

EL DELITO DE DESAPARICIÓN FORZADA DE PERSONAS*

The crime of forced disappearance of persons

Henry Torres Vásquez**

Universidad Militar Nueva Granada. Bogotá, D.C.

RESUMEN

La desaparición forzada de personas constituye un delito que se ha incorporado en la legislación interna colombiana desde el año 2000. La comunidad internacional siempre ha tenido una preocupación por este tipo de delitos, llegando a la conclusión de que la desaparición forzada de personas es un crimen autónomo atroz.

Este delito ha sido útil para reprimir e intimidar y servir para la comisión de otros delitos como el despojo de tierras y en general una permanente y sistemática violación a derechos humanos.

En este artículo se analiza el delito de desaparición forzada de personas cometido por agentes del Estado o por particulares con su consentimiento, razón por la cual actualmente es considerado como crimen de lesa humanidad. Del mismo modo se analizan y proponen algunas de las características más importantes de este delito, en medio del conflicto armado colombiano.

Palabras clave: desaparición forzada de personas, Fuerza Pública, Derecho Internacional Humanitario, Derechos Humanos.

ABSTRACT

Forced disappearance constitutes a crime which has been incorporated within Colombian law since 2000. International community has always had a concern for these kinds of crimes, reaching the conclusion that forced disappearance is

Fecha de recepción: 9 de abril de 2013. Fecha de aceptación: 26 de marzo de 2014.

* Artículo que corresponde al proyecto de investigación intitulado: Fuerza Pública y Desaparición Forzada de personas, perteneciente al grupo de investigación en Derecho Público categoría B, de la Universidad Militar Nueva Granada, Bogotá, D.C.

** Abogado de la Universidad Nacional de Colombia, Doctor en Empresa y Sistema Penal, de la Universidad Jaime I de Castellón, España. Docente de la Universidad Militar Nueva Granada. Correo electrónico: henrytorresv@yahoo.es

an independent atrocious crime. This transgression has been useful to restrain and intimidate. Moreover, it is used as a way to do other unlawful acts like dispossession of land and in general a permanent and systematic violation of human rights.

This article analyses the crime of forced disappearance by state agents or private individuals with their consent, thereby considered as a crime against humanity. Likewise, some of the more important characteristics of this crime are analysed and proposed, in the midst of colombian armed conflict.

Key words: forced disappearance, Public Force, International Humanitarian Law, Human Rights.

1. EL PROBLEMA DE INVESTIGACIÓN

Las víctimas del delito de desaparición forzada de personas gozan de una diferenciada protección en virtud del Derecho Internacional Humanitario (en adelante DIH), la cual es una obligación que se deriva del derecho internacional reconocida en numerosos tratados y Convenios internacionales en los que se exige que los civiles, en medio de los conflictos armados tengan especial protección en todo momento y lugar.

La unidad de Alerta de la Escola de Cultura de Pau considera como conflicto armado «todo enfrentamiento protagonizado por grupos de diversa índole, tales como fuerzas militares regulares o irregulares, guerrillas, grupos armados de oposición, grupos paramilitares, comunidades étnicas o religiosas que, usando armas u otros medios de destrucción, provocan más de 100 víctimas en un año» (1991, p. 3). A pesar de esta aseveración, hasta hora no se ha reconocido la existencia del conflicto armado interno (lo que permitiría un tratamiento diferente al dado hasta hora a los actores del conflicto), empero en el código penal Colombiano existe todo un capítulo donde se tipifican los delitos que se pueden cometer con ocasión del conflicto armado. Esto demuestra que este país no es ajeno a la normativa internacional y que acepta expresa y tácitamente que en Colombia existe un conflicto armado de naturaleza interna. Ahora bien, no obstante que en este año (2013) se adelantan conversaciones con las Farc-Ep, esto no significa que existe un reconocimiento por parte del gobierno colombiano que existe conflicto armado de naturaleza no internacional. Esta apreciación surge en la medida en que mientras no termine el proceso de paz con unos acuerdos entre las partes y con la legitimación de terminar el conflicto, no se puede hablar de que hubo conflicto, ya que hasta ahora se ha dicho que en Colombia hay un enfrentamiento entre el Estado y un grupo terrorista, tal como lo ha señalado siempre Álvaro Uribe, sin importar para nada, los conflictos diplomáticos con los países vecinos debido a la

persecución a «los terroristas de las Farc». Y no solamente Uribe lo ha dicho, su séquito también, Luis Carlos Restrepo en 2007 decía: «Conflicto armado interno es el término contemporáneo que se utiliza para designar una situación de guerra civil. No es ese el caso de Colombia. Aquí no podemos hablar de enfrentamiento de dos sectores de la población que dirimen sus diferencias por las armas» (www.presidencia.gov.co/columnas/columnas92).

Al no reconocerse que existe conflicto armado interno, el principio de distinción proveniente del DIH se fomenta su desconocimiento por todos los actores armados involucrados. El principio de distinción es fundamental y se halla en el artículo 48 del Protocolo I adicional a los Convenios de Ginebra de 1949 en donde se señala la necesidad de protección a la población civil; diferenciando a esta de los combatientes, y entre los bienes de carácter civil y aquellos que pueden ser objeto de ataques militares. Es de matizar que a pesar de que el mencionado Protocolo I es aplicable a los conflictos armados internacionales, esto no es óbice para su no aplicación en los conflictos armados internos. Ya que hace parte de los principios y normas que rigen el DIH en consecuencia, como señala Urbina, las personas que pueden ser objeto de ataques: son única y exclusivamente los combatientes (2000, p. 173).

Como en Colombia es necesario prevenir, sancionar y suprimir la desaparición forzada de personas se hace indispensable conocer sus características. De esta reflexión se desprende la siguiente pregunta: ¿Cuáles son las principales características del delito de desaparición forzada de personas en Colombia para considerarlo crimen de lesa humanidad de acuerdo con el marco jurídico nacional e internacional sobre Derecho Internacional Humanitario?

2. METODOLOGÍA

La metodología utilizada para la construcción del presente artículo está centrada en el método analítico deductivo, esto en la medida en que se procura descomponer en sus partes esenciales varios conceptos, específicamente el referido al delito de desaparición forzada de personas y por otro el de conflicto armado interno. Del mismo modo se ha contado con el apoyo axial del método comparativo para poder explicar en profundidad un tema como el aquí abordado de acuerdo a las normas internas, y las empleadas en el plano internacional.

3. INTRODUCCIÓN

Se entiende por desaparición forzada de personas, lo establecido en el artículo II de la Convención Interamericana sobre Desaparición Forzada de Personas

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

En Colombia los victimarios del delito de desaparición forzada de personas en adelante DFP, en especial guerrillas y paramilitares se han dedicado a efectuar actos violentos e indiscriminados de forma sistemática en contra de civiles y además a obtener enormes recursos económicos que les permite mantener su violencia, todo gracias a la debilidad del Estado. Así mismo, el personal de los cuerpos y fuerzas de seguridad del Estado se han visto involucrados en numerosos delitos de desaparición forzada de personas. Hasta ahora en su gran mayoría, agentes del Estado han sido a quienes se les endilga el ser sujetos activos de este delito. Empero es importante establecer, si esta situación se puede mejorar a corto, mediano y largo plazo. En este sentido, las acciones que emanan del Ministerio de Defensa y en general las acciones del gobierno actual, parecen indicar una clara mejoría cuando se habla del respeto a los Derechos Humanos y al DIH, y a sus diferentes instrumentos de protección que dentro del marco jurídico nacional e internacional se establece.

