes del Estado o por personas o grupos de personas que actúan con la autorización, el apoyo o la aquiescencia del Estado, seguida de la negativa a reconocer dicha privación de libertad o del ocultamiento de la suerte o el paradero de la persona desaparecida, sustrayéndola a la protección de la ley”.

Esta herramienta del sistema internacional de protección de los derechos humanos de la ONU (y a diferencia de la Convención Interamericana sobre Desaparición Forzada de Personas, hecha en Belém do Pará en 1994 e ingresada a derecho interno en 2002 con la decisión de constitucionalidad C-580 de 2002) plantea un avance en la definición o contenido de la desaparición de personas. Mientras en la Convención Interamericana “se considera desaparición forzada la privación de la libertad a una o más personas, cualquiera que fuere su forma”, en la Convención Internacional de Nueva York “se entenderá por “desaparición forzada” el arresto, la detención, el secuestro o cualquier otra forma de privación de libertad”. Esto significa que este último instrumento incluye a delitos como el arresto, la detención y el secuestro, además de la descripción genérica de privación de la libertad, como elementos de la desaparición forzada de personas, siempre que de su comisión se siga la negativa a reconocer el paradero.

Esta sencilla diferencia en la descripción constituye un avance de gran importancia para el desarrollo de los derechos humanos, ya que los mencionados delitos pueden mutar a una desaparición forzada y por ende ser comprendidos como delitos de lesa humanidad y eventualmente ayudar a esclarecer o resolver situaciones de concurso de tipo penales, donde, por ejemplo, por especialidad prevalezca la aplicación de la desaparición forzada sobre un delito de secuestro o de detención ilegal si se reúnen los requisitos diferenciadores del primero: el ocultamiento de la persona sin

ofrecer noticias de su paradero y la finalidad de sustraerla de la protección de la ley. El fundamento de lo anterior es la altísima gravedad de la desaparición forzada, pues se trata de una conducta pluriofensiva o que afecta varios derechos humanos, como lo han mencionado los organismos y cortes internacionales. Lo anterior, sin perjuicio de lo relativo a la imprescriptibilidad de la desaparición forzada y otras garantías de tipo jurídico, judicial e incluso de responsabilidad internacional de los Estados.

De otra parte, es categórico el instrumento en establecer la prohibición total y absoluta de la desaparición aun en casos de guerra, inestabilidad política o estados de excepción. Y en ese sentido, se supera de una manera diáfana la idea que alguna vez se tuvo de patrocinar o promocionar la desaparición forzada como instrumento de protección del régimen político. Así se establece: “Artículo 1. 1. Nadie será sometido a una desaparición forzada. 2. En ningún caso podrán invocarse circunstancias excepcionales tales como estado de guerra o amenaza de guerra, inestabilidad política interna o cualquier otra emergencia pública como justificación de la desaparición forzada”.

Dentro de las principales características de dicha Convención se destacan la obligación para los Estados de investigar los delitos de desaparición forzada, tipificar el delito en las legislaciones nacionales, reconocer que en caso de existir una práctica generalizada de este delito se considerará crimen de lesa humanidad y, por lo tanto, será benefactor de conformidad con el derecho internacional humanitario de todas consecuencias propias de esta Declaración.

Concretamente, los estándares internacionales que establece la Convención hacen referencia a que la extrema gravedad de este delito debe verse reflejada en la pena y que como circunstancias atenuantes se podrán establecer: (i) contribuir a la reaparición con vida del desaparecido, (ii) esclarecer los casos o (iii) identificar los responsables; y como agravantes, (i) la muerte del desaparecido, (ii) desaparecer sujetos vulnerables –menores, mujeres embarazadas- etc.

En cuanto a la prescripción penal de delito, tema bastante discutido en la evolución normativa de la desaparición forzada, el artículo 8 de la Convención establece que este plazo deberá ser

prolongado y proporcionado a la extrema gravedad del delito, y tenga como inicio del cómputo la cesación de la desaparición, teniendo en cuenta su carácter de delito continuo y garantizarles a las víctimas un recurso eficaz durante el plazo de prescripción. También es importante destacar que el delito de desaparición forzada no puede ser considerado delito político a efectos de extradición, como dice el artículo 13.

De conformidad con el artículo 17, se ordena a los Estados parte contener en su legislación: (i) condiciones bajo las cuales se puede privar la libertad de una persona, (ii) determinación de las autoridades facultadas para ello (iii), garantizar la privación en lugares oficialmente controlados, (iv) permitir la comunicación del privado de la libertad con su familia y abogado. Y en su numeral 3, se establece la obligatoriedad de mantener registros oficiales y expedientes de las personas privadas de la libertad con información sobre su detención, lugar de reclusión, integridad física, causas de fallecimiento y condiciones de liberación o traslado. Es importante mencionar que varias de estas medidas ya se encuentran contempladas en la ley 589 de 2000.

Entre otras disposiciones también vale mencionar la definición y los derechos de las víctimas. Según el artículo 24, son víctimas las personas desaparecidas y quienes hayan sufrido un perjuicio directo. Estas tienen derecho a conocer la verdad sobre las circunstancias de la desaparición forzada y los resultados de la investigación; a la búsqueda de los mismos y en caso de muerte, la restitución de sus restos; a la reparación y una indemnización justa y adecuada; a una garantía de no repetición y restitución, readaptación y satisfacción, entre otros.

La Corte Constitucional, mediante Sentencia C-620 de 211, se pronunció sobre la constitucionalidad de ese instrumento internacional.

Respecto al tema de sujeto activo y la clara diferencia que existe en derecho nacional -el particular y/o servidor público- frente a dicho sujeto en la Convención Internacional –e Interamericana- que puede ser un agente del Estado o alguien que actué bajo su orden o aquiescencia, la Corte concluye que la normatividad nacional es más garantista que la internacional, sin que ello implique la inconstitucionalidad de la norma sometida a discusión ya que este

tipo de instrumentos internacionales establecen mínimos y, por contera, los Estados Parte pueden autónomamente obtener unos desarrollos de mayor amplitud.

En consecuencia, la Corte sabiamente concluyó:

39. De este modo, la definición de la desaparición forzada teniendo por sujetos activos a quienes actúen con algún tipo de vinculación con el Estado que aparece en la Convención Internacional bajo estudio, no repercute directamente sobre la responsabilidad penal prevista en el derecho interno colombiano, ni en las reglas del derecho internacional que vinculan al Estado colombiano.

Reglas por las cuales, se impone el deber de introducir en la legislación colombiana, ingredientes normativos con los cuales se garantice de manera más decidida y comprometida la prevención y la represión del delito de desaparición forzada, como conducta pluriofensiva, como práctica sistemática y generalizada, pero aún sin serlo, como grave violación de derechos humanos. Desde este punto de vista lo previsto en el artículo 20 y 3° de la Convención Internacional, resulta conforme a la Constitución¹⁶⁶.

Al analizar el artículo 24, que define a víctima como “persona desaparecida y toda persona física que haya sufrido un perjuicio directo como consecuencia de una desaparición forzada”, en la misma línea que en el caso anterior la Corte consideró que aunque la legislación nacional es más garantista, ese artículo no es inconstitucional. En esa línea, afirmó:

41. Dicho concepto de víctima empero, también puede resultar más restrictivo que el que ha sido reconocido por el Código de procedimiento penal, en el artículo 132, los incisos primero y segundo del artículo 92 y el inciso segundo del artículo 102 de la Ley 906 de 2004. En especial, se destaca el artículo 132 del C.P.P. que entiende por tales, para los efectos del código, “las personas

166 Corte Constitucional, Sentencia C-620 de 2011. Magistrado ponente: Juan Carlos Henao Pérez. Agosto 18 de 2011.

naturales o jurídicas y demás sujetos de derechos que individual o colectivamente hayan sufrido algún daño (...) como consecuencia del injusto”. Una condición que, se precisa, se tiene con independencia, entre otras, “de la existencia de una relación familiar con este”.

En desarrollo del análisis de constitucionalidad la Corte empieza a analizar el tema de la imprescriptibilidad, tarea para lo cual trae dos precedentes contenidos en las decisiones C-578 de 2002 y C-580 de 2002, que revisaron la constitucionalidad de la Corte Penal Internacional y de la Convención Interamericana sobre Desaparición Forzada de Personas. La Corte concilia las interpretaciones y concluye lo siguiente:

Y aunque no se ha buscado por lo pronto, una armonización plena entre estas diferencias por vía jurisdiccional y con base en el sistema de fuentes, lo que resulta claro y además útil para los efectos de la revisión constitucional del artículo 8° de la Convención Internacional incorporada por la ley 1418 de 2010, es que en ellas se produce una interpretación y aplicación de principios y reglas más exigentes. De este modo, al menos prima facie prevalecen sobre la norma del sistema universal de derechos humanos que se analiza en este asunto, por incluir mayores garantías.

En particular, con relación al régimen *sui generis* adoptado por Colombia. Esto, aparte de lo establecido con referencia al Estatuto de Roma y a la imprescriptibilidad de la competencia de la Corte Penal Internacional para su persecución en los términos antes vistos. En efecto, la desaparición forzada bajo la amplia definición de la Convención Interamericana, incorporada al sistema jurídico colombiano mediante la ley 707 de 2001 y declarada executable por esta Corte con Sentencia C-580 de 2002, posee a la vez la condición de delito con pena prescriptible según el mandato del artículo 28 C.P., pero de acción tanto imprescriptible como prescriptible.

79. No se olvida lo dicho en esa decisión, de que el legislador al adecuar la normatividad colombiana en lo relacionado con la

acción penal del delito de desaparición forzada a lo previsto en la Convención Interamericana, puede establecer la imprescriptibilidad de la acción para el delito de desaparición forzada como herramienta para sancionar el irrespeto a la prohibición del artículo 12 de la Constitución. Mas en tanto el delito esté consumado, la acción penal contra el mismo es prescriptible desde el momento en que la investigación se dirige en concreto contra sujetos individualizados, ya que la tensión entre bienes jurídicos, a saber, los derechos del procesado a un debido proceso y a la seguridad jurídica y los derechos de las víctimas y de la sociedad en general, se resuelve imponiendo un término al poder público judicial de investigación y juzgamiento, eso sí, entendido como el más amplio existente en el ordenamiento. Esto lo determina la real afectación que representa la existencia de un proceso contra los sujetos implicados.

A su vez la acción es imprescriptible cuando no se haya vinculado al proceso a persona alguna. Ello por cuanto en aquellas circunstancias, los bienes jurídicos en tensión son distintos, trabando en este caso un conflicto entre la dimensión sustancialmente objetiva del derecho fundamental a un debido proceso sin dilaciones injustificadas y los derechos subjetivos de las víctimas efectivamente vulnerados, a la libertad y la seguridad personales, a la propia personalidad jurídica, a la protección de la ley, a la no privación arbitraria de la libertad, al no sometimiento a torturas ni a penas o tratos crueles, inhumanos o degradantes, en fin, a la dignidad humana de la persona desaparecida y también de su familia. Un conflicto en el que deben prevalecer los últimos derechos, por la alteración que se produce en las reglas de la ponderación, para favorecer éstos últimos sobre los intereses estrictamente individuales del autor del delito, al producirse una violación de derechos humanos frente a la cual el Estado debe contar con el tiempo que resulte necesario para procurar decididamente, administrar justicia, perseguir, investigar y juzgar a los responsables y ver por la protección y reparación integral de las víctimas.

80. Distinto es el caso del poder para imponer la pena dispuesta a quien se ha encontrado responsable del delito, ya que conforme a lo visto, en particular desde lo establecido en el artículo 28 constitucional, debe existir un término de prescripción, que en todo caso sea proporcional a la naturaleza del delito.

81. Teniendo en cuenta lo anterior, de cara a la definición de la constitucionalidad de los artículos 5º y 8º de la Convención Internacional contra la Desaparición Forzada, reitera entonces la Corte que tales preceptos son exigibles, aunque no por ello sean la regla que está llamada a regir la ordenación de la materia, al existir, como se ha expuesto, normas que ofrecen mayores garantías.

Trabajo dispendioso encuentra la Corte para sortear las diferencias entre los diversos mecanismos internacionales de protección –Estatuto de Roma y Convención Interamericana- y derecho nacional. En este caso, al igual que los mencionados atrás, la Corte reconoce ajustados a la Constitución los preceptos revisando –en concreto el artículo 8 sobre la prescripción de la acción penal, pero haciendo la claridad que existen mecanismos más garantistas que hablan prescripción e imprescriptibilidad y que habida cuenta la dura situación de las víctimas y sus dolientes deben prevalecer a razón de un ejercicio de proporcionalidad.

Finalmente, en esta decisión se tocan temas de vital importancia, como el carácter de delito continuo según la Convención Internacional y el delito político, entre otros. A modo conclusivo la Corte manifiesta que:

86. Se trata de una ordenación constitucional también cuando incluye como elemento que debe hacer parte del derecho “legislado”, una garantía adicional que favorece la persecución del delito. A saber, lo previsto en el art. 8º, lit. b, al referirse a su **carácter continuo**, esto es, a “aquél en el cual la ejecución de un único designio delictivo se lleva a cabo con la realización de varios actos separados en el tiempo pero unívocamente dirigidos a agotar el mismo propósito), no es una especie de concurso de hechos punibles, sino un solo ‘hecho punible unitario o continuado’ y, por tanto,

que debe ser penado como tal¹⁶⁷. Una modalidad que estructura el delito que refleja claramente las particularidades que hacen a la desaparición forzada una conducta criminal autónoma.

87. Pero a esta condición se le adscribe también el carácter de delito **permanente**, por las consecuencias que lo anterior comporta, a saber, que el término de prescripción de la acción sólo comienza a contarse cuando cesa la desaparición forzada. Tal lógica se adoptó en el artículo 3º de la Convención Interamericana y en la Declaración Universal contra la Desaparición Forzada. Y es conforme con la Constitución, pues sin suponer el desconocimiento de los derechos a los derechos de libertad y debido proceso, permite que la desaparición forzada como afrenta especialmente dolorosa y dañina para las víctimas de la misma y para la sociedad en su conjunto, pueda ser perseguida, investigada y juzgada durante un tiempo suficiente que le permita al Estado cumplir de un modo eficaz sus obligaciones ante aquellas (250 C.P.)

88. Por último, en cuanto a la descripción objetiva del delito, se incluye aquí lo previsto en el artículo 13, numeral 1º de la Convención, por cuya virtud se impide el considerar a la desaparición forzada como **delito político**, conexo a él o vinculado con motivos políticos para los efectos de negar la extradición.

89. Adelante serán analizados los aspectos de esta figura a la luz de la Convención, pero en este punto interesa destacar cómo con tal determinación se impide escudar en tal categoría de delito, la no persecución de personas responsables de ese crimen. Con ello, el artículo 13, numeral 1º, tan sólo se cumple con los límites establecidos por el artículo 35 de la Constitución que prohíbe la extradición con relación a delitos de dicha índole, lo cual, como se dijo en la Sentencia C-580 de 2002, “resulta compatible con el desarrollo progresivo del derecho internacional de los derechos

167 Sentencia C-551 de 2001. También, Sentencia C-368 de 2000.

humanos, y razonable a la luz de la protección que el Estado debe brindar a las personas frente a la desaparición forzada”¹⁶⁸.

90. Otros elementos descriptores del delito se encuentran en el artículo 6° de la Convención Internacional. En él se concreta el ingrediente de responsabilidad subjetiva, esto es, la definición de a quiénes se les puede imputar la comisión del delito de desaparición forzada, la cual es amplia en tanto incluye no sólo a la persona que lo comete directamente, sino también al que lo ordena y lo induce, a quien sólo lo intente, al que actúe como partícipe o como cómplice. Se incluye también como responsable a la figura del “superior” que omita denunciar el conocimiento o la información de que sus subordinados efectivos lo están cometiendo o se proponen hacerlo, o que tenga responsabilidad y control efectivo en actividades relacionadas directamente con la desaparición forzada, o no haya adoptado las medidas necesarias y razonables a su alcance para prevenir o reprimir su comisión o para que se investigara y enjuiciara su ocurrencia. Todo ello, empero, sin desconocer responsabilidades más exigentes del derecho internacional exigibles a los jefes militares o a quienes actúen como tales.

Dentro de este mismo razonamiento, pero como elemento voluntivo del delito, se excluye la posible argumentación de la “**obediencia debida**” como base para la comisión del mismo y más adelante, en el artículo 23, numeral 2°, se reconoce la garantía de que la persona que se niegue a acatar una orden de tal naturaleza, bajo ningún concepto pueda ser sancionada. (...)

92. Lo que hace entonces la Convención Internacional es plasmar claramente la excepción a esta regla de la obediencia debida, de nuevo justificable y proporcional, en la medida en que la desaparición forzada como crimen abominable y muy gravoso para los individuos, sus familias y allegados que la sufren, incluso hasta ser reconocida como de lesa humanidad cuya represión hace parte de las normas del *ius cogens*.

168 Ver también Sentencias C-1055 de 2003 y C-537 de 2008.

94. Además de lo dicho con relación a los otros instrumentos internacionales relacionados con el asunto, estas medidas en parte coinciden con las circunstancias agravantes y atenuantes del delito de desaparición forzada, previstas en los artículos 166 y 167 del Código Penal. Es evidente que, como se ha observado en otros asuntos, las medidas que sobre el particular adopta el derecho interno colombiano, son más garantistas que las de la Convención. Esto empero, no pone en duda la constitucionalidad de la última, dada su calidad de parámetro legal de “mínimos” al que se deben someter todos los Estados partes.

Sin lugar a dudas, esta decisión de la Corte Constitucional desarrolla un papel importante en la interpretación, análisis y desarrollo de la desaparición forzada, ya que sin quererlo abiertamente se toma la tarea de compilar y ajustar los antecedentes legislativos, jurisprudenciales de su propia cosecha, además de los nacionales e internacionales para en últimas integrar su supervivencia.

Lo anterior no quiere decir que no puedan presentarse dificultades entre los diferentes tipos de ordenamientos o las comúnmente llamadas antinomias y/o contradicciones entre normas e incluso decisiones judiciales de carácter general. Dificultades que muy posiblemente se apreciaran en cada caso concreto, como parece sostenerlo en algún momento la aclaración de voto del magistrado Humberto Sierra Porto.

4.2.2. Corte Interamericana de Derechos Humanos en el caso de los 19 comerciantes Vs. Colombia, 5 julio de 2004

En esta decisión la Corte Interamericana de Derechos Humanos encontró responsable a Colombia por las desapariciones realizadas por grupos paramilitares a 19 comerciantes, ocurrida en 1987 en Puerto Boyacá (Boyacá), toda vez incumplió obligaciones de protección, prevención, investigación y sanción de los victimarios. Igualmente, condeno la relación entre estos grupos y la fuerza pública y ordenó la búsqueda de los restos para ser entregados a sus familiares:

La Corte considera que la entrega de los restos mortales en casos de detenidos- desaparecidos es un acto de justicia y reparación en sí mismo. Es un acto de justicia saber el paradero del desaparecido, y es una forma de reparación porque permite dignificar a las víctimas, al reconocer el valor que su memoria tiene para los que fueron sus seres queridos y permitirle a éstos darles una adecuada sepultura. La privación continua de la verdad acerca del destino de un desaparecido constituye una forma de trato cruel e inhumano para los familiares cercanos y, como sostuvo esta Corte en anteriores oportunidades, el derecho de los familiares de las víctimas de conocer lo sucedido a éstas y, en su caso, dónde se encuentran sus restos mortales, constituye una medida de reparación y por tanto una expectativa que el Estado debe satisfacer a los familiares de las víctimas.

Se destaca, en opinión de la Corte, que el derecho a conocer la verdad de lo ocurrido con los desaparecidos constituye un importante instrumento de reparación de las víctimas, idea que se desarrolla en consonancia con el derecho internacional de los derechos humanos. Igualmente, conocer dónde se encuentran los restos mortales y entregárselos a los familiares de los desaparecidos implica un acto de justicia y reparación en sí mismo, ya que dignifica a las víctimas la memoria de sus seres queridos y permite una adecuada sepultura. Dijo la Corte IDH:

La privación continua de la verdad acerca del destino de un desaparecido constituye una forma de trato cruel e inhumano para los familiares cercanos y, como sostuvo esta Corte en anteriores oportunidades, el derecho de los familiares de las víctimas de conocer lo sucedido a éstas y, en su caso, dónde se encuentran restos mortales, constituye una medida de reparación y por tanto una expectativa que el Estado debe satisfacer a los familiares de las víctimas.

Finalmente, luego de las decisiones sobre responsabilidad y condena, la Corte decide realizar una adición en donde resalta algunos aspectos sobre los efectos de la desaparición forzada en los familiares y su dificultad para realizar el duelo. Por su importancia se transcribe el siguiente aparte:

La desaparición es un hecho súbito que produce muchos “sin sentidos” en los familiares de las víctimas. Se le llama “experiencia traumática” porque es una experiencia que deja una huella indeleble en la memoria, en la historia y en la vida de la gente, con la cual se tiene que aprender a vivir. Dentro del contexto de las violaciones de derechos humanos, la desaparición afecta el “proceso de duelo”, el cual consiste en la forma en que las personas enfrentan la pérdida de personas con quienes tienen una vinculación afectiva específica. La desaparición implica un tipo de proceso de duelo muy traumático y difícil de realizar.

El duelo tiene cuatro tareas principales en el proceso de restablecimiento y recuperación emocional. La primera tarea es que la persona acepte que la pérdida es un hecho definitivo en su vida. La segunda es la posibilidad de expresión emocional, de manera que la persona tenga un espacio para poder llorar y expresar frente a otras personas significativas cómo se siente. La tercera tarea es que la persona se adapte a un nuevo contexto en el cual ya no está su familiar, lo cual inclusive implica una adaptación económica porque ya no cuenta con la fuente de sustento. La cuarta tarea es desarrollar formas de recuerdo de la persona desaparecida, cómo simbolizar la pérdida, cómo recordar al familiar desaparecido, y la posibilidad de restablecer las relaciones afectivas con personas significativas.

Estas cuatro tareas están muy cuestionadas en los casos de desaparición forzada, porque el hecho es inaceptable per se, debido a que se desconoce lo que ha sucedido ya que no se tiene la certeza de la muerte de la persona, ni se tienen los restos en el caso de que el familiar hubiera fallecido. La ambivalencia respecto a qué sucedió hace que la aceptación no se pueda dar. Asimismo, es mucho más difícil encontrar un espacio para poder expresar el duelo, porque asociado al desaparecido hay un estigma social que hace para los familiares difícil e incluso peligroso expresarse. Los familiares de las víctimas no cuentan con los espacios de expresión pública del dolor, como son los ritos, las ceremonias, los funerales, es decir, lugares en los cuales puedan expresar su vivencia emocional y recibir la solidaridad de las personas. La des-

aparición también provoca que el duelo se realice en condiciones mucho más estresantes para los familiares de las víctimas. Muchas veces no hay espacio para reconocer los sentimientos porque la sobrevivencia de cada día se convierte en lo más importante para la familia. Los familiares de desaparecidos se sienten mal si tratan de reconstruir sus relaciones con otras personas, porque les resulta difícil o les produce un sentimiento de culpa el hecho de recuperar su vida o de encontrarse afectivamente mejor sin saber qué ha pasado con su familiar.

Salta a la vista la importancia que le imprime esa decisión a los funestos efectos de la desaparición forzada sobre los familiares de las víctimas. Si bien en este punto no se detiene la Corte en definir quién o quiénes tienen el carácter de víctimas, sí se insiste en la dificultad emocional que implica para los afectados intentar superar el hecho mientras se tiene una expectativa de aparición.

4.2.3. Corte Interamericana de Derechos Humanos, caso de la Masacre de Mapiripán Vs. Colombia, 15 de septiembre de 2005

Este caso tiene que ver con la masiva y atroz masacre de julio de 1997 en el municipio de Mapiripán (Meta), propiciada por grupos paramilitares quienes, organizados desde la región de Urabá, tenían como objetivo atacar a las guerrillas del sur de país. Esa masacre que en criterio de la Corte Interamericana no pudo demostrarse que fue ordenada directamente por el Estado colombiano, pero sí se determinó que hubo colaboración, aquiescencia, negligencia y patrocinio:

En efecto, la incursión de los paramilitares en Mapiripán fue un acto planeado desde varios meses antes de julio de 1997, ejecutado con pleno conocimiento, previsiones logísticas y la colaboración de las Fuerzas Armadas, quienes facilitaron la salida de los paramilitares desde Apartadó y Necoclí y su traslado hasta Mapiripán en zonas que se encontraban bajo su control y dejaron desprotegida a la población civil durante los días de la masacre

mediante el traslado injustificado de las tropas a otras localidades (supra párr. 96.30 a 96.39, 96.43 y 116).

El atroz hecho trajo como consecuencia múltiples actos atentatorios de los derechos humanos de los habitantes de Mapiripán, como asesinatos, mutilaciones, desapariciones, torturas y desplazamientos. Además, la posterior dificultad de los familiares para saber lo ocurrido con sus desaparecidos y las amenazas contra sus vidas agravaron la situación de derechos humanos de estas personas.

Los familiares de las víctimas han sufrido daños como consecuencia de la desaparición y ejecución de las mismas, por la falta de apoyo de las autoridades estatales en la búsqueda de los desaparecidos y el miedo a iniciar o continuar con las búsquedas de sus familiares ante posibles amenazas. Puesto que la mayoría de víctimas se encuentra desaparecida, los familiares no han contado con la posibilidad de honrar apropiadamente a sus seres queridos fallecidos. Todo lo anterior, además de haber afectado su integridad física y psicológica, ha impactado sus relaciones sociales y laborales, ha alterado la dinámica de sus familias y, en algunos casos, ha puesto en riesgo la vida e integridad personal de algunos de sus miembros (supra párr. 96.141, 96.145 y 96.175).

Frente a la desaparición forzada, la Corte señala que la búsqueda de justicia por esta masacre ha expuesto a los familiares a lo que se podría llamar una forma de re-victimización, pues pese a haber sido afectados con la desaparición de sus seres queridos, han sido amenazados por buscar verdad y justicia. Por esta doble condición, se evidencia que la desaparición forzada en el marco de un conflicto interno agrava los derechos humanos de familiares y allegados, toda vez pasan de ser dolientes a ser potencialmente víctimas.

