

EL ESTADO COLOMBIANO FRENTE AL DELITO DE DESAPARICIÓN FORZADA

**ADOLFO BARRERA BERRIO
CODIGO: 7000545**

**YOAN ALIPPZER MEDINA ALVIS
CODIGO: 7000535**

**Tutor:
Dr. ANDRÉS GONZALEZ SERRANO**

**UNIVERSIDAD MILITAR NUEVA GRANADA
ESPECIALIZACIÓN EN PROCEDIMIENTO PENAL CONSTITUCIONAL Y
JUSTICIAPENAL MILITAR
COHORTE No. 17
2011**

EL ESTADO COLOMBIANO FRENTE AL DELITO DE DESAPARICIÓN FORZADA

RESUMEN

Con el presente documento analizado, escrito y desarrollado acerca de la desaparición forzada de personas, se hará un estudio normativo, doctrinal y jurisprudencial sobre la responsabilidad que eventualmente pueda recaer al Estado Colombiano, como consecuencia de la protección que por parte de él se presenta, ya que la desaparición forzada constituye una afrenta a la dignidad humana, pues con esta práctica se violan varios derechos protegidos en los instrumentos internacionales sobre derechos humanos.

PALABRAS CLAVES

Desaparición forzada, responsabilidad del Estado, Derechos Humanos, Sistema Interamericano de Derechos Humanos, Vulneración de Derechos, agotamiento de recursos internos.

INTRODUCCIÓN

Existe la creencia que cuando se habla de desapariciones, se hace referencia a una práctica utilizada en latitudes lejanas o en regiones de difícil ubicación geográfica. Sin embargo, tal conducta criminal se presenta en nuestro territorio desde hace muchos años. No en vano los constituyentes de 1991 aprobaron en el artículo 12 de la Carta Magna: “Nadie será sometido a desaparición forzada, a torturas ni a tratos o penas crueles, inhumanos o degradantes”. Con el correr del tiempo y transcurridos varios años desde su entrada en vigencia, este precepto constitucional no tiene cabal aplicación en el territorio colombiano, porque no solo se continúan presentando desapariciones sino que, además, las diferentes administraciones a pesar de sus actuaciones, no han hecho los esfuerzos necesarios para lograr que el citado precepto se transforme en una herramienta eficaz contra la desaparición no voluntaria de personas.

La desaparición forzada atenta abruptamente contra los derechos al reconocimiento de la personalidad jurídica, a la libertad individual, a la seguridad personal, al libre desarrollo de la personalidad, a la garantía judicial, y se facilita la violación al derecho a la vida, y del derecho a no ser sometido a tortura o a otros tratos crueles inhumanos o degradantes¹. La desaparición forzada de personas se considera en el ámbito interno e internacional como delito de lesa humanidad, reprimido por el Código Penal Colombiano y por tratados internacionales que obligan a Colombia; no obstante tales previsiones normativas, es un hecho cierto que tal conducta punible es usual en Colombia, teniendo el Estado colombiano la facultad y la obligación de resguardar los derechos fundamentales de las personas.

¹ Constitución Política

Es importante manifestar que el presente escrito, pretende ser un documento de reflexión, que dé cuenta del panorama de la justicia penal militar frente al Sistema Regional del Protección de los derechos humanos cuyos resultados conlleven no sólo a resolver el problema jurídico planteado, sino a sentar una postura académica al respecto. El presente documento se realizó bajo los postulados de una investigación básica analizando y sintetizando conceptos básicos pretendiendo determinar como eje central, el grado de responsabilidad del estado por la desaparición forzada de personas dentro del territorio nacional. Se obtuvo la información mediante instrumentos de recolección como jurisprudencia emanada de la Corte IDH, Corte Constitucional, las doctrinas existentes en materia de derechos humanos, los pronunciamientos, y demás documentación seria y veraz acerca del tema específico.

La desaparición forzada de personas es un crimen de lesa humanidad, y como tal viola los derechos y garantías consagrados en todos los tratados que versan sobre las declaraciones de derechos humanos, puesto que atenta contra la base de todos los derechos cual es la dignidad humana. El conflicto interno hace que Colombia sea un lugar propicio para la desaparición involuntaria de personas, en virtud de esto, el Estado Colombiano ha hecho parte de declaraciones proferidas por la ONU, así como de la COMISIÓN INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS y LA DECLARACION AMERICANA DE LOS DERECHOS Y DEBERES DEL HOMBRE, tendientes a reconocer y proteger el derecho a la libertad, prevenir y evitar casos de desaparición forzada. Es por esta obligación de carácter internacional, que el Estado Colombiano ha visto comprometida su responsabilidad y ha sido condenado por Cortes Internacionales.

Al margen de la responsabilidad del Estado Colombiano por la desaparición forzada de personas mediante sus propios y directos agentes, cabe indagar que ocurre cuando tal hecho punible es cometido por los llamados grupos paramilitares que no son vistos por la jurisprudencia internacional como agentes estatales pero que ayudan a la función que por normas le corresponde al Estado desarrollar, o, ver que acontece cuando el mismo hecho ilícito es imputable a los denominados grupos guerrilleros. Determinar el régimen de responsabilidad interna del Estado se debe hacer a la luz de la Constitución de 1991, de la doctrina Nacional y extranjera, de la jurisprudencia constitucional y administrativa colombiana, y de paso, confrontar tal derecho comparado, en especial, la jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, circunstancia que por su extensión y complejidad no se tomará en su totalidad, pero si se analizará el fondo del asunto y sus implicaciones. Para entender el contexto fundamental del presente documento se debe realizar la siguiente pregunta: ¿Cuál es la obligación que se genera por parte del Estado Colombiano frente a las víctimas de desaparición forzada, a la luz de la Constitución de 1991 y el derecho comparado?

El presente escrito tiene como objetivo general determinar cuál es la obligación que se genera por parte del Estado Colombiano frente a las víctimas de desaparición forzada, a la luz de la Constitución de 1991 y el derecho comparado?. Y que del mismo se busca establecer las directrices que el Estado Colombiano debe seguir frente al delito de desaparición forzada como delito de lesa humanidad; analizar el grado de responsabilidad del estado colombiano a luz de la normatividad vigente y establecer el grado de adecuación punitiva del estado colombiano frente a los estándares fijados por la CIDH y las normas internacionales.

La importancia de realizar este documento radica en lo delicado y complejo que es el tema de la desaparición forzada de personas, el cual ha sido objeto de discusiones a nivel internacional y fruto de ello podemos encontrar declaración de la Organización de Naciones Unidas, que pretende que los Estados empleen todos sus medios a su alcance para luchar en contra de este delito de lesa humanidad, por lo que es de observar que esta forma de atentar contra la libertad y la dignidad de las personas es una preocupación a nivel mundial y frente a la cual todos los Estados tienen responsabilidad.

La desaparición forzada se puede presentar en cualquier país del mundo y sus autores por lo general suelen ser los propios Estados, sin embargo, ello no quiere decir que no se presenten otras personas que utilicen este crimen atroz en aras de cumplir sus propios objetivos. También se puede señalar que no necesariamente un Estado se debe encontrar en un conflicto interno, para que se presenten casos de personas desaparecidas forzosamente, empero las condiciones de traumatismo en el orden público, son las más propicias para que a menudo ocurra este atentado contra la humanidad.

Son las condiciones del conflicto interno de Colombia las que terminan por convertir a este flagelo en algo normal dentro del desarrollo de la guerra o lucha civil, el propio Estado Colombiano no ajeno a esta preocupación, ha hecho parte de diferentes declaraciones de orden internacional para prevenir la desaparición forzada, y a nivel interno lo ha tipificado como un delito, no obstante, el propio Estado Colombiano quien ha sido condenado internacionalmente por dicho crimen, y nada de raro sería que fuese investigado y juzgado a nivel internacional por las recientes evidencias que señalan al ejército como posible culpable de la desaparición de personas que salieron vivas de la toma del palacio de justicia por parte del M-19 en 1986, aunque en la actualidad algunos militares han sido condenados por el aparato judicial colombiano por algunas de estas desapariciones, tratando de mitigar el impacto que se podría generar a nivel internacional por no sancionar crímenes de lesa humanidad.

Pero no solamente se le puede imputar directamente al Estado Colombiano este tipo de crímenes, sino que también suelen cometerlos diferentes grupos que se encuentran al margen de la ley. Por eso es importante preguntarnos qué régimen de responsabilidad en el ordenamiento interno le atañe al Estado Colombiano y su diferencia con el tipo de responsabilidad internacional, cuando dicho crimen de lesa humanidad es cometido ya sea por paramilitares o por grupos guerrilleros, que actuando los unos a favor y los otros en contra del estado suelen cometer este tipo de atentado contra la humanidad.

Establecer el tipo de responsabilidad estatal que se establece en el ordenamiento jurídico interno, es de suma importancia no solo para defender los derechos de la víctima a un real acceso a la justicia y a las debidas reparaciones que se merecen, sino para tenerlo como un punto de referencia frente al derecho y la responsabilidad internacional y para lo más importante que es luchar por prevenir que este doloroso hecho vuelva a ocurrir.

1. EL ESTADO COLOMBIANO FRENTE AL DELITO DE DESAPARICIÓN FORZADA

1.1. La desaparición forzada en Colombia

El conflicto actual en Colombia, tiene sus antecedentes en la violencia que se generó a mediados del siglo pasado y este ha dejado grandes infamias como: desplazamiento, secuestro, muerte, mutilaciones, parapolítica, desaparición forzada entre otros. Todo lo anterior dentro de un marco de confrontación entre liberales y conservadores.

Tras esa confrontación partidista surgen las guerrillas liberales y el gobierno; y así fue mutando y apareció nuevos actores del conflicto como el M-19, narcotráfico y paralelamente el paramilitarismo. La desaparición forzada en Colombia, se conoce desde 1970 aproximadamente, ya que desde ese año empiezan a ser conocidos casos de este tipo. Este delito no solo deja huellas imborrables para la persona que ha sido violentada ya que sus familiares y amigos con el paso de los días se deterioran física, espiritual y psicológicamente. La desaparición forzada en Colombia ha cambiado, en este momento no solo se comete contra una persona, se comete en contra de una colectividad.

En los últimos años la opinión pública ha podido constatar con sus propias vivencias desapariciones forzadas de varias personas. Cada uno de los Colombianos ha podido darse cuenta de las consecuencias, del horror que una agresión de estas conlleva; este tipo de desaparición se comete por diferentes fines que puede ser extorsivos o en muchas ocasiones se presenta para obligar al poder ejecutivo a restringir cierta normatividad para algunos grupos no satisfactoria o que está en contra de sus actividades de tipo ilegal o delictivo.

Con delitos tales como la desaparición forzada, la tortura (física y Psicológica) y el desplazamiento, se están negando cada uno de los derechos fundamentales del ser humano, de sus familias, y de la sociedad en conjunto. Esto se fundamenta en cada hecho desplegado y que a nivel nacional e internacional se ha informado por los diferentes medios de comunicación, como también las denuncias que por parte de los familiares de las víctimas se han realizado, así mismo de lo pronunciado por las comunidades y de sectores sociales afectados; tema que han sido de amplio conocimiento público a nivel interno e internacional.