Teniendo en cuenta que en Colombia no hay una discusión pacífica sobre la existencia del conflicto armado, se puede tener como válida la argumentación de Güell (2005) cuando señala que una concreción aceptable de conflicto armado no internacional sería: «la existencia de hostilidades evidentes y generalizadas que se desarrollan en la esfera territorial interna de un Estado entre dos o más grupos armados suficientemente estables como para, generalmente, poder identificar a quien corresponde el mando responsable de las acciones en las que participan siendo, normalmente, uno de estos grupos las fuerzas armadas del Estado». Aunque ciertamente al DIH no le importa para nada la determinación de si existe o no existe conflicto armado, ya que independientemente de que el conflicto, sea declarado o no, el DIH se aplicará a los hechos violentos tanto en los conflictos armados internos como internacionales. Tampoco importa si quien lo califica es el poder ejecutivo, legislativo o el judicial. Si se da una situación objetiva en que se integre los elementos que constituyen un conflicto armado se tiene que aplicar el DIH mientras perdure el conflicto. (*Oficina del Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Derechos Humanos, 2007, p. 102*). No obstante es de aclarar que mientras en los conflictos armados Internacionales se aplican todas las normas del DIH en los conflictos armados internos la aplicación de esta normativa es más limitada debido

a que cada Estado es encargado propiamente de manejar su orden público interno, entonces cada Estado es quien se encarga de perseguir y castigar a los participantes del conflicto, es por ello que no es necesario aplicar una amplia normativa del DIH (Oficina del Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Derechos Humanos, 2007, p. 93-94).

En el Estatuto de Roma de la Corte Penal Internacional, la DFP representa otro de los tantos actos inhumanos de carácter similar a los de Lesa Humanidad, pues causan de manera intencional desproporcionados sufrimientos o atentan gravemente contra la integridad física o la salud mental o física, lo define así:

Artículo 7 numeral 2, literal i del Estatuto de Roma señala que: «Por “desaparición forzada de personas” se entenderá la aprehensión, la detención o el secuestro de personas por un Estado o una organización política, o con su autorización, apoyo o aquiescencia, seguido de la negativa a admitir tal privación de libertad o dar información sobre la suerte o el paradero de esas personas, con la intención de dejarlas fuera del amparo de la ley por un período prolongado».

En la Convención Interamericana sobre Desaparición Forzada de Personas celebrada en Belem do Para, Brasil 9 de junio 1994, en el artículo VII, dice:

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

En el código penal colombiano la conducta de DFP se halla de la siguiente manera:

Art. 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 aquél, y realice la conducta descrita en el inciso anterior.

ARTÍCULO 166. Circunstancias de Agravación Punitiva. La pena prevista en el Artículo anterior será de treinta (30) a cuarenta (40) años de prisión, multa de dos mil (2000) a cinco mil (5000) salarios mínimos legales mensuales vigentes, e inhabilitación para el ejercicio de derechos y funciones públicas de quince (15) a veinte (20) años, siempre que concurra alguna de las siguientes circunstancias:

1. Cuando la conducta se cometa por quien ejerza autoridad o jurisdicción.
2. Cuando la conducta se cometa en persona con discapacidad que le impida valerse por sí misma.
3. Cuando la conducta se ejecute en menor de dieciocho (18) años, mayor de sesenta (60) o mujer embarazada.
4. Cuando la conducta se cometa, por razón de sus calidades, contra las siguientes personas: servidores públicos, comunicadores, defensores de Derechos Humanos, candidatos o aspirantes a cargos de elección popular, dirigentes sindicales, políticos o religiosos, contra quienes hayan sido testigos de conductas punibles o disciplinarias, juez de paz, o contra cualquier otra persona por sus creencias u opiniones políticas o por motivo que implique alguna forma de discriminación o intolerancia.
5. Cuando la conducta se cometa por razón y contra los parientes de las personas mencionadas en el numeral anterior, hasta el segundo grado de consanguinidad, segundo de afinidad o primero civil.
6. Cuando se cometa utilizando bienes del Estado.
7. Si se somete a la víctima a tratos crueles, inhumanos o degradantes durante el tiempo en que permanezca desaparecida, siempre y cuando la conducta no configure otro delito.
8. Cuando por causa o con ocasión de la desaparición forzada le sobrevenga a la víctima la muerte o sufra lesiones físicas o psíquicas.
9. Cuando se cometa cualquier acción sobre el cadáver de la víctima para evitar su identificación posterior, o para causar daño a terceros.

ARTÍCULO 167. Circunstancias de atenuación punitiva. Las penas previstas en el artículo 160 se atenuarán en los siguientes casos:

1. La pena se reducirá de la mitad (1/2) a las cinco sextas (5/6) partes cuando en un término no superior a quince (15) días, los autores o partícipes liberen

a la víctima voluntariamente en similares condiciones físicas y psíquicas a las que se encontraba en el momento de ser privada de la libertad, o suministren información que conduzca a su recuperación inmediata, en similares condiciones físicas y psíquicas.

2. La pena se reducirá de una tercera parte (1/3) a la mitad (1/2) cuando en un término mayor a quince (15) días y no superior a treinta (30) días, los autores o partícipes liberen a la víctima en las mismas condiciones previstas en el numeral anterior.
3. Si los autores o partícipes suministran información que conduzca a la recuperación del cadáver de la persona desaparecida, la pena se reducirá hasta en una octava (1/8) parte.

Parágrafo. Las reducciones de penas previstas en este Artículo se aplicarán únicamente al autor o partícipe que libere voluntariamente a la víctima o suministre la información».

Respecto al DIH hay que decir que hace parte del derecho internacional público y sus normas limitan los métodos y los medios de hacer la guerra, además protegen a las personas que un conflicto armado (interno o internacional) no participan en las hostilidades o han dejado por diversas razones de participar en el conflicto.

Recordemos que respecto al conflicto armado colombiano, el país tiene que aplicar además del derecho consuetudinario, lo estipulado en el artículo 3º común a los Convenios de Ginebra de 1949 (aprobados en Colombia por la Ley 5ª de 1960), el Protocolo II adicional a los mismos (aprobado en Colombia por la Ley 171 de 1994).

Todas estas normas hacen relación al delito de DFP como crimen de guerra en medio del conflicto armado colombiano, lo cual hace aplicable el DIH. Además tiene una directa relación con la posibilidad de aplicar justicia universal en virtud de ser reconocido el mencionado delito como de lesa humanidad.

4. BREVE HISTORIA DE LA DESAPARICIÓN FORZADA DE PERSONAS

En la génesis de este delito encontramos que desde la Convención Americana contra la Desaparición Forzada suscrita el 22 de noviembre de 1969 en San José de Costa Rica se empezó a enunciar la cuestión de la desaparición forzada para llegar a tener toda una suerte de consideraciones indispensables para poder

tipificar lo que hoy conocemos como DFP. La preocupación continuó con la Convención Interamericana sobre DFP adoptada en Belem do Pará (Brasil) el 9 de junio de 1994 (que entró en vigor se dio el 28 de marzo de 1996). Hoy el citado delito se encuentra en la Declaración sobre la protección de todas las personas contra las desapariciones forzadas aprobada por la Asamblea General de 1991. Con lo cual su actualidad, vigencia y exigibilidad, está más que demostrada.

A continuación exploraremos las principales características de la DFP.

La Convención Interamericana sobre DFP suscrita por Colombia el 8 de mayo de 1994, establece como obligación de los Estados la extradición de los culpables del delito de DFP; así mismo establece «la prohibición de aceptar la obediencia debida como eximente de responsabilidad (f) la prohibición de que presuntos responsables del delito sean forzados por jurisdicciones especiales».