4.2.4. Corte Interamericana de Derechos Humanos, caso Masacre de Pueblo Bello Vs. Colombia, 31 de enero de 2006

El caso se refiere a la desaparición masiva de 43 personas (37 desapariciones y 4 ejecuciones extrajudiciales) en el corregimiento de Pueblo Bello (Antioquia) a manos de grupos paramilitares al mando Fidel Castaño, quien al parecer luego de haber sufrido un hurto de ganado por la guerrilla decidió recuperar cada cabeza de ganado con una persona humana.

(...) Con la interpretación que durante años se le dio al marco legal, el Estado propició la creación de grupos de autodefensas con fines específicos, pero éstos se desbordaron y empezaron a actuar al margen de la ley. De este modo, al haber propiciado la creación de estos grupos el Estado creó objetivamente una situación de riesgo para sus habitantes y no adoptó todas las medidas necesarias ni suficientes para evitar que éstos puedan seguir cometiendo hechos como los del presente caso. La declaratoria de ilegalidad de éstos debía traducirse en la adopción de medidas suficientes y efectivas para evitar las consecuencias del riesgo creado. Esta situación de riesgo, mientras subsista, acentúa los deberes especiales de prevención y protección a cargo del Estado en las zonas en que exista presencia de grupos paramilitares, así como la obligación de investigar con toda diligencia actos u omisiones de agentes estatales y de particulares que atenten contra la población civil.

Sin embargo, aclara la Corte que no necesariamente cualquier infracción de los derechos humanos por un particular supone una responsabilidad del Estado según la Convención. Por eso, emprende el análisis de las obligaciones del Estado frente a la Convención Interamericana.

Es claro que un Estado no puede ser responsable por cualquier violación de derechos humanos cometida entre particulares dentro de su jurisdicción. En efecto, el carácter erga omnes de las obligaciones convencionales de garantía a cargo de los Estados no implica una responsabilidad ilimitada de los Estados frente a

cualquier acto o hecho de particulares, pues sus deberes de adoptar medidas de prevención y protección de los particulares en sus relaciones entre sí se encuentran condicionados al conocimiento de una situación de riesgo real e inmediato para un individuo o grupo de individuos determinado y a las posibilidades razonables de prevenir o evitar ese riesgo. Es decir, aunque un acto, omisión o hecho de un particular tenga como consecuencia jurídica la violación de determinados derechos humanos de otro particular, aquél no es automáticamente atribuible al Estado, pues debe atenderse a las circunstancias particulares del caso y a la concreción de dichas obligaciones de garantía.

El fallo es enfático en las obligaciones que se derivan para los Estados en la efectividad de las investigaciones sobre la violación de derechos humanos:

La obligación de garantizar los derechos humanos consagrados en la Convención no se agota con la existencia de un orden normativo dirigido a hacer posible el cumplimiento de esta obligación, sino que comporta la necesidad de una conducta gubernamental que asegure la existencia, en la realidad, de una eficaz garantía del libre y pleno ejercicio de los derechos humanos (supra párr. 120). De tal manera, de esa obligación general de garantía deriva la obligación de investigar los casos de violaciones de esos derechos; es decir, del artículo 1.1 de la Convención en conjunto con el derecho sustantivo que debe ser amparado, protegido o garantizado...

En particular, por constituir el goce pleno del derecho a la vida la condición previa para la realización de los demás derechos (supra párr. 119 a 120), una de esas condiciones para garantizar efectivamente este derecho está constituida por el deber de investigar las afectaciones al mismo. De tal manera, en casos de ejecuciones extrajudiciales, desapariciones forzadas y otras graves violaciones a los derechos humanos, el Estado tiene el deber de iniciar ex officio y sin dilación, una investigación seria, imparcial y efectiva, que no se emprenda como una simple formalidad condenada de antemano a ser infructuosa. Esta investigación debe ser realizada

por todos los medios legales disponibles y orientada a la determinación de la verdad y la investigación, persecución, captura, enjuiciamiento y castigo de todos los responsables intelectuales y materiales de los hechos, especialmente cuando están o puedan estar involucrados agentes estatales.

Finalmente, frente a las familiares de las víctimas, la Corte IDH reconoció, tal como lo había hecho en casos anteriores, la evidente situación de vulnerabilidad y victimización por ser quienes exigen las garantías de establecimiento de la verdad y reparación. Aun cuando la reflexión no se centró concretamente en la desaparición forzada, sí puede inferirse que por su naturaleza y características los familiares de los desaparecidos pueden ser destinatarios de una re victimización por los perpetradores, con el fin de perpetuar la impunidad de los crímenes.

Esta Corte ha señalado, en reiteradas oportunidades, que los familiares de las víctimas de violaciones de los derechos humanos pueden ser, a su vez, víctimas. En esta línea, este Tribunal ha considerado violado el derecho a la integridad psíquica y moral de los familiares de las víctimas con motivo del sufrimiento propio que éstos han padecido como producto de las circunstancias particulares de las violaciones perpetradas contra sus seres queridos y a causa de las posteriores actuaciones u omisiones de las autoridades estatales frente a los hechos...

4.2.5. Corte Interamericana de Derechos Humanos, caso Masacre de Ituango Vs. Colombia, sentencia de 1 de Julio de 2006

En breves palabras,

el caso de las Masacres de Ituango v. Colombia reviste un especial interés en materia de protección de derechos humanos en Colombia, no sólo por cuanto establece responsabilidad del Estado colombiano por los hechos ocurridos en las veredas de Ituango

en 1996 y 1997, sino por las violaciones de derechos humanos que considera probadas y las formas de reparación que se ordenan. En este caso, al igual que ocurrió en otras oportunidades, el Estado colombiano reconoció su responsabilidad internacional, derivada de la omisión de las autoridades en proteger los derechos humanos, así como por la participación de agentes estatales --particularmente miembros de la Fuerza Pública-- en los hechos¹⁶⁹.

Si bien de la lectura de la decisión de la Corte no se desprende un análisis particular sobre la desaparición forzada, sí es importante tener en consideración que se encontró probado dentro del proceso que los habitantes de Ituango fueron privados ilegalmente de su libertad y obligados a trabajos forzados, entre otras graves violaciones de derechos humanos, como el incendio y destrucción de viviendas, el desplazamiento forzado y la permanente sensación de terror durante varios días.

En ese sentido, la Corte, estableció:

152. El Tribunal pasará a analizar, en primer lugar, la supuesta violación del derecho a la libertad personal y, seguidamente, la prohibición del trabajo forzoso, ya que las supuestas violaciones ocurrieron en dicho orden cronológico.

a) La privación de la libertad personal

153. En el presente caso ha sido demostrado (supra párr. 125.84) que 17 campesinos de El Aro fueron privados de su libertad durante 17 días al ser retenidos por el grupo paramilitar que controlaba el corregimiento durante los días de la incursión. Dicha incursión ocurrió con la aquiescencia o tolerancia de agentes del Ejército colombiano. A las personas retenidas se les privó su derecho a la libertad con el propósito de obligarlas a recoger y arrear ganado sustraído de toda la región. La Corte estima que dichas detenciones se produjeron de manera ilegal y arbitraria, toda vez que estas fueron llevadas a cabo sin orden de detención

169 Recuperado de <http://viva.org.co/cajavirtual/svcoo24/articulo04.pdf>

suscrita por un juez competente y sin que se acreditara una situación de flagrancia.

b) El trabajo forzoso u obligatorio

154. Los representantes alegaron la presunta violación del artículo 6.2 de la Convención en perjuicio de las personas que fueron detenidas y obligadas a arrear el ganado sustraído durante la incursión paramilitar en El Aro. Al analizar el contenido y alcance de dicho artículo en el presente caso, este Tribunal tomará en cuenta, a la luz de las reglas generales de interpretación establecidas en el artículo 29 de la Convención, la significación de la prohibición del trabajo forzoso u obligatorio.

Como puede deducirse en este caso se trató de una detención ilegal y arbitraria, pero no una desaparición forzada, ya que la restricción de libertad estuvo acompañada de tratos crueles e inhumanos, como lo constituye el trabajo forzado en estado de retención además de la amenaza de pena, es decir, que si los retenidos no cumplen con el trabajo impartido por los grupos paramilitares, sus familias e incluso los mismos retenidos serían asesinados. En ese orden de días, es importante este pronunciamiento a efectos de precisar el concepto y alcance de la desaparición forzada en relación con otras afectaciones de la libertad personal como derecho humano.

4.2.6. Corte Interamericana de Derechos Humanos, caso masacre de la Rochela Vs. Colombia, sentencia de 11 de mayo de 2007

En 1989, en el corregimiento de La Rochela, departamento de Santander, se encontraba una comisión de funcionarios de la rama judicial colombiana adelantando una investigación sobre la muerte de los 19 comerciantes –caso conocido también por la Corte Interamericana- y otras investigaciones. Los funcionarios fueron retenidos, amarrados, encerrados y fusilados indiscrimi-

nadamente por parte de un grupo paramilitar que actuaba en aquiescencia con agentes estatales.

En palabras de la Corte:

Como se puede notar de los hechos determinados y ha sido reconocido por Colombia, los 15 funcionarios integrantes de la Comisión Judicial estuvieron detenidos ilegal y arbitrariamente durante horas bajo el control de miembros del grupo paramilitar “Los Masetos” y bajo las circunstancias descritas fueron obligados a entregar las armas, dejarse amarrar y ser introducidos en automóviles, impidiéndose cualquier posibilidad de que operaran a su favor las salvaguardas de la libertad personal consagradas en el artículo 7 de la Convención Americana.

Ha quedado establecido que la intención de los perpetradores de la masacre era ejecutar a los miembros de la Comisión Judicial. Asimismo, los hechos demuestran que aquellos hicieron todo lo que consideraron necesario para cumplir con ese fin.

También destaca la Corte las características bajo las cuales se desarrolló la fatal detención ilegal previa a la ejecución extrajudicial y destaca la violación de otros derechos humanos consagrados en la Convención diferentes del derecho a la vida, tales como la libertad personal, la prohibición de torturas y tratos crueles. Esta situación deja entrever claramente que cualquier de violación a los derechos humanos es pluriofensivo, en la medida que puede afectar varios derechos de la Convención. Así, una ejecución extrajudicial como ocurrió en este caso, puede suponer afrentas contra la vida, la libertad, la dignidad, la garantía judicial efectiva entre otras. Para la Corte:

En cuanto a los tratamientos que recibieron los quince integrantes de la Comisión Judicial, la Corte resalta que la masacre no se produjo inmediatamente después de su detención, sino que transcurrieron aproximadamente tres horas durante las cuales dichas personas fueron intencionalmente sometidas a sufrimientos intensos al ser: amenazadas, intimidadas y engañadas por un gru-

po de paramilitares que les superaba numéricamente y en cuanto a la cantidad y alcance del armamento que portaban; obligadas a entregar las pocas armas que portaban; mantenidas encerradas y custodiadas durante horas y, en dichas circunstancias, interrogadas sobre las investigaciones judiciales que estaban realizando; atadas con las manos por atrás de la espalda; obligadas a subirse a los dos automóviles y llevadas sin saber su destino durante aproximadamente unos tres kilómetros (supra párr. 107 a 112).

4.2.6.1. Corte Interamericana de Derechos Humanos, caso Escué Zapata vs. Colombia, sentencia 4 de julio de 2007

El 1 de febrero de 1988, en el resguardo indígena de Jambaló (Cauca), miembros del ejército de Colombia se presentaron en la casa del líder del resguardo, Germán Escué Zapata, quien fue amarrado, sacado de su casa y asesinado. Aunque no se trata en concreto de una desaparición forzada, evidenció un caso de detención ilegal y otra serie de tratamientos en contra de los derechos humanos. Según la Corte IDH,

Del mismo modo, el Estado limitó sus investigaciones al homicidio de la víctima, quedando sin aclaración otros hechos relacionados a ese crimen, tales como la detención ilegal del señor Escué Zapata, las lesiones corporales que sufrió, el allanamiento ilegal en su domicilio, la colaboración de los ex soldados, hoy civiles, en el encubrimiento de los hechos, y la supuesta participación de indígenas y/o terratenientes en el delito. Sobre todos estos acontecimientos declararon los familiares de la víctima y algunos militares que participaron en el operativo que detuvo al señor Escué Zapata. Sin embargo, las autoridades judiciales no procedieron a investigar estas alegaciones, y las mismas aún no se encuentran resueltas.

Frente a la detención ilegal, la Corte precisó:

Por lo anterior, la Corte considera que el señor Escué Zapata fue detenido ilegalmente por miembros del Ejército Nacional y, como se señaló anteriormente (supra párr. 38), ejecutado momentos más tarde por sus captores, no siendo necesario, por ende, determinar si la víctima fue trasladada sin demora ante la autoridad judicial competente; si fue informada de los motivos de su detención; y mucho menos definir si el acto de detención fue irrazonable, imprevisible o carente de proporcionalidad. Evidentemente la detención del señor Escué Zapata constituyó un acto ilegal, no fue ordenada por autoridad competente y el fin de la misma no era ponerlo a disposición de un juez u otro funcionario autorizado por la ley, sino ejecutarlo, por lo que resulta también innecesario al Tribunal pronunciarse acerca de la denunciada arbitrariedad de tal medida. Es decir, su detención fue de carácter manifiestamente ilegal, contrario a los términos del artículo 7.1 y 7.2 de la Convención.

4.2.7. Corte Interamericana de Derechos Humanos, caso Valle Jaramillo y otros Vs. Colombia, sentencia de 27 de noviembre de 2008

Se trató del crimen del abogado Jesús María Valle Jaramillo, defensor de derechos humanos, quien había denunciado la responsabilidad del Estado colombiano en la Masacre de Ituango. Valle Jaramillo fue asesinado en Medellín el 27 de febrero de 1988 a manos de hombres armados, al parecer parte de grupos paramilitares.

En conclusión, de conformidad con el reconocimiento de responsabilidad efectuado en el presente caso, el Tribunal considera que el Estado no cumplió con su deber de adoptar las medidas necesarias y razonables con el fin de garantizar efectivamente el derecho a la libertad personal, integridad personal y vida del señor Jesús María Valle Jaramillo, quien se encontraba en un gra-

ve riesgo en razón de las denuncias públicas que realizaba como defensor de derechos humanos dentro del conflicto interno colombiano. La responsabilidad internacional por los hechos del presente caso es atribuible al Estado en la medida en que éste incumplió con su deber de prevención y de investigación, deberes ambos que derivan de los artículos 4, 5 y 7 de la Convención leídos conjuntamente con el artículo 1.1 de dicho instrumento, que obliga al Estado a garantizar el goce de los derechos.

Nuevamente, aunque este caso no se trató de una desaparición forzada, se evidenció una vulneración de la libertad, que las amenazas a la vida constituyen como mínimo un trato inhumano, que por tratarse de una persona que trabaja como defensor de los derechos humanos tiene una dimensión particular:

Además, la Corte observa que la muerte de un defensor de la calidad de Jesús María Valle Jaramillo podría tener un efecto amedrentador sobre otras defensoras y defensores, ya que el temor causado frente a tal hecho podría disminuir directamente las posibilidades de que tales personas ejerzan su derecho a defender los derechos humanos a través de la denuncia. Asimismo, el Tribunal reitera que las amenazas y los atentados a la integridad y a la vida de los defensores de derechos humanos y la impunidad de los responsables por estos hechos, son particularmente graves porque tienen un efecto no sólo individual, sino también colectivo, en la medida en que la sociedad se ve impedida de conocer la verdad sobre la situación de respeto o de violación de los derechos de las personas bajo la jurisdicción de un determinado Estado.

4.3. Conclusiones del periodo

Como se anunció al principio de este acápite, con la adopción de la Convención Internacional sobre la Desaparición Forzada, en diciembre de 2006 en Nueva York, se cual desarrollan a nivel internacional nuevas reflexiones sobre este crimen. Además, las decisiones de responsabilidad estatal por desaparición forzada

proferidas por la Corte Interamericana de Derechos Humanos en estos últimos han madurado la interpretación y alcance de la desaparición forzada a nivel regional.

Sin hacer aquí una reflexión sobre el contenido de la Convención Internacional sobre la Desaparición Forzada, como se hizo atrás, puede observarse que este instrumento internacional debe sumarse, integrarse y articularse con otros, como la Convención Interamericana y las legislaciones de cada uno de los países. En ese sentido, a partir de este instrumento internacional se crean para los Estados obligaciones que deben cumplir y desarrollar.

Particularmente, la Convención Internacional sobre la Desaparición Forzada plantea un punto de difícil articulación y es el reconocimiento del secuestro, arresto y retención ilegal como eventuales formas de desaparición forzada. Si bien esto puede ser positivo en la medida que muchos de estos delitos puede mutar hacia una verdadera desaparición forzada, también puede enervar nuevos sistemas de protección y responsabilidades para los Estados. Sin embargo, puede producir una pérdida de identidad del delito de desaparición forzada, como sucedió en Colombia en el primer periodo –arriba relatado-, lo cual ocasionó una invisibilidad generalizada de dicha situación y que se comprendiese todas las desapariciones forzadas, retenciones y detenciones a partir del secuestro y sus dinámicas. Con esa prevención, la Convención Internacional sobre la Desaparición Forzada sienta las bases para que a nivel de la ONU se hable un mismo lenguaje en el tema de la desaparición forzada.

También es importante tener en cuenta que dicha Convención desarrolla nuevos elementos, los cuales en consuno con la producción de la Corte Interamericana permiten profundizar sobre los crueles efectos de la desaparición forzada. En esa dinámica, tanto la una como la otra le han impreso vivo interés a temas como el derecho a la verdad de lo ocurrido con las víctimas de la desaparición forzada, las acciones efectivas para la búsqueda de los desaparecidos, el concepto de víctima –que ha pasado de ser el desaparecido para extenderse a sus familias, deudos y allegados-, la reparación económica y psicológica de las víctimas, las garantías de no repetición y re-victimización de las personas afectadas por este delito.

Finalmente, para el caso colombiano es importante destacar que estos instrumentos internacionales han sido piezas claves para la consolidación de un sistema propio dirigido a la eliminación y erradicación de la desaparición forzada en el país, que teniendo en cuenta las particularidades del conflicto interno armado se ha visto en la necesidad de ajustar y desarrollar nuevas estrategias para combatir, prevenir y castigar la desaparición forzada.

BIBLIOGRAFÍA

Arango Olaya, Mónica. El bloque de constitucionalidad en la jurisprudencia de la Corte constitucional Colombiana. *Precedente 2004*. Recuperado de <http://www.icesi.edu.co/contenido/pdfs/C1C-marango-bloque.pdf>)

Blair Trujillo, Elsa. (2005). *Las Fuerzas Armadas. Una mirada civil*. Bogotá: CINEP.

Caballero, César. (Abril, 2009). Víctimas o victimarios, una hipótesis sobre las cifras de secuestro. *Razón Pública*. Recuperado de <http://www.razonpublica.com/index.php/conflicto-drogas-y-paz-temas-30/522-victimas-o-victimarios-una-hipotesis-sobre-las-cifras-de-secuestro-.html>).

Castillo Daudí, Mireya. (2da ed.). (2006). *Curso de Derecho Internacional de los Derechos Humanos*. Madrid: Edit. Tirant lo Blanch.

Carrillo Salcedo, Juan Antonio. (1999). *Dignidad frente a barbarie: la Declaración Universal de Derechos Humanos, cincuenta años después*. Madrid: Edit. Trotta.

Carta de Bogotá. Reunión en la Ciudad de Bogotá, Colombia, 30 de marzo al 2 de mayo de 1948.

Código Penal colombiano (artículos 31, 174, 103, 454-B).

Comisión de Búsqueda de Personas Desaparecidas. (2010). *Informe Instrumentos de lucha contra la desaparición forzada*. Bogotá.

Comisión Interamericana de Derechos Humanos. (1993). *Informe de Derechos Humanos Colombia*.

Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales. (1995). Quinto periodo de sesiones.

Comité para la eliminación de la discriminación contra la mujer. Recuperado de <http://www.cinu.org.mx/temas/mujer/cedaw.htm>

Corte Interamericana de Derechos Humanos, sentencia 19 Comerciantes Vs. Colombia.

Corte Constitucional. Sentencia C- 317 de 2002. Magistrado ponente: Clara Inés Vargas Hernández; Sentencia C-620 de 2011. Magistrado ponente: Juan Carlos Henao Pérez; Sentencia C-317 de 2002; Sentencia C-317 de 2002; Sentencia C-551 de 2001; Sentencia C-368 de 2000; Sentencia C- 394 del 2007; Sentencia C-580 de 2002. Magistrado ponente: Rodrigo Escobar Gil; Sentencia C-611 de 2011; Sentencia C-580 de 2002; Sentencia C-317 de 2002; Sentencia C – 400 de 2003. Magistrado ponente: Jaime Córdoba Triviño; Sentencia C-038 de 1995; Sentencia C-225 de 1995. Magistrado ponente: Alejandro Martínez Caballero; Sentencia C-191 de 1998. Magistrado ponente: Eduardo Cifuentes Muñoz; Sentencia C-682/09. Magistrado ponente: Gabriel Eduardo Mendoza Martello; Sentencia C-580 de 2002. Magistrado ponente: Rodrigo Escobar Gil; Sentencia C- 563 de 1993. Magistrado ponente: Hernando Herrera Vergara.

Corte Suprema de Justicia (Sala de Casación Penal. Radicado 21629 del 15 de junio de 2005; Sala de Casación Penal. Radicado 33039. Magistrado ponente: José Leonidas Bustos Martínez, Bogotá, 16 de diciembre de 2010; Sala Plena, agosto 13 de 1970. Magistrado ponente: Luis Sarmiento Buitrago; Sala de Casación Penal. Radicado 36163 del 30 de mayo del 2012 contra Ramón María Isaza y otros; Sala de Casación Penal. Radicado 36006; Sala

de Casación Penal. Radicado 36399 del 27 de junio del 2012; Sala de Casación Penal, Radicado 32672 del 3 de diciembre del 2009; Sala de Casación Penal, Radicado 32022, auto de 21 de septiembre de 2009, Radicado 32680, 11 de noviembre de 2009, Radicado 36163, auto de 30 de mayo de 2011; Sala de Casación Penal, Radicado 36563, auto de 3 de agosto de 2011; Sala de Casación Penal, Radicado 28935, auto de 1 de julio de 2009; Sala de Casación Penal, Radicado 36399).

Diario Oficial. Decreto legislativo 1923 de 1978.

----- Decreto 1288 de 1965, “por el cual se declara turbado el orden público y en estado de sitio todo el territorio nacional”.

----- Decreto legislativo 3398 de 1965, “por el cual se organiza la defensa nacional”.

----- Decreto 864 de 1998.

----- Decreto 1461 agosto de 1996.

El Tiempo. (22 de febrero de 1989). ¿Qué hacer con el paramilitarismo? La matanza de la comisión Judicial es un crimen contra el Estado y un desafío frontal contra el Gobierno. El León salió de la jaula”. Enrique Santos Calderón.

----- (23 de enero 1989). Con una justicia fuerte se combata la violencia.

----- (20 de abril de 1989). Guerra contra los paramilitares. El presidente Barco anunció severo plan contra el narcoterrorismo.

----- (8 de agosto de 1990). La paz del país es mi reto histórico.

----- (1 de septiembre de 1990). Secuestrados 63 miembros de las Fuerzas Armadas en ocho meses. Recuperado de <http://www.eltiempo.com/archivo/documento/MAM-47524>).

----- (21 de mayo de 1991). La cronología del múltiple secuestro.

----- (11 de julio de 2011). En el 200 aumentaron las desapariciones en el país.

----- (24 de octubre de 2000). Llamado de atención de Kompas.

----- (25 de agosto de 1998). Tormenta en las fuerzas militares.

Estatuto de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos, expedido el 25 de mayo de 1960.

Faúndez Ledesma, Héctor. (3ra. ed) (2004). *El Sistema Interamericano de Protección de los Derechos Humanos. Aspectos institucionales y procesales*. San José de Costa Rica: Instituto Interamericano de Derechos Humanos (IIDH). Recuperado de http://www.iidh.ed.cr/BibliotecaWeb/Varios/Documentos/BD_125911109/SI_proteccion_ddhh_3e.pdf)

Ferrajoli, Luigi. (1995). *Derecho y Razón. Teoría del garantismo penal*. Madrid: Editorial Trotta S.A.

Gaceta del Congreso. (8 de agosto de 1990).

----- (30 de septiembre de 1992).

----- (22 de julio de 1998).

----- (23 de marzo de 2000).

----- (17 de marzo de 2000).

Grupo de Memoria Histórica. (1ª ed.) (2010). *La Rochela: Memoria de un Crimen contra la Justicia*. Bogotá.

Guía interinstitucional del proceso de búsqueda de víctimas de desaparición forzada e identificación de cadáveres para servidores públicos. Recuperado de www.profis.com.co

Gutiérrez Beltrán, Andrés Mauricio. (2007). *El Bloque de Constitucionalidad. Conceptos y fundamentos*. Bogotá: Universidad Externado de Colombia, Colección de Tesis de Grado No. 48.

Informe del Grupo de Trabajo sobre Desapariciones Forzadas o Involuntarias de la visita realizada a Colombia en 1988 E/CN.4/1989/18/Add.1

Informe de Instrumentos de Lucha contra la Desaparición Forzada de la Comisión Nacional de Búsqueda de Personas Desaparecidas, 2010.

Iturralde, Manuel. (Junio de 2003, No. 15). Guerra y derecho en Colombia: el decisionismo político y los estados de excepción como respuesta a la crisis de la democracia. *Revista de Estudios Sociales*. Universidad de los Andes.

Ley 49 del 4 junio de 1985, “por la cual se concede una autorización al Presidente de la República, se regula el ejercicio de la facultad de conceder indultos y se dictan otras disposiciones”.

Ley 589 de 2000, “por medio de la cual se tipifica el genocidio, la desaparición forzada, el desplazamiento forzado y la tortura; y se dictan otras disposiciones”, publicada en el *Diario Oficial* No. 44.073, el 7 de julio de 2000.

McSherry, J. Patrice. (2009). *Los Estados depredadores: la Operación Cóndor y la guerra encubierta en América Latina*. Santiago de Chile: Editorial LOM.

Naciones Unidas. Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos. Resolución 2200 A (XXI) de la Asamblea General, aprobada el 16 de diciembre de 1966.