La desaparición forzada de personas es un crimen de lesa humanidad con el que se producen simultáneamente graves violaciones de derechos humanos e infracciones al DIH, que afectan a las víctimas directas, a sus familiares, a organizaciones y procesos sociales en los que participan. Como mecanismo de tenaza social ha sido efectivo para la intimidación de la población civil, favoreciendo el aislamiento de las víctimas. En Colombia la desaparición forzada ha sido una práctica sistemática, de la cual son responsables todos los actores armados. Si bien se desconoce a ciencia cierta su verdadera dimensión, es evidente que se trata de un método empleado para producir terror, como mecanismo

para la represión de opositores políticos e instrumento útil para garantizar la impunidad. En los últimos años se registra un incremento alarmante de los casos de desaparición forzada, como se constata en las versiones de los jefes paramilitares que se han sometido a la ley 975 del 2005.²

No obstante la circulación de información a través de los medios de comunicación sobre fosas comunes, esto no ha sido suficiente para generar una mayor comprensión de los impactos visibles y no visibles de la desaparición forzada en las familias, las comunidades y las organizaciones. Aún no se han generado mecanismos sociales de rechazo que generen costos sociales y políticos para los responsables de estos crímenes de lesa humanidad; las víctimas de la desaparición forzada, sus familias y sus organizaciones siguen siendo estigmatizadas, y de alguna manera se ha relativizado este crimen y sus impactos, justificándolos como consecuencias inevitables del conflicto armado.

Se constituye como hecho generador la violencia que a mediados del siglo XX se desato en Colombia y el surgimiento de grupos Político-Militares con vocación de poder, y los cuales desataron una confrontación entre estos y el Estado. Producto de esta confrontación fue que se empezó a cometer este delito por los diferentes actores del conflicto. A partir de la década de los 70's cuando estos grupos tuvieron más acogida en los sectores populares y empezaron a formar grupos políticos que obtuvieron cargos de elección popular, fue el detonante para que se iniciara una larga historia de desaparición en nuestro país. En Colombia tras los diversos intentos de negociaciones de paz con los diversos grupos guerrilleros que permitieron que estos tuvieran representación política, como fue el caso de las FARC, con su brazo político la UP, que alcanzo representación en cargos públicos hizo que opositores a estos iniciaran una cacería a todos los integrantes de esta organización y fue así que se conoció uno de los casos más vergonzosos como fue el exterminio de dicha organización. Así lo abordan medios escritos "Los mataron poco a poco, como si se tratara de una misión de largo aliento que pareciera no acabar nunca. Empezó el 30 de agosto de 1986, cuando cayó asesinado en Barrancabermeja, el representante a la Cámara Leonardo Posada, y aún no ha terminado. En los últimos cuatro años mataron a 140 sobrevivientes y 38 más desaparecieron. Por este caso, el Estado Colombiano está ante la que podría ser la mayor condena de la que se tenga noticia en los tribunales internacionales del sistema interamericano de justicia. A pesar del reconocimiento político que se ha hecho del genocidio, de la magnitud del caso y del paso del tiempo, la justicia nacional no ha podido llevar a buen término más de una decena de investigaciones, que tienen en la cárcel escasamente a cinco personas. Algunos paramilitares y miembros de las fuerzas armadas.

El signo trágico que se puso sobre este partido político de izquierda, empezó en 1985, cuando como resultado de los acuerdos de paz firmados entre el Estado las FARC, nació como el escenario democrático que recibiría a los desmovilizados de las FARC en su tránsito de paz. En esa época, la política era el camino más optimista para la reinserción de la guerrilla a la vida civil. Y fue tal el entusiasmo que generó el país, que en las primeras elecciones en que la UP participó, el 9 de marzo de 1986, obtuvo cinco curules en el Senado, nueve en la Cámara de Representantes, 14 Diputados, 23 Alcaldes y 352 Concejales.

² Ley 975 de 2005.

Muy pronto con el inicio de los asesinatos, las FARC se retiraron de la UP y regresaron al monte. Llego al final la tregua pactada con el gobierno y la guerra continuo. Quedaron muchos viejos y jóvenes comunistas que siguieron en la política legal en un partido que les brindaba un espacio que no tuvieron antes. Pero llego el exterminio. Hoy la FUNDACIÓN REINICIAR que reúne las víctimas de la UP, tiene en sus registros 5400 nombres de víctimas de violaciones a sus derechos, entre ellas 2800 asesinados.

El 27 de Febrero de 2006, el gobierno y las víctimas rompieron el escenario de “solución amistosa” en la que estuvieron empeñados por nueve años y en la que intentaban lograr un arreglo que evitara llegar a una instancia superior, como es la Corte Interamericana, donde se podría dar una condena sin precedentes al Estado Colombiano”³.

Otro caso de desaparición forzada que ha causado grandes escándalos a nivel nacional e internacional en nuestro país, fue el que se dio en la retoma del palacio de justicia que había sido tomado por el M-19, en esta retoma las fuerzas militares sacaron 12 personas con vida de las cuales después de casi 26 años no se conoce su paradero, y que observo como el Coronel retirado del Ejército Nacional Plazas Vega tuvo una condena en el 2012 de 30 años de prisión. Este caso reviste gran importancia porque en él están implicados agentes del Estado como lo son altos mandos del ejército. Posteriormente con el surgimiento de grupos paramilitares con apoyo de sectores del gobierno y de militares, se incremento la práctica de la desaparición forzada ya que estos recurrían frecuentemente a estas prácticas para acabar con los que se oponían a su proyecto. El narcotráfico también ha sido un factor importante en la práctica de esta.

“En Colombia nunca se ha sabido a ciencia cierta cuantas personas han sido desaparecidas. Hasta el año 2000, el delito ni siquiera existía en el Código Penal. Los esfuerzos por tener una cifra aproximada se remontan a 1983, con el nacimiento de la Asociación de Familiares Detenidos- Desaparecidos (ASFADDES), que hoy, calcula, tiene en sus archivos cerca de 15000 casos de desaparición forzada”⁴.

1.2. La responsabilidad del estado en la Constitución Política.

En julio de 1991 se promulgo la nueva constitución, en su artículo primero se define a Colombia como un Estado Social de Derecho; y en el segundo se señalan los fines esenciales del Estado, y a las autoridades de la república como instituidas para proteger a todos los residentes en Colombia, en su vida, honra, bienes, creencias y demás derechos y libertades, para asegurar el cumplimiento de los deberes sociales del Estado y de los particulares. El Artículo 6, estableció la responsabilidad de los particulares por infracción a la constitución o a las leyes, y la de los servidores públicos por igual causa y por omisión o extralimitación de funciones. A diferencia del estatuto institucional de 1886, la carta magna de 1991 en su artículo 90 consagro de forma independiente del resto del texto constitucional el principio de la responsabilidad estatal así: “El Estado responderá patrimonialmente por los daño antijurídicos que le sean imputables, causados por la acción u omisión de las autoridades públicas. En el evento de ser condenado el Estado a

³ El Espectador.com

⁴ ASFADDES, (Asociación de Familias de Detenidos-Desaparecidos)

la reparación patrimonial de uno de tales daños, que haya sido consecuencia de la conducta dolosa o gravemente culposa de un agente suyo, aquel deberá repetir contra este”.⁵

Luego de un detenido análisis se puede inferir que el artículo 90 de la actual Constitución proviene fundamentalmente del proyecto elaborado por el constituyente doctor Juan Carlos Esquera, quien en el informe – ponencia del 22 de abril de 1991, presenta el bosquejo del artículo concerniente al tema de la responsabilidad de las autoridades públicas y del Estado, de la siguiente manera: “...Las autoridades públicas serán responsables por infracción de la Constitución y de las leyes y por extralimitación u omisión en el ejercicio de sus funciones. Cualquier persona podrá solicitar de la autoridad competente la aplicación de las correspondientes sanciones penales o disciplinarias. Cuando sea procedente, también podrá demandar ante el juez competente que se ordene a la autoridad renuente el cumplimiento del deber omitido. El Estado responderá patrimonialmente por los daños antijurídicos que le sean imputables, causados por la acción u omisión de las autoridades públicas. La demanda podrá dirigirse contra el Estado, la autoridad pública o uno y otra. En el evento de ser condenado el Estado a la reparación patrimonial de uno de tales daños que haya sido consecuencia de la conducta culposa de un agente suyo, aquel deberá repetir contra este...”⁶

Del texto constitucional (Artículo 90) referido anteriormente podemos establecer tres requisitos que se exigen a la hora de reclamar del Estado Indemnización de los perjuicios que por acción u omisión haya causado a los particulares, así:

- a). La existencia de un daño antijurídico.
- b). Que dicho daño haya sido ocasionado por la acción u omisión de la autoridad pública. (Causalidad material)
- c). Que dicho daño sea imputable al estado (imputabilidad)

1.3. La responsabilidad extracontractual del Estado

Contrario sensu a la responsabilidad contractual, se habla o se está frente a un problema de responsabilidad extracontractual en el momento en que entre víctima y autor del daño no exista vínculo anterior alguno, o que aún así existiera tal vínculo, el daño que sufre la víctima no proviene de dicha relación anterior sino de otra circunstancia. El autor del daño está obligado a indemnizar a la víctima de un perjuicio que no proviene de un vínculo jurídico previo entre las partes.

Para el profesor Gustavo Penagos, la responsabilidad extracontractual o aquiliana, es la “originada en el principio general de no hacer daño a otro”⁷; Alessandri la define como “la que proviene de un hecho ilícito intencional o no que ha inferido injuria o daño a la persona o propiedad de otro. No hay relación entre el autor del daño y la víctima y si la

⁵ Artículo 90 - Constitución Política.

⁶ Informe-Ponencia del lunes 22 de abril de 1991. Gaceta constitucional N° 56 citado por Juan Carlos Henao pág. 766

⁷ Penagos Gustavo. El daño antijurídico, Ediciones Doctrina y Ley Ltda. Bogotá. 1997. Pág. 2.002.

hay el daño se produjo al margen de ella. Supone la ausencia de obligación, se produce entre personas jurídicamente extrañas por lo menos en cuanto al hecho de que deriva y es ella la que crea la obligación de reparar el daño”. Para Marty la responsabilidad delictual o “la proveniente del delito se aplica a propósito de los daños que sobrevienen entre personas que no están ligadas por ningún contrato, entre terceros”⁸.

El autor colombiano Martínez Rave define la responsabilidad extracontractual como “la obligación de asumir las consecuencias patrimoniales de un hecho dañoso”⁹. En esta definición el autor no hace referencia alguna al hecho de que las partes de la relación dañosa, es decir, la víctima y el autor del daño tengan o no la relación o vínculo jurídico anterior, pero en la misma obra en páginas anteriores al referirse a la responsabilidad en general, consagra lo que tradicionalmente se ha entendido por responsabilidad extracontractual como “la que nace como la persona que ha cometido un daño en el patrimonio de otra y con la cual no la liga ningún nexo contractual legal. Es decir que nace para quien simple y llanamente ocasiona un daño a otra persona con la cual no tiene ninguna relación jurídica anterior”¹⁰.