Junto a estas importantes características, es importante precisar que el marco del artículo 7 numeral 1 limita la aplicación de crímenes de lesa humanidad de tres maneras:

- Un crimen contra la humanidad se reputa que está comprendido de la competencia de la Corte cuando es cometido «como parte de un ataque generalizado o sistemático» En otras palabras, un caso de Desaparición forzada de personas, por ejemplo, no calificara como crimen de lesa humanidad a menos que se cometa en el contexto de un ataque generalizado, esto es, que involucre a cierto número de personas cuya comisión se extienda sobre una amplia área territorial. Por otra parte, un crimen contra la humanidad también puede cometerse si forma parte de un ataque sistemático, esto es, si involucra planificación y organización.
- El acto no calificará contra crimen contra la humanidad a menos que, además de cometerse como parte de un ataque generalizado o sistemático, se hubiese dirigido contra una población civil.
- Por último los actos deben cometerse «con conocimiento del ataque». Esta exigencia puede dar lugar a cuestiones difíciles relativas a la carga de la prueba para el fiscal. En esta línea de ideas, «conocimiento del ataque» debe interpretarse como una orientación a la CPI para aplicar un texto objetivo acerca del si el supuesto autor sabia o debía haber sabido conforme al estándar de un ataque razonable, si de hecho hubo un ataque (Vélez, 2004).

La desaparición forzada no se menciona de forma explícita en el artículo 3 común de los Convenios de Ginebra, como tampoco en el artículo 4 del Protocolo

II ni en el artículo 8 (c) del Estatuto de Roma (crímenes de guerra). No obstante, la DFP sí está incluida en esos artículos cuando prohíben los atentados contra la vida y la integridad física, y la toma de rehenes. A pesar de esta especial protección, el Estado colombiano no ha podido garantizar esos derechos. Para cierto grupo de académicos al revisar los cuatro Convenios de Ginebra del 12 de agosto de 1949, y los dos protocolos adicionales de 1977, no se encuentra la desaparición forzada de personas dentro de las conductas prohibidas. Hay que señalar que en los tratados de derecho internacional humanitario no hay una consagración explícita a la desaparición forzada de personas, sin embargo el delito en mención viola o amenaza violar diversas normas consuetudinarias de derecho internacional humanitario (CICR, 2007, p. 388 ss.). Y si con estos argumentos no queda claro, bien podemos señalar que en el artículo 3° común de los Convenios de Ginebra y en el artículo 4.2 del Protocolo Adicional II existen normas expresas que prohíben conducir actos que configuren la desaparición de una persona. El artículo 3° precitado prohíbe, además, los atentados contra la vida y la integridad personal, especialmente el homicidio en todas sus formas, las mutilaciones, los tratos crueles, la tortura y los suplicios. Privar a una persona de la garantía de la ley y ordenar o ejecutar actos deliberados que buscan desaparecerlo, implica una grave infracción del Derecho Internacional Humanitario que el Estado debe sancionar. En esta dirección doctrinaria, también es cierto que en la jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, desarrollada en numerosas ocasiones a partir de hechos ocurridos durante conflictos armados no internacionales, se ha considerado que la desaparición forzada de personas involucra la violación múltiple de la libertad, integridad, seguridad, vida y debido proceso (Corte IDH, Caso Godínez Cruz vs. Honduras, Sentencia, 20 de enero de 1989, parágrafo 196; Corte IDH, Caso Fairén Garbí y Solís Corrales vs. Honduras, Sentencia, 15 de marzo de 1989, parágrafo 148; Corte IDH, Caso Velásquez Rodríguez vs. Honduras, Sentencia, 29 de julio de 1988, parágrafo 188; Corte IDH, Caso Castillo Páez vs. Perú, Sentencia, 3 de noviembre de 1997, párrafos 63 y ss.).

Aún más, el siguiente párrafo del caso *Bámaca Velasquez vs. Guatemala* resume nuestro argumento sobre violación a múltiples derechos humanos: «La desaparición forzada o involuntaria constituye una violación múltiple y continuada de varios derechos de la Convención, pues no solo produce una privación arbitraria de la libertad, sino que pone en peligro la integridad personal, la seguridad y la propia vida del detenido. Además, coloca a la víctima en un estado de completa indefensión, acarreando otros delitos conexos» (Corte IDH, Caso *Bámaca Velásquez vs. Guatemala*, Sentencia, 25 de noviembre de 2000, parágrafo 128).

Por su parte el pacto internacional de derechos civiles y políticos consagra en el artículo 9 del tratado el derecho a la libertad persona, en los siguientes términos:

«Todo individuo tiene derecho a la libertad y seguridad personales. Nadie podrá ser sometido a detención o prisión arbitrarias. Nadie podrá ser privado de su libertad (...)»

La DFP ha sido objeto de la llamada *ratione temporis*. Por esa razón asumió la competencia la C.I.D.H. en el llamado caso Blake contra Guatemala (Sentencia de 24 de enero de 1998), el cual fue el primero en la que la Corte analizó la DFP como un delito de ejecución continuada. En el año 1989 la C.D.I.H. en el caso Velázquez Rodríguez contra Honduras determinó que el delito de DFP era un crimen contra la humanidad. Hay que precisar que se considera que existe un delito de DFP siempre que una persona haya sido detenida y no se tenga información de su paradero y en el cual, desaparición en la cual exista la participación de cualquier modo de agentes estatales y estos nieguen su participación.

La DFP, no es un crimen nuevo, fue una práctica que tuvo pleno auge en los años sesenta, especialmente en el cono sur del continente. De ahí que la comunidad internacional ha tenido siempre una preocupación por este tipo de crímenes, de ese modo la DFP ha llegado a ser considerado como un delito atroz autónomo. Según Gómez López en Colombia se hace uso de la desaparición forzada de personas para torturar y matar «con lo cual el crimen aparece como más horrendo e inhumano» (1998, p. 267). Este delito a pesar de persecución, todavía persiste y las secuelas de su accionar seguramente tendrán consecuencias en el inmediato futuro toda vez que la persecución a estos crímenes es de naturaleza internacional y en consecuencia tribunales internacionales tienen la posibilidad de evitar a toda costa su impunidad. De ahí que se necesita conocer si la DFP es un crimen de lesa humanidad y cuáles son sus consecuencias, por esa vía podemos conocer si efectivamente los lineamientos internacionales en materia de persecución a criminales sujetos activos de DFP se cumplen en Colombia.

5. LA DFP COMO DELITO DE LESA HUMANIDAD

El delito de DFP es pluriofensivo en la medida en que ataca varios bienes jurídicos. Además de violar la libertad locomotora, de atentar contra la vida, o la dignidad entre otros bienes, impide interponer los recursos legales que permitan proteger los derechos vulnerados; de este modo se impide el derecho de acudir a un tribunal a fin de que decida la legalidad de la detención. (Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, artículo 9.4 y Convención Americana de Derechos Humanos, artículo 7.6). Así pues la práctica de la desaparición forzada atenta contra diversos derechos humanos.

La DFP de conformidad con el derecho internacional es un delito de lesa humanidad debido a dos aspectos fundamentalmente, de un lado por que atañe

a los derechos violentados de la víctima y de otro lado por que amenaza la convivencia social, la paz y la tranquilidad de la humanidad. Conforme la jurisprudencia de la Corte Interamericana, la Declaración de Naciones Unidas y la Convención Interamericana de desaparición forzada de personas, la práctica sistemática de la desaparición forzada de personas es un crimen de lesa humanidad. Sin embargo, de acuerdo con la doctrina un solo acto de desaparición forzada constituye crimen de lesa humanidad, (Monroy, 2001, p. 118).