Naciones Unidas. Comité de Derechos Humanos. Comunicación No. 45/1979. Recuperado de <http://www.hchr.org.co/documentoseinformes/documentos/html/informes/onu/cdedh/CCPR%20Observaciones%20a%20comunicacion%2045-79.html>)

Naciones Unidas, Informe de la visita realizada a Colombia por dos miembros del Grupo de Trabajo sobre Desapariciones Forzadas o Involuntarias (24 de octubre a 2 de noviembre de 1988). E/CN.4/1989/18/Add.1. Recuperado de <http://daccess-ddsy.un.org/doc/UNDOC/GEN/G89/103/87/PDF/G8910387.pdf?OpenElement>)

Nash Rojas, Claudio y Medina Quiroga, Cecilia. (1ª ed.) (2007). *Sistema interamericano de derechos humanos: Introducción a sus mecanismos de protección*. Santiago de Chile: Edit. Universidad de Chile, Facultad de Derechos, Centro de Derechos Humanos.

Nina, Andrés. (Noviembre-Diciembre de 1979, No. 27). La doctrina de seguridad nacional y la integración latinoamericana. *Revista Nueva Sociedad*. Recuperado de <http://biblioteca.ues.edu.sv/revistas/10701613N27-3>

Observatorio de la Violencia, Oficina del Alto Comisionado para la Paz, 1998.

Pacto de San José de Costa Rica o Convención Americana de Derechos Humanos, 21 de noviembre de 1969.

Revista Alternativa (marzo 15 – abril 15 de 1997, edición No.8)

Revista Credencial Historia. (Junio de 2003, edición 162). La revocatoria del Congreso de 1991. La Transición se salvó con un “Congresito” de 36 miembros.

Semana (30 de agosto de 1982). Fallo sobre una masacre. La ONU se pronunció sobre el asesinato de 7 personas en el barrio “Contador”. Recuperado de <http://www.semana.com/nacion/fallo-sobre-masacre/64048-3.aspx>)

Recopilación de Observaciones Generales del Comité de Derechos Humanos de la ONU. Recuperado de <http://www.derechos.org/nizkor/ley/doc/obgen2.html#indole>)

Sesenta aniversario de la Declaración Universal de Derechos Humanos. Recuperado de <http://www.un.org/spanish/events/humanrights/2008/declaration.shtml>)

Sousa Santos, Boaventura de y García Villegas, Mauricio. (2001). *El caleidoscopio de las justicias en Colombia: Análisis socio jurídico*. Bogotá: Siglo del Hombre Editores y Universidad de los Andes.

Uprimny, Rodrigo. (2005). *El Bloque de Constitucionalidad en Colombia. Un análisis jurisprudencial y un ensayo de sistematización doctrinal*. Recuperado de http://www.dejusticia.org/index.php?modo=interna&tema=sistema_judicial&publicacion=72)

Uprimny, Rodrigo. (18 de abril de 2011). El abuso de los estados de excepción. *El Espectador*.

Uprimny, Rodrigo; Rodríguez, César y García Villegas, Mauricio. (2001). *Entre el protagonismo y la rutina: Análisis socio jurídico de la Justicia en Colombia*.

Velázquez Rivera, Edgar de Jesús. (Enero – Abril, año 9 No. 27). Historia de la doctrina de la Seguridad Nacional. *Revista de Ciencias Sociales Convergencia*. Universidad Autónoma de México. Facultad de Ciencias Políticas y Administración Pública. Toluca. Recuperado de <http://redalyc.uaemex.mx/redalyc/pdf/105/10502701.pdf>)

Villán Durán, Carlos. (2002). *Curso de derecho internacional de los derechos humanos*. Madrid: Edit. Trotta.

ANEXOS

ANEXO No.1

RELACIÓN ENTRE LA DESAPARICIÓN FORZADA Y LA EJECUCIÓN EXTRAJUDICIAL

- 1. ¿En qué sistemas normativos está tipificada la ejecución extrajudicial, en el derecho internacional de los derechos humanos, en otros sistemas normativos? ¿Cómo funciona en la Comisión de derechos humanos de la ONU, en el sistema interamericano de derechos humanos, en el Estatuto de Roma?**

En el derecho penal internacional, desde el Estatuto de Núremberg, se estableció una clasificación tripartita de los crímenes internacionales en crímenes contra la paz, crímenes de guerra y crímenes contra la humanidad. Dentro de esta última categoría de crímenes contra la humanidad están comprendidas las conductas que suponen vulneraciones graves al mínimo de dignidad de las personas, a saber:

- La esclavitud
- El *apartheid* como crimen internacional de Estado
- La desaparición forzada e involuntaria de personas
- La tortura
- Las ejecuciones sumarias y arbitrarias o extrajudiciales

En aras de la claridad conceptual, es necesario precisar que el término genérico utilizado es “ejecución extralegal”, el cual incluye tanto las ejecuciones “extrajudiciales” o por fuera de cualquier procedimiento judicial, como las ejecuciones “sumarias”, en las que existe un tribunal que dicta la sentencia de muerte bajo una apariencia de legitimidad pero con vulneración de las garantías procesales mínimas.

En otras palabras, la “ejecución extralegal” es una categoría que abarca

todos aquellos asesinatos producidos directamente o a través de terceros, por autoridades del Estado, así como las muertes a consecuencia de una sentencia emitida por un tribunal, violando las garantías sustantivas y procesales mínimas reconocidas tanto por la mayoría de los ordenamientos jurídicos internos como por los instrumentos internacionales de derechos humanos¹⁷⁰.

Ambas conductas son tratadas uniformemente por la legislación internacional en virtud de que vulneran los dos mismos bienes jurídicos tutelados: la vida y la confianza de los ciudadanos frente al deber de protección del Estado.

La ejecución extrajudicial no se encuentra tipificada como conducta autónoma internacional bajo ese *nomen juris* en los instrumentos jurídicos y tratados. Esto se debe a que su sanción se entiende materializada con las penas establecidas para el homicidio o asesinato bajo las modalidades de “crimen contra la humanidad” y de “lesa humanidad”. Así las cosas, el Estatuto para la Creación del Tribunal de la ex-Yugoslavia, en su artículo 5, establece que debe considerarse “crimen contra la humanidad” cuando se ha cometido en el desarrollo de un conflicto armado internacional o interno, dirigido contra cualquier población civil, el “a) asesinato”. Igual ocurre con el artículo 3 del Estatuto para la Creación de un Tribunal Penal para Ruanda:

170 Jones Aguilar, Mayra Roxanda. (2005). *El delito de ejecución extrajudicial: análisis crítico de su tipificación y la necesidad de su reforma*. Tesis, Universidad de San Carlos de Guatemala, p. 12-13.

Artículo 3. Crímenes contra la humanidad. El Tribunal Internacional para Ruanda está habilitado para juzgar a los presuntos responsables de los siguientes crímenes cuando éstos han sido cometidos en el curso de un ataque generalizado y sistemático, y dirigidos contra cualquier población civil en razón de su nacionalidad o pertenencia a un grupo político, étnico, racial o religioso:

a) Asesinato.

Por su parte, el Estatuto de Roma catalogó en el artículo 7 como crimen de “lesa humanidad” de competencia de la Corte Penal Internacional el “asesinato”. Esto bajo el entendido de que se considera crimen de lesa humanidad cualquiera de los enlistados “cuando éstos han sido cometidos en el curso de un ataque generalizado y sistemático, y dirigidos contra cualquier población civil en razón de su nacionalidad o pertenencia a un grupo político, étnico, racial o religioso”.

En el Preámbulo de la *Declaración sobre la Protección de todas las Personas contra las Desapariciones Forzadas*, aprobada por la Asamblea General de la ONU en su resolución 47/133 de 18 de diciembre 1992, se lee:

Afirmando que para impedir las desapariciones forzadas es necesario asegurar el estricto respeto del Conjunto de Principios para la protección de todas las personas sometidas a cualquier forma de detención o prisión, que figuran en el anexo de su resolución 43/173, del 9 de diciembre de 1988, así como de los Principios relativos a una eficaz prevención e investigación de las ejecuciones extrajudiciales, arbitrarias o sumarias, formulados por el Consejo Económico y Social en el anexo de su resolución 1989/65, de 24 de mayo de 1989, y aprobados por la Asamblea General en su resolución 44/162, de 15 de diciembre de 1989.

El punto de referencia en Derecho Internacional para precisar el concepto de *Ejecución Extrajudicial* es la definición dada en 1980 por el Sexto Congreso de la ONU sobre Prevención del Delito y Tratamiento del Delincuente: “La práctica de asesinatos, y ejecuciones de opositores políticos o presuntos delincuentes, por Fuerzas Armadas, instituciones encargadas de la aplicación de la ley u

otros órganos gubernamentales o grupos paramilitares políticos, que actúan con el apoyo tácito o de otra índole, de tales fuerzas u organizaciones”¹⁷¹.

En definitiva, la legislación penal internacional no establece una tipificación autónoma del delito de “ejecución extrajudicial”, porque lo entiende cubierto por el tipo de *asesinato* u homicidio por parte de agentes estatales de persona protegida por el Derecho Internacional de los Derechos Humanos (DIDH) y el Derecho Internacional Humanitario (DIH). Desde esta perspectiva se comprende que el tipo no se encuentre tipificado autónomamente en la mayoría de países. Sin embargo, algunos, como por ejemplo Guatemala, lo han tipificado autónomamente (artículo 132 Bis del Código Penal), sancionándolo incluso con pena de muerte en caso de que se cometa en menor de 12 años o mayor de 60.

2. ¿En Colombia ha habido intentos y debates para tipificarla y quiénes han estado de un lado o del otro?

No se conocen iniciativas legislativas nacionales para tipificar autónomamente las “ejecuciones extrajudiciales”. La reforma constitucional al fuero militar aprobada mediante el Acto Legislativo 2 de 2012 (promulgada el 27 de diciembre de 2012), aunque atribuyó a la justicia penal militar la competencia frente a las infracciones al DIH de los aforados, excluyó de plano de su conocimiento los crímenes de lesa humanidad, el genocidio, la desaparición forzada, la violencia sexual, la tortura, el desplazamiento forzado y la ejecución extrajudicial. Sin embargo, del catálogo de conductas excluidas dos no se encuentran tipificadas autónomamente en el ordenamiento penal nacional: los *crímenes de lesa humanidad* y las *ejecuciones extrajudiciales*. Por esta razón, mientras la legislación nacional no tipifique las ejecuciones extrajudiciales, estas conductas se juzgan bajo los tipos penales de: “homicidio agravado”, caso en el cual la pena es de 400 a 600 meses de prisión; o de “homicidio

171 Resolución 5 sobre ejecuciones extrajudiciales, Cap. I Sec. B, *Sexto Congreso de las Naciones Unidas para la prevención del Delito y Tratamiento del Delincuente*. Caracas, 1981.

en persona protegida”, cuando se cumplan los requisitos de este tipo específico, a saber: que se cometa “con ocasión y en desarrollo de conflicto armado” sobre las personas consideradas protegidas, en especial la población civil, caso en el cual la pena aplicable es de 400 a 680 meses de prisión.

Delitos excluidos por el Acto Legislativo 2 de 2012 del conocimiento de la justicia penal militar¹⁷²:

Delito	Norma del Código Penal (L. 599/00)
Crímenes de lesa humanidad	No está tipificado como tal.
Genocidio	Artículo 101.
Desaparición forzada	Artículo 165.
Ejecución extrajudicial	No está tipificado como tal. Se debate entre homicidio en persona protegida y homicidio agravado.
Violencia sexual	Artículos 138 al 141 (Delitos contra personas protegidas por el DIH). Artículos 205 al 219 (Delitos contra la libertad, integridad y formación sexuales).
Tortura	Artículo 137 (Tortura en persona protegida). Artículo 178 (Tortura).
Desplazamiento forzado	Artículo 159 (Deportación, expulsión, traslado o desplazamiento forzado de población civil). Artículo 180 (Desplazamiento forzado).

3. ¿El «homicidio agravado» y el sujeto pasivo calificado «sobre persona protegida en el conflicto armado» en la práctica sirven a la misma función que la figura «ejecución

172 Ámbito Jurídico. (30 de enero de 2013). Fuero penal militar: ¿una reforma constitucional necesaria? Recuperado de [http://www.ambitojuridico.com/BancoConocimiento/N/noti-130130-14\(fuero_penal_militar_una_reforma_constitucional_necesaria\)/noti-130130-14\(fuero_penal_militar_una_reforma_constitucional_necesaria\).asp?Miga=1&CodSeccion=97](http://www.ambitojuridico.com/BancoConocimiento/N/noti-130130-14(fuero_penal_militar_una_reforma_constitucional_necesaria)/noti-130130-14(fuero_penal_militar_una_reforma_constitucional_necesaria).asp?Miga=1&CodSeccion=97)

extrajudicial»? ¿Hay relaciones de lo uno o lo otro con la calificación de «lesa humanidad» y la consiguiente imprescriptibilidad?

La respuesta es sí (*ver supra*), en caso de que la ejecución extrajudicial pueda enmarcarse bajo la condición de que se cometió “con ocasión y en desarrollo de conflicto armado”. Desde esta perspectiva, la tipificación autónoma del delito de ejecución extrajudicial serviría a dos fines: agravar la pena, en especial con respecto al homicidio agravado (donde oscila entre 400 y 600 meses de prisión), en virtud de que el bien jurídico protegido, además de la vida, es la confianza del ciudadano en el deber de protección del Estado; y, de otro lado, con respecto al homicidio en persona protegida, cubrir hipótesis de “falsos positivos” que no fueron cometidos “con ocasión y en desarrollo de conflicto armado”, sino en forma aislada.

Con respecto a los delitos de “lesa humanidad”, se trata de una calificación del derecho internacional establecida en el Estatuto de Roma, que les otorga a ciertos delitos el carácter de imprescriptibles cuando se cometen “como parte de un ataque generalizado o sistemático contra una población civil y con conocimiento de dicho ataque”. Sin embargo, para estos delitos la acción penal se torna imprescriptible solo respecto de la actividad de la Corte Penal Internacional, en concordancia con lo establecido por la Corte Constitucional en Sentencia C-578 de 2002; no así del Estado colombiano, donde en virtud del artículo 29 de la Constitución no existen las penas imprescriptibles. Al respecto resulta clarificador la reflexión del abogado Yesid Reyes Alvarado:

Como el Estatuto de Roma se refirió de manera expresa a la imprescriptibilidad de las acciones penales respecto de los delitos de su competencia, en la Sentencia C-578 de 2002 la Corte Constitucional se ocupó de analizar la aparente contradicción existente entre esta normatividad internacional y nuestra Constitución Política. La conclusión a la que llegó fue la de que las investigaciones penales que deban ser adelantadas por la justicia colombiana están regidas por los términos de prescripción con-

sagrados en las normas internas, de tal forma que, superados los mismos, nuestras autoridades judiciales no pueden prolongar los procesos, ni siquiera tratándose de los delitos a que se refiere el Estatuto de Roma.

Sin embargo, precisó la Corte Constitucional, si por esos mismos hechos adquiriera competencia la Corte Penal Internacional, entonces respecto de esa autoridad supranacional la acción penal sería imprescriptible, pese a que a la luz del derecho colombiano la misma no pudiera proseguirse. En otras palabras, la investigación de unos mismos hechos está sometida en Colombia a las reglas generales de la prescripción, pero en cuanto su estudio sea competencia de la Corte Penal Internacional es considerada imprescriptible.

En términos prácticos esto significa que crímenes como el de Luis Carlos Galán están prescritos frente a la normatividad penal colombiana, pero pueden ser investigados por la Corte Penal Internacional con absoluta independencia del tiempo que haya transcurrido desde su comisión, siempre y cuando se demuestre previamente que las autoridades judiciales de nuestro país no estuvieron dispuestas a investigar el hecho o no fueron capaces de hacerlo¹⁷³.

4. ¿Cómo se relaciona esto específicamente en Colombia con el tema de los llamados «falsos positivos» (Casos contenidos en el Informe del asistente Iván Torres y de Alejandro Mambo de la Comisión Colombiana de Juristas)?

En definitiva, con respecto a las ejecuciones extrajudiciales o “falsos positivos” cometidos en Colombia por agentes estatales, sea que se judicialicen bajo la figura del homicidio agravado o del homicidio en persona protegida, en ningún caso la acción penal ni

173 Reyes, Yesid. (Septiembre 17 de 2009). La prescripción en los delitos de lesa humanidad. *El Espectador*. Recuperado de <http://www.elespectador.com/columna161996-prescripcion-los-crimenes-de-lesa-humanidad>

la pena resultan imprescriptibles. La acción penal solo resultaría imprescriptible cuando estas conductas puedan enmarcarse en la modalidad de *delito de lesa humanidad* y la Corte Penal Internacional decida intervenir porque el Estado colombiano se mostró reticente a su juzgamiento.

ANEXO No. 2

LA DESAPARICIÓN FORZADA COMO CRIMEN DE LESA HUMANIDAD

Crímenes de lesa humanidad: antecedentes

Como se ha indicado, la caracterización de la desaparición forzada como crimen internacional, parte de la aceptación universal de la gravedad extrema de este fenómeno y su tipificación como “crimen de lesa humanidad”, lo que deriva en su condición de delito imprescriptible y no sujeto a amnistías o indultos. Sin embargo, en el ordenamiento interno colombiano, aunque se reconoce tal calidad para éste y otros hechos punibles, sólo se hace expresa referencia en la normatividad penal al Genocidio (artículos 101 y 102 del Código Penal) y a un catálogo de delitos relacionados con las infracciones graves contra las personas y los bienes protegidos por el Derecho Internacional Humanitario (Libro 2º, Título II, Capítulo único, artículos. 135 a 164 de la ley 599 de 2000). Es así como en la aprobación del proyecto de ley No. 40 de 1998, que se convirtió en el Código Penal, no se incluyó ningún tipo penal que definiera el delito de lesa humanidad, aunque se incorporaron conductas que se consideraban de esta naturaleza, como la desaparición forzada.

Esta omisión no significa que el tema no hubiera sido tratado anteriormente con la idea de definir en el ordenamiento interno esta categoría delictiva. Prueba de ello es la discusión de la ponencia del proyecto de ley 20 de 1998, en la que se expuso:

1. Delitos de Lesa Humanidad. Consideramos nuestro deber para con las personas que quieran conocer el espíritu del presente proyecto, hacer una presentación de lo que debe entenderse como Lesa Humanidad, para que así no se preste a equívocos comportamientos como Desaparición Forzada, Secuestro y privación ilegal de la libertad. Los delitos de Lesa Humanidad, con su ejecución no sólo vulneran los bienes jurídicos de las víctimas, sino que afectan a todo el género humano en su conjunto, por desconocer el respeto universal de los derechos hu-

manos. Se les da tal nombre porque agravian, lastiman y ofenden a la universalidad de los hombres. Se caracterizan porque ofenden la conciencia ética de la humanidad y niega la vigencia de las normas indispensables para la coexistencia humana. Los delitos de Lesa Humanidad no son tales por violar normas positiva de un Estado, o derechos adquiridos de personas, grupos o instituciones, ni porque así lo califique determinado Código Penal, sino porque constituyen afrentas a la dignidad humana, y en cuanto tales, hieren y ofenden la humanidad como humanidad.

Lo cierto es que en correspondencia con estas categorías delictuales internacionales no hay una concreta definición de índole penal que se refiera a los crímenes de lesa humanidad ni al de agresión:

Los delitos de lesa humanidad. El análisis de esta categoría delictual, comienza por precisar que el ordenamiento colombiano no establece qué es un crimen de lesa humanidad, ni define el contexto en el que deben ejecutarse las conductas para que así sean tipificados. A efectos de contribuir a su ubicación, dentro de su género próximo, se puede decir que dicha categoría delictiva hace parte de lo que se conoce como crímenes internacionales, dentro de los cuales se identifican: los crímenes de agresión, el genocidio, los delitos de lesa humanidad, y las infracciones graves contra las normas de la guerra.

Esta realidad nacional conlleva a que la determinación del contenido de estas modalidades delictivas se haga a través del desarrollo internacional que sobre los mismos se ha dado, en el entendido que su calidad de norma *ius cogens* permite que las conductas que cumplan los presupuestos exigidos sean consideradas como delitos de lesa humanidad aun cuando no estén consideradas como tales en el ordenamiento interno. Además, a pesar de la ausencia de una concreta consagración jurídica penal, en el ámbito doméstico existen cláusulas de reenvío a la legislación internacional sobre el tema, así como referencias claras de éstas como categorías relevantes. A manera de ejemplo, está la prohibición de aplicar la

figura del principio de oportunidad en los casos relacionados con investigaciones o juzgamientos por esta clase de crímenes internacionales (Ley 906 de 2004 y ley 1098 de 2006); elemento para la calificación de faltas disciplinarias en varios regímenes sancionatorios (Ley 1475 de 2011), causal de inhabilidad para contratar (Ley 1474 de 2011); restricción para la concesión de beneficios jurídicos y los socioeconómicos que en el marco del proceso de reintegración (Ley 418 de 1997, Ley 548 de 1999, Ley 782 de 2002, Ley 1106 de 2006, Ley 1421 de 2010); y, entre otros, elemento excluyente para el ejercicio la jurisdicción militar por no corresponder a los delitos relacionados con el servicio (Ley 1407 de 2010).

Los crímenes de lesa humanidad implican la existencia de graves infracciones al Derecho Internacional de los Derechos Humanos y, específicamente, a la comisión de conductas que no sólo generan daño a la persona, grupo de personas o colectivos contra quienes se ejecutan directamente estos ataques, sino que, además, ofenden con ello a la humanidad en general, en tanto que la magnitud del detrimento causado es de tal naturaleza que socava la dignidad humana de las víctimas directas y, por representación, la de la humanidad, al tiempo que crea un riesgo para la conservación de la paz y seguridad internacional, con lo cual tales conductas se convierten en el límite soportable para el ser humano:

Los crímenes contra la humanidad son actos graves de violencia que dañan a los seres humanos al atacar lo que les es más esencial: su vida, su libertad, su bienestar físico, salud y/o dignidad. Son actos inhumanos que por su extensión y gravedad sobrepasan los límites tolerables por la comunidad internacional, la cual debe forzosamente exigir su castigo. Pero los crímenes contra la humanidad también trascienden lo individual, puesto que cuando lo individual es violado, la humanidad viene a ser objeto de ataque y es negada. De allí el concepto de la humanidad como víctima que caracteriza de manera esencial los crímenes contra la humanidad.

En lo que toca con el término de crímenes de lesa humanidad, se tiene como referencia del uso no oficial del mismo —en la declaración de mayo 28 del año 1915— en la denuncia que las

potencias de Francia, Gran Bretaña y Rusia hicieron respecto de las masacres a los armenios por parte del Imperio Otomano, las cuales fueron considerados como “crímenes de lesa humanidad y civilización por lo que todos los miembros del Gobierno Turco serán hallados responsables junto con sus agentes implicados en las masacres”.

Además, en 1919, el informe de la comisión de representantes de los Estados que fue expuesto ante la conferencia de París, cuyo objetivo era establecer la responsabilidad de criminales de guerra y la ejecución de las penas, se hizo alusión al término como “*infracciones (...) a las leyes de la humanidad*”. No obstante, existe consenso en atribuir el surgimiento de tal categoría con ocasión del final de la segunda guerra mundial, específicamente cuando se inicia el juzgamiento por las execrables conductas cometidas por el régimen Nazi en la Europa ocupada y se establece el Tribunal Militar Internacional de Núremberg, para lo cual se redacta la Carta del Tribunal de Núremberg en 1945, en el que se incluía el Acuerdo de Londres y como anexo el Estatuto por medio del cual se regiría el nuevo tribunal. En este texto, que sirvió como instrumento normativo procesal y sustantivo, se procedió a definir los crímenes por los cuales se seguiría la causa contra los altos oficiales Nazis de la siguiente forma:

Artículo 6

El Tribunal establecido por el Acuerdo aludido en el artículo 1 del presente para el enjuiciamiento y condena de los principales criminales de guerra del Eje Europeo estará facultado para juzgar y condenar a aquellas personas que, actuando en defensa de los intereses de los países del Eje Europeo, cometieron los delitos que constan a continuación, ya fuera individualmente o como miembros de organizaciones:

Cualesquiera de los actos que constan a continuación son crímenes que recaen bajo la competencia del Tribunal respecto de los cuales habrá responsabilidad personal:

(..)

(c) **CRIMENES CONTRA LA HUMANIDAD:** A saber, el asesinato, la exterminación, esclavización, deportación y otros actos inhumanos cometidos contra población civil antes de la guerra o durante la misma; la persecución por motivos políticos, raciales o religiosos en ejecución de aquellos crímenes que sean competencia del Tribunal o en relación con los mismos, constituyan o no una vulneración de la legislación interna de país donde se perpetraron.

Aquellos que lideren, organicen, inciten a la formulación de un plan común o conspiración para la ejecución de los delitos anteriormente mencionados, así como los cómplices que participen en dicha formulación o ejecución, serán responsables de todos los actos realizados por las personas que sea en ejecución de dicho plan.

De la misma manera está la definición de crímenes de lesa humanidad en la Ley 10 del Consejo de Administración para Alemania:

c) Crímenes contra la humanidad: atrocidades y delitos cometidos los cuales comprenden, sin que la lista sea exhaustiva, el asesinato, el exterminio, la servidumbre, la deportación, el encarcelamiento, la tortura, la violación o cualquier otro acto inhumano cometido contra la población civil, y las persecuciones por motivos de orden político, racial o religioso, así dichos crímenes hayan constituido o no violaciones de la ley nacional del país donde fueron perpetradas.

A partir de ello, la evolución de este concepto ha sido cambiante y eminentemente consuetudinario, dado la identificación de una serie de conductas atroces que generan desaprobación por el derecho internacional y que comparten como rasgo característico el haber sido cometidas por agentes estatales o no, de manera masiva, a gran escala, sistemática y generalizada contra miembros de la población civil por motivos de diversa naturaleza (políticos, raciales, religiosos, etc.). Tal condición es atribuida paulatinamente a una serie de atentados que, cometidos bajo los requisitos previs-

tos para ello, fueron incorporando un listado cada vez más amplio de crímenes calificados como de lesa humanidad y reconocidos a través de la práctica jurídica interna e internacional, los tratados internacionales y en diversos instrumentos internacionales como la Convención sobre la Imprescriptibilidad de los Crímenes de Guerra y de los Crímenes de Lesa Humanidad y los Estatutos para los Tribunales Internacionales Ad Hoc, como el Tribunal para Sierra Leona, Las Cámaras Extraordinarias de Camboya para la Ex – Yugoslavia y el de Ruanda.