Dentro del desarrollo de la responsabilidad, en este caso la extracontractual es menester hablar del más importante elemento que la configura, EL DAÑO, el cual define el profesor Henao en su libro del mismo nombre así: “Daño es la aminoración patrimonial sufrida por la víctima”¹¹. Definición que armoniza con lo expresado con el tratadista y anterior presidente del Consejo de Estado “frente a las diversas definiciones del concepto daño, es rescatable que todas buscan desterrar la conceptualización tradicional que por su carácter restrictivo, en esencia de quebramiento a un derecho subjetivo, posibilita un sin número de injusticias que hoy día nadie se atrevería a desconocer y a indemnizar, sin embargo, la procedencia etimológica también resulta algo incierta, provenga de la partícula – DA - o –DEMERE - , la primera indica la presencia de una pérdida y la segunda significa quitar”¹². Por consiguiente se determina que el daño es el elemento “sine qua nom” de la responsabilidad ya que en la actualidad – y nos parece bien – la jurisprudencia, la normatividad – Constitución Política, Ley – y la doctrina así lo reconocen.

2. LA DESAPARICION FORZADA DE PERSONAS BAJO LA OPTICA DE LA RESPONSABILIDAD ESTATAL

⁸ Alessandri Rodríguez, Arturo. De la responsabilidad extracontractual en el derecho civil. Santiago de Chile: Imprenta Universal, 1981, Pág. 42

⁹ Martínez Rave, Gilberto. La responsabilidad civil extracontractual en Colombia. 4ª ed. Medellín: Biblioteca jurídica Diké, 1988. Pág. 39.

¹⁰ Martínez Rave, Gilberto. Obra citada. Pág. 12

¹¹ Juan Carlos Henao, El Daño. Ed. Universidad Externado de Colombia. 1998, Pág. 84

¹² Enrique Gil Botero, Temas de Responsabilidad Extracontractual del Estado, Ed. Librería Jurídica Sánchez R. Ltda. 1999, Pág. 21

La desaparición forzada de personas es una flagrante violación a los derechos humanos que, por su gravedad, ha atraído el interés de la comunidad internacional. Tan solo en las últimas dos décadas se han aprobado cuatro instrumentos¹³, tanto en el ámbito universal como regional, para prevenir y sancionar esta práctica.

Este flagelo es un fenómeno tan grave como complejo, cuya atención requiere una comprensión integral de su naturaleza. Incluso, la complejidad misma del fenómeno ha impedido que, a pesar de los múltiples esfuerzos por conceptualizarlo, se pueda alcanzar una definición universalmente aceptada en los distintos instrumentos jurídicos internacionales que se ocupan de este particular asunto. Sin embargo al observar el catálogo de definiciones que se han elaborado al respecto en los distintos instrumentos internacionales podemos encontrar en ellas, los siguientes elementos comunes:

Privación de la libertad -Participación del Estado (o de un grupo Político)-
Ocultamiento de la víctima -Coparticipación -Intencionalidad.

2.1. Normas de carácter nacional e internacional conforme a las cuales se juzga la desaparición forzada de personas

La desaparición forzada es un delito de carácter continuado mientras no se establezca el paradero de la persona y configura violaciones múltiples de varios derechos como los que se mencionaron, por tal motivo la comunidad internacional ha generado todo un marco normativo que en su mayoría Colombia ha estado presto a ratificar. Igualmente Colombia ha establecido unos instrumentos jurídicos de carácter nacional que han buscado introducir o darle aplicabilidad en el ordenamiento interno a las prescripciones normativas internacionales y constituir una herramienta eficaz para luchar contra este flagelo.

2.1. Instrumentos jurídicos internacionales

Ya se menciona que la desaparición forzada de personas es un delito que genera múltiples violaciones de Derechos Humanos que han sido consagrados en diferentes instrumentos internacionales, por lo que a continuación se señala aquellos que el Estado colombiano ha suscrito y ratificado que le generan obligaciones de carácter internacional.

- LA DECLARACION UNIVERSAL DE LOS DERECHOS HUMANOS DE 1945¹⁴, ARTICULOS 1,2,3,5,6,7,8,9,11,12,18,19,20 y 23 N° 4. Declaración hecha por la Organización de Naciones Unidas.

¹³ Declaración sobre la Protección de todas las personas contra las desapariciones forzadas, aprobada por la Asamblea General en su resolución 47/133 de 18 de Diciembre 1992; Convención Interamericana sobre Desaparición Forzada de Persona, adoptada en Belén do Pará. Brasil, el 9 de Junio de 1994, en el 24 periodo ordinario de sesiones de la Asamblea General; Convención Internacional para la Protección de Todas las Personas contra las Desapariciones Forzadas, A/HRC/1/L.2, 22 de Junio de 2006; estatuto de la Corte Penal Internacional. A/CONF.183/9 de 17 de Julio de 1998.

¹⁴ Disponible en HTML:<http://www.un.org/spanish/aboutun/hrights.htm>.

- PACTO INTERNACIONAL DE DERECHOS CIVILES Y POLITICOS¹⁵, artículos 6, 6.5, 7, 9, 10, 14,6, 17, 18, 19, 22, 23 y 26. Adoptado por la Asamblea General de la ONU en su resolución 2200 A (XXI), de 16 de Diciembre de 1966.
- CONVENCION CONTRA LA TORTURA Y OTROS TRATOS O PENAS CRUELES, INHUMANOS O DEGRADANTES¹⁶, adoptado por la asamblea general de la ONU en su resolución 39/46, de 10 de Diciembre de 1984, entro a regir en Colombia el 8 de Enero de 1988.
- DECLARACION AMERICANA DE LOS DERECHOS Y DEBERES DEL HOMBRE¹⁷, artículos I, II, IV, V, VI, VIII, IX, XVII, XVIII, XXII, XXV, XXVI, aprobada en la IX Conferencia Internacional Americana, Bogotá, Abril 1948
- CONVENCION INTERAMERICANA SOBRE DERECHOS HUMANOS¹⁸, artículos 1,3, 4, 5, 7, 8, 11, 12, 13, 16, 17, 18, 24, 25. Entro a regir en Colombia el 18 de Julio de 1978.

Estas normas de carácter internacional tienen en común que consagran una serie de derechos humanos, frente a los cuales los Estados que han suscrito ratificado dichos tratados han adquirido la condición de garantes y por eso cualquier violación que se dé cómo consecuencia de la acción o de la omisión de los Estados les puede significar la responsabilidad y condena internacional.

Otros igualmente importantes que no se deben dejar atrás y que sirve como soporte jurídico son los que a continuación mencionaremos:

- EL PROTOCOLO II ADICIONAL A LOS CONVENIOS DE GINEBRA DEL 12 DE AGOSTO DE 1949¹⁹, relativo a la protección de las víctimas de los conflictos sin carácter internacional.
- EL ARTICULO 3 COMUN A LOS CUATRO CONVENIOS DE GINEBRA.
- CONVENCION INTERAMERICANA SOBRE DESAPARICION FORZADA ²⁰, Colombia lo firmo el 17 de septiembre de 2007.
- ESTATUTO DE ROMA DE 1988²¹, considera la desaparición forzada como un crimen contra la humanidad.

A continuación haremos referencia a aquellos tratados que se aplican de forma inmediata para juzgar los casos de desaparición forzada y que en tal sentido revisten mayor importancia para saber cómo está fallando la Corte Interamericana.

¹⁵ Disponible en HTML:http://www.unhchr.ch/spanish/html/menu3/b/a_ccpr_sp.htm

¹⁶ Disponible en HTML:<http://www.2ohchr.org/spanish/law/cat.htm>

¹⁷ Disponible en HTML:<http://www.cidh.org/básicos/básicos1.htm>

¹⁸ Disponible en HTML:<http://www.oas.org/jurídico/spanish/tratados/b-32.htm>

¹⁹ Disponible en HTML:<http://www.unhchr.ch/spanish/html/menu3/b/94.htm>.

²⁰ Disponible en HTML:[http://www.unhchr.ch/huridocda.nsf/\(Symbol\)/A:RES:47.133.Sp?OpenDocumen.htm](http://www.unhchr.ch/huridocda.nsf/(Symbol)/A:RES:47.133.Sp?OpenDocumen.htm)

²¹ Disponible en HTML:<http://www.drechos.net/doc/tpi.htm>

2.2. Convención Americana de Derechos Humanos

Nos detendremos a analizar esta convención en el entendido de que es ésta la que se tiene como el principal referente normativo que utiliza la Corte Interamericana de Derechos Humanos (La convención creó este órgano con el principal fin de que la interpretara y la aplicara), en los juicios que sobre violaciones a Derechos Humanos cometen los Estados que suscribieron esta convención.

La Convención Americana o pacto San José, es el principal instrumento jurídico que se ha venido utilizando para juzgar los casos de desaparición forzada, pues este reúne los principios y derechos consagrados en otros instrumentos internacionales tal y como lo manifiesta su preámbulo que reza “considerando que estos principios han sido consagrados en la Carta de la Organización de los Estados Americanos, en la Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre y en la Declaración Universal de los Derechos Humanos que han sido reafirmados y desarrollados en otros instrumentos internacionales, tanto del ámbito nacional como regional”²², este es el tratado que contiene a las principales obligaciones de los Estados Americanos frente a los derechos humanos, por tal motivo se desarrolla a continuación cada uno de estos compromisos de los Estados pero particularmente sobre casos de desapariciones forzadas conforme la Convención Americana sobre derechos humanos y algunas sentencias de la Corte Interamericana.

3. OBLIGACIONES GENERALES DE LOS ESTADOS EN MATERIA DE DESAPARICIONES FORZADAS.

La Convención Americana sobre Derechos Humanos establece unos deberes de carácter general que los Estados están obligados a obedecer es así que el artículo 1.1 dispone “los Estados Partes en esta Convención se comprometen a respetar los derechos y libertades reconocidos en ella y a garantizar su libre y pleno ejercicio a toda persona que esté sujeta a su jurisdicción, sin discriminación alguna por motivos de raza, color, sexo, idioma, religión, opiniones políticas o de cualquier otra índole, origen nacional o social, posición económica, nacimiento o cualquier otra condición social”²³. Por otra parte el artículo 2 reza “si el ejercicio de los derechos y libertades mencionados en el artículo 1, no se estuviere ya garantizado por disposiciones legislativas o de otro carácter, los Estados partes se comprometen a adoptar, con arreglo a sus procedimientos constitucionales y a las disposiciones de esta Convención, las medidas legislativas o de otro carácter que fueren necesarias para hacer efectivos tales derechos y libertades”²⁴.

Conforme a estos dos artículos se puede decir que los Estados están obligados a respetar, garantizar, prevenir e investigar las violaciones a la Convención Americana, si

²² Disponible en HTML:<http://www.oas.org/juridico/spanish/tratados.htm>. Organización de Estados Americanos, Washington D.C. Departamento de Derecho Internacional

²³ *Ibidem*

²⁴ *Ibidem*

ello no sucede se les imputa ya sea por acción o por omisión la violación de la Convención y en consecuencia se predica su responsabilidad internacional condenándolos a resarcir los daños que hubiesen causado.