Se ha reconocido que la «práctica sistemática de la DFP constituye un crimen de lesa humanidad» (Convención Interamericana sobre Desaparición Forzada de Personas. Belem do Para, Brasil 9 de junio 1994). De ahí surge la especial connotación de ser perseguidos los ejecutores de esta categoría de delitos por cualquier Estado que desee investigar y sancionarlos bajo el principio de justicia universal. Es de acotarse que el Principio de Jurisdicción o de Justicia Universal es aplicable a todos los delitos graves que lesionan a la humanidad en la cual los Estados no hayan querido o no hayan podido investigar, o si lo hicieron impusieron penas exiguas en comparación a la magnitud del delito. Así pues existe con la aplicación de este principio la posibilidad de que un Estado pueda castigar a individuos de otro Estado en cualquier tiempo, sin que opere el fenómeno de la prescripción. Bajo este principio se investiga, se juzga, se condena o se hace cumplir la condena tanto a autores como a cómplices. En estos eventos opera con facilidad la tesis de la autoría mediata (Torres Vásquez, 2010).

El Estatuto de la Corte Penal Internacional señala la DFP como un crimen de lesa humanidad incluido en el artículo 7. Esta vital razón obliga a que los integrantes de la Fuerza Pública, tanto ejército como policía eviten al máximo versen incurso en delitos de DFP. Los datos respecto a las 72 desapariciones forzadas reportadas entre 1999 y el 2001 (cuya presunta autoría se atribuyó a miembros de la Fuerza Pública), han demostrado que la casi totalidad (94,45% 68 víctimas) fue presuntamente perpetrada por miembros del Ejército Nacional y agentes de la Policía Nacional: 38 (52,78%). Ante esta realidad corroborada por datos estadísticos posteriores, es imperioso el analizar si se está cambiando de actitud frente a ese problema. Hasta hace muy poco tiempo la posición de los miembros de la Fuerza Pública ha sido la de estar vinculado a procesos penales en su posición de autor, coautor, cómplice o determinador en un delito de lesa humanidad como es el de DFP. Sin embargo la percepción más reciente de la opinión pública nacional es que los miembros de la Fuerza Pública son víctimas de un delito como es el delito de DFP, esto gracias a la Ley 975 (Ley de justicia y paz) y a la ley de víctimas (Ley 448 de 2011).

La Desaparición Forzada de Personas es un crimen de lesa humanidad «en cuanto compromete la responsabilidad política del Estado ante la comunidad internacional», específicamente porque de forma sistemática y masiva los Estados a través de sus agentes la han utilizado como forma de restringir las posibilidades políticas de alguna parte de la sociedad, llegando inclusive a aniquilar la oposición; de la misma forma se ha utilizado para eliminar a aquellos individuos o grupos considerados indeseables para el Estado (Gómez 1998, p. 288).

6. DESAPARICIÓN FORZADA Y MIEMBROS DE LA FUERZA PÚBLICA

En el presente estudio se pretende hacer una exploración del delito de desaparición forzada de personas (en adelante DFP) en Colombia, especialmente en lo relativo a la participación de integrantes de la Fuerza Pública (integrada por el Ejército y la Policía), ya sea en calidad de autor, coautor, cómplice o determinante.

Como objetivo principal se halla el determinar las actuales acciones de los miembros de la Fuerza Pública en cuanto al delito de DFP de acuerdo al marco jurídico nacional e internacional. Se analizarán del mismo modo las actuales políticas diseñadas y ejecutadas por la Fuerza Pública para evitar que sus integrantes sean sujetos activos de este delito. La orientación final básica será el proponer acciones que generen cambios por parte del Estado encaminadas a evitar que sus servidores públicos sean los perpetradores del delito de DFP.

La situación de conflicto armado interno que lleva alrededor de seis décadas no ha permitido diálogos de paz fructíferos en la medida en que los grupos al margen de la ley han contado con mucho dinero proveniente del narcotráfico, que incluso ha permeado a algunos miembros de la Fuerza Pública. Según Salazar alto comisionado de la ONU para los Derechos Humanos en Colombia de los 57. 200 desaparecidos en las tres últimas décadas, 16.600 desapariciones forzadas, fueron «cometidas por agentes del Estado y fuerzas paramilitares que colaboraban con ellos» (El Espectador.com, 23-05-2011). Es claro entonces que en muchos de los delitos cometidos presuntamente por los grupos paramilitares existió una participación activa o pasiva de miembros de la Fuerza Pública, olvidando con esta actitud que nadie será sometido a desaparición forzada a torturas ni a tratos o penas crueles inhumanas o degradantes de acuerdo al artículo 12 de la Carta Política. Las ejecuciones extrajudiciales han hecho parte de la actividad criminal de algunos integrantes de la Fuerza Pública. Aunque no han sido los únicos sujetos activos del mencionado delito, ya que cuando hablamos de violencia política,

con dicho termino se alude «al conflicto armado entre los tres grupos combatientes: Fuerza Pública, grupos paramilitares y grupos guerrilleros», individuos pertenecientes a estos grupos han sido, quizá más perversos en su accionar respecto del delito de DFP.

Una de las características que tiene el conflicto armado interno en Colombia es la «asimetría», es decir, el desequilibrio en cuanto a la velocidad, respecto a los integrantes, medios, planeamiento y especialmente de armas durante el conflicto. Esta apreciación es muy poderosa y quizá sea la razón por la cual la Fuerza pública no ha podido ganar la guerra, lo que unido a que las organizaciones al margen de la ley poseen no solo un grupo que tiene control sobre una parte del país, sino que estos cuentan con una buena estructura y organización militar lo que no permite que sean fácilmente derrotados, todo ello genera la eternización del conflicto. «Al interior de la Fuerza Pública Colombiana hay factores antidemocráticos que han impulsado, permitido o utilizado la desaparición como mecanismo de combate contra ciertos sectores tachados de violadores de la ley, subversivos o enemigos públicos» (Gómez, 1998, p. 267).

Ya sea en la condición de víctimas y de victimarios los miembros de la Fuerza Pública tienen derechos, su dignidad humana en consecuencia no se pierde. Por lo tanto la legislación penal tanto nacional como internacional ha previsto de la misma manera derechos como obligaciones cuando se está en curso de cualquier modo en un proceso penal. Luego es obligado a comprender y analizar si a los integrantes de la Fuerza Pública les han sido violentados sus Derechos Humanos. Insistimos ya sea como víctima o como victimario. De ahí que se hace obligatorio estudiar las acciones que el Estado ha impulsado para evitar que estos ciudadanos vean desmejorada o disminuida o desaparecida su dignidad. La DFP es una violación, por un lado a los deberes que tienen los servidores públicos frente al Estado y por otro lado comporta la aplicación del derecho penal en virtud de la violación de los Derechos Humanos y del DIH.

Es relevante reseñar que específicamente respecto a las víctimas en el delito de DFP, el Ministerio de Defensa ha emitido distintas ordenes de acuerdo con la Directiva N° 6 de 2006 la cual sucintamente señala la prioridad de la Fuerza Pública de buscar personas desaparecidas. Estas acciones junto a otras como son la divulgación, conocimiento y protección de los Derechos Humanos dan como resultado una mejor actividad de la Fuerza Pública cuando se trata de perseguir criminales. Ha sido muy difícil la situación de combate por parte de la Fuerza Pública al enfrentar a grupos armados al margen de la ley en medio de la población. Así pues, en las distintas investigaciones sobre el conflicto en Colombia se ha demostrado que la población civil es la principal víctima.