Sin embargo, a partir de la redacción del Estatuto de Roma se concreta la codificación de las redacciones y tipificaciones que se hallaban dispersos en otros instrumentos internacionales. Así, en el artículo 7º del mencionado Estatuto, además de establecer un listado de las conductas a las que se les atribuye la condición de “crimen de lesa humanidad”, se define lo que se entiende por tal de manera específica y se atribuye a tales delitos una caracterización por la sistematicidad, generalidad y el conocimiento:

Artículo 7

Crímenes de lesa humanidad

1. A los efectos del presente Estatuto, se entenderá por “crimen de lesa humanidad” cualquiera de los actos siguientes cuando se cometa como parte de un ataque generalizado o sistemático contra una población civil y con conocimiento de dicho ataque:
 - a) Asesinato;
 - b) Exterminio;
 - c) Esclavitud;
 - d) Deportación o traslado forzoso de población;
 - e) Encarcelación u otra privación grave de la libertad física en violación de normas fundamentales de derecho internacional;
 - f) Tortura;

- g) Violación, esclavitud sexual, prostitución forzada, embarazo forzado, esterilización forzada o cualquier otra forma de violencia sexual de gravedad comparable;
 - h) Persecución de un grupo o colectividad con identidad propia fundada en motivos políticos, raciales, nacionales, étnicos, culturales, religiosos, de género definido en el párrafo 3, u otros motivos universalmente reconocidos como inaceptables con arreglo al derecho internacional, en conexión con cualquier acto mencionado en el presente párrafo o con cualquier crimen de la competencia de la Corte;
 - i) Desaparición forzada de personas;
 - j) El crimen de apartheid;
 - k) Otros actos inhumanos de carácter similar que causen intencionalmente grandes sufrimientos o atenten gravemente contra la integridad física o la salud mental o física.
2. A los efectos del párrafo 1:
- a) Por “ataque contra una población civil” se entenderá una línea de conducta que implique la comisión múltiple de actos mencionados en el párrafo 1 contra una población civil, de conformidad con la política de un Estado o de una organización de cometer ese ataque o para promover esa política;
 - b) El “exterminio” comprenderá la imposición intencional de condiciones de vida, entre otras, la privación del acceso a alimentos o medicinas, entre otras, encaminadas a causar la destrucción de parte de una población;
 - c) Por “esclavitud” se entenderá el ejercicio de los atributos del derecho de propiedad sobre una persona, o de algunos de ellos, incluido el ejercicio de esos atributos en el tráfico de personas, en particular mujeres y niños;
 - d) Por “deportación o traslado forzoso de población” se entenderá el desplazamiento forzoso de las personas afectadas,

por expulsión u otros actos coactivos, de la zona en que estén legítimamente presentes, sin motivos autorizados por el derecho internacional;

- e) Por “tortura” se entenderá causar intencionalmente dolor o sufrimientos graves, ya sean físicos o mentales, a una persona que el acusado tenga bajo su custodia o control; sin embargo, no se entenderá por tortura el dolor o los sufrimientos que se deriven únicamente de sanciones lícitas o que sean consecuencia normal o fortuita de ellas;
- f) Por “embarazo forzado” se entenderá el confinamiento ilícito de una mujer a la que se ha dejado embarazada por la fuerza, con la intención de modificar la composición étnica de una población o de cometer otras violaciones graves del derecho internacional. En modo alguno se entenderá que esta definición afecta a las normas de derecho interno relativas al embarazo;
- g) Por “persecución” se entenderá la privación intencional y grave de derechos fundamentales en contravención del derecho internacional en razón de la identidad del grupo o de la colectividad;
- h) Por “el crimen de apartheid” se entenderán los actos inhumanos de carácter similar a los mencionados en el párrafo 1 cometidos en el contexto de un régimen institucionalizado de opresión y dominación sistemáticas de un grupo racial sobre uno o más grupos raciales y con la intención de mantener ese régimen;
- i) Por “desaparición forzada de personas” se entenderá la aprehensión, la detención o el secuestro de personas por un Estado o una organización política, o con su autorización, apoyo o aquiescencia, seguido de la negativa a admitir tal privación de libertad o dar información sobre la suerte o el paradero de esas personas, con la intención de dejarlas fuera del amparo de la ley por un periodo prolongado.

3. A los efectos del presente Estatuto se entenderá que el término “género” se refiere a los dos sexos, masculino y femenino, en el contexto de la sociedad. El término “género” no tendrá más acepción que la que antecede¹⁷⁴.

En esta definición, al contrario de otros instrumentos, se amplía el listado de crímenes considerados como delitos de lesa humanidad a comportamientos como las ofensas sexuales, el apartheid y las desapariciones forzadas, y, además, se escinde la configuración de tales delitos del escenario de conflicto armado, como reiteradamente era reconocido por otros documentos internacionales. De este modo, esos ilícitos, a la luz del mencionado Estatuto, pueden ser cometidos tanto en tiempo de guerra internacional, en conflictos armados internos como en tiempo de paz —aunque en sus orígenes se hubieran perfilado como delitos referido al *ius ad bellum*— sin necesidad de ser ejecutados de manera conexa con otro crimen. Además, el Estatuto define lo que debe considerarse como “ataque contra una población civil”, “exterminio”, “esclavitud”, “deportación o traslado forzoso de población”, “tortura”, “embarazo forzado”, “persecución”, “crimen de apartheid” y “desaparición forzada de personas”, los cuales corresponden a términos usados en el listado que describen los crímenes de lesa humanidad (artículo 7.2).

Durante el examen de constitucionalidad que sobre la ley aprobatoria del Tratado, la Corte Constitucional, en la Sentencia C-578 de 2002, decretó exequible el Estatuto y la regulación y definición de los crímenes de lesa humanidad consagrados en él.

En la Sentencia C-578 de 2002 la Corte consideró que

las definiciones sobre crímenes de lesa humanidad que trae el Estatuto protegen la efectividad del derecho a la vida, la prohibición de torturas y desapariciones, la igualdad y la prohibición de la esclavitud. Igualmente, al dotar al sistema de protección de derechos humanos con una herramienta adicional para la lucha contra la impunidad en materia de graves violaciones a los de-

174 Recuperado de <http://www.hchr.org.co/>

rechos humanos, reiteran los compromisos de Colombia como parte del Pacto de Derechos Civiles y Políticos (Ley 74 de 1968), de la Convención Americana de Derechos Humanos (Ley 16 de 1972), de los Convenios de Ginebra de 1949 (Ley 6 de 1960) y sus Protocolos I y II de 1977 (Leyes 11 de 1992 y 171 de 1994), la Convención contra la Tortura y otros Tratos Crueles, Inhumanos o Degradantes (Ley 76 de 1986), la Convención sobre la Represión y Castigo del Apartheid (Ley 26 de 1987), y la Convención Internacional sobre la Eliminación de todas las Formas de Discriminación Racial (Ley 22 de 1981), entre otras¹⁷⁵.

Características y elementos de los crímenes de lesa humanidad

Los elementos especiales que revisten los crímenes de lesa humanidad permite distinguirlos de otras categorías de punibles. Tales componentes hacen referencia a i) el causar graves sufrimientos, atentar gravemente contra la integridad física, o la salud mental o física a través de un acto inhumano, ii) la suscripción de tales actos al marco de un ataque generalizado y sistemático, iii) dirigir los actos en contra de la población civil y iv) la comisión del acto por uno o varios motivos discriminatorios, de manera especial, por razones nacionales, políticas, étnicas, raciales o religiosos.

Así se ha reconocido por la jurisprudencia de tribunales penales internacionales, como por ejemplo el fallo del caso Kunarac y otros de la Sala de Apelaciones del Tribunal Penal Internacional para la ex Yugoslavia (12 de junio de 2002), en el cual se consideraron como elementos contextuales de los crímenes de lesa humanidad: “a) Que hubiera tenido lugar un “ataque”; b) Que el ataque estuviera dirigido contra cualquier población civil; c) Que el ataque hubiera sido generalizado o sistemático; d) Que el autor tuviera conocimiento del ataque”.

Estos requisitos han sido acogidos en la jurisprudencia colombiana por la Sala de Casación Penal de la Corte Suprema de Justicia. En decisiones del 13 de mayo del 2010, dentro del radicado

175 Corte Constitucional de Colombia Sentencia C-578 de 2002

33118, y del 22 de septiembre del 2009, radicado 30380, Magistrado ponente María del Rosario González, la sala advirtió que, conforme al Estatuto de la Corte Penal Internacional, las características de los crímenes de lesa humanidad se refieren a que:

- a) no puede tratarse de un acto aislado o esporádico de violencia, sino que debe hacer parte de un ataque generalizado, lo que quiere decir que está dirigido contra una multitud de personas;
- b) es sistemático, porque se inscribe en un plan criminal cuidadosamente orquestado, que pone en marcha medios tanto públicos como privados, sin que, necesariamente, se trate de la ejecución de una política de Estado;
- c) las conductas deben implicar la comisión de actos inhumanos, de acuerdo con la lista que provee el mismo Estatuto;
- d) el ataque debe ser dirigido exclusivamente contra la población civil;
- e) el acto debe tener un móvil discriminatorio, bien que se trate de motivos políticos, ideológicos, religiosos, étnicos o nacionales;
- f) Son crímenes imprescriptibles;
- g) Son imputables al individuo que los comete, sea o no órgano o agente del Estado;
- h) Conforme a los principios reconocidos en el Estatuto del Tribunal de Nüremberg, toda persona que comete un acto de esta naturaleza «es responsable internacional del mismo y está sujeta a sanción»;
- i) Igualmente, el hecho de que el individuo haya actuado como jefe de Estado o como autoridad del Estado, no le exime de responsabilidad;
- j) Tampoco, puede ser eximido de responsabilidad penal por el hecho de haber actuado en cumplimiento de órdenes de un superior jerárquico: esto significa, que no se puede invocar el principio de la obediencia debida para eludir el castigo de estos crímenes;
- k) A las personas responsables o sospechosas de haber cometido un crimen contra la humanidad no se les puede otorgar asilo territorial ni se les puede conceder asilo¹⁷⁶.

La característica definitoria de los crímenes de lesa humanidad es la de ser un ataque generalizado o sistematizado, de suerte que

¹⁷⁶ Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Penal decisiones del 13 de mayo del 2010, dentro del radicado 33118, y del 22 de septiembre del 2009

no se requiere la concurrencia de los dos elementos para su configuración. En cuanto a lo primero, se trata de actos contrarios a la ley que usualmente implican violencia y que son llevados a cabo de manera frecuente, masiva y colectiva, con una gravedad considerable por ser dirigido contra una multiplicidad de víctimas (elemento cuantitativo). Por su parte, la sistematicidad está referida a la organización cuidadosa del acto conforme a un plan o política preconcebida (elemento cualitativo), con lo cual es suficiente demostrar la naturaleza organizada de los hechos criminales sin consideración a que el plan o política fuera oficialmente adoptada o no, y que esa política concertada haya sido puesta en marcha con medios considerables para cumplir con el carácter de masivo:

El Estatuto utiliza las expresiones “ataque generalizado” para designar “una línea de conducta que implique un alto número de víctimas” y el término “sistemático” para referirse al alto nivel de organización, ya sea mediante la existencia de un plan o una política. Como se emplea el término disyuntivo “o”, tales condiciones no son acumulativas, por lo cual el homicidio de un solo civil puede constituir un crimen de lesa humanidad si se cometió dentro de un ataque sistemático. El “carácter sistemático o generalizado del ataque a la población civil”, ha sido interpretado por los Tribunales Internacionales Ad Hoc. Por ejemplo, el Tribunal Internacional para Ruanda estableció en el caso Akayesu (sept. 2 de 1998) que: “El concepto de “generalizado” puede ser definido como masivo, frecuente, acción en gran escala, llevada adelante en forma colectiva con seriedad considerable y dirigida contra una multiplicidad de víctimas. El concepto de “sistemático” puede ser definido como bien organizado y siguiendo un plan regular sobre la base de un política concertada que involucre recursos sustanciales públicos y privados”.

El componente de sistematicidad descarta los ataques que son consecuencia de la casualidad o la mera coincidencia, pues implica la existencia de patrones de conducta frecuentes en tanto que son la traducción fáctica o la ejecución de una política o plan. La sistematicidad, a su vez, contiene una serie de elementos, como la existencia de una finalidad política, un plan o una ideología para

destruir, perseguir o debilitar a una comunidad; la amplitud, repetitividad y continuidad de un acto criminal cometido en contra de la población civil; la utilización de medios, públicos o privados, importantes y que en la planeación o diseño del método hayan participado autoridades de alto nivel político o militar. Sobre este punto, se advierte que la comisión de delitos de esta categoría no sugiere la condición de agente del estado como victimario exclusivo, pues a lo largo de estos años se ha evidenciado que grupos u organizaciones particulares están en capacidad logística y económica, a veces superior que la estatal, para perpetrar esta clase actos bárbaros y atroces, por lo que, entre otras disposiciones, el Estatuto de Roma admite en el artículo 7° la ejecución de un ataque en contra de la población civil “de conformidad con la política de un Estado o de una organización de cometer actos o para promover esa política”.

Estrategias de investigación y juzgamiento para los crímenes de lesa humanidad

Ante estas características, es evidente que el proceso investigativo de los crímenes internacionales, entre ellos los de lesa humanidad, involucra una serie de retos que deben solventar tanto tribunales internos como internaciones. Condiciones como la generalidad, masividad y sistematicidad, en el caso de este tipo de punibles, advierten sobre la existencia de un número considerable de víctimas y victimarios —la mayoría de los casos estos crímenes son cometidos con división de trabajo y sus perpetradores tuvieron o tienen altos niveles de poder—, cuyo conocimiento en los estrados judiciales sobrecarga cualquier sistema. A ello se le une la complejidad en la actividad probatoria para demostrar la condición masiva y sistemática o para recuperar elementos materiales de prueba que han sido destruidos o alterados, además del desconocimiento y falta de experiencia por parte de los operadores judiciales, especialmente en el orden interno, respecto a las particularidades de los crímenes de sistema. Estos y otros retos sugieren la necesidad que en casos de enjuiciamiento de crímenes que respondan a modelos de macro criminalidad se planteen estrategias coherentes

de investigación a la luz de una política criminal adecuada. Así se hace necesario un compromiso real de las autoridades judiciales en la búsqueda de la justicia en donde se procure una adecuación de la estructura judicial y se comprenda claramente la complejidad de los objetivos, de modo que se gestionen las expectativas.

En todo caso, existe una clara diferencia entre los parámetros utilizados para el juzgamiento de los delitos comunes con aquellas exigencias investigativas que conllevan los crímenes de lesa humanidad:

Las técnicas de investigación de los crímenes del sistema difieren de las utilizadas en delitos ordinarios. La labor del fiscal en la investigación y la presentación de la mayoría de los crímenes normales pueden equipararse a la del director de una película, cuya tarea consiste en describir claramente cómo sucedió un hecho determinado y cuyo principal interés es describir la comisión de un acto criminal concreto. Cuanto más clara sea la descripción, más fácil será para el tribunal determinar la responsabilidad. En cambio, la investigación de crímenes del sistema exige un enfoque más cercano al de un ingeniero. La tarea no se limita a describir la ejecución del acto criminal, sino que debe dilucidar el funcionamiento de los elementos de la maquinaria.

La investigación de crímenes del sistema, sea en relación con una serie de actos criminales o un hecho aislado, exige una exploración detallada del propio sistema, y no simplemente de los resultados, que se manifiestan en los crímenes subyacentes que constituyen los denominados componentes del crimen (asesinatos, torturas, violaciones, deportaciones). Sin embargo, pocos órganos de investigación han desarrollado las técnicas y los recursos necesarios para investigar con eficacia este tipo de crímenes.

A manera de ejemplo, se tienen las estrategias de investigación a las que se acudió en el caso del Tribunal Penal Internacional para la antigua Yugoslavia. Para enfrentar la compleja misión de investigar y enjuiciar los crímenes internacionales cometidos a partir del año de 1991 se creó un Equipo de Orientación Estratégica, se implementó una estrategia de investigación piramidal

para la identificación de los autores a diversos niveles, especialmente los de mayor jerarquía, por ser quienes ordenaron, planificaron, financiaron o facilitaron la comisión de estos punibles y se aplicaron criterios de selectividad para desarrollar las investigaciones —“blancos de investigación”—, lo que determina qué y a quién investigar, atendiendo al mandato de la autoridad judicial y la disponibilidad de la evidencia probatoria.

Por su parte, las estrategias de investigación usadas en la Corte Penal Internacional, conforme al documento relacionado con la estrategia de persecución 2009 – 2012, se concretan a la focalización de los casos más graves (conforme a circunstancias como la escala, forma de comisión, naturaleza e impacto), tipos de victimización y máximos responsables.

Estos crímenes se circunscriben a las condiciones del fenómeno de la macro criminalidad, lo que se traduce no sólo en la enunciación de los hechos atroces ejecutados, sino además en la necesidad de develar los motivos y razones, la reconstrucción de las expresiones violentas y sus orígenes, así como la demostración del vínculo entre los delitos, patrones y un entorno concreto. En otras palabras, estos delitos de lesa humanidad se caracterizan por tener elementos contextuales. Por ello, otra de las condiciones necesarias para hacer las investigaciones de crímenes sistemáticos es la acreditación de los contextos y las dinámicas en donde se llevaron a cabo estas graves violaciones a los derechos humanos, para lo cual es relevante la existencia de un equipo multidisciplinario.

Al respecto, casos como los abordados en el Tribunal de la antigua Yugoslavia parten de grandes referentes protagónicos en el proceso de contextualización, como lo son las estructuras, números de víctimas, los hechos delictivos reiterados e intereses, entre otros, presentes en ese país durante la época del conflicto.

En el escenario latinoamericano un gran aporte sobre el tema lo ha brindado la jurisprudencia de la Corte IDH, para la cual

...el contexto de la graves violaciones a derechos humanos hace alusión a la determinación de las estructuras criminales complejas, su funcionamiento, políticas de la organización, *modus operandi*, entre otros aspectos⁵⁶; las relaciones entre los grupos organizados al margen de la ley y las entidades estatales o

los grupos empresariales⁵⁷; los patrones de actuación conjunta, prácticas sistemáticas, entre otros aspectos relativos al funcionamiento y a la operación de las organizaciones criminales⁵⁸ (...) En suma, cualquier medio que le ofrezca información al juez acerca de lo que realmente sucedió, el contexto, la naturaleza y la magnitud del fenómeno o de los crímenes cometidos, entre otros aspectos, podrá ser considerado para efectos de acreditar el contexto y, por esta vía, los requisitos de sistematicidad o generalidad.

En Colombia, la tradición judicial en materia penal ha focalizado las investigaciones y juzgamientos bajo la perspectiva y estrategias aplicables a los delitos comunes, de modo que aunque en el contexto nacional es profusa la cosecha de delitos sistemáticos, masivos, referentes a graves violaciones de los derechos humanos o derivados del actuar de la delincuencia organizada, no han sido una constante las indagaciones judiciales que aborden los fenómenos criminales de manera integrada, sino a través de un método singularizante, que toma cada caso de manera aislada, sin consideración a las condiciones geográficas, temporales o los *modus operandis* y que somete a los autores de los delitos de manera individual en la “perspectiva de una justicia eficientista, ausente, extraña a un enfoque integrado de la justicia penal, con una visión de sistema. A pesar de ello, el proceso de transición de Justicia y Paz introdujo un cambio en el modelo investigativo en tanto que, por vía jurisprudencial, se ha reconocido la necesidad de verificar los patrones delictivos, la sistematicidad, las razones de victimización y los *modus operandis* de los grupos armados organizados al margen de la ley en tanto que la competencia de los tribunales de justicia y paz se ciñe a los hechos punibles cometidos por los ex miembros de dichos grupos, durante y con ocasión a su pertenencia. En ese sentido ha advertido la Corte Suprema de Justicia que los crímenes atroces cometidos por estos grupos armados ilegales en contra de la población civil corresponden a graves violaciones a los derechos humanos y por tanto, concluye:

...La Corte no duda en señalar que las graves conductas cometidas por los paramilitares deben enmarcarse, primordialmente, dentro del contexto de crímenes de lesa humanidad, pues

el ataque perpetrado contra la población civil adquirió tales dimensiones de generalidad y sistematicidad, que alteró de manera significativa el orden mínimo de civilidad, implicando el desconocimiento de principios fundantes del orden social imperante.

En ese sentido, se hace necesario en estos procesos el análisis de contextos y un programa metodológico de investigación específico en el que se proyecte no solo el acopio de la información acerca de los hechos delictivos, sino también del actuar del grupo ilegal, del procesado como ex miembro del mismo y de las víctimas.

La desaparición forzada como delito de lesa humanidad e imprescriptible

La clasificación de la desaparición forzada como un delito *per se* de lesa humanidad es reconocida desde mucho tiempo atrás por el derecho internacional bajo el entendido que cualquier acto de esta índole será considerado como un crimen de lesa humanidad. Esta conexión entre esa atroz práctica y tal categorización ha sido explícitamente consagrada en instrumentos internacionales desde la década de los ochenta como da cuenta la Resolución 666 de 1983 (XIII-O/83) de la Asamblea General de la Organización de Estados Americanos (OEA), en la que declaró que “la práctica de la desaparición forzada de personas en América es una afrenta a la conciencia del hemisferio y constituye un crimen de lesa humanidad”.

Años más tarde, la Declaración sobre la Protección de todas las Personas contra las Desapariciones Forzadas de 1992 reafirma esta vinculación en su preámbulo: “...Las desapariciones forzadas afectan los valores más profundos de toda sociedad respetuosa de la primacía del derecho, de los derechos humanos y de las libertades fundamentales, y que su práctica sistemática representa un crimen de lesa humanidad”.

En el mismo sentido, la Convención Interamericana sobre Desaparición Forzada de Personas (Adoptada en Belém do Pará, Brasil, el 9 de junio de 1994) declara en su preámbulo que “...la desaparición forzada de personas viola múltiples derechos esenciales

de la persona humana de carácter inderogable, tal como están consagrados en la Convención Americana sobre Derechos Humanos, en la Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre y en la Declaración Universal de Derechos Humanos” y reafirma “que la práctica sistemática de la desaparición forzada de personas constituye un crimen de lesa humanidad”¹⁷⁷.

Luego, el artículo 5 de la Convención Internacional para la protección de todas las personas contra las Desapariciones Forzadas, de 2006¹⁷⁸, dispone expresamente que “La práctica generalizada o sistemática de la desaparición forzada constituye un crimen de lesa humanidad tal como está definido en el derecho internacional aplicable y entraña las consecuencias previstas por el derecho internacional aplicable”.

Pues bien, la condición de delito de lesa humanidad respecto del crimen de desaparición forzada, acorde con los instrumentos internacionales, acarrea obligaciones específicas para los estados en particular con la adopción de medidas legislativas, administrativas y de política pública para su prevención, erradicación y sanción.

Además, la calidad de crimen de lesa humanidad es del todo incompatible con cualquier calificación como delito político y las leyes de punto final, amnistías, indultos o cualquier otra medida que impida a las víctimas el ejercicio de un recurso efectivo para saber la verdad. Así lo señaló la Corte Constitucional en la Sentencia C-580 de 2002:

Figuras como las leyes de punto final que impiden el acceso a la justicia, las amnistías en blanco para cualquier delito, las auto amnistías (es decir, los beneficios penales que los detentadores legítimos o ilegítimos del poder se conceden a sí mismos y a quienes fueron cómplices de los delitos cometidos), o cualquiera otra modalidad que tenga como propósito impedir a las víctimas un recurso judicial efectivo para hacer valer sus derechos, se han considerado violatorias del deber internacional de los Estados

177 Recuperado de <http://www.oas.org/juridico/spanish/tratados/a-6o.html>

178 *Ibidem*

de proveer recursos judiciales para la protección de los derechos humanos, consagrados en instrumentos como, por ejemplo, la Declaración Americana de Derechos del Hombre, la Declaración Universal de Derechos Humanos, la Convención Americana de Derechos Humanos y la Declaración sobre los Principios Fundamentales de Justicia para las Víctimas de Delitos y del Abuso de Poder¹⁷⁹.

Finalmente, una de las principales características de los delitos de lesa humanidad y en especial del crimen de desaparición forzada es su carácter de imprescriptibilidad, lo cual, vale decir, corresponde a la condición negativa de la prescripción, definida como “un instituto jurídico liberador, en virtud del cual por el transcurso del tiempo se extingue la acción o cesa el derecho del Estado a imponer una sanción”. Al margen de la consagración internacional de esta condición para el delito en cita, es pertinente indicar que la aplicación de la imprescriptibilidad en el ámbito interno colombiano es, por decir lo menos, un asunto de arduo debate que ha ubicado el estudio constitucional como una tensión entre la tradición jurídica doméstica que advierte como una condición fundamental la seguridad jurídica de penas prescriptibles (artículo 28 Constitución Política) y el cumplimiento de obligaciones internacionales emergentes de normas relacionadas con los derechos humanos que hacen parte del mismo ordenamiento constitucional y legal en virtud del bloque de constitucionalidad (artículo 93 de la Carta Política).

Entre los casos que sobre el tema ha estudiado la Corte Constitucional está el estudio de constitucionalidad de la ley aprobatoria del Estatuto de Roma por medio de la Sentencia C-578 de 2002, en la cual esa corporación dio viabilidad a la aplicación de la imprescriptibilidad (artículo 29 del Estatuto de Roma), al reconocer esta condición para el caso de los crímenes de competencia de la Corte Penal Internacional, entre los cuales está la desaparición forzada:

179 Corte Constitucional de Colombia, Sentencia C-580 de 2002.

- 4) El artículo 29 del Estatuto establece la imprescriptibilidad de los crímenes de competencia de la Corte Penal Internacional. Esta disposición consagra un tratamiento diferente al previsto en nuestro ordenamiento constitucional en el artículo 28 de la Carta. Tal tratamiento especial sólo será aplicable por la Corte Penal Internacional cuando ejerza su competencia complementaria para investigar y juzgar cualquiera de los crímenes previstos en el Estatuto, así la acción penal o la sanción penal para los mismos haya prescrito según las normas jurídicas nacionales. Este tratamiento especial fue expresamente autorizado por el constituyente derivado a través del Acto Legislativo No. 02 de 2001.