3.1. Obligación de respeto a los derechos y libertades reconocidos en la Convención

Los Estados tienen como primera obligación el respeto a los derechos consagrados en la convención, de ahí que estos se conviertan en un límite al poder del Estado y la función pública, por lo que cualquier extralimitación de los funcionarios públicos en el ejercicio de sus funciones que menoscabe derechos humanos puede significar responsabilidad internacional. La responsabilidad que se predique en el Estado es independiente que se logre identificar y juzgar a los autores de la violación o que se presente cambios de gobierno pues por el principio de identidad de los Estados, estos siempre serán responsables.

Esta obligación que tienen los Estados supone que debe no solamente disponer en su ordenamiento interno una serie de normas en las que se introduzcan los instrumentos jurídicos internacionales sobre derechos humanos, sino que además debe organizar todo su aparato estatal en función del libre y pleno ejercicio de los derechos humanos. En el caso de las desapariciones forzadas la Corte Interamericana ha manifestado lo siguiente “la existencia de esta práctica supone el desconocimiento del deber de organizar el aparato del Estado de modo que se garanticen los derechos reconocidos en la convención. De tal modo, el llevar a cabo acciones dirigidas a realizar desapariciones involuntarias, a tolerarlas, a no investigarlas de manera adecuada o a no sancionar, en su caso, a los responsables, genera la violación del deber de respetar los derechos reconocidos por la convención y a garantizar su libre y pleno ejercicio (Art. 1.1)”²⁵.

3.1. obligación de prevenir violaciones a la Convención

La obligación de los Estados de prevenir violaciones a la convención, es una obligación de medio por lo que cualquier violación de derechos humanos no puede dar lugar a declarar lo responsable al Estado, es decir se debe demostrar que el Estado no ha tomado medidas jurídicas, políticas, administrativas, económicas, etc., que constituyen todos actos encaminados a la prevención de violaciones de derechos humanos, el Estado debe haber omitido absolutamente su deber de prevención.

3.2. Obligación de investigar las violaciones a la Convención.

La obligación de investigar las violaciones de derechos humanos que tienen los Estados, es una obligación de medio, no obstante debe ser una investigación seria que tienda a producir resultados en los que se determine los autores del crimen, su respectiva sanción, y se propenda a reparar los daños que se hayan ocasionado a las víctimas, esto último de obligatorio cumplimiento, si ello no se cumpliera se incurriría en una omisión de este deber internacional de los Estados,²⁶; en los casos concretos de desapariciones forzadas

²⁵ Corte Interamericana de derechos Humanos, caso Fairen Garbi y Solís Corrales, párrafo 152.

²⁶ Corte Interamericana de Derechos Humanos, caso Paniagua Morales y otros

la Corte ha manifestado que: “el deber de investigar casos de desaparición subsiste mientras se mantenga la incertidumbre sobre la suerte final de la persona desaparecida. Incluso en el supuesto de que circunstancias legítimas del orden jurídico interno no permitieran aplicar las sanciones correspondientes a quienes sean individualmente responsables de delitos de esta naturaleza, el derecho de los familiares de la víctima de conocer cuál fue el destino de esta y, en su caso, donde se encuentran sus restos, representa una justa expectativa que el Estado debe satisfacer con los medios a su alcance”²⁷.

4. CONVENCION INTERAMERICANA SOBRE LA DESAPARICION FORZADA

La Convención Interamericana sobre desaparición forzada de personas, regula ampliamente este delito de lesa humanidad, por lo cual la Corte Interamericana la utiliza para efectos de proferir sus sentencias, de ahí que a continuación presentamos la definición, los elementos, las características de la desaparición forzada y finalmente las obligaciones específicas que tienen los Estados con relación a este crimen.

4.1. Definición sobre la desaparición forzada de personas

La convención Interamericana sobre la desaparición forzada la definió en el Artículo II como “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”²⁸.

4.2. Elementos de la desaparición forzada

- a). Privación de la libertad a una o más personas, cualquiera que fuere la privación.
- b). Esta privación puede ser cometida por: 1. Agentes del Estado. 2. Personas o grupos que actúen con la autorización, el apoyo o la aquiescencia del Estado.
- c). la privación de la libertad esta seguida de: - La falta de información. - La negativa de reconocer dicha privación, o - La negativa a informar sobre el paradero de la persona.
- d). La falta o carencia de información impide el ejercicio de los recursos legales y de las garantías procesales pertinentes.

De este modo, la comisión de la desaparición forzada se consuma en dos actos:

1. La privación de la libertad de una persona – que inicialmente puede ser legal-seguida de su ocultamiento.
2. La negativa a reconocer dicha privación o de dar información sobre su paradero, sustrayéndola del amparo legal.

²⁷ Corte Interamericana de Derechos Humanos.

²⁸ Disponible en HTML:<http://www.oas.org/juridico/spanish/tratados.htm>. Organización de Estados Americanos, Washington D.C. Departamento de Derecho Internacional.

4.3. Características de la desaparición forzada

- a. Este delito será considerado como continuado o permanente mientras no se establezca el destino o paradero de la víctima (ART. III de la Convención).
- b. Al ser delito continuado, la acción penal y la pena que se imponga judicialmente al responsable no están sujetas a prescripción (Art. VII de la convención).
- c. No es un delito político, por lo que es susceptible de extradición (Art. V de la convención).
- d. No se admite como eximente de responsabilidad la obediencia debida a órdenes o instrucciones superiores que dispongan, autoricen o alienten la desaparición forzada, dado que toda persona que reciba tales ordenes tiene el derecho y el deber de no obedecerlas (Art. VIII de la convención).
- e. Los presuntos responsables solo podrán ser juzgados por las jurisdicciones de derecho común competentes en cada Estado, con exclusión de toda jurisdicción especial, en particular la militar. Los hechos constitutivos de la desaparición forzada no podrán considerarse como cometidos en el ejercicio de las funciones militares. No se admitirán privilegios, inmunidades, ni dispensas especiales en tales procesos, sin perjuicio de las disposiciones que figuran en la Convención de Viena sobre Relaciones Diplomáticas (Art. IX de la Convención).
- f. 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 de personas (Art X de la Convención).

5. OBLIGACIONES ESPECÍFICAS DE LOS ESTADOS FRENTE A LA DESAPARICION FORZADA.

Las obligaciones específicas de los Estados en materia de desapariciones forzadas las consigna el artículo 1 de la convención Interamericana sobre la desaparición forzada que al respecto reza: “Los Estados partes en esta convención se comprometen a:

- a. No practicar, no permitir, ni tolerar la desaparición forzada de personas, ni aún en estado de emergencia, excepción, o suspensión de garantías individuales.
- b. Sancionar en el ámbito de su jurisdicción a los autores, cómplices y encubridores del delito de desaparición forzada de personas, así como la tentativa de comisión del mismo.
- c. Cooperar entre sí para contribuir a prevenir, sancionar y erradicar la desaparición forzada de personas y
- d. Tomar las medidas de carácter legislativo, administrativo, judicial o de cualquier otra índole necesaria para cumplir con los compromisos asumidos en la presente convención.”²⁹

5.1. Estatuto de Roma de 1988

²⁹ Artículo 1 de la convención Interamericana sobre la desaparición forzada

El estatuto de Roma en su Artículo 5 le ha reconocido a la corte Penal la competencia para juzgar a los responsables de desaparición forzada, así mismo le ha concedido a la misma calidad de crimen de lesa humanidad, siempre y cuando sea cometido como parte de un ataque generalizado o sistemático contra una población civil y con conocimiento de dicho ataque.

5.2. Normas del orden nacional

En el ordenamiento jurídico interno colombiano se ha regulado la desaparición forzada constitucional y legalmente, todo con el ánimo de cumplir con los compromisos internacionales asumidos por el país mediante la ratificación de los tratados internacionales y además en atención a que la desaparición forzada en el país se convirtió en una práctica normal que ha puesto en peligro la sociedad.

- CONSTITUCION POLITICA DE 1991.
- LEY 74 DE 1968, por la cual se aprueba el pacto internacional de derechos civiles y políticos.
- LEY 16 DE 1972³⁰, por la cual se aprueba la Convención Americana sobre Derechos Humanos.
- LEY 70 DE 1986³¹, por la cual se aprueba la Convención Contra la Tortura y otros tratos o penas Crueles.
- LEY 171 DE 1994³², por medio del cual se aprueba el “Protocolo adicional a los Convenios de Ginebra del 12 de Agosto de 1949, relativo a la protección de las víctimas de los conflictos armados sin carácter internacional (protocolo II)”, hecho en Ginebra el 8 de Junio de 1977.
- LEY 589 DEL 2000³³, por medio de la cual se tipifica el genocidio, la desaparición forzada, el desplazamiento forzado y la tortura.
- LEY 599 DEL 2000³⁴, código penal.
- LEY 707 DEL 2001³⁵, por medio de la cual se aprueba la Convención Interamericana sobre desaparición forzada.
- LEY 734 DEL 2002³⁶ ARTICULO 48.8, código disciplinario único.

5.2.1. Constitución Política

Al ser la Constitución norma de normas según el artículo 4 de la misma, esta se constituye en el principal referente que se tiene en el ordenamiento interno para juzgar los casos de desaparición forzada, sobre todo al considerar que ésta consagra el catalogo de derechos que precisamente se vulneran con este comportamiento. Los derechos que se han consagrado en los instrumentos jurídicos internacionales y que sirven de fundamento

³⁰ CONGRESO DE COLOMBIA de 1972. Diario Oficial N° 33780

³¹ CONGRESO DE COLOMBIA. Ley 70 de 1986

³² CONGRESO DE COLOMBIA. Ley 171 de 1974. Diario Oficial N° 41640

³³ CONGRESO DE COLOMBIA. Ley 589 de 2000. Diario Oficial N° 44073

³⁴ CONGRESO DE COLOMBIA. Ley 599 de 2000. Diario Oficial N° 44097

³⁵ CONGRESO DE COLOMBIA. Ley 707 de 2001. Diario Oficial N° 44632

³⁶ CONGRESO DE COLOMBIA. Ley 734 del 13 de febrero de 2002. Diario Oficial N° 44708.

para juzgar al Estado Colombiano en los casos de desapariciones forzadas, son considerados fundamentales según nuestra Constitución de 1991, por lo que a continuación nos referiremos exclusivamente al artículo 12 que es el que hace referencia a la desaparición forzada. La desaparición forzada de personas en Colombia ha sido una práctica normal de todos los actores armados del conflicto político y militar que vive el país. Dicha situación fue atendida por el constituyente de 1991, que preocupado por la elevada estadística de desaparecidos involuntariamente decidió establecer dentro del TÍTULO II “Los derechos, las garantías y los deberes” de la Constitución política de 1991, la siguiente prescripción normativa, Artículo 12 “nadie será sometido a desaparición forzada, a torturas ni a tratos o penas crueles, inhumanos o degradantes”³⁷. De esta manera se estableció una garantía para todas las personas sino que también se determinó una cláusula general de prohibición de que las autoridades o los particulares cometan o realicen desapariciones forzadas.