7. ELEMENTOS DE LA DFP

Para Gómez López los elementos de la desaparición forzada de personas se dividen en dos: en primer lugar, por la «acción del funcionario público o del particular que obra con su aquiescencia o autorización que retiene o captura legal o ilegalmente a una persona contra su voluntad», y en segundo lugar por «el ocultamiento de la misma persona, negándose a revelar a su suerte, manteniendo el ocultamiento de forma silenciosa, no informando su paradero» (1998, p. 272).

Este delito puede suceder en tiempos de paz o en tiempos de guerra, en nuestro país lo ha sido durante todo el tiempo que hemos estado incurso en el conflicto armado interno. Los desaparecidos en desarrollo del conflicto son numerosos, el país todavía desconoce la suerte de la mayoría de estos nacionales. Por medio de la controvertida Ley de Justicia y Paz se trató de saber que había ocurrido con las víctimas sobre todo conocer donde se hallaban las víctimas de este atroz delito. A pesar de ello esto no se ha logrado en la proporción que se pretendía.

Para Amnistía Internacional desde que se debatió la Ley de Justicia y Paz manifestó que esta ley «no cumple las normas internacionales sobre el derecho de las víctimas y el desconocimiento de principios internacionales sobre el derecho de las víctimas a la verdad, la justicia, y la reparación»; además, agravara el problema endémico de la impunidad en Colombia, y entraña el peligro de que los paramilitares desmovilizados se reintegren en el conflicto armado (Amnistía Internacional, 2005, p. 10).

De todos modos es importante destacar que la Ley de Justicia y Paz exige que se digan dónde están algunos de los desaparecidos; localizar fosas comunes, identificar a los allí enterrados, entregar los cadáveres y en general hacer justicia. Todo lo cual hace parte, por un lado del derecho a acceder de manera efectiva a la justicia verdad y la reparación exigible por la normativa internacional y, por otro lado, a la necesidad del Estado colombiano de tratar de aplicar normas internacionales y así actuar de conformidad con la solicitud internacional respecto a hacer ciertamente justicia. No obstante, hasta ahora, los victimarios que en ese sentido, se han comprometido con la ley y especialmente con la sociedad nacional e internacional, no han cumplido.

Por esta razón (entre otras), la presión de la comunidad internacional en cuanto a la aplicación del DIH es permanente; Colombia está a la espera de que en la mira de tribunales internacionales se obligue al Estado a hacer efectiva la aplicación del derecho internacional de tal manera que se puedan lograr niveles de protección al DIH que realmente satisfagan los lineamientos

en el ámbito internacional. La actuación de Colombia respecto de brindar beneficios a ejecutores de delitos de DFP (por medio de la Ley de Justicia y Paz) hace que este contraviniendo lo mandado en la Convención Interamericana sobre DFP sobre: «No practicar, no permitir, ni tolerar la DFP, ni aun en estado de emergencia, excepción o suspensión de garantías individuales». En Colombia, según algunos datos, han sido asesinadas 25 mil personas cada año (Fischer, p. 255) ; esto hace elocuente la violencia que se ha vivido al menos en la primera década de este siglo, en términos de Fischer, «la mayoría de los asesinatos y “desapariciones forzadas” –en contra de lo denunciado por el aparato propagandista estatal, que ha culpado durante mucho tiempo de todo y por todo a la guerrilla– corren por cuenta de las agrupaciones paramilitares y el ejército», (Fischer, p. 256) con lo cual el gobierno se ve en serios aprietos para desvincularse de las apreciaciones de algunas personas respecto a ser un Estado violador de Derechos Humanos (Torres Vásquez, 2010, p. 149).

En este delito encontramos dos grandes normativas vulneradas, por un lado los Derechos Humanos y la dimensión que estos han alcanzado en torno a su protección y, por otro lado, el desarrollo no menos importante del DIH, ambas normativas son al interior del Estado colombiano violadas. Recordemos que la gran mayoría de las desapariciones forzadas de personas atribuidas a miembros de la Fuerza Pública. Tal como lo ha investigado la Comisión colombiana de juristas los cuales han dicho que las desapariciones forzadas: «han sido cometidas exclusivamente por abuso de poder dentro del desarrollo de sus funciones; es decir que fueron únicamente violaciones a los Derechos Humanos entonces, no es seguro que la eventual terminación del conflicto armado ponga fin a la a horrorosa práctica de la desaparición forzada por parte de agentes del estado». (2005, p. 518-519). Esta apreciación se puede ver terminada si las políticas del Ministerio de Defensa respecto a los miembros de la Fuerza Pública y su accionar en materia del delito aquí estudiado tienden a ser aplicadas, en un claro acatamiento de las normas internacionales al respecto.

En el plano internacional hasta hace poco se consideraba que el sujeto activo del delito de desaparición forzada era solamente quien ostentase la calidad de servidor público, hoy el tipo penal es más amplio y se estima que quien por orden, con la autorización o apoyo de autoridades del Estado, privare en cualquier forma de la libertad a una o más personas, será objeto del reproche penal.

En el campo del derecho penal colombiano el tipo penal (artículos 165 al 167 del C.P.) abarca los servidores públicos, los particulares que obren con aquiescencia y a los que actúen de forma independiente.

Siguiendo a Gómez, el tipo penal de la DFP tiene las siguientes características:

Aspecto subjetivo:

Hay dolo aunque ciertamente hay tres momentos en los que se debe haber dolo, en primer lugar, la privación de la libertad de la persona; y en segundo lugar, la voluntad de desaparecerla; en tercer lugar debe haber dolo en la negativa a informar el paradero de la víctima (1998, p. 279).

Aspecto subjetivo

Debe ser un servidor público es decir un sujeto activo cualificado, aunque no es necesario «si el funcionario o servidor público tiene o no competencia para ordenar la privación de la libertad de la víctima, basta con que ejerza funciones públicas y de alguna, manera use de ellas o estas le permitan, le faciliten la comisión de la desaparición forzada» (1998, p. 281).

Del mismo modo el sujeto activo del delito puede ser un particular «que obra con la complicidad la instigación, o coautoría de un funcionario público aquiescencia del Estado» (1998, p. 280).

En Colombia se encuentra prohibida la DFP en el artículo 12 de la Constitución Nacional, en el que se señala que «Nadie será sometido a desaparición forzada, a torturas ni a tratos o penas crueles, inhumanos o degradantes». En el continente desde 1983 se ha venido hablando del tema por la Organización de Estados Americanos (OEA) que mediante Resolución N 666 XIII-0/83 determinó que toda desaparición forzada debería calificarse de crimen contra la humanidad.

El hecho de la desaparición forzada como fenómeno delincencial necesario de persecución, solo tuvo tipificación expresa en las normas colombianas como delito, a través de la ley 589 del año 2000, la cual no solo se limitó a tipificarla sino también, a incorporar mecanismos específicos para enfrentar este crimen atroz, lo destacable es que esta ley vino a ser un primer gran avance en la prevención de un delito que ya llevaba muchos años efectuándose con total impunidad. Dicha Ley, que se integró al Código Penal (Ley 599 de 2000), tipificó la Desaparición Forzada.

Posteriormente, a través del artículo 14 de la Ley 890 de 2004, se aumentó la pena prevista en el artículo 165, en una tercera parte respecto del mínimo y en la mitad respecto al máximo.