En la revisión de la ley 707 del 28 de noviembre de 2001, “por medio de la cual se aprueba la Convención Interamericana sobre Desaparición Forzada de Personas” hecha en Belem do Pará, se aborda el contenido del artículo 7, en el que expresamente se establece que tanto la acción como la pena de este ilícito no estarán sujetos a prescripción. En el caso en estudio, la Corte Constitucional, en la Sentencia C-580 de 2002, consideró que la prohibición constitucional de aplicar penas imprescriptibles es compatible con el inciso segundo del artículo previsto en la disposición internacional, en tanto que

...la regla de imprescriptibilidad de la acción penal por el delito de desaparición forzada, contenida en el inciso primero del artículo 7 de la Convención, no resulta contraria a la Carta Política. El legislador, al adecuar el ordenamiento interno al presente tratado, puede establecer la imprescriptibilidad de la acción para dicho delito. Sin embargo, si el delito está consumado, los términos de prescripción de la acción empezarán a correr una vez el acusado haya sido vinculado al proceso¹⁸⁰.

Por su parte, en el estudio constitucional de la ley 1418 del 1º de diciembre de 2010, por medio de la “cual se aprueba ‘la Con-

180 *Ibidem*.

vención Internacional para la Protección de Todas las Personas contra las Desapariciones Forzadas’, adoptada en Nueva York el 20 de diciembre de 2006”, la Corte, en la Sentencia C-620 de 2011, consideró que

84. También debe recalcar que con todo y la constitucionalidad de los artículos 5° y 8° de la Convención Internacional objeto de control en este proceso, por razón de los derechos vulnerados y por el tipo de afrenta que representa para la sociedad, el tratamiento de la desaparición forzada en Colombia tiene como parámetro aplicable el establecido por la Convención Interamericana, en consonancia con lo previsto en los artículos 84 y 86 del Código Penal. Así lo determina su condición de ser el Estatuto normativo que otorga garantías más completas, donde prima facie se prefieren los derechos de las víctimas y de la sociedad, a los derechos del responsable, entre otras, a través de una tipificación más abierta del delito, cuya acción es prescriptible sólo en cuanto exista imputado e imprescriptible en tanto no se haya concretado esto último. 85. En el mismo sentido y como también se había advertido, es constitucional lo establecido en el artículo 8° de la Convención Internacional. Pues con relación a la prescripción de la pena, es conforme con el artículo 28 que el término respectivo a ser previsto por el legislador, sea “prolongado y proporcionado a la extrema gravedad de este delito”, como en efecto ocurre en los términos del artículo 83 del Código Penal, modificado por el artículo 1 de la Ley 1426 de 2010 C.P., según el cual, “el término de prescripción para las conductas punibles de (...) desaparición forzada será de treinta (30) años¹⁸¹.”

181 Corte Constitucional de Colombia, Sentencia C 620 de 2011.

Genocidio

Además del desarrollo histórico y normativo que la figura del genocidio tiene en el entorno internacional, se debe advertir que en el ámbito interno el marco normativo que hace referencia a este execrable crimen se refiere, en primer lugar, a las normas de derecho internacional adoptadas por Colombia. Principalmente a la “Convención para la Prevención y la Sanción del Delito de Genocidio”, aprobada mediante ley 28 de 1959, y el Estatuto de Roma de la Corte Penal Internacional, aprobada mediante ley 742 de 2002, declarada exequible por la Corte Constitucional en la Sentencia C-578 de 2002. En segundo término, se ha dado un desarrollo legal al genocidio a partir de las leyes 589 y 599 del 2000.

Conforme a la Convención para la Prevención y la Sanción del Delito de Genocidio¹⁸², aprobada mediante la ley 28 de 1959, se entiende como tal cualquiera acto de matanza de miembros del grupo, lesión grave a la integridad física o mental de los miembros del grupo, sometimiento intencional del grupo a condiciones de existencia que hayan de acarrear su destrucción física, total o parcial, medidas destinadas a impedir los nacimientos en el seno del grupo o el traslado por fuerza de niños del grupo a otro grupo, perpetrados con la intención de destruir, total o parcialmente, a un grupo nacional, étnico, racial o religioso, como tal.

En consonancia con el compromiso internacional de perseguir y sancionar tales conductas, se consideran objeto de persecución penal internacional no sólo el acto propio del genocidio, sino también la asociación para cometerlo, la instigación directa y pública a su comisión; la tentativa y la complicidad en el genocidio.

En una descripción idéntica a la prevista en la Convención, el Estatuto de Roma consagra en su artículo 6 que para efectos de la competencia de la Corte Penal Internacional se entenderá por genocidio cualquier acto de matanza de miembros del grupo, lesión grave a la integridad física o mental de los miembros del grupo, sometimiento intencional del grupo a condiciones de existencia que hayan de acarrear su destrucción física, total o parcial, me-

182 Recuperado de <http://www.un.org/spanish/preventgenocide/rwanda/preventgenocide.shtml>

didadas destinadas a impedir nacimientos en el seno del grupo o traslado por la fuerza de niños del grupo a otro grupo, perpetrados con la intención de destruir total o parcialmente a un grupo nacional, étnico, racial o religioso como tal.

En el plano nacional, al igual que con el delito de desaparición forzada, la tipificación de la conducta de genocidio fue consagrada en el régimen penal sustantivo colombiano a través de la ley 589 de 2000, que adiciona el artículo 322^a del entonces Código Penal, con la descripción jurídico penal de genocidio en los siguientes términos:

El que con el propósito de destruir total o parcialmente a un grupo nacional, étnico, racial, religioso o político que actúe dentro del marco de la ley, por razón de su pertenencia al mismo, ocasionare la muerte de sus miembros, incurrirá en prisión de cuarenta y cinco (45) a sesenta (60) años, en multa de quinientos (500) a dos mil (2.000) salarios mínimos mensuales vigentes y en interdicción de derechos y funciones públicas de cinco (5) a diez (10) años. La pena será de prisión de veinticinco (25) a cuarenta (40) años, la multa de cien (100) a quinientos (500) salarios mínimos mensuales legales vigentes y la interdicción de derechos y funciones públicas de uno (1) a cinco (5) años cuando con el mismo propósito se cometiere cualquiera de los siguientes actos: a) Lesión grave a la integridad física o mental de miembros del grupo; b) Embarazo forzado; c) Sometimiento de miembros del grupo a condiciones de existencia que hayan de acarrear su destrucción física, total o parcial; d) Tomar medidas destinadas a impedir nacimientos en el seno del grupo; e) Traslado por la fuerza de niños del grupo a otro grupo.

En la misma disposición, se consagra la inaplicación del cumplimiento del deber como causal de justificación en los casos de genocidio, desaparición forzada y tortura, la agravación para los delitos de favorecimiento, instigación a delinquir y concierto para delinquir por estos eventos.

En la Sentencia C-177 de 2001, referente al estudio de constitucionalidad de la mencionada ley, la Corte Constitucional precisó que la prevención y sanción del genocidio hace parte de aquellas

normas imperativas denominadas *ius cogens*, las cuales son “*parámetro mínimo de protección*” que pueden ser ampliados en la normatividad interna:

Así, pues, de lo que hasta aquí se ha expuesto, resulta que el tipo penal sobre genocidio que consagró el artículo 322^a de la Ley 589 del 2000, debe ser interpretado a la luz de los Pactos y Convenios Internacionales sobre Derechos Humanos ratificados por Colombia, de conformidad con el artículo 93 de la Constitución y de acuerdo con los principios y preceptos del Derecho Internacional Humanitario y del Derecho Internacional de los Derechos Humanos que forman parte del “*ius cogens*”⁸³.

Además, en dicho pronunciamiento (C-177 de 2001) se declaró inexecutable la cláusula “*que actúe dentro del margen de la Ley*” al que hacía alusión la descripción delictiva de genocidio, al considerar que restringía los niveles de protección frente a los estándares internacionales:

En efecto, constata esta Corte que, lejos de adoptar las medidas de adecuación legislativa consonantes con las obligaciones internacionales que el Estado Colombiano contrajo, en particular, al suscribir la Convención de las Naciones Unidas para la Prevención y Sanción del Delito de Genocidio, que según quedó ya expuesto, el Estado Colombiano aprobó mediante la Ley 28 de 1959, las que le exigían tipificar como delito y sancionar severamente las conductas consideradas como crímenes de lesa humanidad, desvirtuó el propósito que con su consagración normativa se perseguía, pues restringió la protección de los derechos a la vida, a la integridad personal y a la libertad de las personas, al concederla únicamente en tanto y siempre y cuando la conducta atentatoria recaiga sobre un miembro de un grupo nacional, étnico, racial, religioso o político “*que actúe dentro de margen de la Ley*”, con lo que sacrificó la plena vigencia y la irrestricta protección que, a los señalados derechos, reconocen tanto el Derecho Internacional Humanitario, como el Derecho In-

183 Corte Constitucional de Colombia, Sentencia C- 177 de 2001

ternacional de los Derechos Humanos y los Tratados y Convenios Internacionales que lo codifican.

En la ley 599 de 2000 se tipificó la conducta de genocidio en los siguientes términos:

Artículo 101. Genocidio. El que con el propósito de destruir total o parcialmente un grupo nacional, étnico, racial, religioso o político que actúe dentro del marco de la ley, por razón de su pertenencia al mismo, ocasionare la muerte de sus miembros, incurrirá en prisión de treinta (30) a cuarenta (40) años; en multa de dos mil (2.000) a diez mil (10.000) salarios mínimos mensuales legales vigentes y en interdicción de derechos y funciones públicas de quince (15) a veinte (20) años. La pena será de prisión de diez (10) a veinticinco (25) años, la multa de mil (1.000) a diez mil (10.000) salarios mínimos mensuales legales vigentes y la interdicción de derechos y funciones públicas de cinco (5) a quince (15) años cuando con el mismo propósito se cometiere cualquiera de los siguientes actos: 1. Lesión grave a la integridad física o mental de miembros del grupo. 2. Embarazo forzado. 3. Sometimiento de miembros del grupo a condiciones de existencia que hayan de acarrear su destrucción física, total o parcial. 4. Tomar medidas destinadas a impedir nacimientos en el seno del grupo. 5. Traslado por la fuerza de niños del grupo a otro grupo.

La misma ley consignó de manera independiente el delito de apología del genocidio así:

El que por cualquier medio difunda ideas o doctrinas que propicien o justifiquen las conductas constitutivas de genocidio, o pretendan la rehabilitación de regímenes o instituciones que amparen prácticas generadoras de las mismas, incurrirá en prisión de seis (6) a diez (10) años, multa de quinientos (500) a mil (1.000) salarios mínimos legales mensuales vigentes, e inhabilitación para el ejercicio de derechos y funciones públicas de cinco (5) a diez (10) años¹⁸⁴.

184 Recuperado de www.secretariasenado.gov.co

En la decisión de la demanda de inconstitucionalidad contra la expresión “grave”, incluida en los tipos penales de genocidio, tortura y tortura en persona protegida, la Corte, en la Sentencia C-148 de 2005, expresó:

En conclusión, la Corte procederá a declarar la exequibilidad de la expresión “grave” contenida en el numeral 1 del segundo inciso del artículo 101 de la Ley 599 de 2000 que tipifica el delito de genocidio por cuanto en ese caso frente a dicho delito autónomo i) no se desconocen las normas internacionales que definen el delito de genocidio -que se contienen en la Convención para la Prevención y Sanción del Delito de Genocidio y en el artículo 6 del Estatuto de Roma de la Corte Penal Internacional- ii) ni se desprotegen los bienes jurídicos que se pretenden amparar con el referido delito, iii) ni resultan aplicables en materia penal los mismos criterios que fundamentan la imposición de sanciones en materia disciplinaria.

En la práctica, entre el 31 de octubre y el 12 de diciembre del año 2012 se profirió auto de control de legalidad formal y material de los cargos imputados por la Fiscalía 17 de la Unidad de Justicia y Paz en contra Hebert Veloza García, alias “HH”, como integrante y comandante del Bloque Bananero de las Autodefensas Unidas de Colombia (AUC). En este auto, decretó como comprobado que “en la región de Urabá, el Bloque Bananero llevó a cabo un proceso de estigmatización, hostigamiento, persecución y exterminio de personas afines a ideas de izquierda, desmovilizados del EPL, miembros de los sindicatos bananeros, y especialmente coadyuvó en el genocidio contra la Unión Patriótica”.

Para ello, analizó el proceso histórico del grupo político de la Unión Patriótica y del tipo penal de genocidio en su modalidad de tipo político, con lo cual concluyó que

la persecución y ataques sufridos por los miembros o simpatizantes de la Unión Patriótica, tienen las características de un genocidio de tipo político, pero como quiera que esta conducta no se encontraba tipificada para la época de estos hechos, éstos se legalizarán como homicidios en persona protegida.

Secuestro vs. Desaparición forzada

La metodología que ha usado la Corte Constitucional para determinar la disimilitud entre secuestro y desaparición forzada radica en la definición de los momentos consumativos, el contenido de la voluntad del agente infractor, la especificidad de la conducta cometida por éste y, en cierto caso, la temporalidad de la acción:

	Secuestro	Desaparición forzada
<p>Descripción típica (Código Penal)</p>	<p>SECUESTRO SIMPLE. El que con propósitos distintos a los previstos en el artículo siguiente, arrebate, sustraiga, retenga u oculte a una persona, incurrirá en prisión de ciento noventa y dos (192) a trescientos sesenta (360) meses y multa de ochocientos (800) a mil quinientos (1500) salarios mínimos legales mensuales vigentes.</p> <p>SECUESTRO EXTORSIVO. El que arrebate, sustraiga, retenga u oculte a una persona, con el propósito de exigir por su libertad un provecho o cualquier utilidad, o para que se haga u omita algo, o con fines publicitarios o de carácter político, incurrirá en prisión de trescientos veinte (320) a quinientos cuatro (504) meses y multa de dos mil seiscientos sesenta y seis punto sesenta y seis (2.666.66) a seis mil (6.000) salarios mínimos legales mensuales vigentes. Igual pena se aplicará cuando la conducta se realice temporalmente en medio de transporte con el propósito de obtener provecho económico bajo amenaza.</p>	<p>El particular que perteneciendo a un grupo armado al margen de la ley someta a otra persona a privación de su libertad cualquiera que sea la forma, seguida de su ocultamiento y de la negativa a reconocer dicha privación o de dar información sobre su paradero, sustrayéndola del amparo de la ley, incurrirá en prisión de trescientos veinte (320) a quinientos cuarenta (540) meses, multa de mil trescientos treinta y tres punto treinta y tres (1333.33) a cuatro mil quinientos (4500) salarios mínimos legales mensuales vigentes y en interdicción de derechos y funciones públicas de ciento sesenta (160) a trescientos sesenta (360) meses. A la misma pena quedará sometido, el servidor público, o el particular que actúe bajo la determinación o la aquiescencia de aquél, y realice la conducta descrita en el inciso anterior.</p>
<p>Momentos consumativos</p>	<p>Las conductas alternativas: arrebate, sustraiga, retenga</p>	<p>La privación de la libertad de una persona por agentes gubernamentales, por grupos organizados o por particulares que actúan a nombre del gobierno o con su apoyo, autorización o asentimiento, y la negativa a revelar su suerte o paradero o a reconocer que ella está privada de la libertad sustrayéndola así a toda protección legal.</p>

<p>Voluntad del agente infractor</p>	<p>Sentencia C – 400 de 2003, Magistrado Ponente: Dr. JAIME CÓRDOBA TRIVIÑO. 20 de mayo de 2003. “En el caso del secuestro, la estructura típica del comportamiento remite a la privación transitoria de la libertad, o, como lo dice la ley, a la acción de arrebatar, sustraer, retener u ocultar a una persona. Y tal conducta puede cometerse con el propósito de exigir por su libertad un provecho o cualquier utilidad, o para que se haga u omita algo, o con fines publicitarios o de carácter político -eventos constitutivos de secuestro extorsivo, o puede cometerse con propósitos distintos a esos -caso del secuestro simple.” Sentencia C – 400 de 2003. “El delito de secuestro se caracteriza por el carácter transitorio de la privación de la libertad a que se somete a la víctima y, en la gran mayoría de los casos, la finalidad que persigue el sujeto activo del delito no se agota en el acto del secuestro ya que éste es asumido como un medio para conseguir un fin diverso. De allí que en estos supuestos al autor le interese que se conozca su acto pues ese es el primer paso con miras a la realización de las exigencias que tiene en mente”.</p>	<p>Sentencia C-400 de 2003. En el delito de desaparición forzada, en cambio, el actor no pretende arrebatar, sustraer, retener u ocultar transitoriamente a una persona sino privarla de la libertad, ocultarla y no dar información sobre su paradero. De allí que el autor, lejos de buscar que se conozca el acto material del delito, pretenda que tanto su comportamiento como la suerte de la víctima, permanezcan en la clandestinidad pues se trata de un delito que no es concebido como un instrumento para la realización de otros propósitos previstos en el tipo sino como un delito cuyo fin se agota en su sola consumación.</p>
--------------------------------------	---	---



Día internacional de las víctimas de desaparición forzada, Plaza de Bolívar – Bogotá. Centro Nacional de Memoria Histórica, 2013.

PARTE II
BALANCE DE FUENTES OFICIALES Y NO
OFICIALES SOBRE DESAPARICIÓN FORZADA Y
ANÁLISIS CUANTITATIVOS A PARTIR DE LOS
DATOS DISPONIBLES

Relatora del informe

Luz Janeth Forero M.

Asistentes de investigación

Martha Patricia Perdomo

Leonardo Andrés Monsalve R

INTRODUCCIÓN

El peso descargado en el conteo estadístico de diferentes hechos ha alcanzado tal proporción en el mundo de hoy, que se corrobora el axioma que señala “lo que no se registra, no existe”. El dato, que debe ser entendido como un medio para comprender una realidad, desafortunadamente se ha convertido en un fin en sí mismo, de tal manera que el punto de partida para argumentar la presencia de un problema son los datos que lo demuestran “de manera objetiva” y que permiten identificar y medir los fenómenos que determinan esa realidad.

Si bien en Colombia se ha avanzado, sobre todo en lo corrido de este siglo, en los procedimientos de recolección de datos que den cuenta de las dinámicas en la ocurrencia de distintos hechos criminales, delincuenciales y violentos, todavía hay falencias protuberantes en la construcción de sistemas de identificación y cuantificación de ciertas problemáticas. Es el caso de la desaparición forzada, que es un problema de dimensiones insospechadas, ya que la construcción de cifras rigurosas, exactas, fidedignas y verificables es -de hecho- un ejercicio de la máxima complejidad por ser un delito que, dada su naturaleza, entraña el ocultamiento. De ahí que el proceso de reconocimiento del hecho y la visibilización de su ocurrencia puede resultar una tarea de difícil ejecución y de permanentes contradicciones.

Para las fuentes oficiales, la desaparición forzada solo empieza a registrarse como tal a partir del año 2000. Antes de este los posibles casos quedaban ocultos bajo categorías de tipificaciones delictivas fronterizas, como secuestro y detención arbitraria. Estas falencias en el registro pudieron incidir en la invisibilización y la desatención pública sobre esta modalidad específica de violencia.

A estas limitaciones, sobre todo referidas a décadas anteriores, se enfrenta la revisión del soporte estadístico o inventario de casos de la desaparición, con énfasis en la desaparición forzada. Este hecho es difícil operacionalización o, mejor, de difícil definición operativa, pues las cifras se han ido construyendo desde la cotidianidad de las entidades, sin obedecer a las lógicas rigurosas que exigen los procesos de recaudo de información, y están caracterizadas por la dispersión y poca sistematización. Esto, de alguna manera, ha influido para que en Colombia no “haya sido posible establecer el número de personas desaparecidas forzosamente” (Comisión de Búsqueda de Personas Desaparecidas, 2010, p. 53)

Esa problemática de orden técnico y metodológico un insignificante obstáculo ante el hecho que el conflicto irresuelto (Haugard & Nicholls, 2010, p. 3) dificulta de manera importante “prestarle atención a un crimen donde las pruebas son invisibles por definición” (Uribe, 2010, p. 7). Esta situación repercute directamente sobre cualquier posibilidad confiable y precisa de conteo de los desaparecidos y aún más sobre la caracterización de las víctimas.

Frente al panorama anterior las víctimas y algunas ONG emprendieron la construcción de sus propios registros. Por eso es posible afirmar que la historia de las cifras está ligada a la historia de las fuentes, y ésta a la historia de resistencia y dignidad de los familiares de las víctimas que han logrado asociarse para exigir la búsqueda de sus seres queridos y el respeto de sus propios derechos.

La historia de las cifras está ligada igualmente a la historia de sus defensores y de las organizaciones de derechos humanos, porque los litigios en los tribunales nacionales o internacionales les han requerido documentos, testimonios, pruebas, y hechos fechados, entre otros. Por ello, dichas organizaciones se han ido constituyendo en una fuente de información y cuentan con sencillas bases de datos. En sus afanes, familiares y defensores han tenido que construir registros de los casos, reunir documentos, reportar denuncias o noticias criminales, anotar fechas y trámites, todo lo cual en los primeros años de existencia de las asociaciones, en la década de los 80, se hacía todavía en documentos a mano o en máquinas de escribir.

Las familias aprenden, y en particular quienes están directamente al frente de la búsqueda, que cada diligencia, cada entrevista, cada nuevo dato se va convirtiendo en parte de la documentación del proceso, entre otras razones porque cada nueva versión se va configurando dentro de los obstáculos para llegar a la verdad, de tal manera que nombres, fechas, horas y detalles van siendo parte del historial personal para poder exigir y reclamar¹⁸⁵.

Transcurridos los años y con el incremento del número de casos, cada una de esas fuentes, y sus elementales bases de datos, se han ido sofisticando y tecnificando, en distinto grado según los requerimientos y objetivos misionales de las propias organizaciones.

Las organizaciones llevaban sus registros bajo la denominación que los sistemas internacionales de protección de derechos huma-

185 Abonía, Diego. *Dimensión psicosocial de la desaparición forzada*. Informe de consultoría para el Proyecto del Centro de Memoria Histórica *La dinámica de la desaparición forzada en Colombia. Una contribución a la verdad y a la memoria históricas en procura de garantías de no repetición* (1970-2012), p. 62.

nos han ido definiendo para la conducta de la cual sus seres queridos fueron víctimas: desaparición forzada.

Por lo anterior, uno de los objetivos del abordaje de la desaparición forzada en Colombia debe partir de la revisión y el análisis crítico de las cifras históricas, producidas por fuentes oficiales y no oficiales, que en los distintos momentos de la serie han podido dar cuenta, así sea en un nivel indiciario, del comportamiento y tendencia del fenómeno.

Superado este análisis, se precisa intentar la práctica de un ejercicio de sistematización del número y características de las víctimas directas de desaparición forzada, con énfasis en la identificación de los vacíos y necesidades de datos para contribuir y coadyuvar al fortalecimiento del actual sistema de registro que debe aumentar sus niveles de confiabilidad y aportar datos útiles para la toma de decisiones de quienes se les ha encomendado afrontar de manera decidida esta forma de violencia extrema.

No obstante, es preciso señalar que si bien uno de los objetivos de esta revisión es aproximarse a distintas fuentes con el ánimo de observar algunas cifras de desaparición forzada en Colombia, también es claro que no se conseguirá determinar la verdadera magnitud de este crimen, que por definición se entiende como subregistrado y rodeado de impunidad. También se reconoce que en materia de violaciones a los derechos humanos un solo caso es grave y suficiente. Por eso, requiere toda la atención y acciones posibles para que no se vuelva a repetir y se aleja de cualquier pretensión de ocultar bajo una cifra estadística todo el dolor y sufrimiento del cual las víctimas y los familiares de los desaparecidos han sido objeto.

1. ANTECEDENTES

La consolidación de una cifra frente a los “desaparecidos” en varios países de Latinoamérica no ha sido una tarea sencilla. Esta misión difícilmente se ha desarrollado durante el conflicto y ha sido llevada a cabo generalmente como producto de la necesidad de verdad en el posconflicto. En esta última etapa el concurso de distintas fuerzas del Estado, y el papel protagónico de la sociedad

civil, han logrado el desarrollo de procesos para la construcción o levantamiento de ese dato.

Para citar solo algunos ejemplos, los chilenos reconocen que la identificación del total de casos de desaparición forzada de personas en el país fue una tarea de gran dificultad, debido al temor de los familiares directos de las víctimas, a la insuficiencia de la información, la falta de pruebas y testigos, sumado a la inexistencia de metodologías y criterios rigurosos para la identificación de los casos fronterizos entre la desaparición y el homicidio (Ballesteros, 1995, p. 4)

En el caso colombiano, se han registrado diversos esfuerzos para aproximarse a la construcción de la cifra de desaparición forzada, procedentes tanto de fuentes oficiales como no oficiales. Lamentablemente, dichos esfuerzos aun no alcanzan su cometido. No obstante, la diversidad de fuentes de información sobre la desaparición forzada ha servido para aminorar el subregistro y el ocultamiento de este crimen, al igual que a las víctimas de diferentes tipos de instituciones, oficiales y no gubernamentales, que pueden alentar la denuncia muchas veces inhibida ante el temor o la amenaza real de una nueva victimización.

Sin embargo, la disparidad de las cifras en unas y otras bases de datos es sin duda una enorme dificultad en términos de justicia y de reparación, y de esclarecimiento y verdad, que afecta en primer lugar a las víctimas, pero también a la sociedad entera.

Para empezar, el primer registro de desaparición forzada reconocido desde las fuentes no oficiales, el de Omaira Montoya, constituido como un caso emblemático, se produjo en 1977 (Delgado, 2008, p. 4). Se reitera que para la época de la ocurrencia de esta desaparición forzada el delito no era registrado en las fuentes oficiales por no considerarse una categoría penal. Sin embargo, y como producto de actualizaciones en los sistemas de información, el Sistema de Información Red de Desaparecidos y Cadáveres (SIRDEC), del Instituto Nacional de Medicina Legal y Ciencias Forenses, reconocido como una fuente oficial, cuenta con registros de hechos ocurridos en las primeras décadas del siglo XX (INMLCF, 2010, p. 330). Alternativamente, se encuentra un significativo número de publicaciones que dan cuenta de casos de desaparición forzada en Colombia, dentro de un amplio rango de variabilidad.