5.2.2. Leyes

Sobre las leyes que introducen al ordenamiento interno los tratados internacionales no haremos ninguna consideración, porque sobre esto ya se hizo referencia, por eso nos preocuparemos a continuación del resto conjunto normativo que regulan sobre la desaparición forzada. A nivel legislativo en el año 2000 las leyes 589 y 599 tipificaron por primera vez el delito de desaparición forzada, en desarrollo del compromiso internacional adquirido en la negociación diplomática de la Convención Interamericana sobre desaparición forzada y en la Convención misma. A su vez, el Artículo 48.8 de la ley 734 de 2002, Nuevo Código Disciplinario Único, reprodujo la norma del Código Penal y la previó como falta gravísima.

La ley 599 de 2002 o código penal tipificó la desaparición forzada por primera vez, en el artículo 165 de la siguiente manera:

Artículo 165. 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 veinte (20) a treinta (30) años, multa de mil (1000) a tres mil (3000) 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 aquel, y realice la conducta descrita en el inciso anterior³⁸.

Del análisis de estas leyes es preciso decir que en comparación con el derecho internacional donde se tiene según las definiciones de desaparición forzada, a los Estados como los agentes activos de la comisión de este delito de lesa humanidad, en Colombia

³⁷ Artículo 12. Constitución Política de 1991.

³⁸ Artículo 165. Ley 599 de 2002. Código Penal Colombiano.

desde la constitución y el desarrollo legal, este agente activo puede ser cualquier persona sean públicas o privadas y el agente pasivo son todas las personas, de esta manera la prohibición de cometer desapariciones forzadas resulta ser más amplia que en lo que se consigna en los instrumentos jurídicos internacionales.

5.2.3. Jurisprudencia del Consejo de Estado

El Consejo de Estado en varias oportunidades ha estudiado casos de desaparición forzada y a partir de dicho estudio nos permite establecer el régimen de responsabilidad aplicado al Estado por desaparición forzada. El Consejo de Estado se ha pronunciado así:

5.2.3.1. Noción, definición, supuestos y condiciones de la desaparición forzada

El Consejo de Estado, en sus sentencias también ha hecho referencia a la noción, definición, supuestos y condiciones de la desaparición forzada como lo hizo en la sentencia del 3 de Octubre de 2007 con ponencia de la consejera Ruth Stella Correa Palacio, se dijo lo siguiente:

“la desaparición forzada de personas constituye violación de múltiples derechos humanos tanto en el orden interno como en el marco del derecho internacional, y por lo mismo, esta práctica abominable es considerada en el derecho internacional como delito de lesa humanidad pues –como lo ha resaltado la sala- esta práctica no solo compromete los intereses de la víctima sino, que simultáneamente, atenta contra la convivencia social, la paz y la tranquilidad de la humanidad y por ello, cualquier estado puede pretender que se investigue y sancione al infractor de la misma. Varios instrumentos internacionales establecen la prohibición de desapariciones forzadas. Así, la declaración sobre la protección de todas las personas contra las desapariciones forzosas, la definió como el arresto, detención o traslado contra su voluntad de personas, o que estas resulten privadas de su libertad de alguna otra forma por agentes gubernamentales de cualquier sector o nivel, por grupos organizados o por 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 estén privadas de la libertad, sustrayéndolas así de la protección de la ley. Nota de relatoría: ver sentencia de 28 de noviembre de 2002, Rad.: 70001-23-31-000-1993-4561-01(12812), Actor: Luis Adolfo González Espinosa, demandado: Nación –DAS, C.P. Ricardo Hoyos Duque”³⁹.

5.2.3.2. Falla del servicio

En sentencia del Consejo de Estado de fecha dieciséis (16) de abril de mil novecientos noventa y tres (1993), Rad: consejero ponente Carlos Betancourt Jaramillo, esta alta corte manifestó lo siguiente: “...que cuando una autoridad al retener a una persona en condiciones normales de salud, adquirió la obligación de devolverlo en las mismas o similares condiciones a las que tenía cuando lo retuvo...”⁴⁰.

³⁹ Consejo de Estado, jurisprudencia 1991 – 2007, sentencia de 3 de octubre de 2007 con ponencia de la concejera Ruth Stella Correa Palacio.

⁴⁰ Consejo de Estado, jurisprudencia 1991 – 2007, relatoría, responsabilidad extracontractual, régimen falla del servicio, sentencia del Consejo de estado de fecha, 16 de Abril de 1993, rad. Consejero ponente Carlos Betancourt Jaramillo.

“Esta obligación legal calificada en derecho privado como de resultado, en el derecho público encuentran su respaldo en el principio constitucional de que las autoridades deben velar por la vida, honra y bienes de los residentes en el territorio Nacional”⁴¹. Por lo que si así no ocurriere, este -el Estado- es hallado responsable por falla del servicio.

En sentencia del 13 de septiembre de 1991 también se hace un estudio de otro caso de desaparición forzada, así: El señor Elkin Darío Oliveros Betancourt fue capturado el día 11 de marzo de 1983, por agentes del F-2 de la policía Nacional, en la ciudad de Medellín, sin que existiera orden de autoridad competente para que fuera capturado o sin que existiere flagrancia o cuasi-flagrancia para proceder a su captura y fue trasladado a los cuarteles de este cuerpo especial de la policía. El día 12 de marzo de ese año fue encontrado su cadáver y se hizo su levantamiento. El tribunal administrativo de Antioquia, Sección Primera, fechada el 18 de mayo de 1990, declaró responsable a la Nación – Ministerio de Defensa, y condeno al pago de perjuicios morales y materiales a los familiares de la víctima. La sentencia fue apelada y el Consejo de Estado decidió de la siguiente forma: El Consejo de Estado, hizo la valoración del acervo probatorio, entre lo que se encuentran testimonios y el informe de medicina legal, de donde concluyo como hechos probados que el señor Elkin Darío Oliveros Betancourt, fue visto por tres testigos en buen estado de salud en las instalaciones de la policía el día 11 de marzo de 1983. Del informe del médico legista se concluye que la muerte se produjo 18 horas antes de la necropsia. En consecuencia el Consejo de Estado concluyo que la muerte de esta persona se produjo mientras estaba en poder de sus captores en las instalaciones del F-2. Así el Consejo de Estado, establece que si hubo falla del servicio, porque los agentes de policía tienen la obligación constitucional, legal y reglamentaria de proteger al ciudadano capturado, en su vida, integridad física y psicológica. Este es uno de los ejemplos que sobre el tema existe.

Se manifiesta que esta obligación de los agentes se encuentra reglamentada en el reglamento de vigilancia urbana y rural, resolución 001 de 1961 que obliga a “entregar al detenido o preso a la autoridad competente tal como fue recibido”⁴² disposición que se deriva del artículo 2 de la constitución vigente.

“En todo caso, la adopción de una u otra tesis, conduce a declarar la responsabilidad administrativa del ente demandado, a menos que la autoridad compruebe “que devolvió a la persona retenida... En otros términos, debe responder por su desaparición, lesión o muerte” según se dijo en el fallo del 26 de mayo de 1988, con ponencia del señor Consejero Antonio José de Irisarri, en el proceso de Adelaida Fernández E.” (Expediente N° 4918).

5.2.3.3. La prueba en los casos de desaparición forzada

En la sentencia de 3 de octubre de 2007 con ponencia de la Consejera Ruth Stella Correa Palacio, también se hace un estudio de la prueba de los casos de desaparición forzada de

⁴¹ Ibidem

⁴² Ibidem

la siguiente manera: “Al decir de la jurisprudencia administrativa: “Regularmente no existen pruebas directas por que el hecho se comete en las condiciones de mayor ocultamiento o porque a pesar de que se haga a la luz pública es difícil obtener la declaración de los testigos, quienes callan la verdad por temor a las represarías. De tal manera que en la generalidad de los casos las decisiones judiciales se fundamentan en indicios”. En efecto, suele acudirse a pruebas indirectas en las que está separado el objeto de la prueba y el objeto de percepción, en particular a los indicios, toda vez que exigir la prueba directa supondría demandar un “prueba imposible”, lo que impone acudir al juicio lógico del fallador quien a través de su raciocinio evalúa algunos rastros y máximas de la experiencia de varios hechos probados, infiere conclusiones desconocidas y así procura establecer cuál ha sido la participación de agentes del Estado en el hecho dañoso. Nota de relatoría: ver sentencia de 28 de Noviembre de 2002, Rad.: 70001-23-31-000-1993-4561-01(12812), actor: Luis Adolfo González Espinosa, Demandado: la Nación – DAS, C.P. Ricardo Hoyos Duque; sentencia del 17 de Junio de 1993, Exp. 7918.”⁴³.

5.2.3.4. Caducidad de la acción

En la sentencia de 19 de julio de 2007, Consejero ponente Enrique Gil Botero, se hace un estudio minucioso de la caducidad de la acción cuando de desaparición forzada se trate, así se ha expresado el alto tribunal: “La caducidad de la acción es un fenómeno que tiene por objeto consolidar situaciones jurídicas, que de lo contrario permanecerían indeterminadas en el tiempo, creando con ella inseguridad jurídica, pues una vez configurada impide el acudir ante la jurisdicción para que sea definida por ella determinada controversia. Es por lo anterior que el Código Contencioso Administrativo ha regulado el tema de la caducidad señalando diferentes términos para ejercer cada una de las acciones por él previstas; para caso de la acción de reparación directa en el numeral 8 del artículo 136 se estableció que “al vencimiento del plazo de dos años, contados a partir del día siguiente del acaecimiento del hecho, omisión u operación administrativa o de ocurrida la ocupación temporal o permanente del inmueble de propiedad ajena por causa de trabajo publico o por cualquier otra causa” ocurría el fenómeno de la caducidad de la acción, impidiendo con ella su ejercicio y sacando de la jurisdicción el conocimiento de dicho asunto. Sin embargo, con la entrada en vigencia de la ley 589 de 2002, se introdujo una modificación al Código Contencioso Administrativo en relación con el momento en que se inicia el conteo del término para intentar la acción de reparación directa con el fin de reclamar los daños derivados del delito de desaparición forzada, esto es “a partir de la fecha en que aparezca la víctima o en su defecto desde la ejecutoria del fallo definitivo adoptado en el proceso penal, sin perjuicio de que tal acción pueda intentarse desde el momento en que ocurrieron los hechos que dieron lugar a la desaparición”. Lo anterior, hace necesario precisar que dicha modificación no implica que la acción de reparación directa derivada de un delito de desaparición forzada no caduque, sino que por el contrario, esta se produce una vez vence el plazo para intentar la acción ante la jurisdicción, introduciendo el legislador una variación en relación con el momento en que inicia el conteo de dicho termino, por cuanto lo somete a una ocurrencia de una de varias condiciones: i) El apareamiento de la víctima o ii) la ejecutoria del fallo definitivo adoptado en el proceso penal. Sin que varíe por ello el término de dos años previstos en la norma.