Hay que matizar que el tipo penal, cuando exige que el particular actúe «bajo la determinación o la aquiescencia del servidor público», está señalando unas

condiciones un tanto especiales de ese sujeto, es decir que no puede ser cualquier particular el que verdaderamente puede realizar la conducta punible, sino que debe actuar en participación con el servidor público, con lo cual también se restringe el número de personas que pueden cometer el delito. En nuestro medio hablamos de un interviniente.

La DFP prácticamente se ejecuta en 3 fases: en un primer punto ocurre la aprehensión lo que indica que ocurre una privación de la libertad por parte de agentes estatales o bien por particulares que cuentan con el apoyo de aquellos; en segundo lugar ocurre su ocultamiento, es decir la negativa a reconocer que se ha privado de la libertad a una persona y en tercer lugar ocurre la sustracción de la persona que ciertamente es el sacar a la persona del amparo legal.

En numerosos casos de DFP, el Consejo de Estado (Sentencia 4561(12812) del 02/11/28) ha venido condenado patrimonialmente al Estado, debido a la aplicación de sanciones extrajurídicas a los infractores de la ley. «En tales providencias se ha destacado que las autoridades públicas no están legitimadas para aplicar sanciones extrajurídicas a los infractores de la ley. Quien sea sorprendido en flagrancia o capturado en virtud de orden de autoridad judicial como sindicado de la comisión de un delito debe ser puesto a disposición de los jueces competentes para que se decida su situación, con el respeto de todas las garantías procesales». Como se puede colegir en delitos de desaparición forzada cometidos en Colombia, es obligado tener la pulcritud de examinar las pruebas, ya que no son pocos los casos en que se toman los indicios como base para adoptar la decisión. Ha señalado, con mucho acierto el Consejo de Estado que «La actividad probatoria en los eventos de desaparición forzada es muy compleja. Regularmente no existen pruebas directas porque 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 represalias. De tal manera que en la generalidad de los casos las decisiones judiciales se fundamentan en indicios» (Sentencia 4561(12812) del 02/11/28). La DFP vulnera distintos derechos esenciales, por lo cual se dice que es un delito autónomo e independiente, además de ser pluriofensivo en la que la mayoría de estos bienes jurídicos son dignos de protección universal por cada uno de los Estados ya que esos derechos son esenciales de la persona humana. La Sala de Casación penal de la Corte Suprema de Justicia en Sentencia del 3 de Agosto de 2011, en el Proceso N.º 36563, llegó a la conclusión que en los delitos de desaparición forzada, (entre otros) puede suceder que sean considerados a la vez como crímenes de guerra y de lesa humanidad, siempre que se demuestren «los elementos de contexto en ambos casos, relacionados con la existencia de un conflicto armado no internacional en el país, así como la sistematicidad y/o generalidad de graves ataques respecto de la población protegida (civil)».

Además la DFP es un delito imprescriptible, de este aspecto nos ocuparemos enseguida.

8. EL EFECTO RETROACTIVO EN COLOMBIA DEL DELITO DE DESAPARICIÓN FORZADA DE PERSONAS

No vamos a entrar a discutir el tema de la vulneración a garantías de tipo constitucional, como el debido proceso y demás cuando hoy se castiga la desaparición forzada de personas a hechos sucedidos en el Palacio de Justicia de Colombia en 1985.

Siguiendo la sentencia Causa 2009-0203 del 28 de abril del 2011 emanada del juzgado 51 penal del circuito de Bogotá en el proceso seguido contra Jesús Armando Arias Cabrales, por el delito de desaparición forzada agravada, «el día 6 de noviembre de 1985 un grupo de guerrilleros perteneciente al comando “Iván Marino Ospina” del movimiento 19 de abril, «M-19», se tomó las instalaciones del Palacio de Justicia.....; en donde se hallaban 350 personas entre magistrados de las altas Cortes del país, algunos servidores oficiales y otros particulares. Acaecida la incursión subversiva miembros de la Policía Nacional y del Batallón Guardia Presidencial arribaron a la Plaza de Bolívar.....; Los altos mandos estatales, se rehusaron a negociar con el grupo armado, argumentando la necesidad de «defender la democracia» y la seguridad de las instituciones, enfrentamiento que generó un voraz incendio que consumió un gran número de expedientes y la vida de muchas personas que no lograron abandonar el sitio.....; La labor de recobro del Palacio de Justicia fue liderada por las tropas de la Décimo Tercera Brigada del Ejército, al mando del general -hoy en retiro- Jesús Armando Arias Cabrales.

Tras la operación de recuperación del inmueble, hoy se conoce que hubo cerca de 100 muertos. El señor Arias Cabrales es condenado por este juzgado a 35 años de prisión por el delito de desaparición forzada agravada.

En el momento en que sucedieron esos hechos no había sido tipificado ni en los instrumentos internacionales ni en la legislación nacional como delito la DFP, obvio es que tampoco estaba la pena. En consecuencia, las garantías ofrecidas por el principio de legalidad como son la garantía criminal y la penal se desconocen. Luego se genera una gran inseguridad jurídica para todos los colombianos si lo que hoy no es delito y no tiene pena establecida de manera previa, mañana pasa a ser un crimen. Es intolerable desde el punto de vista jurídico se pueda atribuir la existencia de una conducta punible, y una pena, después de varios años de ocurrida una determinada conducta que no se en-

contraba prescritas en el derecho aplicable como delito. No obstante los anteriores argumentos son rebasados actualmente por la moderna doctrina y jurisprudencia sobre los delitos de lesa humanidad. En la Audiencia Nacional española se estipuló que no existía ninguna violación al principio de legalidad, cuando de castigar crímenes de naturaleza supranacional se trataba. El fundamento legal atiende a lo consagrado en el Derecho Internacional convencional o consuetudinario. Al reconocerse que eran delitos de lesa humanidad no solo se aseguraba la competencia sobre un delito que, según la Audiencia, no solo estaba reconocido en el momento de la comisión de los hechos sino que además constituía *ius cogens* (Sentencia de la Audiencia Nacional N° 16/2005, fundamento jurídico D).

El argumento para determinar la imprescriptibilidad de la conducta se esboza desde el prisma de la categoría de delito de lesa humanidad; como en efecto lo es la DFP. Pese a esto, se debe sopesar si no se viola el derecho interno (tal como se expresa en el artículo 29 numeral 2 de la Constitución que señala «(...) nadie podrá ser juzgado sino conforme a leyes preexistentes al acto que se le imputa, ante el juez o tribunal competente y con observancia de la plenitud de las formas propias de cada juicio». Por supuesto, que no se tiene por qué desconocer ni la naturaleza de delito de lesa humanidad del delito en mención, como tampoco la imprescriptibilidad que se desprende de ese tipo de delitos. Lo que no se debería olvidar es que el derecho penal en esencia es aplicado de cara al futuro y para regular o reprimir conductas humanas hacia el futuro siempre que estén establecidas en una norma y de acuerdo al mandato Constitucional, que obviamente respeta el derecho internacional.

Respecto a la acción penal del delito de DFP es imprescriptible «por virtud de la gravedad de las conductas, la necesidad de protección y resarcimiento de las víctimas y el deseo de precaver la impunidad, en los casos de delitos como el de desaparición forzada (que fue el directamente examinado por la Corte Constitucional), se hace menester realizar un balanceo con los derechos de los procesados». (Corte Suprema de Justicia. Sentencia de Sala de Casación penal, 3 de agosto de 2011. Proceso N° 36563). Al ser la DFP un delito de ejecución permanente, el término prescriptivo no corre hasta que se sepa el paradero de la persona desaparecida. En Colombia según lo estableció en el artículo 84 del Código Penal la prescripción debe contarse «desde la perpetración del último acto»...