Para citar solo algunas: la Mesa de trabajo sobre Desaparición Forzada de la Coordinación Colombia-Europa-Estados Unidos señala cómo, para finales del 2011, el Registro Nacional de Desaparecidos reportaba un total de 50.891 casos, de los cuales 16.907 corresponden a desapariciones forzadas. Entre tanto, la Unidad de Justicia y Paz de la Fiscalía General de la Nación, a mediados del mismo año, reportó 32.000 hechos. Esta divergencia incentivó a la Mesa a iniciar la tarea de registro y documentación de casos, usando como instrumento el formulario del Grupo de Trabajo de las Naciones Unidas sobre Desapariciones Forzadas, logrando documentar 903 casos para el periodo 1980 y 2011 (Observatorio de Derechos Humanos y Derecho Humanitario, 2012, pp. 13, 14). Se encuentra un significativo número de publicaciones que dan cuenta de casos de desaparición forzada en Colombia, dentro de un amplio rango de variabilidad.

En el CONPES 3590, formulado para la consolidación de los Mecanismos de Búsqueda e Identificación de Personas Desaparecidas en Colombia, se estima¹⁸⁶ que la Fiscalía General de la Nación cuenta con 19.973 desapariciones registradas para el periodo de 1991 al 31 de octubre de 2008; la Procuraduría General de la Nación, 2.523, sin identificar el periodo de recaudo de datos; la Comisión de Búsqueda de Personas Desaparecidas, 924, desde 2007 a enero de 2008; el Programa Presidencial de DDHH y DIH, 5.065, desde 1988 a agosto de 2007; el Instituto Nacional de Medicina Legal y Ciencias Forenses, 13.565, desde 1999 hasta diciembre de 2006 y en SIRDEC, 27.055 desde el 1 de enero de 2007 a julio de 2009, de los cuales 5.567 fueron clasificados como presuntamente forzados; la Policía Nacional, 2.170, del 2007 al 2009¹⁸⁷. Entre tanto, las cifras no oficiales hablaban de aproximadamente 8.000 para la Comisión Colombiana de Juristas a junio

186 Los periodos de referencia señalados para cada fuente institucional y organización indican la fecha de creación de los sistemas de registro, lo cual no es óbice para que las bases de datos contengan desapariciones ocurridas en fechas anteriores a la de creación de esas bases.

187 No obstante, en la *Revista Criminalidad* el reporte de desaparición forzada para 2007 equivale a 135 casos, para 2008, 217 y para 2009, 257 (Policía Nacional, 2008, p. 136); (Policía Nacional, 2009, p. 42) (Policía Nacional, 2010a, p. 42), los cuales totalizan 609 desapariciones de personas.

de 2008 y de alrededor de 15.000 para la Asociación de Familias de Detenidos Desaparecidos (ASFADDES), en el mismo corte (DNP, 2009, p. 38).

En la misma perspectiva, según lo señalan revisiones de cifras de entidades u organizaciones como la Defensoría del Pueblo (Brijalbo & Londoño, 2004, p. 36) o las practicadas y publicadas en medios de comunicación como la revista *Semana*¹⁸⁸, se documentan las divergencias cuantitativas entre múltiples fuentes como la Fiscalía, Procuraduría, Vicepresidencia, Medicina Legal, ASFADDES, CICR y la Comisión Colombiana de Juristas (PNUD, 2006, p. 2).

Cuadro No. 1 Desaparición forzada según fuentes y periodos Colombia 1978 - 2004

	Defensoría del pueblo	Fiscalía General	Procuraduría General	Vicepresidencia	Medicina Legal	Asfaddes	CRIC	CCJ
Número de desaparecidos	1978-1997	1982-2005	1993-2005	1997-2005	2005-2006	1977-2004	1994-2005	1996-2004
	1.800	7.702	829	4.177	1.014	7.800	3.600	3.588

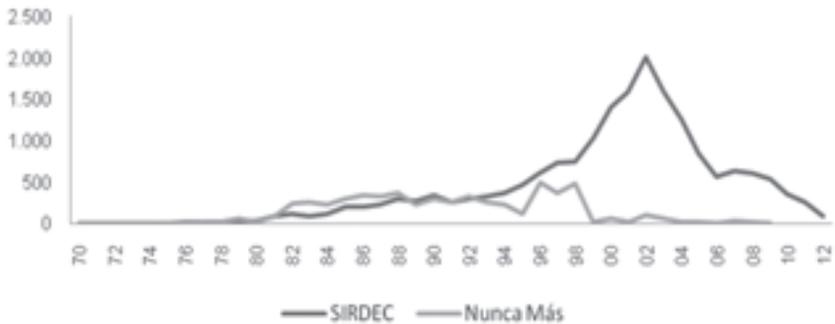
Fuente: Brijalbo& Londoño, 2004, p. 36. Revista *Semana*, Los desaparecidos forzados en Colombia. ¿Cuántos se buscan?, 15 de noviembre de 2006, en: <http://bit.ly/Tel1nD>

Si bien no se cuenta con una cifra exacta de las desapariciones forzadas registradas en Colombia en el periodo comprendido entre los años 1970 al 2012, o en su defecto con un ejercicio que permita consensuar los listados de personas desaparecidas entre las diferentes fuentes, algunos de los datos señalan tendencias que bien vale la pena revisar, con el propósito de caracterizar superficialmente el delito y acercarse a sus dinámicas y tendencias particulares.

188 Datos extraídos de la Comisión Nacional de Búsqueda y publicados en la revista *Semana*. Los desaparecidos forzados en Colombia, ¿cuántos se buscan?, 15 de noviembre de 2006. Fuente electrónica: <http://bit.ly/Tel1nD>

Las curvas de los casos entre una fuente oficial y una no oficial señalan que, para los primeros años de la serie histórica bajo análisis, los registros guardan similitud en cuanto a las desapariciones de personas, en tanto que para los últimos años se amplían de manera significativa las brechas.

Gráfico No. 1
Casos de desaparición forzada, comparativo fuente oficial y no oficial, Colombia 1970 - 2012



Fuente: SIRDEC y Colombia Nunca Más, con base en estadísticas públicas consultadas en diciembre de 2012 y recuperadas de http://datoscolombia-nuncamas.org/index.php?option=com_wrapper&view=wrapper&Itemid=309

La curva descendente de la fuente no oficial no necesariamente indica la disminución de los casos de desaparición forzada en Colombia. Por el contrario, muestra los obstáculos que con frecuencia enfrentan las organizaciones de la sociedad civil para hacer -de manera sostenida en el tiempo- el ejercicio de registro y sistematización del fenómeno.

Todo esto nos enfrenta al reconocimiento de las graves problemáticas que afrontan los datos disponibles sobre desaparición forzada en Colombia, fenómeno que, aun hoy, no cuenta con un completo y comprensivo registro en el país (EQUITAS, 2006, p. 8), a pesar de disponerse de una base de datos centralizada que, sin duda, es un avance reconocido en la mejora del proceso de

levantamiento de la información sobre los casos (Haugaard & Nicholls, 2010, p. 3).

Se requiere una mirada crítica al dato de desaparición forzada en Colombia, toda vez que la falta de un registro que señale la verdadera magnitud del problema, “es uno de los impedimentos para estructurar una política de búsqueda e identificación” de los desaparecidos (Comisión de Búsqueda de Personas Desaparecidas, 2010, p. 56).

2. BALANCE DE FUENTES

Las limitaciones y problemas generales para la construcción de datos en relación con la desaparición forzada en Colombia pasa por elementos del siguiente orden:

- 1) Teóricos y conceptuales, relacionados con la definición operativa de la categoría la cual, a su vez, se ve condicionada por su definición como tipo penal, tanto en la legislación internacional como interna.
- 2) Técnicos o metodológicos, que tienen que ver el diseño de técnicas sistematizadas para la recolección, procesamiento, análisis y divulgación de datos con rigor científico.
- 3) Logísticos, principalmente las barreras de acceso a los mecanismos de denuncia.
- 4) Decisión e interés de los afectados por la denuncia, en la mayoría de los casos minimizados por el miedo, la desesperanza y la poca credibilidad en las instituciones.
- 5) Conocimiento de los procesos, dado que las dinámicas institucionales de denuncia son complejas y engorrosas.
- 6) Confianza en las instituciones en un delito cuando los sujetos activos son agentes del Estado.

- 7) Condiciones de seguridad para los diferentes actores, en especial los familiares de los desaparecidos, entendidos como la fuente primaria o más confiable para el recaudo de los datos.

Las limitaciones señaladas se traducen en la inexistencia de una fuente de información *universal* que dé cuenta de las dimensiones totales de este crimen y que permita caracterizarlo en toda su extensión. Lo anterior se debe a que los datos construidos por las numerosas fuentes obedecen a diferentes intereses, objetivos, técnicas y usos, cubren distintas temporalidades y espacios geográficos y usan diversos recursos metodológicos, que incluso entorpecen el ejercicio comparativo ante la dificultad de su homologación.

2.1. Objetivos de los sistemas de registro

Las bases de datos construidas desde las fuentes oficiales y no oficiales se encuentran ligadas a los compromisos misionales y capacidades operativas de cada organización. Por esto, un primer criterio de comparación son los distintos objetivos que persiguen.

Por lo general, para las fuentes no oficiales la reconstrucción estadística no es una prioridad. Esta postura deriva de una visión crítica del manejo político usualmente dado a las cifras, en el que pareciera ponderarse la gravedad del problema según sus dimensiones (volumen), dejando de lado la significación política o social del hecho criminal en sí mismo.

Se considera que un solo desaparecido por el Estado debería ser motivo de preocupación y requiere toda la atención y la movilización de los recursos necesarios para el esclarecimiento de los hechos.

Por otro lado, la confusión con el secuestro sigue siendo un tema sensible para las organizaciones de víctimas, que detectan cómo la sociedad genera más rechazo por esta conducta delictiva que por la desaparición forzada. Además, el tratamiento, que de forma comparativa, se le da desde el Estado a estos delitos, presenta un desbalance en cuanto a la relevancia y la necesidad de la búsqueda de la verdad para las víctimas.

Para el Centro de Investigación y Educación Popular (CINEP), en palabras del padre Javier Giraldo, el objetivo del banco de datos de esa organización es “salvar la memoria, no la estadística”. Más que producir cifras, el banco de datos se propone hacer seguimiento al fenómeno de la violencia política y coadyudar a las familias de las víctimas.

Desde la experiencia de esa organización, los intentos de cuantificación tropiezan con los altos costos de la denuncia, anclados en el temor de las familias de las víctimas a las represalias que, junto con muchas otras variables, derivan en un enorme subregistro.

Por su parte, Colombia Nunca Más (CNM) tiene entre sus principales tareas dar consistencia y confiabilidad a la información sobre los crímenes de lesa humanidad con que cuentan las organizaciones sociales, de víctimas y defensoras de derechos humanos. Además, busca contribuir con documentación de contextos, procesos jurídicos y experiencias al análisis global sobre estos crímenes en el país, estimulando a las organizaciones en su conjunto a la creación de un movimiento social contra la impunidad (Proyecto Colombia Nunca Más, 2003, p. 7).

De acuerdo con CNM, es necesario “trascender la idea de investigación como mera reconstrucción de hechos, para dar consistencia, confiabilidad, análisis y movilización social en torno a la información sobre los crímenes de lesa humanidad” (Alcaldía Mayor de Bogotá & ASFADDES, 2009a, p. 41).

El objetivo entonces es ir “más allá de la cifra” para elaborar modelos analíticos de la represión, caracterizar la evolución de las prácticas violatorias de los derechos humanos en diversos periodos y captar la estrategia represiva que en un periodo determinado articula el Estado y asume el conjunto del establecimiento (Proyecto Colombia Nunca Más, 2003, p. 23).

Sin embargo, en el proceso se han encontrado varios obstáculos. La organización fue objeto de un allanamiento militar que dejó como resultado la sustracción de información de la base de datos en 1998. Coincide con lo relatado por la Coordinación Colombia – Europa – Estados Unidos en mayo de 2012, cuando le sustrajeron un computador en el marco de un evento público sobre desaparición forzada.

La discusión sobre las cifras también puede encontrarse relacionada con las limitadas capacidades económicas y operativas de quienes agencian estas iniciativas, dados los ingentes recursos que demanda la construcción de una base de datos de difícil operacionalización como esta, la necesidad de contar con experticia técnica para construirlas con rigor técnico y metodológico, aunado a la persistencia del conflicto y la violencia que cada día eleva los registros.

Organizaciones como Familiares Colombia llevan registros propios. Sin embargo, la estadística no es su prioridad, toda vez que el esfuerzo y los escasos recursos disponibles son canalizados para garantizar el desarrollo de los propósitos misionales, como la representación judicial de casos y el impulso a los mismos, esto en coordinación con los familiares de los desaparecidos.

Por su parte, el extenso trabajo de documentación de casos ocurridos contra la Unión Patriótica, liderado por la Corporación Reiniciar, se ha concentrado en torno al objetivo concreto de evidenciar la intención de exterminar a dicho grupo político, su objetivo misional.

Aunque de esto no puede deducirse desinterés por los aspectos cuantitativos o por el establecimiento del universo de víctimas, por demás necesario en el país, la producción de “cifras en frío” no es el objetivo que anima el trabajo de las fuentes no oficiales. Incluso, como se manifestó en algunas entrevistas, ésta es una responsabilidad del Estado que, disponiendo de mayores recursos e infraestructura, no ha podido cumplir de manera cabal y se encuentra lejos de poderle ofrecer al país datos que permitan con precisión cuantificar la verdadera magnitud de la problemática de la desaparición forzada.

Entre los grupos entrevistados, la Comisión Colombiana de Juristas constituye una excepción. El cuestionamiento a las cifras de falsos positivos promovida por el gobierno de Álvaro Uribe Vélez motivó a la CCJ a la construcción de un sistema de registro de violencia sociopolítica con enfoque cuantitativo que contribuyera a la credibilidad de la información, manteniendo un registro diario y permanente sobre las violaciones a los derechos humanos y las infracciones al derecho humanitario ocurridas en el país. Bajo esta línea, desde 2006 ha venido enfatizando en la recolección

de datos sobre violaciones a los derechos humanos y entre estos de desaparecidos bajo metodologías cuantitativas, sin despreciar aspectos cualitativos de la información.

Cuadro No. 2 Orientación misional fuentes no oficiales

Fuente	Año creación	Orientación misional
CCJ	1988	Contribuir al desarrollo del derecho internacional de los derechos humanos y del derecho internacional humanitario, de conformidad con los propósitos y principios de la Carta de Naciones Unidas, así como a la vigencia de los derechos humanos y el Estado social de derecho en Colombia.
CINEP	1972	Construir conocimiento científico sobre los procesos sociales (paz, conflicto, derechos humanos integrales, tierras, Estado, desarrollo y movimientos sociales), a través del análisis, comprensión y sistematización de las dinámicas regionales, nacionales e internacionales.
CCEEU	1995	Incidir en los ámbitos nacional e internacional (gubernamental y no gubernamental), mediante acciones de cabildeo, difusión y presión política legítima que contribuyan al mejoramiento de la situación de derechos humanos, al respecto del derecho humanitario, a la defensa del Estado Social de Derecho y a la búsqueda de una solución política al conflicto armado colombiano.
COLOMBIA NUNCA MÁS	1995	Aportar en la lucha contra la impunidad de los crímenes de lesa humanidad cometidos en Colombia, desde la perspectiva de la recuperación de la memoria histórica.

En cuanto a las fuentes oficiales, es evidente que tuvieron que afrontar un rezago de más de 30 años, incluida la confusa frontera con el delito del secuestro, antes de invertir esfuerzos en adoptar un lenguaje común para la construcción de un sistema estandarizado de registro. La principal, el SIRDEC, empezó a operar a partir del 1° de enero de 2007 con el propósito de identificar los

cadáveres sometidos a necropsia médico legal, orientar la búsqueda de personas reportadas como desaparecidas forzosamente y facilitar el seguimiento a los casos y el ejercicio del mecanismo de búsqueda urgente. Nunca se concibió como una base de datos para caracterización sociopolítica del fenómeno, ya que su propósito es netamente forense.

La Unidad para la Atención y Reparación Integral a las Víctimas, a través del formato de declaración para la solicitud de inscripción en el registro único de víctimas, tiene como propósito construir el universo de personas que puedan acceder a los beneficios que trata la ley 1448 de 2011 y demás normas que la adicionan modifican o reforman. En este ejercicio si bien se intenta caracterizar el hecho victimizante, su propósito principal es reconstruir ese universo.

La Fiscalía General de la Nación, a través del SIJUF y especialmente del SPOA, se apoya en la gestión de los expedientes o casos en el marco de cada sistema penal. En consecuencia, más que la caracterización de las diferentes conductas delictivas, permite el registro de la noticia criminal, el reparto o asignación, el registro de la gestión de la Policía Judicial, el registro de las actuaciones del Fiscal y del Juez, el manejo del almacén de evidencias y las consultas.

Cuadro No. 3

Orientación misional fuentes oficiales

Fuente	Año de creación	Orientación Misional
Instituto Nacional de Medicina Legal y Ciencias Forenses (INMLCF)	1914	Prestar el soporte científico y técnico como auxiliar de la justicia colombiana.
Programa Presidencial de Derechos Humanos	2000	Realizar el seguimiento a los casos y todas las acciones pertinentes para garantizar la adecuada protección de los derechos humanos y la aplicación del derecho internacional humanitario en el país.
Policía Nacional	1891	Cuerpo armado permanente de naturaleza civil, a cargo de la Nación, cuyo fin primordial es el mantenimiento de las condiciones necesarias para el ejercicio de los derechos y libertades públicas, y para asegurar que los habitantes de Colombia convivan en paz.
Dirección Operativa para la Defensa de la Libertad Personal (antigua Fondelibertad)	1995-2010	Coordinar los recursos humanos y materiales para la lucha contra el secuestro y la extorsión como un delito íntimamente relacionado con el primero y otros delitos contra la libertad personal como son la trata de personas y la desaparición forzada.
Departamento Administrativo de Seguridad (DAS)	1960	Entidad en liquidación
Fiscalía General de la Nación	2005	Unidad de Justicia y Paz: “Del paredón de la confesión y reconocimiento de los perpetradores. Al escenario de la comprensión, perdón y generosidad de las víctimas. Equilibrio entre verdad, justicia y reparación”.
	2010	Unidad Nacional contra delitos de desaparición y desplazamiento forzados: adelantar las investigaciones e identificar a los responsables de dichas conductas punibles a través de equipos de fiscales especializados.
Unidad Administrativa Especial para la Atención y Reparación Integral a las Víctimas	2011	Liderar acciones del Estado y la sociedad para atender y reparar integralmente a las víctimas contribuyendo a la inclusión social y la paz

2.2. Rangos temporales y espaciales

Las bases de datos caracterizadas abarcan diferentes rangos de cobertura temporal. De las fuentes no oficiales, Colombia Nunca Más incorpora los registros más antiguos que datan desde 1966, mientras que ASFADDES, la Coordinación Colombia – Europa-Estados Unidos (CCEEU) y el CINEP dicen contener casos a partir de la década de los 70 y los 80 del siglo XX.

Al igual que las fuentes oficiales, el año de creación de la organización no es óbice para incluir casos de mayor antigüedad. La CCJ comenzó en 1996 un intento de sistematización de los casos en una hoja excel, aunque también advierte que cuenta con denuncias de mayor antigüedad aún sin sistematizar y que se encuentran en archivos físicos. En cuanto al CINEP, las publicaciones digitales de *Noche y Niebla* comenzaron en junio de 1996, pero su banco de datos, público en la Web, se encuentra disponible sólo a partir del año 2001 (la información existente entre 1988 y mayo de 1996 no se encuentra disponible en el sistema). Igual sucede con CCEEU, que, por dificultades económicas y operativas, avanza lentamente en los procesos de sistematización de sus archivos.

El problema de la sistematización debe reseñarse especialmente porque, a pesar de los enormes esfuerzos, una parte importante de la memoria histórica aún reposa en archivos físicos susceptibles de perderse o deteriorarse con el tiempo. Por esta razón, valdría la pena invertir en iniciativas conjuntas para rescatar y preservar la información que se encuentre en ese estado.

Cuadro No. 4

Cobertura temporal fuentes no oficiales

Fuente	Sistema de Información	Cobertura temporal
CCJ	Base de datos sobre violencia política	1996 - 2012
CINEP	Banco de datos de derechos humanos y violencia política	1988 - 2012 (Disponible 2001 - 2012)
CCEEU	Mesa de trabajo sobre desaparición forzada	1980 – 2011
Colombia Nunca Más y Movimiento de Víctimas del Estado (MOVICE)	Colombia Nunca Más	1966 - 2009

En cuanto a fuentes oficiales, la recolección de datos se circunscribe tanto a hechos de este siglo como a los casos ocurridos en años anteriores al reconocimiento institucional de la desaparición forzada. Como se anotó anteriormente, el primer registro, constituido como un caso emblemático, se atribuye al año 1977. No obstante, SIRDEC cuenta con registros que datan a partir del año 1919 (INMLCF, 2010, p. 330).

Cuadro No. 5

Cobertura temporal fuentes oficiales

Fuente	Sistema de información	Cobertura temporal
Instituto Nacional de Medicina Legal y Ciencias Forenses (INMLCF)	Sirdec	1919 - 2013
Programa Presidencial de Derechos Humanos	Base de datos	2001 - 2009
Policía Nacional	Siedco	1958 - 2013
Dirección Operativa para la Defensa de la Libertad Personal	Centro Nacional de Datos	2009 - 2013
DAS y nueva Agencia de Inteligencia	Siaro	2005-2011
Fiscalía General de la Nación	CUVI (Migrados a Sirdec)	—
	MATRIZ DE PROCESOS (Migrados a Sirdec)	2000
Unidad Administrativa Especial para la Atención y Reparación Integral a las Víctimas	Registro Único de Víctimas	—

En cuanto a las zonas geográficas, las fuentes oficiales alcanzan mayor cobertura, la cual -con pequeñas excepciones- es de carácter nacional. Las grandes bases de datos de las fuentes no oficiales, como CINEP, CCJ, y en principio ASFADDES, son también de carácter nacional. Por lo general, las organizaciones de víctimas de derechos humanos más pequeñas poseen bases de datos locales con las cuales emiten periódicamente denuncias públicas que son incorporadas en las bases de datos más grandes, a través de diver-

Los medios, como boletines o comunicados públicos. Familiares Colombia cubre a los departamentos de Cundinamarca, en Yopal (Casanare) a Recetor y Chámeza, a Santa Martha (Magdalena) y la Victoria.

A diferencia de otras bases de datos, Colombia Nunca Más trabaja por zonas que son previamente definidas según dinámicas militares (brigadas del ejército), sociales, económicas y políticas. A través de la caracterización de zonas se tiene información de regiones como Meta, Guaviare, Boyacá, Cundinamarca, Antioquia, Santander, Norte de Santander, sur de Bolívar, sur de Cesar, Cauca Nariño y Valle. Si bien este criterio permite caracterizar con detalle las zonas seleccionadas, dificulta la comparación de datos entre departamentos, pues no consideran criterios político-administrativos en la delimitación de territorios

2.3. Aspectos metodológicos

2.3.1. Fuentes

Es común que las organizaciones no oficiales que cuentan con una amplia base de datos combinen tanto fuentes primarias como secundarias. Sin embargo, el peso entre una y otra puede variar según la metodología.

De acuerdo con la CCJ, la información procesada involucra ambas fuentes, pero el grueso de ella proviene de la revisión de prensa. Se realiza la revisión de 21 periódicos nacionales y regionales y dos revistas semanales de circulación nacional. También se consideran denuncias directas, denuncias de organizaciones, tanto nacionales como regionales de derechos humanos; e informaciones entregadas por las autoridades nacionales, particularmente la Defensoría del Pueblo, la Procuraduría, la Fiscalía, la Vicepresidencia de la República y la Fuerza Pública. Este sistema de registro se retroalimenta de información de *Noche y Niebla* del Banco de Datos del CINEP. La información derivada de estas fuentes se sistematiza e ingresa a un sistema de información diseñado recientemente.

Por su parte, organizaciones como la CCEEU y CINEP privilegian las fuentes primarias sobre las secundarias. La Mesa sobre Desaparición Forzada de la CCEEU, adaptando el instrumento de recolección de información del grupo de desapariciones forzadas de la ONU, ha documentado 903 casos de desaparición forzada¹⁸⁹ con base en información proporcionada por las organizaciones que hacen parte de la mesa y otras de carácter regional. Las denuncias directas de las víctimas son recibidas a través de la realización de talleres regionales que cuentan con el apoyo de organizaciones locales previamente entrenadas para la aplicación del instrumento de registro. Y se procesa información parcial proveniente de la Fiscalía General de la Nación.

En cuanto al CINEP, en sus inicios prevalecían fuentes secundarias, como la prensa. Sin embargo, desde hace algunos años han decidido mejorar el aporte de las fuentes primarias a su banco de datos. Las fuentes periodísticas se han venido complementando con información de bancos de datos regionales con los que se ha logrado un mayor acercamiento al entorno de las víctimas, organizaciones y familiares. En total, reciben relatos de 60 grupos locales de derechos humanos, 20 de ellos integrantes de la red nacional de bancos de datos. Se privilegia la relación con las mismas víctimas, sus familias, organizaciones y abogados, así como el contexto más inmediato en que suceden los hechos como base para su comprensión.

De Colombia Nunca Más puede destacarse el importante trabajo de archivo que ha permitido rescatar información a partir de la década de los años 60. Se trata de memorias y documentos físicos como boletines y publicaciones. A este trabajo se suma la indagación de archivos locales y regionales, entrevistas con testigos e investigadores de la región, contacto con organizaciones, familiares y comunidades que hacen parte del entorno de la víctima. También se gestiona información con organismos judiciales y disciplinarios que eventualmente desarrollaron investigaciones sobre los hechos. Por último, se hace consulta bibliográfica de la zona o región. Con base en estas fuentes, CNM caracteriza las dinámicas represivas, militares y socioeconómicas de las regiones o zonas en las cuales se levanta la información.

¹⁸⁹ Resultados parciales.