⁴³ Ibídem

Nota de Relatoría: ver sentencia de 28 de noviembre de 2002, radicado al N° 12812; sentencia C-580 de 2002 de la Corte Constitucional...En efecto, de acuerdo con lo expuesto anteriormente, se tiene que la desaparición forzada es un delito de carácter continuado, que se encuentra constituido por un conjunto de actos que se extiende en el tiempo. Se inicia con la privación de la libertad de la víctima, continua con la negativa de los victimarios de reconocer su realización y con su ocultamiento y finaliza con la liberación del retenido o con el conocimiento de su paradero, en el estado en que se encuentre”⁴⁴

6. LA CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS Y LA DESAPARICION FORZADA DE PERSONAS.

El desarrollo jurídico del delito de desaparición forzada de personas a partir de la jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos derivó la adopción de la Convención Interamericana sobre desaparición forzada de personas por la Organización de Estados Americanos el 9 de junio de 1994. En consecuencia trataremos de detallar ciertos aspectos esenciales desarrollados por la Corte y que tiene diseñado el estudio penal de la desaparición forzada.

6.1. El concepto de violación múltiple de derechos

La Corte Interamericana de Derechos Humanos ha señalado que las desapariciones constituye una violación múltiple, a la vez continuada de numerosos derechos esenciales de la persona reconocidos en la convención y que los Estados partes están obligados a respetar y garantizar.

6.2. derechos lesionados en casos de desaparición forzada

6.2.1. La libertad personal

El secuestro de la persona constituye un caso de privación arbitraria de la libertad que vulnera además el derecho del detenido a ser conducido sin demora ante un juez y a interponer los recursos adecuados para controlar la legalidad de su detención; que contraviene el artículo 7 de Convención que reconoce el derecho a la libertad personal que dispone: 1. “Toda persona tiene derecho a la libertad y a la seguridad personal, nadie puede ser privado de su libertad sino por las causas y las condiciones formalmente formalizadas en cada estado parte”. 2. Toda persona privada de su libertad debe ser: - “Informada de las razones de su detención y notificada, sin demora, del cargo o cargos formulados contra ella”. -“Llevada, sin demora, ante un juez u otro funcionario autorizado por la ley para ejercer funciones judiciales y tendrá derecho a ser juzgada dentro de un plazo razonable o a ser puesta en libertad, sin perjuicio de que continúe el proceso. Su libertad podrá estar condicionada a garantías que aseguren su comparecencia en el juicio”.⁴⁵

⁴⁴ Consejo de Estado, jurisprudencia 1991 – 2007, sentencia de 19 de julio de 2007, consejero ponente Enrique Gil Botero.

⁴⁵ Convención Americana de Derechos Humanos. Art.7

6.2.2. La integridad personal

El aislamiento prolongado en la incomunicación coactiva a los que se ve sometida la víctima representan, por sí mismos, formas de tratamiento cruel e inhumano, que constituyen lesiones a la integridad psíquica y moral de la persona y del derecho de todo detenido al respecto de su dignidad inherente al ser humano, lo que constituye una violación al, Art. 5 de la convención que reconoce el derecho a la integridad personal como: -“Toda persona tiene derecho a que se le respete su integridad física, psíquica y moral”. -“Nadie debe ser sometido a torturas, ni a penas, ni a tratos crueles, inhumanos o degradantes. Toda persona privada de su libertad será tratada con el respeto debido a la dignidad inherente al ser humano”.⁴⁶

6.2.3. Derecho a la vida

La práctica de las desapariciones ha implicado con frecuencia la ejecución de los detenidos, en secreto y sin fórmula de juicio, seguida de ocultamiento del cadáver con el objeto de no dejar ningún tipo de huella de la comisión del crimen y de procurar la impunidad de quienes lo cometieron, lo que representa la violación del derecho a la vida, reconocido en el artículo 4 de la convención. La Corte siguiendo los argumentos los cuales en los casos en donde la detención ocurre a manos de agentes del Estado cuya práctica constante comprendía la ejecución sin fórmula de juicio de los detenidos y el ocultamiento del cadáver para asegurar la impunidad, ha presumido la violación al derecho a la vida, ante la ausencia de pruebas de supervivencia y el transcurso de varios años sin que se tenga noticias de él. Se suprime de esta manera la explicación estatal que ante la falta del cadáver no es factible consumir que la persona fue privada de su vida, ya que por el contrario solo “bastaría que los autores de la desaparición forzada escondiesen o destruyesen el cadáver de la víctima, lo que es habitual en estos casos, para que quede impune”⁴⁷.

6.2.4. Derecho a garantías judiciales y protección judicial

Un aspecto común encontrado en las distintas sentencias conocidas por la Corte en la comisión de este delito, es la privación de la libertad de una persona, cometida por agentes del gobierno, con tolerancia o protección de los organismos gubernamentales quienes en muchos casos impiden a los sujetos acceder a los recursos judiciales internos procedentes para proteger sus derechos. Por lo cual se constituye una violación al deber estatal de garantizar el libre y pleno ejercicio de los derechos reconocidos en la Convención que se remite a los “principios del Derecho Internacionalmente reconocidos”. Que no se refieren solo a la existencia formales de tales recursos, sino que estos sean también adecuados (la función de esos recursos, dentro del sistema de derecho interno, debe ser idónea para proteger la situación jurídica infringida) y efectivos (capaces de producir el efecto para los cuales han sido concebidos).⁴⁸

⁴⁶ Convención Americana de Derechos Humanos. Art.5

⁴⁷ Gaceta Corte Interamericana de Derechos Humanos, caso Neira Alegría y otros, sentencia del 19 de enero de 1995. Párrafo 74-76, caso Castillo Páez, sentencia de 3 de noviembre de 1997, párrafo 72.15. Caso Castillo Páez, párrafo 73. Caso Godínez Cruz, párrafo 165; caso Fairen Garbi y Solís Corrales, párrafo 150.

⁴⁸ Principio del Derecho internacional. Convención Americana de Derechos Humanos.

7. OBLIGACIONES GENERALES Y ESPECÍFICAS DEL ESTADO, RELACIONADAS CON LA DESAPARICION FORZADA.

La desaparición forzada de personas exige a la Corte un examen sobre las condiciones en las cuales un determinado acto, que lesione alguno de los derechos reconocidos en la Convención, puede ser atribuido a un Estado Parte y comprometer, en consecuencia, su responsabilidad internacional.

7.1. El artículo 1.1 de la Convención dispone

7.1.1. Obligación de Respetar los Derechos

“Los Estados Partes en esta Convención se comprometen a respetar los derechos y libertades reconocidos en ella y a garantizar su libre y pleno ejercicio a toda persona que esté sujeta a su jurisdicción, sin discriminación alguna por motivos de raza, color, sexo, idioma, religión, opiniones políticas o de cualquier otra índole, origen nacional o social, posición económica, nacimiento o cualquier otra condición social”⁴⁹.

Este artículo contiene la obligación contraída por los Estados Partes en relación con cada uno de los derechos protegidos, de tal manera que toda pretensión de que se ha lesionado alguno de esos derechos, implica necesariamente la de que se ha infringido también el artículo 1.1 de la Convención. Este artículo pone a cargo de los Estados Partes los deberes fundamentales de respeto y de garantía, de tal modo que cada menoscabo a los derechos humanos reconocidos en la Convención que pueda ser atribuido, según las reglas del derecho internacional, a la acción u omisión de cualquier autoridad pública, constituye un hecho imputable al Estado que compromete su responsabilidad en los términos previstos por la misma Convención.

Colombia es un estado comprometido a nivel internacional, como estado parte de la convención, en su ordenamiento jurídico interno ha dispuesto prescripciones normativas, que buscan cumplir con su responsabilidad internacional, pero sobre todo para evitar y luchar efectivamente contra la comisión de desapariciones forzadas de personas en Colombia. Existiendo una amplia recepción legal del derecho extranjero sobre este delito. Es preciso decir que en comparación con el derecho internacional en donde se tienen según las definiciones de desaparición forzada, a los Estados como los agentes activos de la comisión de este delito de lesa humanidad, en Colombia desde la constitución y el desarrollo legal, este agente activo puede ser cualquier persona sean públicas o privadas y el agente pasivo son todas las personas, de esta manera la prohibición de cometer desapariciones forzadas resulta ser más amplia frente a los que se consigna en los instrumentos internacionales.

El consejo de Estado determina la responsabilidad que le asiste al Estado Colombiano por los casos de desaparición forzada de personas, con base en el artículo 90 de la Constitución Política de Colombia que reza “El Estado será responsable por los daños

⁴⁹ Gaceta Corte Interamericana de Derechos Humanos, caso Velásquez Rodríguez, párrafo 162-184. Caso Godínez Cruz, párrafo 174-175; caso Fairen Garbí y Solís Corrales, párrafo 152. Caso Godínez Cruz, párrafo 176.

antijurídicos que le sean imputables por la acción u omisión de las autoridades públicas”; este artículo ha tenido un desarrollo jurisprudencial que ha establecido dos tipos de regímenes de responsabilidad, la llamada subjetiva o por fallas del servicio (presunta y probada) y la objetiva, que se divide en el daño especial y el riesgo excepcional.

Conforme a este nuevo marco normativo sobre la responsabilidad del Estado, el Consejo de Estado ha declarado responsable al Estado Colombiano por encontrar que este ha cometido fallas en el servicio, manifestando que cuando una autoridad “al retener a una persona en condiciones normales de salud, adquirió la obligación de devolverlo en las mismas o similares condiciones a las que tenía cuando lo retuvo”⁵⁰. “esta obligación legal calificada en derecho privado como de resultado, en el derecho público encuentran su respaldo en el principio constitucional de que las autoridades deben velar por la vida, honra y bienes de los residentes en el territorio Nacional”. Por lo que si así no ocurriera, este –el Estado- es hallado responsable por falla del servicio.⁵¹

7.1.2. Deber de respetar los derechos y libertades reconocidos en la convención

Esta obligación se sustenta en la limitación del ejercicio de la función pública impuesto por los derechos humanos, que por ser atributos inherentes a la dignidad humana, son superiores al poder del Estado. Por ello, el deber de Respeto impuesto a los Estados Partes se desconoce con toda forma de ejercicio del poder público que lesione indebidamente los derechos reconocidos en la convención, ya sea porque la actuación Estatal es contraria a la norma interna o por que se haya presentado una extralimitación de las competencias del funcionario o del órgano estatal. Se compromete de esta forma la responsabilidad internacional del Estado cuando sus agentes o personas que ostentan poderes oficiales violan los derechos reconocidos en la Convención. Esta responsabilidad subsiste independientemente de los cambios de gobierno en el transcurso del tiempo, según el derecho internacional de la Identidad o Continuidad del Estado.

7.1.3. Garantizar el libre y pleno ejercicio de los derechos reconocidos en la Convención a toda persona sujeta a su jurisdicción

La obligación impone el deber de organizar todo el aparato gubernamental de modo que pueda asegurarse el libre y pleno ejercicio de los derechos humanos. En el caso concreto de la desaparición forzada, conforme a la jurisprudencia de la Corte Interamericana, la existencia de esta práctica constituye un desconocimiento de estos deberes.