Otro aspecto del desarrollo del derecho interno en Latinoamérica, es el que tiene que ver con el reconocimiento del derecho penal internacional. Contrariando, decisiones de años anteriores, la CIDH en 2001 en el caso llamado «Barrios altos» dejó sin efectos jurídicos decisiones del gobierno peruano respecto a amnistiar a militares, policías y civiles que participaron en violaciones

a los Derechos Humanos (Muñoz, 2004, p. 53). Esto es una muestra de los avances en materia de procurar evitar la impunidad. Por último y desafortunadamente, se ha vuelto costumbre en Colombia, como forma de gobernar, desacreditar cualquier intento por mejorar la situación de las mayorías de la sociedad, esto permite que se construya un enemigo, así mismo aparece en escena una política criminal en la que se amplían los bienes jurídicos dignos de protección que junto a tipos penales abiertos y difusos permiten castigar todo tipo de conductas del considerado enemigo. Además de esa clase de tipos penales y bajo la consideración de que enemigo es aquel individuo que está en contra del Estado, y sin importar las razones de la posibilidad de llegar a cometer violaciones a los Derechos Humanos, se les otorga a los militares funciones para investigar y/o juzgar a civiles. Así ocurrió en los 90 en Colombia con el llamado «Estatuto de Seguridad» (Aponte, 2006, p. 487).

9. ALGUNAS CONSECUENCIAS DEL DELITO DE DFP

Hemos venido argumentando sobre el tema de la DFP está regulada internacionalmente y reconocida para el caso colombiano en numerosos acuerdos y tratados internacionales. Al encontrarse el conflicto armado regulado por un instrumento internacional, el principio del *pacta sunt servanda* debe ser respetado por el Estado (Ramelli, 2005, p. 86-87). En ese sentido, «de acuerdo con la Declaración sobre la protección de todas las personas contra las desapariciones forzadas, aprobada por la Asamblea General de las Naciones Unidas mediante Resolución N° 47/133 del 18 de diciembre de 1992 ninguna orden o instrucción de autoridad pública, sea civil, militar o de otra índole, puede ser invocada para justificar una desaparición forzada, y en consecuencia, toda persona que reciba tal orden o tal instrucción tiene el derecho y el deber de no obedecerla (art. 6.1.)». No se admitirá la eximente de la obediencia debida a órdenes o instrucciones superiores que dispongan, autoricen o alienten la desaparición forzada. Toda persona que reciba tales órdenes tiene el derecho y el deber de no obedecerlas (Convención Interamericana sobre DFP. Belem do Para, Brasil 9 de junio 1994, artículo VIII). Subsiguientemente, no se acepta en la desaparición forzada de personas la excusa (que sirva como causa de justificación) de haber recibido la orden de un superior (Gómez, 1998, p. 297).

Esta expresamente prohibida la ejecución de la pena privativa de la libertad en el lugar de la residencia del infractor cuando se trate de delitos de DFP (entre otros delitos), de acuerdo con Ley 750 de 2002 que prosigue los lineamientos del derecho internacional.

Así con mucho acierto nos lo explica Aponte: «en el caso colombiano, no obstante y en virtud de la expedición de numerosas normas con tratamientos

más benéficos a actores especialmente agresivos –no es ningún hecho nuevo, se podría hablar, no obstante, de una especie de abolicionismo del sistema penal, a partir, sobre todo, de la beligerancia de los actores» (Aponte, 2006, p. 601). Es pues un modelo especial de derecho penal en él se enfatiza la eterna utilización política, en situaciones de emergencia, del derecho penal. Por esta razón, el estado no duda en generar una clara erradicación de los postulados más elementales del derecho penal. Como vemos existen en la Ley 975 de 2005 beneficios que van en contravía con el derecho internacional, un ejemplo de esto es lo señalado por el Consejo superior de la Judicatura: «Sin embargo, pese a los postulados en mención, la Ley 750 de 2002 establece la posibilidad de que la ejecución de la pena privativa de la libertad se cumpla en el lugar de la residencia de la infractora, cuando esta sea mujer cabeza de familia, siempre y cuando su desempeño laboral, familiar o social permita al funcionario determinar que no colocará en peligro a la comunidad o a las personas a cargo y que no se halle vinculada a la justicia penal por delitos de genocidio, homicidio, delitos contra las cosas o personas y bienes protegidos por el Derecho Internacional Humanitario, extorsión, secuestro o desaparición forzada o para aquellas que registren antecedentes penales, salvo por delitos culposos o delitos políticos, siendo estos los únicos requisitos que deben verificarse para acceder a la concesión del beneficio a favor de quienes ostenten la calidad de cabezas de familia» (Consejo superior de la Judicatura. Providencia N° 11001010200020110242500).

En el artículo 3° el Código Penal Militar se alude taxativamente a que en ningún caso podrán relacionarse con el servicio el delito de desaparición forzada. «Artículo 3o. delitos no relacionados con el servicio. No obstante lo dispuesto en el artículo anterior, en ningún caso podrán relacionarse con el servicio los delitos de tortura, genocidio, desaparición forzada, de lesa humanidad o aquellos que atenten contra el Derecho Internacional Humanitario entendidos en los términos definidos en convenios y tratados internacionales ratificados por Colombia, ni las conductas que sean abiertamente contrarias a la función constitucional de la Fuerza Pública y que por su sola comisión rompan el nexo funcional del agente con el servicio».

La desaparición forzada de personas es obviamente contra personas no contra muertos. Si se da muerte al desaparecido y luego se oculta el cadáver para asegurar la impunidad, se debe investigar a fondo dos delitos por un lado la desaparición como tal y por otro el homicidio con lo cual hablamos posiblemente de un concurso de delitos (Gómez, 1998, p. 302).

Consecuencias jurídicas de la calificación de crimen de lesa humanidad:

1. Jurisdicción universal.

2. Principio «aut dedere, aut iudicare».
3. Imprescriptibilidad de la acción penal y de la pena.
4. Imposibilidad de otorgar asilo político.
5. Responsabilidad individual independiente de la responsabilidad de derecho interno.
6. Exclusión de la obediencia debida.
7. Inadmisibilidad de admitir indultos o amnistías. (Monroy Cabra, 2001, p. 102).

Para finalizar maticemos que para la Oficina en Colombia del Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Derechos Humanos y el *Derecho internacional de los Derechos Humanos en 2004*, «Algunas veces la desaparición forzosa es conceptualizada como una violación agravada del derecho a la vida, debido a las violación de otros derechos cometidas con el afán de perpetuar la impunidad de los autores, así como por las consecuencias que tiene la desaparición de una persona en los derechos fundamentales de otras, en particular de los familiares de la persona desaparecida. Si bien esta apreciación es correcta en la mayor parte de los casos, es menester recordar que la desaparición no siempre entraña una violación consumada del derecho a la vida. La muerte de la víctima, como indica la última frase del artículo 1.2 de la declaración (*scil* declaración sobre la protección de todas las personas contra las desapariciones forzadas), no es elemento de la definición de la desaparición» (p. 129).

CONCLUSIONES

El delito de desaparición forzada de personas en Colombia es sin lugar a dudas un crimen de lesa humanidad de acuerdo con el marco jurídico nacional e internacional.