Cuadro No. 6

Síntesis levantamiento de información fuentes no oficiales

Fuente	Síntesis levantamiento de información
INMLCF - SIRDEC	<ol style="list-style-type: none"> 1. Entrevistas practicadas a familiares de las víctimas denunciantes. 2. Actas de inspección de cadáveres de Policía Judicial. 3. Informes forenses 3. Registros provenientes de entidades gubernamentales y organizaciones de la sociedad civil con clave de acceso.
CCJ	<ol style="list-style-type: none"> 1. Denuncia directa. 2. Revisión de prensa. 3. Denuncias organizaciones de víctimas. 4. Procesamiento de boletines institucionales.
CINEP	<ol style="list-style-type: none"> 1. Testimonios familiares de víctimas. 2. Relatos de 60 grupos locales de derechos humanos. 3. Revisión de prensa escrita nacional y local.
CCEEU	<ol style="list-style-type: none"> 1. Ficha de recolección de información. 2. Recolección de información proveniente de organizaciones de la mesa sobre desaparición forzada de la CCEEU y organizaciones regionales. 3. Talleres regionales para recolección de datos. 4. Procesamiento datos parciales de Fiscalía.
CNM	<ol style="list-style-type: none"> 1. Acceso a diversos órdenes de memorias escritas y homologación en fichas de recolección. 2. Zonificación del territorio (no responde a división político-administrativa, sino a dinámicas político-sociales, presencia de expresiones de movilización y brigadas militares). 3. Archivos locales y regionales, entrevistas a testigos e investigadores, organizaciones, familiares y comunidades de la región. 4. Información de organismos judiciales que desarrollaron investigaciones sobre los hechos. 5. Consulta de bibliografía.

Podría afirmarse que, en la mayoría de los casos, la fuente ideal para la recolección de datos sobre desaparición forzada, como primera fase del ciclo, son los familiares o allegados al desaparecido, los cuales a pesar de no ser testigos directos del hecho victimizante, se convierten en depositarios de información derivada de otras fuentes. Además, pueden conocer de primera mano circunstan-

cias y antecedentes, como amenazas, militancias u otros factores de riesgo que permiten la clasificación de un hecho como desaparición forzada.

Por ello, la recolección de información sobre desaparición forzada a partir de los familiares presenta mayor confiabilidad frente a los registros derivados de fuentes secundarias, periodísticas u otro tipo de documentos, los cuales tienen un propósito valioso frente a la contrastación y complementariedad de la información recabada de la fuente primaria.

De otra parte, frente al mismo proceso de recolección, resultan significativos los instrumentos y técnicas de recaudo, es decir, el cómo se levanta el dato y dónde queda almacenado. En limitados casos, y sobre todo en la época reciente, se surte a partir de la aplicación de técnicas de entrevistas semiestructuradas, o con instrumentos validados y estandarizados. Es más común, y sobre todo hacia el inicio del periodo de referencia, un levantamiento informal de datos y la construcción de expedientes en carpetas, con mínimos criterios de sistematización y organización, donde el uso de las herramientas computarizadas era prácticamente inexistente.

Esto limita ostensiblemente la posibilidad de compartir bases de datos y generar rutinas de interoperabilidad, cruces y complementariedad entre los distintos esfuerzos de registro. Esta es una de las causas de pérdida de información para los primeros años de la serie histórica.

2.3.2. Definición operativa de caso

La definición operativa de caso supone la construcción de lenguajes consensuados y vocabularios controlados, orientados por mandatos normativos. Uno de los puntos más polémicos entre fuentes oficiales y no oficiales es la inclusión de casos de desaparición forzada atribuibles a particulares y grupos armados al margen de la ley.

A diferencia de las fuentes oficiales, cuyo esfuerzo en la consolidación de sistemas de registro es relativamente reciente, dada la

tardía tipificación penal en el año 2000¹⁹⁰, las fuentes no oficiales incursionaron en esta tarea mucho antes, apoyadas en la normatividad internacional que reconoce la desaparición como un delito estatal y con metodologías internas que han ido evolucionando con el tiempo.

Para empezar, el CINEP no incorpora dentro de la categoría las agenciadas por grupos armados al margen de la ley, ya que su definición operativa de caso involucra sólo las cometidas por agentes del Estado y en connivencia con grupos paramilitares. El CINEP se adhiere al concepto internacional que considera que sólo los Estados pueden violar sistemáticamente los derechos humanos (Filosofía de la ONU hasta 1998). No acepta la versión que indica que el paramilitarismo fue una creación de gremios privados en la década de los 80. Por el contrario, lo considera una estrategia estatal de lucha contrainsurgente instada por las políticas de seguridad de los Estados Unidos en la década de los 60 (Entrevista padre Javier Giraldo, CINEP, 2012)

Los casos de grupos armados al margen de la ley han sido incorporados a través de la creación de categorías como el “rapto”, donde se consignan estos episodios y otros similares. (Entrevista CINEP, 2012). La creación de nuevas categorías, diferentes a las establecidas por la legislación internacional, se encuentra relacionada con una autocrítica: el reconocimiento de que las categorías derivadas del derecho internacional no siempre logran medir con exactitud la magnitud de la violencia sociopolítica en Colombia, dadas las características particulares del conflicto interno armado (guerra de guerrillas). La creación de nuevas categorías de información coadyuvan al propósito de mejorar el registro de la violencia.

Organizaciones como CCEEU, CNM o MOVICE tampoco incluyen casos de grupos armados al margen de la ley diferentes a los paramilitares. La CCEEU adhiere a la legislación internacional que indica que la desaparición forzada es un delito de Estado, definido por la participación de agentes estatales o particulares que actúan con su omisión, tolerancia o aquiescencia. Aunque nuevos

190 Con excepción de la Procuraduría.

cuerpos jurídicos, entre ellos la legislación nacional, ampliaron el concepto del delito a otras organizaciones particulares, estos casos no han sido documentados como parte de la base de datos (CCEEU, entrevista, 2012).

De igual forma, CNM denuncia la comisión de crímenes de lesa humanidad desde el enfoque de “Crimen de Estado” o “Terrorismo de Estado” (CNRR, Grupo de Memoria Histórica, 2009, p. 176)

Más que desconocer la participación de grupos armados al margen de la ley en la comisión de delitos de desaparición forzada, algunas de las fuentes no oficiales exigen al Estado un reconocimiento contundente de su participación en esta práctica que continua siendo sistemática.

Al contrario, la CCJ mantiene una definición abierta. Su base de datos de violencia sociopolítica entiende dicho concepto como cualquier hecho que atente contra la vida, la integridad y la libertad personal producidos por abuso de autoridad de agentes del Estado, los originados en motivaciones políticas, los derivados de la discriminación hacia personas socialmente marginadas, o los causados por el conflicto armado interno. Son elementos que coadyuvan a la identificación de los casos de violencia sociopolítica las evidencias de tortura, que la persona se encuentre en una lista de víctimas potenciales o amenazadas, que haya sido sacada de su casa por la fuerza y la existencia de amenazas previas (CCJ, n.d., p. 1,2).

Otros criterios considerados son: la identificación del presunto autor del hecho, como fuerza pública, paramilitares o guerrilla (en casos donde no se identifica un grupo armado, se consideran las características de la víctima y ocurrencia de los hechos); las características sociales de la víctima, especialmente el desempeño de actividades de activismo político, sector poblacional o grupo social en condiciones de marginalidad; y la forma como ocurrieron los hechos, es decir, la identificación de prácticas sistemáticas de los actores armados en el marco del conflicto.

En cuanto a las fuentes oficiales, el tardío reconocimiento de la categoría legal frente al reconocimiento social en los setenta, imposibilitó durante muchos años la adopción de un lenguaje común para la construcción de un sistema estandarizado de regis-

tro. Asimismo, los sistemas de registro incluyen un conjunto de variables y categorías útiles a los intereses de la organización o la entidad, que en la mayoría de los casos descuidan información pertinente para la caracterización de la víctima o del hecho victimizante (EQUITAS, 2006, p. 9). Esta dificultad la resolvió la Comisión Nacional de Búsqueda, al establecer los criterios para clasificar un caso como una presunta desaparición forzada y que de alguna manera puede leerse como la definición operativa de caso:

...todo caso denunciado o puesto en conocimiento expresamente como desaparición forzada o tipificado como tal, según la legislación vigente, la ley 589 de 2000 y sus decretos reglamentarios, particularmente los que cumplan los criterios...**1.** Cuando la conducta se cometa por quien ejerza autoridad o jurisdicción. **2.** Cuando la conducta se cometa, por razón de sus calidades, contra... servidores públicos, comunicadores, defensores de derechos humanos, candidatos o aspirantes a cargos de elección popular, dirigentes o miembros de una organización sindical legalmente reconocida, políticos o religiosos, contra quienes hayan sido testigos de conductas punibles o disciplinarias, juez de paz, o contra cualquier otra persona por sus creencias u opiniones políticas o por motivo que implique alguna forma de discriminación o intolerancia. **3.** Cuando la conducta se cometa por razón y contra los familiares de las personas mencionadas en el numeral anterior, hasta el segundo grado de consanguinidad, segundas de afinidad o primero civiles. **4.** Los que esté investigando la fiscalía o juzgados por el delito de desaparición forzada. **5.** Por el contexto político-regional del lugar donde se produce la desaparición forzada. **6.** Cuando la conducta se cometa en persona con antecedentes familiares de desaparición forzada. **7.** Cuando la conducta se cometa en personas sometidas a desplazamiento forzado. **8.** Cuando la conducta se produzca en una contexto de tensiones o disturbios. **9.** Cuando la conducta se cometa contra indígenas o minorías étnicas. **10.** A instancias de la Comisión Nacional de Búsqueda que por cruce de información de las entidades que hacen parte de ella, puedan deducir que se trata de una desaparición forzada. **11.** Cuando se presenten antecedentes del hecho tales como amena-

zas, persecuciones, hostigamientos, señalamientos, detenciones y allanamientos. **12.** Aquellos que se encuentren reportados ante organismos intergubernamentales de la ONU y el Sistema Interamericano, tales como: Organismos Internacionales de protección de los DDHH, Grupo de trabajo contra las desapariciones forzadas de las Naciones Unidas, Comité del pacto y la OIT, entre otros. **13.** Los casos que sean puestos en conocimiento por las ONG y que cumplan con los criterios anteriormente mencionados. **14.** Aquellos casos que por caracterización regional se pueda deducir que corresponden a un grupo vulnerable de ser sometido a desaparición forzada, como es el caso de los jóvenes reportados como desaparecidos en Soacha, sometidos a necropsia médico legal en los municipios de Cimitarra y Ocaña.

En cuanto a Sirdec, se ajusta a los criterios definidos por la Comisión de Búsqueda de Personas Desaparecidas que, no obstante, puede ser actualizada o diferir en relación con los avances de las investigaciones y la tipificación que practica la Fiscalía General de la Nación. Sin embargo, esta precisa definición de caso, que se concreta en la variable denominada “clasificación del caso”, cuyas dos categorías posibles son 1. “presuntamente forzada” y 2. “sin clasificar”, es muy probable que se traduzca en un alto nivel de subestimación del tipo de desaparición por la limitación en la información sobre el hecho en el momento del ingreso, con lo cual el operador del sistema se ve abocado a seleccionar la segunda opción con la consecuencia que no sea contabilizado como una desaparición forzada. Ejemplo de ello fue la forma como inicialmente fueron ingresados los desaparecidos de Soacha (Haugaard & Nicholls, 2010, p. 17)

2.4. Sector social

Para las fuentes no oficiales, la caracterización social y política de la víctima es una variable fundamental. La CCJ identifica elementos de la condición social de la persona que puedan explicar el ataque, tales como sector social, tipo de actividad laboral y afiliación política o partidaria. El CINEP enfatiza en la información sobre el sector social y actividad laboral de la persona, si era campesino, obrero, indígena, hacendado, industrial, colono, entre otras¹⁹¹. Sin embargo, este tipo de información, tan importante para el reconocimiento y caracterización de los casos de desaparición, adolece de falta de registros, tanto en las fuentes oficiales como en las no oficiales.

La CCEEU también presenta una caracterización social de la víctima. No obstante, incluye variables que permiten identificar, además de la actividad laboral y sector social, el desempeño de labores de liderazgo en la comunidad, a saber, si la víctima era defensor(a) de derechos humanos, sindicalista o líder comunitario. Por su parte, CNM, además del sector social, identifica la pertenencia a organizaciones políticas, cívicas y militancia en partidos políticos.

En cuanto a la información relacionada con el hecho y lugar, destaca la inclusión de variables tendientes a identificar la estructura armada, particularmente la relación con batallones militares o unidades del ejército que tengan presencia en la zona (CCJ). CINEP, por ejemplo, tiene en cuenta los antecedentes y el contexto; CCEEU, la ocurrencia de hechos similares en la zona y acciones llevadas a cabo por los familiares de las víctimas¹⁹²; y CNM involucra variables sobre el “alias” que puedan dar pistas de los perpetradores.

Vale la pena señalar que algunas de estas fuentes no solo involucran la tipificación legal del hecho¹⁹³, sino que también indagan sobre el estado de los procesos judiciales y la respuesta del Estado.

191 Recuperado de https://www.nocheyniebla.org/consulta_web.php. Es posible que la base de datos interna contenga mayores variables.

192 Según formulario de grupo de trabajo sobre desapariciones forzadas de la ONU.

193 La desaparición forzada generalmente se encuentra interrelacionada con otros tipos penales como tortura, homicidio, entre otras. Por lo general, la comisión de otros delitos, por ejemplo cuando se encuentra el cadáver de la víctima, no elimina la desaparición forzada.

La CCJ pregunta sobre el estado de los procesos judiciales. Adicionalmente, CCEEU averigua sobre la estrategia de las familias para ubicar a sus familiares, respuestas institucionales, pormenores de los procesos judiciales y diligencias de exhumación. CNM enfatiza en las respuestas de la justicia a los familiares de las víctimas. CI-NEP hace una clasificación jurídica de la violencia, según el caso.

En conclusión, el país cuenta con un importante número de fuentes y de registro de víctimas de desaparición presuntamente forzada, que se encuentra fragmentada y atomizada en entidades oficiales y organizaciones de víctimas, situación que se configura como uno de los obstáculos para disponer de información única y confiable sobre la magnitud, tendencia y evolución histórica de este delito en el contexto nacional

3. ANÁLISIS CUANTITATIVOS A PARTIR DE LAS FUENTES OFICIALES Y NO OFICIALES SOBRE DESAPARICIÓN FORZADA

Uno de los primeros problemas que debe enfrentar el estudio de la desaparición forzada en Colombia se relaciona con la precariedad de los datos procedentes de las fuentes oficiales y no oficiales, quienes, a pesar de sus importantes esfuerzos, no han logrado la total sistematización de los casos o la construcción de un inventario documentado, depurado, validado y contrastado de los registros existentes que pueda dar cuenta de la verdadera magnitud y dimensión de este delito.

No es posible construir una cifra, ni siquiera aproximada, sobre el número de víctimas de desaparición forzada en Colombia. Si se hace un intento de consolidación estadística, esta debe ser observada con todas las salvedades posibles y el lente del marcado subregistro que caracteriza el fenómeno tanto frente a los totales, como a las posibilidades de caracterización de móviles, actores, resultados de la investigación, etc. Esto también imposibilita cualquier esfuerzo de comparación o contrastación de datos entre las distintas fuentes.

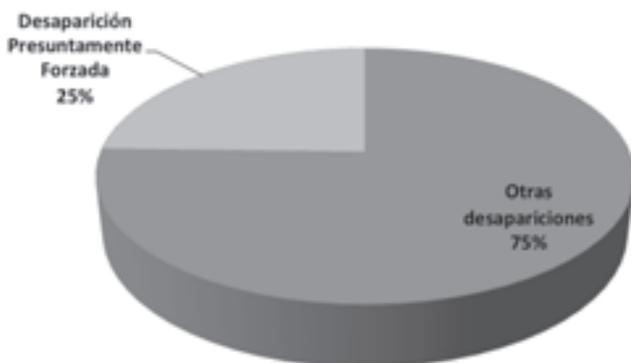
Dentro de esa perspectiva, el máximo dato al que se tuvo acceso proviene de fuente oficiales como la Unidad de Víctimas, la Fiscalía General de la Nación y el Sirdec, este último como sistema

de información centralizado al que tributan en teoría tanto instituciones oficiales como las organizaciones de la sociedad civil interesadas en el tema. Se señala que en teoría, pues en la práctica estas últimas afirman, en su mayoría, que a pesar de disponer de clave de ingreso al sistema no registran allí los casos que conocen.

Con fecha de corte al 31 de diciembre de 2012, el Sirdec da cuenta, para el periodo 1970-2012, de 78.319 desapariciones, de las cuales 19.254, que equivalen a un 25%, fueron clasificadas como presuntamente forzadas. Entre tanto, la Unidad de Víctimas habla de 30.159 desapariciones forzadas. No obstante esta fuente muestra un marcado subregistro en la fecha del hecho¹⁹⁴, mientras que la Fiscalía General de la Nación contabiliza 21.9000 víctimas por desaparición forzada desde el 2005 al 2012¹⁹⁵.

Gráfico No. 2

Casos de desapariciones registradas en el Sirdec Colombia 1970 - 2012



Fuentes: Sirdec

194 En 18.225 casos que corresponden al 60,4% de las víctimas declaradas ante la unidad no se cuenta con información frente a la fecha del hecho.

195 La cifra de desapariciones forzadas reportada por la Fiscalía para un periodo de siete años permite suponer los altos índices de subregistro de este delito, ya que supera ampliamente los casos ingresados en la base de datos centralizada del Sirdec, a pesar que esta última ha recaudado datos con un periodo de referencia más largo.

La Procuraduría General de la Nación, una de las primeras instituciones del Estado interesada en la problemática de la desaparición forzada, cuenta con algunos registros históricos (461), circunscritos a los años ochenta y principios de los noventa del siglo XX. Dichos registros sirven como referente de contrastación con las otras fuentes mencionadas, si bien en términos generales reporta un número muy inferior de casos por año en relación con el Sirdec o la Unidad de Víctimas, pero supera en algunos momentos al inventario de las organizaciones.

El inventario de desapariciones forzadas acopiado por el CMH, en una base de datos parcial que aún se encuentra en proceso de construcción, a partir de información pública y datos proporcionados de manera voluntaria por las organizaciones defensoras de derechos humanos y víctimas, asciende a 5.016 casos. Este ejercicio de sistematización ha sido posible con la integración de registros procedentes de Colombia Nunca Más, AFUSODO, ASFADDES, CINEP, Familiares Colombia, CCJ, Escuela Nacional Sindical y MOVICE, entre otras organizaciones de familiares de víctimas, que han realizado algunos esfuerzos de sistematización de casos.

Es importante recalcar que la cifra señalada se encuentra exenta de sobregistro de casos, porque fue producto del levantamiento directo a partir de las diversas fuentes referidas y se aplicaron procesos informáticos para eliminar duplicados con criterios como el nombre completo del desaparecido, la fecha y el lugar de los hechos. Además, no es posible establecer con exactitud una fecha de corte frente a esos datos, pues ellos han sido almacenados a lo largo de los años o publicados en algunos documentos de los cuales fueron extraídos y sistematizados. Incluso las organizaciones advierten que cuando el Estado asumió el control del registro estadístico frente a la problemática, como también lo enfatizan es su obligación, de alguna manera le restaron importancia a la función de registrar, y en este sentido exaltan que para las organizaciones la “estadística sobre desaparición forzada” no es importante, pues un solo hecho deber revestir la mayor gravedad.

En cuanto a la cifra de las entidades oficiales es evidente la concentración de los casos a partir del año 2000, cuando el delito se reconoce en la jurisdicción interna como un tipo penal autónomo. En este sentido, el 63% de los registros del Sirdec y el 60%

de los de la Unidad de Víctimas proceden de este periodo. Entre tanto el 86,6% de los casos inventariados por las organizaciones no gubernamentales se relacionan con hechos ocurridos antes del 2000, lo que señala la importancia del trabajo de estas para el reconocimiento y registro de hechos ocurridos antes de que el delito se reconociera jurídicamente.

Cuadro No. 7
Casos de desaparición forzada según diferentes fuentes
Colombia 1970 – 2012

Año	Sirdec	%	PGN	%	Unidad de Víctimas	%	FGN	%	Org. Fli-ares.	%
1970	4	0							2	0,04
1971	3	0							1	0,02
1972	4	0							2	0,04
1973	4	0							3	0,06
1974	7	0							18	0,4
1975	8	0							6	0,1
1976	14	0,1							5	0,1
1977	17	0,1			2	0			7	0,1
1978	15	0,1							18	0,4
1979	32	0,2							50	1
1980	29	0,2							16	0,3
1981	82	0,4			5	0			84	1,7
1982	111	0,6							164	3,3
1983	89	0,5	1	0,2					139	2,8
1984	122	0,6	2	0,5	11	0			137	2,7
1985	222	1,2			168	0,6			187	3,7
1986	204	1,1	7	1,7	257	0,9			220	4,4
1987	244	1,3	8	1,9	229	0,8			187	3,7
1988	307	1,6	10	2,4	286	0,9			380	7,6
1989	285	1,5	81	19,5	292	1			280	5,6
1990	358	1,9	254	61,1	265	0,9			530	10,6
1991	278	1,4	26	6,3	202	0,7			229	4,6

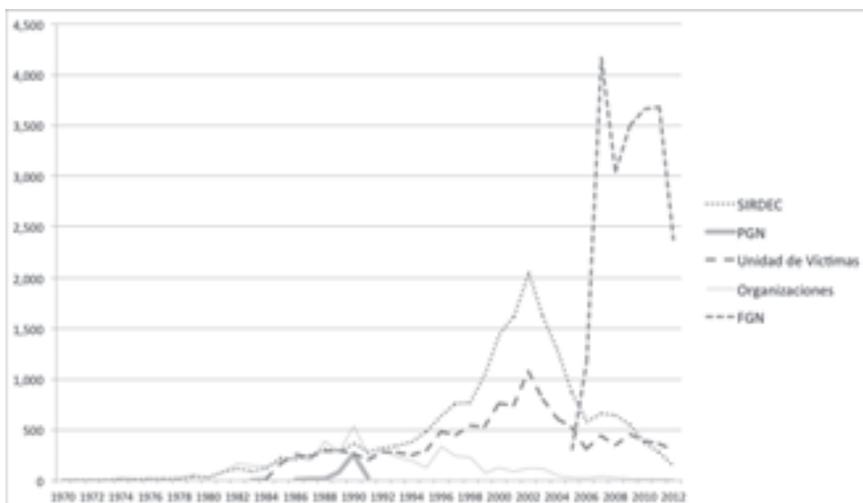
1992	320	1,7			279	0,9			293	5,8
1993	338	1,8			273	0,9			223	4,5
1994	382	2			247	0,8			188	3,8
1995	488	2,5			295	1			124	2,5
1996	637	3,3			483	1,6			329	6,6
1997	760	3,9			448	1,5			233	4,7
1998	765	4			543	1,8			219	4,4
1999	1.046	5,4			528	1,8			67	1,3
2000	1.443	7,5			759	2,5			121	2,4
2001	1.623	8,4			742	2,5			80	1,6
2002	2.050	10,6			1.080	3,6			113	2,3
2003	1.615	8,4			802	2,7			107	2,1
2004	1.283	6,7			609	2			40	0,8
2005	861	4,5			527	1,7	307	1,4	20	0,4
2006	578	3			311	1	1.177	5,4	16	0,3
2007	660	3,4			443	1,5	4.166	19	37	0,7
2008	637	3,3			346	1,1	3.043	13,9	22	0,4
2009	547	2,8			454	1,5	3.501	16	5	0,1
2010	369	1,9			385	1,3	3.660	16,7	5	0,1
2011	274	1,4			363	1,2	3.683	16,8	10	0,2
2012	139	0,7			300	1	2.372	10,8	4	0,1
Sin Información			27	6,5	18.225	60,4			95	1,9
Total	19.254	100	416	100	30.159	100	21.909	100	5.016	100

Fuentes¹⁹⁶: Sirdec, Unidad de Víctimas, PGN, FGN y organizaciones de familiares de desaparecidos

196 En cuanto a las fuentes oficiales, es preciso señalar que los datos incluidos del Sistema de Información Red de Desaparecidos y Cadáveres (Sirdec), del Instituto Nacional de Medicina Legal y Ciencias Forenses, comprenden como fecha de corte el 27 de febrero de 2013. Los registros de la Unidad de Víctimas fueron obtenidos el 13 de marzo, con fecha de corte 12 de diciembre de 2012, aunque la fecha del último hecho incluido en la base de datos se observa para el 31 de agosto de 2012. El corte de los datos de la Fiscalía General de la Nación fue 30 de noviembre del 2012, con fecha del último registro de denuncia en la base de datos el 16 de noviembre del 2012.

A pesar de las discrepancias entre las cifras producidas por las diferentes organizaciones, las tendencias de las curvas de las fuentes oficiales describen comportamientos similares en la presentación del delito¹⁹⁷, variando solo para las fuentes no oficiales después del 2000, donde la línea tiende a aplanarse aún más¹⁹⁸.

Gráfica No. 3 Tendencia¹⁹⁹ del registro de la desaparición forzada, según diferentes fuentes Colombia 1970 - 2012



Fuentes: SIRDEC, Unidad de Víctimas, PGN y Organizaciones

197 Se resalta la gran proporción de casos sin fecha del hecho en la base de datos de la Unidad de Víctimas.

198 Entre las prioridades para las organizaciones de víctimas no se destacan los conteos estadísticos de los casos de desaparición forzada de los que tienen conocimiento. Además, el registro riguroso de casos dentro de un sistema de información es un ejercicio costoso en términos económicos, que no encuentra sostenibilidad con los limitados recursos de las organizaciones.

199 Esta curva se presenta con el propósito de aproximar a una observación de tendencias. No obstante, se insiste en que no tiene intereses de comparación entre las fuentes, ya que, como se ha insistido, estas en sí mismas no son comparables por las grandes divergencias en cuanto a la construcción del dato que han sido comentadas. Adicionalmente, no se logró acceso a toda la información, año por año, proveniente de organizaciones de la sociedad civil, razón por la cual la curva es descendente. Se recuerda que la base de datos es parcial y continua en construcción.

Si el solo conteo de casos de desaparición forzada o la elaboración de los listados unificados de las víctimas presenta dificultades, estas se ahondan cuando se trata de caracterizar el hecho en función de variables sociodemográficas, espaciales, temporales y circunstanciales. Aquí los niveles de subregistro y de deficiencia en la información son aún mayores.