“La existencia de esta práctica supone el desconocimiento del deber de organizar el aparato del Estado de modo que se garanticen los derechos reconocidos en la Convención. De tal modo, el llevar a cabo acciones dirigidas a realizar desapariciones involuntarias, a tolerarlas, a no investigarlas de manera adecuada o a no sancionar, en su

⁵⁰ Consejo de Estado, jurisprudencia 1991-2007, relatoría, responsabilidad extracontractual, régimen falla del servicio.

⁵¹ Gaceta Consejo de Estado sentencia del 16 de abril de 1993 consejero ponente Carlos >Betancourt Jaramillo, sentencia de 8 de mayo de 1994 consejero ponente Julio Cesar Uribe Acosta sala del consejo de Estado en grado de consulta.

caso, a los responsables, genera la violación del deber de respetar los derechos reconocidos por la Convención y a garantizar su libre y pleno ejercicio” (art. 1.1).

Finalmente, la Corte aclara que la sola existencia de un orden jurídico que propenda por el cumplimiento de estas obligaciones no las agota. La conducta gubernamental debe garantizar realmente el ejercicio libre y pleno de los derechos humanos.⁵²

El Consejo de Estado Colombiano consideró en sentencia del 28 de noviembre de 2002, consejero ponente Ricardo Hoyos Duque, que “al margen de que la conducta de desaparición forzada estuviera regulada o no en la legislación nacional o en el Derecho Internacional a punto de cometerse el hecho objeto de este proceso, dado que dicha conducta involucra la violación de derechos fundamentales del retenido y sus parientes; como los de la libertad, el debido proceso, la integridad física y la vida entre muchos otros, siempre que el hecho sea atribuible a un agente del Estado, este deberá responder patrimonialmente ante las víctimas, por ser constitutivo de una falla del servicio y además, esta en el deber de devolver a la persona al seno de la sociedad, o devolver el cadáver y sancionar a los responsables del delito, con fundamento en las pruebas que obran en los procesos penales, administrativos y contencioso administrativo”.

7.2. Artículo 2 de la Convención dispone

7.2.1. El deber de adoptar disposiciones de derecho interno

Si el ejercicio de los derechos y libertades mencionados en el Artículo 1 no estuviere ya garantizado por disposiciones legislativas o de otro carácter, los Estados Partes se comprometen a adoptar, con arreglo a sus procedimientos constitucionales y a las disposiciones de esta Convención, las medidas legislativas o de otro carácter que fueren necesarias para hacer efectivos tales derechos y libertades”.

Conforme al artículo 1.1 es ilícita toda forma de ejercicio de poder público que viole los derechos reconocidos por la Convención. En tal sentido, en toda circunstancia en la cual un órgano o funcionario del Estado o de una institución de carácter público lesione indebidamente uno de tales derechos, se está ante un supuesto de inobservancia del deber de respeto consagrado en ese artículo.

Las infracciones a la Convención no pueden ser juzgadas aplicando reglas que tengan en cuenta elementos de naturaleza psicológica, orientados a calificar la culpabilidad individual de sus autores. A efectos del análisis, es irrelevante la intención o motivación del agente que materialmente haya violado los derechos reconocidos por la Convención, hasta el punto que la infracción a la misma puede establecerse incluso si dicho agente no está individualmente identificado. Lo decisivo es dilucidar si una determinada violación a los derechos humanos reconocido por la Convención ha tenido lugar con el apoyo o la tolerancia del poder público o si este ha actuado de manera que la trasgresión se haya cumplido en defecto de toda prevención o impunemente. En definitiva, de lo que se trata

⁵² Gaceta Corte Interamericana de Derechos Humanos, caso Godínez Cruz, párrafo 174-175; caso Fairen Garbi y Solís Corrales, párrafo 152. Caso Godínez Cruz, párrafo 176.

es de determinar si la violación a los derechos humanos resulta de la inobservancia por parte de un Estado de sus deberes de respetar y de garantizar dichos derechos, que le impone el artículo 1.1 de la Convención.

7.2.2. El deber de prevenir, razonablemente las violaciones a Convención Americana

El deber de prevención abarca todas aquellas medidas de carácter jurídico, político, administrativo y cultural que promuevan la salvaguarda de los derechos humanos y que aseguren que las eventuales violaciones a los mismos sean efectivamente consideradas y tratadas como un hecho ilícito que, como tal, es susceptible de acarrear sanciones para quien las cometa, así como la obligación de indemnizar a las víctimas por sus consecuencias perjudiciales. Estas medidas varían según el derecho de que se trate y según las condiciones propias de cada Estado Parte. “Esta obligación de prevenir es de medio o comportamiento y no se demuestra su incumplimiento por el mero hecho de que un derecho haya sido violado”. Pero si es obvio, en cambio, que el sometimiento de retenidos a cuerpos represivos oficiales que impunemente practiquen la tortura y el asesinato representa por sí mismo, una infracción al deber de prevención de violaciones a los derechos de integridad física y a la vida, aún en el supuesto de que una persona dada no haya sufrido torturas o no haya sido ultimada, o si esos hechos no pueden demostrarse en el caso concreto.⁵³

Según las condiciones propias del Estado Colombiano en materia de responsabilidad por desaparición forzada de personas este tipo de imputación encuadraría en un régimen subjetivo denominado por la jurisprudencia colombiana como la falla o la falta del servicio también conocido como régimen basado en la culpa, la cual consiste en el incumplimiento de una obligación a cargo del Estado.

Sobre la configuración de los elementos que constituyen la responsabilidad por fallas en el servicio, es que el Consejo de Estado determina que “cuando las autoridades capturan o detienen personas, nace una obligación de resultado, de carácter constitucional de que las autoridades deben velar por la vida, honra y bienes de los residentes en el territorio nacional, por lo cual deben devolverlas en las mismas condiciones de cuando fueron aprehendidas”. Y por el no cumplimiento de estas obligaciones ha declarado responsable y condenado al pago de perjuicios a la nación, en los casos de desapariciones forzadas cometidas por autoridades colombianas.⁵⁴

7.2.3. El deber de investigar seriamente las violaciones cometidas dentro de la jurisdicción y sancionar los responsables

La Corte afirma que este deber de investigar hechos de desaparición forzada subsiste mientras se mantenga la incertidumbre sobre la suerte final de la persona desaparecida. “incluso en el supuesto de que las circunstancias legítimas del orden jurídico interno no

⁵³ Gaceta Corte Interamericana de Derechos Humanos, caso Godínez Cruz, párrafo 183-185; caso Velázquez Rodríguez, párrafo 175.

⁵⁴ Sentencia del 19 de octubre de 2007, consejero ponente Enrique Gil Botero.

permitieran aplicar las sanciones correspondientes a quienes sean individualmente responsables de delitos de esa naturaleza, el derecho de los familiares de la víctima de conocer cuál fue el destino de esta y, en su caso, donde se encuentran sus restos, representa una justa expectativa que el estado debe satisfacer con los medios a su alcance”.⁵⁵ Bajo el régimen de responsabilidad subjetiva o basada en la culpa que tiene el Estado Colombiano y teniéndose las fallas del servicio como el régimen bajo el cual se falla las desapariciones forzadas que se le imputan al Estado, si el Estado se quiere exonerar de responsabilidad, no bastara demostrar que su actuar fue diligente, que no incurrió en imprudencias o en otras palabras que no hubo culpa y para el caso en concreto de procesos sobre desapariciones forzadas, demostrar que no hubo una falla en el cumplimiento de su obligación de seguridad, pues conforme a la sentencia del 28 de diciembre de 2002 del Consejo de Estado, si la administración pretende su exoneración esta podrá sustentarse arguyendo exclusivamente una causa extraña.⁵⁶

8. LA FALTA DE DILIGENCIA EN LA INVESTIGACION COMO VIOLACION ESTATAL A LA CONVENCION AMERICANA

Según lo ratificado por la Corte que, en principio, es responsable el Estado por toda violación a los derechos reconocidos por la Convención cumplida por un acto del poder público o de personas que actúan aprovechadas de los poderes que ostentan por su carácter oficial. No obstante, no se agotan allí las situaciones en las cuales un Estado está obligado a prevenir, investigar y sancionar las violaciones a los derechos humanos, ni los supuestos en que su responsabilidad puede versen comprometidos por efecto de una lesión a esos derechos. Ya que si un hecho ilícito violatorio de los derechos humanos que inicialmente no resulta imputable directamente a un Estado, por ejemplo, por ser obra de un particular o por no haberse identificado al autor de la transgresión, puede acarrear la responsabilidad internacional del Estado, no por ese hecho en sí mismo, sino por falta de la debida diligencia para prevenir la violación para tratarla en los términos requeridos por la Convención.⁵⁷

9. OBLIGACIONES ESPECÍFICAS FRENTE A LA DESAPARICION FORZADA

De conformidad con el artículo I de la Convención Interamericana sobre desaparición forzada, los Estados partes en la Convención se comprometen a:

- No practicar, no permitir, ni tolerar la desaparición forzada de personas, ni aún en estado de emergencia, excepción o suspensión de garantías individuales.
- Sancionar en el ámbito de su jurisdicción a los autores, cómplices y encubridores del delito de desaparición forzada de personas, así como la tentativa de comisión del mismo.

⁵⁵ Gaceta Corte Interamericana de Derechos Humanos, caso Velásquez Rodríguez, párrafo 181.

⁵⁶ Gaceta Corte Interamericana de Derechos Humanos, caso Velásquez Rodríguez, párrafo 181.

⁵⁷ Gaceta Corte Interamericana de Derechos Humanos, caso Godínez Cruz, párrafo 188. Caso Velásquez Rodríguez, párrafo 172. Caso Paniagua Morales y otros, Sentencia del 8 de marzo de 1998. Párrafo 173-174. Caso Gangaram Panday, párrafo 49; Caso Neira Alegría y otros, párrafos 65 Caso Cantoral Benavides, párrafo 55.

- Cooperar entre sí para contribuir a prevenir, sancionar y erradicar la desaparición forzada de personas.
- Tomar las medidas de carácter legislativo, administrativo, judicial o de cualquier otra índole necesaria para cumplir con los compromisos asumidos en la presente Convención.

En efecto toda violación de los derechos humanos, que sean imputables al Estado por su acción u omisión deriva de la declaración de su responsabilidad internacional, ello en virtud de las obligaciones que los Estados tienen en el orden internacional, con respecto a los derechos humanos.

Se dice que la responsabilidad de los Estados tratándose de derechos humanos es objetiva, porque basta con el menoscabo de los derechos y que sea imputable a un Estado para que se predique su responsabilidad, por lo que si el estado busca su exoneración solo tendrá como causal la responsabilidad de un tercero que para el caso de Colombia no es cualquier tercero, pues los actos de los paramilitares son tenidos como actos propios del Estado, al considerar a aquellos como agentes de estos. Diferente sería que dicha conducta la realizara la guerrilla, pues frente a esta si cabría la exoneración porque estas actúan contra el Estado y para el derecho internacional, no es de recibo indilgar responsabilidad a un Estado por actos de su enemigo, como es el caso de la guerrilla, salvo que esta triunfe y se constituya en un nuevo gobierno, en este caso por el principio de identidad si se hallaría responsable al Estado.