No obstante que hasta hoy (febrero de 2013) no hay un reconocimiento de la existencia de conflicto armado en Colombia, lo que queda en evidencia es que tanto agentes del Estado como particulares pertenecientes a todos los grupos armados que participan del conflicto han incurrido en delitos de desaparición forzada de personas. Lo preocupante es la participación activa en ese delito de algunos de los miembros de la Fuerza Pública, aunque son destacables las últimas políticas criminales que tienden a evitar o al menos a minimizar esas actuaciones. Quizá en los casos en los que es claro que es objeto el gobierno y específicamente sus agentes de rumores y accio-

nes judiciales por desaparición forzada de personas, son las acciones justificadas para mantener en paz el territorio nacional, es la persecución tanto a los grupos de guerrillas como a bandas criminales en general, Toda la estructura del gobierno cuando de atacar al terrorismo o los guerrilleros debe ser consciente de la necesidad de proteger y acatar el D.I.H. y los DDHH. En la persecución a los mencionados grupos la Fuerza Pública no puede desconocer como «ley especial» (*lex specialis*) el Derecho Internacional Humanitario; como tampoco puede olvidar el cumplimiento de los Derechos Humanos. En Colombia además de políticas dentro del marco de la legalidad utilizada la persecución contra los criminales de las guerrillas especialmente y esporádicamente a otras bandas criminales se ha implementado el antiterrorismo, con la finalidad de someterlos a la legislación nacional e internacional sobre la materia. «Insurgencia, conflicto interno, son palabras que, en alguna forma, han dado legitimidad a guerrillas que en otras partes de América Latina han enfrentado dictaduras. En Colombia, ha sido un atentado permanente contra la democracia, con financiación de narcotráfico y toda suerte de atrocidades, que configura una amenaza terrorista» (*www.elcolombiano.com*. 26 de mayo de 2011). A pesar de esta realidad existe otra tal vez más cruel, en las llamadas acciones antiterroristas contra las guerrillas colombianas se ha hecho uso de numerosos actos atroces que violan no solo el DIH sino los DDHH, especialmente se ha hecho uso de las acciones por fuera del marco legal como desapariciones forzadas, masacres etc. Para la persecución a movimientos de oposición al gobierno, delincuentes no organizados por medio de la llamada «limpieza social», gente de izquierda y testigos de ciertos delitos, en general todos los opositores del gobierno han sido perseguidos legal e ilegalmente bajo el manido argumento del acecho a terroristas.

Para garantizar la defensa del derecho internacional es necesario que la Fuerza Pública cuente con la adecuada asesoría jurídica y además que esta disponga con un efectivo sistema de controles y de sanciones. Allí radica la importancia de los asesores jurídicos operacionales que son quienes aseguran el cumplimiento las obligaciones impuestas en el ámbito nacional e internacional en materia de DDHH y DIH.

Finalmente resaltemos que en la Convención Interamericana sobre desaparición forzada de personas suscrita por Colombia el 8 de mayo de 1994, señala en su artículo 7^o que en los delitos de desaparición forzada de personas la acción y la sanción penal no prescriben; también se establece como obligación de los Estados la extradición de los culpables del delito de desaparición forzada de personas; la prohibición de aceptar la obediencia debida como eximente de responsabilidad y la prohibición de que presuntos responsables del delito sean forzados sean forzados por jurisdicciones especiales.

BIBLIOGRAFÍA

- AMBOS, K. (2004). La internacionalización del derecho penal. En: Losano Mario, Muñoz Conde, Francisco, coordinadores, «El derecho ante la globalización y el terrorismo». Valencia: Editorial Tirant lo Blanch.
- APONTE CARDONA, A. (2006). «Guerra y derecho penal del enemigo». Bogotá: Editorial Ibáñez.
- _____. (2006). «Derecho penal de enemigo o derecho penal del ciudadano». Bogotá: Editorial Temis.
- _____. Amnistía Internacional. (2005). «Colombia: garantía de impunidad». Abril de 2005.
- Comité Internacional de la Cruz Roja. (2007). «El derecho internacional humanitario consuetudinario». Vol. I, editado por Jean-Marie Henckaerts y Louise Doswald-Beck.
- Comisión Colombiana de Juristas. (2005). «Colombia Derechos Humanos y Derecho Humanitario de 1997 a 2001». Tomo I. Bogotá.
- Consejo de Estado. Sentencia 4561(12812) del 02/11/28. Ponente: Ricardo Hoyos Duque.
- Corte IDH, Caso Godínez Cruz vs. Honduras, Sentencia, 20 de enero de 1989, párrafo 196; Corte IDH, Caso Fairén Garbí y Solís Corrales vs. Honduras, Sentencia, 15 de marzo de 1989, párrafo 148; Corte IDH, Caso Velásquez Rodríguez vs. Honduras, Sentencia, 29 de julio de 1988, párrafo 188; Corte IDH, Caso Castillo Páez vs. Perú, Sentencia, 3 de noviembre de 1997.
- Corte IDH, Caso Bámaca Velásquez vs. Guatemala, Sentencia, 25 de noviembre de 2000, párrafo 128.
- Corte Constitucional. (2002). Sentencia C-580 de treinta y uno (31) de julio de dos mil dos (2002).
- Corte Suprema de Justicia. Sentencia de Sala de Casación penal, 3 de agosto de 2011. Proceso N.º 36563. Magistrado Ponente: José Luis Barceló Camacho.
- GÓMEZ LÓPEZ, Jesús. (1998). «Crímenes de lesa humanidad». Bogotá: Ediciones doctrina y ley.
- Consejo Superior de la Judicatura. Sala Jurisdiccional Disciplinaria. Providencia N.º 11001010200020110242500. Bogotá D.C., 12 de octubre de 2011. M.P., Dra. Julia Emma Garzón.

- GÜELL PERIS, Sonia. (2005). «Conflictos armados internos y aplicabilidad del Derecho Internacional humanitario. Madrid: Editorial Dikynson.
- MONROY CABRA, Marco Gerardo y NAVARRO DEL VALLE, Hermes. (2001). «Desaparición Forzada de Personas». Bogotá: Editorial Librería del Profesional.
- Oficina en Colombia del Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Derechos Humanos, Derecho internacional de los Derechos Humanos. (2004). Bogotá: Normativa, jurisprudencia y doctrina de los sistemas universal e interamericano.
- Oficina del Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Derechos Humanos. (2007). Conceptos Básicos, infracciones en el conflicto armado colombiano, Bogotá.
- RAMELLI ARTEAGA, Alejandro. (2005). «La Constitución Colombiana y el Derecho Internacional Humanitario». Bogotá: Ediciones Universidad Externado de Colombia.
- TORRES VÁSQUEZ, Henry. (2010). «La autoría mediata en delitos de lesa humanidad cometidos en Colombia por agentes del estado». Bogotá: Revista Republicana Núm. 8, Corporación Universitaria Republicana.
- _____. (2012). «El Principio de Jurisdicción o Justicia Universal, instrumento jurídico para combatir la impunidad de delitos de extrema gravedad en el ámbito internacional». Bogotá: Editorial Ibáñez.
- Unidad de Alerta de Escola de Cultura de Pau, Alerta. (2003). «Informe sobre conflictos, Derechos Humanos y construcción de paz». (1991). Editorial Icaria.
- URBINA, Jorge Julio. (2000). «Protección de las víctimas de los conflictos armados Naciones Unidas y Derecho Internacional Humanitario». Valencia: Editorial Tiran lo Blanc,.
- VÉLEZ FERNÁNDEZ, Giovanna. (2004). «La desaparición forzada de las personas y su tipificación en el Código Penal Peruano». Perú: Pontificia Universidad Católica del Perú.