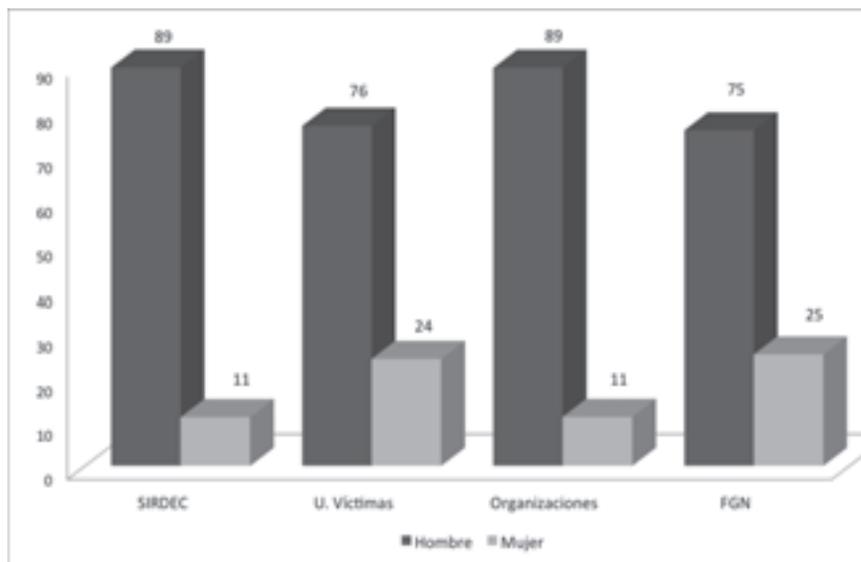
Para el Sirdec, el 89% de las personas reconocidas como desaparecidas forzadamente eran hombres, para la Unidad de Víctimas esta proporción se reduce al 79% y para la FGN al 75%. En las organizaciones de familiares la proporción de hombres víctimas de desaparición forzada equivale al 89% de los casos. En términos generales, puede decirse que por cada mujer desaparecida forzadamente hay entre 8 y 9 hombres desaparecidos.

Estas tendencias tan similares en cuanto al registro por sexo son, a su vez, congruentes con la afectación de los hombres en otras formas de violencia, como la homicida, donde se ha encontrado que por cada mujer fallecida de esta manera son asesinados hasta 12 hombres.

Gráfica No. 4

Proporción de víctimas de desaparición forzada según sexo en diferentes fuentes

Colombia 1970 - 2012



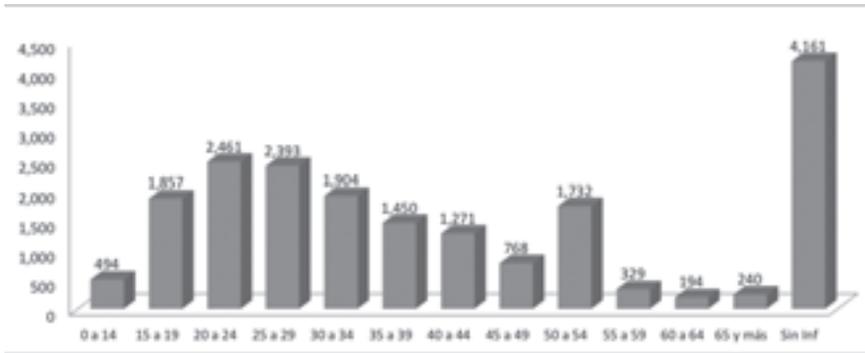
Fuentes: Sirdec, Unidad de Víctimas, PGN y organizaciones.

La edad de la víctima para el momento de la desaparición no fue registrada en el 22% de los casos del Sirdec; en el 89% de los reportes de desaparecidos de la Unidad de Víctimas, el 51% de los registros de la Fiscalía y el 88% de los casos conocidos por la organizaciones de víctimas. En consecuencia, solo es posible aproximar a la caracterización de los desaparecidos según ciclo vital a partir de los datos consolidados por el Instituto de Medicina Legal.

Hecha esa salvedad, la desaparición forzada afecta a población económicamente activa y reproduce las tendencias de otras formas de violencia, como la homicida, donde las víctimas son en su mayoría personas jóvenes, de tal manera que hombres y mujeres entre 15 y 39 años concentran el 54% de los casos. De estos, los adolescentes y adultos jóvenes, entendidos como las víctimas que

para el momento de la desaparición contaban con edades comprendidas entre los 15 y 24 años, representan el 23%.

Gráfica No. 5
Desaparición forzada según edad de la víctima
Colombia 1970 a 2012



Fuente: SIRDEC

No obstante, en el análisis de la desaparición forzada según grupo etáreo es importante resaltar la afectación de personas entre 50 y 54 años, que alcanza un 9% de la distribución.

En cuanto a la pertenencia étnica, las bases de datos de Sirdec, al igual que la de la Unidad de Víctimas, cuentan con esta variable, aunque con una gran proporción sin información.

Cuadro No. 8
Desaparición forzada según pertenencia étnica de la víctima
Colombia 1970 a 2012

Étnica	SIRDEC	%	U. Víctimas	%
Afrocolombiano	812	4,3	730	2,4
Indígena	225	1,2	55	0,2
Mestizo/otros	10.386	55,3	129	0,4
Rom		0,0	3	0,0
Sin información	7.831	41,7	29.242	97,0
Total	19.254	102,6	30.159	100,0

Fuente: SIRDEC y U. Víctimas

Otra variable con grandes problemas de registro es la que proporciona información sobre la ocupación de la víctima, la cual eventualmente se puede convertir en un factor de vulnerabilidad que pudo asociarse a la perpetración del hecho. Es así, como este dato se observa tan solo en el 19% de los registros del Sirdec y el 38% de la base de datos de las organizaciones. Los datos aportados por la Unidad de Víctimas o la Fiscalía no cuentan con esta variable.

Mientras que en el Sirdec los más afectados son los campesinos, con 40% de los casos, para las organizaciones son las personas con alguna militancia política, con 31%, seguida de los sindicalistas, con 24%:

Cuadro No. 9
Desaparición forzada según ocupación o vulnerabilidad de la
víctima
Colombia 1970 a 2012

Vulnerabilidad	Sirdec	% Vulnerable	Organizaciones	% Vulnerable.
Consumidor drogas	74	2	1	0
Asociación DDHH	13	0,4	24	2
Campesinos	1.486	40,1	21	2
Desmovilizados	116	3,1	13	1
Desplazados	80	2,2	9	1
Exconvictos	52	1,4	8	1
Funcionarios judiciales	22	0,6	6	1
LGBTI	4	0,1		
Indigentes – recicladores	12	0,3		0
Líderes cívicos	74	2	86	8
Educadores	29	0,8	33	3
Trabajadores salud	12	0,3	17	2
Otros	835	22,5	142	13
Pandillas	10	0,3		0
Periodistas	1	0	6	1
Políticos	34	0,9	343	31
Presunto Colaborador Grupo Ilegal	120	3,2	39	4
Reclusos	8	0,2	6	1
Religiosos	309	8,3	5	1
Sindicalistas	40	1,1	258	24
Trabajadores sexuales	21	0,6		
Concejales	19	0,5		
Servidores públicos	29	0,8	17	2
Indígenas	125	3,4	30	3
Afrocolombianos	87	2,3		0
Otros grupos étnicos	92	2,5	33	3
Ninguna o Sin Inf.	15.550		3.919	
Total	19.254	100	5.016	

Fuente: Sirdec y organizaciones

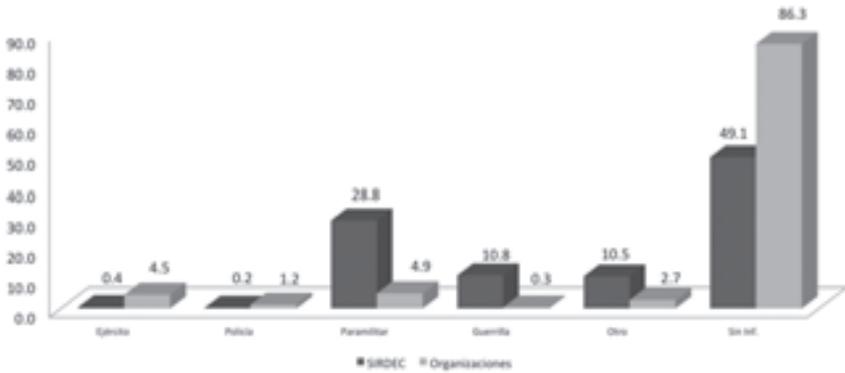
Poco se sabe de los perpetradores de estos hechos violentos en los cuatro sistemas de datos. El subregistro es tan alto, que no se puede inferir sobre el actor y menos sobre los determinantes intelectuales. En el SIRDEC el desconocimiento del autor alcanza un 49% y en los datos de las organizaciones el subregistro llega al 86%. Con respecto al Sirdec, este nivel de desconocimiento del actor es de esperarse, toda vez que esta base de datos tiene propósitos muy diferentes a la caracterización de los hechos. Además, en el momento que los datos son ingresados en el sistema es posible que persista un gran desconocimiento sobre los responsables de la desaparición.

En cambio, en la base de datos de la Fiscalía se encuentran 950 sindicados en relación con todos los casos de desaparición bajo investigación, lo que representa un 4% del total de procesos registrados. En cuanto al reconocimiento de organizaciones criminales como perpetradoras de la desaparición, se identificaron en 27 casos a grupos paramilitares y en 46 a los grupos subversivos.

La base de datos de la Unidad de Víctimas solo muestra el posible perpetrador en 76 casos, evento que representa un subregistro de la variable superior al 99%. De estos, 42 perpetradores fueron reportados como paramilitares y 32 como guerrilleros.

En la fuente no oficial es mayor proporcionalmente el registro de autores de tipo estatal, como lo son los pertenecientes al ejército y la policía. Perpetradores militantes de los paramilitares y la guerrilla son superiores proporcionalmente en el registro oficial, donde los primeros representan un 29% de los casos y las guerrillas el 11%.

Gráfica No. 6
Desaparición forzada según posible perpetrador
Colombia 1970 a 2012



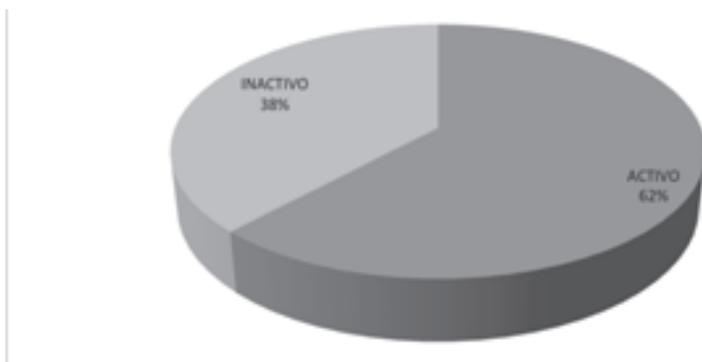
Fuente: Sirdec y organizaciones

En Sirdec se encuentran 214 víctimas que fueron desaparecidas al parecer por la delincuencia común.

La distribución de los autores también guarda una presentación particular dependiendo del momento histórico, tal como puede observarse en los anexos.

Gráfica No. 7

Víctimas de desaparición forzada, según estado de la NUC Colombia 2005 al 2012

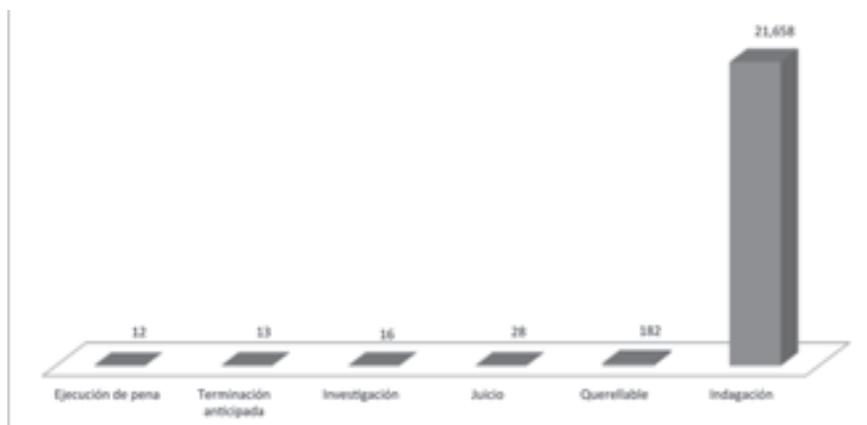


Fuente: FGN

Para el estado del proceso, más del 99% de los casos se encuentran en etapa de indagación.

Gráfica No. 8

Víctimas de desaparición forzada, según etapa del caso Colombia 2005 al 2012



Fuente: FGN

4. CONCLUSIONES Y RECOMENDACIONES

Con la información disponible actualmente en el país, tanto en fuentes oficiales como no oficiales, resulta imposible construir una cifra, ni siquiera aproximada, sobre la real magnitud, intensidad, frecuencia o tasa de presentación de la desaparición forzada y menos una caracterización de las dinámicas o tendencias en la presentación de este delito. Por lo tanto, uno de los primeros retos que debe asumir el Estado es la reconstrucción del inventario consensuado de todas y cada una de las víctimas y de sus historias de vida, con el objeto de iniciar procesos para la dignificación de las víctimas, visibilización de una realidad enmascarada y oculta por definición y proporcionar garantías de verdad, justicia, reparación y no repetición.

La identificación de las víctimas supone una tarea compleja, que debe partir de la voluntad de los distintos actores involucrados en el proceso y que necesita acopiar, bajo metodologías muy rigurosas de levantamiento de datos, toda la información disponible en fuentes oficiales y no oficiales, sumado a procedimientos estandarizados de contrastación y verificación debidamente documentados y validados entre las entidades y organizaciones que han asumido la tarea de recopilar todo lo relacionado con la desaparición forzada.

La experiencia en el levantamiento de datos en países como Argentina, a pesar de las diferencias con el caso colombiano (en extensión temporal del conflicto), puede retroalimentar y servir como referencia para eventuales iniciativas que se adelanten en el país. En dicho caso, la distribución fue fundamentalmente en un contexto urbano, con presencia del Estado en todo el país y con la construcción de listas oficiales de víctimas más o menos consensuadas, y con gran disponibilidad de acceso a los archivos oficiales, donde se dio capital importancia a los procesos de recuperación de la información oral y escrita, buscando, identificando, caracterizando las fuentes y generando los mecanismos para acceder a las mismas, ordenando la información según el tipo y niveles de confiabilidad, y utilizando importantes soportes informáticos.

En la actualidad, Colombia cuenta con algunas fuentes y registros de víctimas de desaparición presuntamente forzada, que se encuentra fragmentada y atomizada en entidades oficiales y orga-

nizaciones de víctimas. Esta información ha sido recolectada con intereses misionales, orientaciones metodológicas, coberturas espaciales y temporales muy diferentes, que imposibilitan cualquier pretensión de comparación entre las mismas.

Además, el acceso a estos datos resulta muy restringido, situación que se configura como uno de los mayores obstáculos para disponer de información única y confiable sobre la magnitud, tendencia y evolución histórica de este delito en el contexto nacional. Contribuiría a la comprensión integral del fenómeno el establecimiento de mínimos consensos metodológicos entre fuentes no oficiales y oficiales, si se quiere con aportes de la comunidad internacional, para el desarrollo de mejoras en los sistemas de registro que permitan caracterizar las dinámicas de la desaparición forzada en todas sus dimensiones, independientemente de las aspiraciones particulares de cada organización o entidad oficial.

Parte de ese consenso podría orientarse hacia la construcción de sistemas de información que no solo cuantifiquen a los desaparecidos, sino también midan las cifras de la impunidad junto a otros vectores de interés. La caracterización de las respuestas estatales en los sistemas de registro son determinantes para los tomadores de decisión.

Por lo tanto, se debe seguir avanzando en el inventario de los registros almacenados en las distintas fuentes, en el plano nacional, regional y local, y hacer la contrastación de esos hallazgos frente al Sistema de Información de la Red de Cadáveres NNs y Desaparecidos (Sirdec), como depositario del Registro Único de Desaparecidos, para que este alcance rápidamente los fines para los que fue concebido.

El Sirdec, como base de datos única y centralizada, es un gran recurso con el que cuenta el país para la gestión de los casos de desaparición forzada que son denunciados. Por lo tanto, debe ser fortalecido a través de actividades de depuración²⁰⁰ y seguimiento a los casos almacenados. Para ello, la voluntad de afinar los procesos por las instituciones que interactúan con el sistema es fundamen-

200 Se requieren ajustes para “lograr una depuración efectiva en el Registro Nacional de Desaparecidos que eleve el nivel de confianza de la información almacenada”(Comisión de Búsqueda de Personas Desaparecidas, 2010, p. 64)

tal. El proceso de depuración del Sirdec no es solo responsabilidad del administrador del sistema, el Instituto Nacional de Medicina Legal, sino que a él deben concurrir autoridades judiciales, dado que la actualización del registro requiere de la existencia de un acta de supervivencia, la cual solo puede ser elaborada por los organismos con funciones de policía judicial.

Otro factor que debe considerarse es que el modelo conceptual forense y criminalístico en el que se basó la construcción del Sirdec no es muy útil para la caracterización de los rasgos sociopolíticos de la desaparición, ya que los datos del cadáver y los datos ante mortem de la víctima no son suficientes para comprender el fenómeno en todas sus dimensiones.

Por ello, se hace necesario desarrollar nuevas metodologías para acercarse a la verdadera dinámica de presentación de este delito en los diferentes momentos históricos. En consecuencia, se requiere la implementación de modelos dinámicos de análisis de los datos sobre desaparición forzada, triangulados con diferentes técnicas investigativas que permitan ahondar en el conocimiento del delito y fortalecer las bases de datos judiciales que sí deben tener intrínseco los propósitos de caracterización, lo cual a su vez redundará en la dinamización de las acciones del Estado en la búsqueda de los desaparecidos, y en la judicialización de los responsables.

De otra parte, y como contribución para minimizar las dificultades en la obtención de registro confiables, se deben implementar, en primera medida, estrategias de interoperabilidad entre los sistemas de información para el seguimiento a los casos de desaparición forzada conocidos por la institucionalidad, apoyadas en herramientas tecnológicas que permiten el cruce de referencias con distintas bases de datos existentes en el país, tales como las criminales alojadas en la Policía Nacional, la Fiscalía y el Inpec, y no criminales relacionadas con la atención de pacientes en el sector salud, los movimientos migratorios registrados en la Cancillería, el tránsito de pasajeros de las aerolíneas y los registros bancarios, entre muchas otras.

Un adecuado registro de la desaparición forzada en Colombia debe ampliar los límites en la definición operativa frente al secuestro y construir definiciones que permitan observar bajo la misma

óptica casos concretos donde se adecuó la conducta bajo este último tipo penal, que a pesar del paso de los años y la eventual acción de actividades investigativas, no han arrojado ningún indicio o información sobre el desenlace del hecho con respecto a las víctimas. De ahí que se aplaude la reciente inclusión en el Sirdec de una categoría que dé cuenta de los casos de posible secuestro sobre los cuales no se avanza en el recaudo de información y menos en el esclarecimiento de los hechos.

Dentro del proceso de levantamiento de información, y especialmente en lo relacionado con la desaparición forzada, cada uno de los momentos del ciclo de vida del dato precisa ser cubierto con suficiencia. Si bien se notan esfuerzos, oficiales y no oficiales, por la recolección, vemos como son muy limitadas las tareas subsiguientes, que apuntan al procesamiento de los datos, incluidos en esta fase los procedimientos tendientes a la verificación, las labores de análisis y el establecimiento de mecanismos de difusión.

Para minimizar esas falencias es necesario fortalecer las estrategias de procesamiento, donde las apuestas por la calidad del dato sean una prioridad; el análisis, con enfoques interdisciplinarios e intersectoriales; y la divulgación y difusión de la problemática de la desaparición forzada, tanto a los tomadores de decisiones, como al público en general, las cuales deben concebirse con alcance nacional, departamental y municipal.

Reconocida la importante proporción de datos e información sobre la desaparición forzada que aún reposa en las organizaciones sociales en archivos físicos y otras fuentes documentales y que no han sido sometidos a procesos de sistematización y otros relacionados con la preservación de la memoria como la microfilmación, se recomienda que desde el Estado se apoyen proyectos en esta vía, donde la institucionalidad y las organizaciones se den la oportunidad de reconstruir conjuntamente la memoria en cada uno de los casos.

BIBLIOGRAFÍA

Alcaldía Mayor de Bogotá, & ASFADDES. (2009a). *Debates de la Memoria. Aportes de las Organizaciones de Víctimas a una Política Pública de Memoria, 2008-2010*. Bogotá.

Alcaldía Mayor de Bogotá, & ASFADDES. (2009b). 27 años luchando, resistiendo y persistiendo por verdad, justicia y memoria. En *Debates de la Memoria. Aportes de las organizaciones de víctimas a una política pública de memoria, 2008 – 2010*. Bogotá.

Alcaldía Mayor de Bogotá, & ASFADDES. (2009c). Experiencia de recuperación y preservación de la memoria del genocidio contra la Unión Patriótica. En *Debates de la Memoria. Aportes de las organizaciones de víctimas a una política pública de memoria, 2008 – 2010*. Bogotá. Recuperado de <https://www.google.com.co/search?q=scholar&ie=utf-8&oe=utf-8&aq=t&rls=org.mozilla:en-US:official&client=firefox-a&source=hp&channel=np>

Ambos, C. K., Alflen, P., Guzmán, J. L., Díaz, C. L., Meini, I., & Galain, P. (2009). *Desaparición forzada de personas*. Recuperado de <http://www.profis.com.co/anexos/documentos/pdfpublicaciones/desaparicionforzadadepersonas.pdf>

Amnistía Internacional. (2010). *Plan Estratégico Integrado 2010 - 2016*.

Ballesteros, E. P. (1995). *La memoria y el olvido: Detenidos desaparecidos en Chile*. Ediciones Orígenes. Recuperado de http://www.archivochile.com/Memorial/doc_gen/memo_docgenooooo2.pdf

Boccia, A., Palau, R., & Salerno, O. (2008). *Paraguay: Los Archivos del terror los papeles que resignificaron la memoria del Stronismo*. Asunción.

Brijalbo, M. A., & Londoño, C. (2004). *Análisis del delito de Desaparición Forzada*. Universidad Javeriana.

CCJ. (n.d.). *Cómo procesa la información la Comisión Colombiana de Juristas*.

CINEP. (2008). *Noche y Niebla*.

CNRR, Grupo de Memoria Histórica. (2009). *El Proyecto Colombia Nunca Más. Una memoria de archivos jurídicos*. En *Memorias en Tiempo de Guerra. Repertorio de Iniciativas*. Bogotá: Puntoa parte.

Comisión de Búsqueda de Personas Desaparecidas. (2010). *Instrumentos de Lucha Contra la Desaparición Forzada*. Bogotá.

Corte Suprema de Justicia del Paraguay (2011). *Los archivos del Terror de Paraguay. Patrimonio Documental del Mundo*.

DANE. (2012). *Ficha Metodológica EEVV*.

Delgado, C. (2008). *Crime Against Humanity and War Crimes in Colombia (1977-2005)*. In *Pursuit of Forensic Evidence for Missing Persons*. Bournemouth University.

DNP. (2009). *Consolidación de los mecanismos de Búsqueda e Identificación de Personas Desaparecidas en Colombia*. Conpes 3590.

EQUITAS. (2006). *Innovative Contributions to the Documentation of Missing Persons and Clandestine Cemeteries in Colombia's Conflict*. Bogotá.

Haugaard, L., & Nicholls, K. (2010). *Rompiendo el Silencio. En la Búsqueda de los Desaparecidos de Colombia*. Washington: Latin American Working Group Education Fund.

Instituto Nacional de Medicina Legal y Ciencias Forenses. (2010). *Forensis, Datos para la Vida 2009* (Vol. 11). Bogotá.

Nickson, R. A. (1995). *Paraguay's archivo del terror*. Latin American Research Review, p. 125–129.

Observatorio de Derechos Humanos y Derecho Humanitario. (2012). *La Desaparición Forzada en Colombia en Búsqueda de la Justicia*.

Observatorio de Paz y Reconciliación del Oriente Antioqueño. (2008). *Oriente: Memoria Desenterrada. Un camino para Identificar Personas Desaparecidas en el Conflicto Armado en el Oriente Antioqueño*. Rionegro.

OEA, & Comisión Interamericana de Derechos Humanos. (2012). *Sistema de Peticiones y Casos*. Folleto Informativo.

PNUD. (2006). Los desaparecidos forzados en Colombia, ¿cuántos se buscan? *Hechos de Callejón*, 2(20).

Policía Nacional. (2005). *Revista Criminalidad 2005* (Vol. 48). Bogotá.

Policía Nacional. (2008). *Revista Criminalidad 2007* (Vol. 50). Bogotá.

Policía Nacional. (2009). *Revista Criminalidad 2008* (Vol. 51). Bogotá.

Policía Nacional. (2010a). *Revista Criminalidad 2009* (Vol. 52). Bogotá.

Policía Nacional. (2010b). *Plan Estadístico de la Policía Nacional*. Bogotá.

Proyecto Colombia Nunca Más. (2003). *Verdad, Memoria y Lucha contra la Impunidad, 1966 - 2008*. Bogotá.

Salado, M., & Fondebrider, L. (2008). El desarrollo de la antropología forense en la Argentina. *Cuadernos de Medicina Forense*, (53-54), 213-221.

Uribe, P. L. O. (2010). *Cuerpos femeninos: Sujetos invisibles en Colombia*. Recuperado de from <http://docentesbmanga.ustabuca.edu.co/gpresenzia/comunidades/ustabmanga/ustabmanga/files/doc/vustabmanga69054020120619184653.pdf>

ESTE DOCUMENTO SE HA REALIZADO CON EL APOYO FINANCIERO DE LA UNIÓN EUROPEA. EL CONTENIDO DE ESTE DOCUMENTO ES RESPONSABILIDAD EXCLUSIVA DEL CENTRO NACIONAL DE MEMORIA HISTÓRICA Y EN NINGUNO DEBE CONSIDERARSE QUE REFLEJA LA POSICIÓN DE LA UNIÓN EUROPEA.