La responsabilidad en el orden internacional es objetiva, en el ordenamiento interno Colombiano la responsabilidad en materia de desapariciones forzadas es subjetiva o por fallas del servicio, pero además mientras las obligaciones que se predicen del Estado Colombiano en el ordenamiento interno (casos de capturados por la fuerza pública) se consideran de resultado, en el plano internacional se tienen como obligaciones de medio, ya sea en uno o en otro ordenamiento o frente a cada uno de estos regímenes de responsabilidad, procederán las respectivas causales de exoneración ya mencionadas.

CONCLUSIONES

Del análisis que hemos realizado sobre el jurisprudencia que aplica el Consejo de Estado, para juzgar los casos de desaparición forzada que le puedan ser imputados al Estado Colombiano, solamente podemos dar cuenta de siete sentencias: (Consejo de Estado. Sección tercera: septiembre trece (13) de mil novecientos noventa y uno (1991), Rad. 6292, MP: Daniel Suarez Hernández; Sentencia del dieciséis (16) de abril de mil novecientos noventa y tres (1993). Rad. 7561, Concejero Ponente: Carlos Betancourt Jaramillo; sentencia de fecha ocho (8) de mayo de mil novecientos noventa y cuatro (1994), rad. 9209, consejero ponente Julio Cesar Uribe Acosta; sentencia del veintiocho (28) de noviembre de dos mil dos (2002), rad. 12812, concejero ponente Ricardo Hoyos Duque; sentencia del cuatro (4) de diciembre de dos mil dos (2002), rad. 13922, MP: Germán Rodríguez Villamizar; sentencia del diecinueve (19) de julio de dos mil siete (2007), rad. 31135, MP: Enrique Gil Botero; sentencia del tres (3) de Octubre de dos mil siete (2007), rad. 19286, MP: Ruth Stella Correa Palacio.de esta alta corte sobre este tema.)

A partir del análisis de la jurisprudencia del Consejo de Estado, encontramos que tratándose de casos de desaparición forzada que se le imputan al Estado Colombiano, se ha venido utilizando el régimen de fallas del servicio para juzgarlos. Las consideraciones que se han esgrimido para responsabilizar al Estado se resume en que cuando una autoridad pública, en este caso fuerzas militares o de policía, capturan o retienen a una persona, adquiere una obligación de resultado, cual es la de salvaguardar su integridad física y psicológica, entonces cuando ello no sucede se considera que hay una falla en el servicio por el incumplimiento de este deber.

A nuestro criterio que se esté declarando la responsabilidad del Estado Colombiano en materia de desaparición forzada a la luz de la responsabilidad extracontractual llamada por fallas del servicio es una visión limitada. Cuando se dice que al capturar a una persona, la autoridad pública adquiere una obligación de resultado, a nuestro entender el hecho que dicha obligación no se cumpla y por ende se presente un menoscabo físico o mental de la persona o que simplemente sea desaparecido, debe producir como consecuencia inmediata la responsabilidad del Estado, no entendía como una simple falla en la prestación de una obligación de seguridad, sino como un verdadero acto que constituya una responsabilidad objetiva, que solo pueda ser desvirtuada mediante las causales de hecho exclusivo de un tercero o fuerza mayor.

No existe jurisprudencia del Consejo de Estado que declare responsabilidad de Colombia por desapariciones hechas por paramilitares o guerrilla, lo cual no quiere decir que no pueda suceder, para lo cual creemos que este tipo de casos se deben analizar por lo menos bajo la órbita de la falla del servicio, por el no cumplimiento adecuado de la obligación de seguridad.

Creemos que se debe en materia de desapariciones forzadas, analizar la responsabilidad del Estado a través de las fallas del servicio y el riesgo excepcional, de acuerdo a los supuestos de hecho y los agentes activos de la conducta delictiva; de esta forma se podría empezar a hablar de una posible consonancia entre los regímenes de responsabilidad que utiliza el Consejo de Estado Colombiano y la Corte Interamericana para juzgar los casos de desaparición forzada que le sean imputados al Estado y sea por su acción u omisión.

Se estableció que la Corte Interamericana utiliza para juzgar delitos de desaparición forzada, lo concluido por la Convención Americana de Derechos Humanos y la Convención Interamericana Sobre Desaparición Forzada, los más importantes instrumentos jurídicos internacionales que han servido de base para declarar la responsabilidad de los Estados sobre casos. Ello es así porque estos tratados establecen de forma puntual las obligaciones particulares de los Estados en materia de derechos humanos y específicamente sobre desaparición forzada de personas.

Se determinó que existe una diferencia entre la convención Americana y el Estatuto de Roma, respecto a los agentes activos de esta conducta criminal, es así que para la primera, es exclusivamente de los Estados, pues estos son para el derecho internacional los únicos sujetos de derecho, por lo que la Corte Interamericana al juzgar los casos de desapariciones forzadas, se debe limitar a declarar la responsabilidad de los Estados, delegándole a estos mismos el juzgamiento de los individuos responsables.

Conforme el Estatuto de Roma en cambio se amplía el agente activo de la desaparición forzada al considerar también a las organizaciones políticas como posibles autores de esta conducta, lo cual permite deducir responsabilidades individuales. Para la Convención Interamericana la conducta de estos particulares no correspondería a una desaparición forzada sino a un secuestro, se debe tener en cuenta para determinar la responsabilidad del estado colombiano dentro de su propia problemática.

Sobre este mismo aspecto establecimos que en comparación con el derecho internacional en donde se tiene según las definiciones de desaparición forzada, a los Estados como los agentes activos de la comisión de este delito de lesa humanidad, en Colombia desde la constitución y el desarrollo legal, este agente activo puede ser cualquier persona sean públicas o privadas y el agente pasivo son todas las personas, de esta manera la prohibición de cometer desapariciones forzadas resulta ser más amplia que en lo que se consigna en los instrumentos jurídicos internacionales, excepto, y como ya fuera mencionado, lo que consigna el Estatuto de Roma.

Del análisis se concluyó que tanto para el Consejo de Estado como en la Corte Interamericana de derechos humanos la responsabilidad en el orden internacional es objetiva, en el ordenamiento interno Colombiano la responsabilidad en materia de desapariciones forzadas es subjetiva o por fallas del servicio, pero además mientras las obligaciones que se predicen del Estado Colombiano en el ordenamiento interno (casos de capturados por la fuerza pública) se consideran de resultado, en el plano internacional se tienen como obligaciones de medio, ya sea en uno o en otro ordenamiento o frente a cada uno de estos regímenes de responsabilidad, procederán las respectivas causales de exoneración ya mencionadas.

BIBLIOGRAFIA

- ALESSANDRI RODRIGUEZ, Arturo. De la responsabilidad extracontractual en el derecho civil. Santiago de Chile: Imprenta Universal, 1981.
- ASFADDES, (Asociación De Familias De Detenidos-Desaparecidos).
- CONSEJO DE ESTADO, Jurisprudencia 1991- 2010, Relatoría, Responsabilidad Extracontractual, régimen falla del servicio, sentencia del Consejo de Estado de fecha, dieciséis (16) de Abril de mil novecientos noventa y tres (1993), rad: consejero ponente Carlos Betancourt Jaramillo.
- CONSEJO DE ESTADO, JURISPRUDENCIA 1991- 2010: sentencia del Consejo de Estado de fecha, ocho (08) de Mayo de mil novecientos noventa y cuatro (1994), Magistrado ponente Julio Cesar Uribe Acosta.
- Sentencia del Consejo de Estado de fecha, 27 de Marzo de 1992, magistrado ponente Dr. Carlos Betancourt Jaramillo.
- Sentencia del Consejo de Estado de fecha, 03 de Octubre de 2007, con ponencia de la Consejera Ruth Stella Correa Palacio.
- Sentencia del Consejo de Estado de fecha, 19 de Julio de 2007, consejero ponente Enrique Gil Botero; sentencia del Consejo de Estado de fecha, 15 de Noviembre de 1995, magistrado ponente Jesús María Carrillo.
- Sentencia del Consejo de Estado, sección 3ª, de fecha Julio 30 de 1992. Exp. 6897, magistrado ponente Daniel Suarez Hernández.
- Sentencia del Consejo de Estado, sección 3ª, de fecha Agosto 24 de 1992. Exp. 6754, magistrado ponente Dr. Carlos Betancourt Jaramillo.

- Sentencia del Consejo de Estado, sección 3ª, de fecha Febrero 20 de 1989, Exp. 4655, magistrado ponente Antonio J. de Isarri Restrepo.
- CONVENCIÓN SOBRE LOS DERECHOS DEL NIÑO, preámbulo, párr. 6.
- CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS, caso Fairen Garbi y Solís Corrales, párrafo 152.
- CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS, caso Paniagua Morales y otros.
- CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS, caso Velásquez Rodríguez.
- CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS, caso Fairen Garbi y Solís Corrales.
- CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS, caso Gangaram Panday, sentencia 21 de Enero de 1994.
- CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS, caso Suarez Rosero, sentencia del 12 de noviembre de 1997.
- CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS, caso Villagrán Morales y otros (caso de los niños de la calle), sentencia de 19 de noviembre de 1999.
- CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS, caso Durand y Ugarte.
- sentencia de 16 de agosto de 2000.
- CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS, caso Loaiza Tamayo, sentencia de 17 de septiembre de 1997.
- CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS, caso Godínez Cruz.
- CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS, caso Castillo Petruzzi y otros, sentencia de 30 de mayo de 1999, serie C Nº 52.
- CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS, caso Neira Alegría y otros, sentencia de 19 de enero de 1995.
- CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS, caso Castillo Páez, sentencia de 3 de noviembre de 1997.
- CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS, caso Godínez Cruz.
- EL CONFLICTO ARMADO EN COLOMBIA, Jaimes, Miguel Humberto.
- El Espectador.com
- INSTITUTO POPULAR DE CAPACITACION.
- JOSSERAND, LOUIS. Derecho civil. Tomo II Vol. I Teoría General de las Obligaciones. Buenos Aires: Ediciones Jurídicas Europa American Bosh y cía. Editores. 1951.
- MARTINEZ RAVE, Gilberto Obra Citada.
- MARTY, G. Obra citada.
- MAZEAUD, HENRI-León-Jean. Obra citada.
- ORDOQUI, GUSTAVO Y OLIVERA RICARDO. Obra citada.
- www.banrep.gov.co/regimen/resoluciones/. Constitución Política de 1991.
- www.unhchr.ch/spanish/html. Oficina del alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Derechos Humanos, Ginebra Suiza.
- www.oas.org/juridico/spanish/tratados. Organización de Estados Americanos, Washington D.C. Departamento de Derecho Internacional.
- www.oas.org/juridico/spanish/tratados. Organización de Estados Americanos, Washington D.C. Departamento de Derecho Internacional.
- www.ramajudicial.gob.co/csj. Código Penal, Artículo 165.

- www.cidh.org/basicos/basicos1.htm. Organización de Estados Americanos, Comisión Interamericana de Derechos Humanos.
- www.derechos.net/doc/tpi.html, Equipo Nizkor y Derechos Human Rights.
- www.unhchr.ch/huridocda/huridoca.nsf. Oficina del alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Derechos Humanos, Ginebra Suiza.