

# Colombia: La Convención de las Naciones Unidas contra las desapariciones forzadas



**cij**

Comisión  
Internacional  
de Juristas

La Comisión Internacional de Juristas está compuesta de 60 eminentes jueces y abogados de todas las regiones del mundo, y tiene por misión la promoción y protección de los derechos humanos a través del Estado de derecho, usando su experiencia jurídica para desarrollar y fortalecer sistemas de justicia nacionales e internacionales. Establecida en 1952, la Comisión goza de estatuto consultivo ante el Consejo Económico y Social de la ONU desde 1957 y está activa en los cinco continentes. La Comisión busca asegurar el desarrollo progresivo y la aplicación efectiva del derecho internacional de los derechos humanos y el derecho internacional humanitario, asegurar los derechos civiles, culturales, económicos, políticos y sociales, la salvaguardia de la separación de los poderes, y la garantía de la independencia de la judicatura y de la profesión legal.

® Colombia: La Convención de las Naciones Unidas contra las desapariciones forzadas

© Copyright Comisión Internacional de Juristas, 2016

La CIJ permite la reproducción libre de extractos de cualquiera de sus publicaciones siempre que se reconozca su autoría y una copia de la publicación sea enviada a la sede central de la organización a la siguiente dirección:

International Commission of Jurists  
Casilla Postal 91  
Rue des Bains 33  
1211 Ginebra 8  
Suiza

**Colombia:  
La Convención de las Naciones Unidas  
contra las desapariciones forzadas**

El presente estudio fue elaborado por Jorge Eliécer Molano Rodríguez, bajo la supervisión de Federico Andreu-Guzmán, Representante para Suramérica de la CIJ. La corrección de estilo fue realizada por Hernando Salazar Palacio. Diana Salamanca asistió en su producción.

Esta publicación fue posible gracias a la contribución del Ministerio de Relaciones Exteriores de Finlandia.



*Ministry for Foreign Affairs of Finland*

## TABLA DE CONTENIDO

Introducción.....	3
1. Obligación de tipificar la desaparición forzada (artículo 4 de la Convención) .....	4
2. Obligación de juzgar y castigar a los responsables .....	5
a) El Decreto 128 de 2003 .....	5
b) El “principio de oportunidad” .....	5
c) La Ley 1424 de 2010.....	6
d) “Marco jurídico para la Paz” .....	7
3. El crimen de lesa humanidad (artículo 5 de la Convención) .....	7
4. Responsabilidad penal individual (artículo 6 de la Convención) .....	8
a) Responsabilidad penal del superior jerárquico.....	8
b) “Máximos responsables” .....	9
5. Punibilidad del crimen de desaparición forzada (artículo 7 de la Convención).....	9
6. Prescripción e imprescriptibilidad (artículo 8) .....	11
a) De la imprescriptibilidad .....	11
b) De la prescripción .....	12
7. La jurisdicción de tribunales nacionales y extradición (artículos 9, 10 y 11 de la Convención) .....	12
8. Garantías judiciales de los investigados y procesados (artículo 11.3 de la Convención) .....	13
a) La persistencia del fuero militar .....	13
b) La cuestión del trato justo y las garantías judiciales .....	14
9. Investigación (artículo 9 de la Convención) .....	15
a) Fiscalía General de la Nación y política de investigación criminal.....	16
b) Poderes y facultades de investigación.....	17
c) Jurisdicción penal militar.....	18
d) Cuestión de la protección de familiares, testigos e intervinientes.....	18
e) Pruebas médico-científicas (artículo 19 de la Convención) .....	18
10. Prevención (artículos 16, 17, 18, 20, 21 y 22, de la Convención).....	19
a) Salvaguardas en materia de expulsión y extradición .....	19
b) Salvaguardas en materia de privación de libertad .....	19
c) Salvaguardas en materia de liberación de detenidos .....	20
11. Prevención, formación de funcionarios y prohibiciones de órdenes (artículo 23 de la Convención) .....	20
12. Derechos de las víctimas y sus familiares (artículos 1, 12, 17, 18, 20 y 24 de la Convención) .....	21
a) La noción de víctima .....	21
b) Derechos a la verdad, a una investigación y a la justicia .....	23
c) Derecho a la búsqueda y restitución .....	25
d) Derecho a la reparación.....	28
e) Derecho de los familiares a la protección de sus derechos .....	30
f) Derechos de asociación y defensa de los derechos humanos .....	31

13. Apropiación y adopción de niños (artículo 25 de la Convención).....	32
a) Criminalización de los delitos de apropiación de niños.....	32
b) La adopción .....	32
Conclusiones y recomendaciones .....	33

## INTRODUCCIÓN

El 27 de septiembre de 2007, la República de Colombia firmó la *Convención internacional para la protección de todas las personas contra las desapariciones forzadas* (La Convención). El 11 de julio de 2012, el Estado colombiano ratificó la Convención, luego de un dilatado trámite interno. En efecto, el Congreso de la República expidió el 1º de diciembre de 2010 la Ley 1418, mediante la cual ratificó la Convención. Como está previsto por la Constitución<sup>1</sup>, la Corte Constitucional se pronunció sobre la exequibilidad de la Ley, el 18 de agosto de 2011<sup>2</sup>. El Estado colombiano ratificó la Convención sin reservas ni declaraciones. No obstante, a pesar de las solicitudes de las asociaciones de familiares de desaparecidos forzados, organizaciones no gubernamentales de derechos humanos, el Gobierno nacional al depositar el instrumento de ratificación no reconoció la competencia del Comité contra la Desaparición Forzada para conocer de comunicaciones individuales.

De conformidad con lo dispuesto por la Convención, el Estado colombiano presentó en diciembre 2014 su informe sobre la implementación de este tratado<sup>3</sup> para su examen por parte del Comité contra las Desapariciones Forzadas. Según la programación del Comité, el informe debería ser examinado en septiembre de 2016.

Si ciertamente el Estado colombiano dispone de un profuso dispositivo normativo y de un complejo andamiaje institucional en materia de desaparición forzada, la Convención impone una serie de obligaciones que deben ser cumplidas de buena fe por las autoridades colombianas. Además, la cuestión de las desapariciones forzadas en Colombia es crítica: las cifras oficiales superan los 25.000 desaparecidos forzados y esto solo es un subregistro de la dimensión de este grave fenómeno criminal; la inmensa mayoría de los casos están en la impunidad; y la suerte o paradero de la inmensa mayoría de las víctimas sigue sin establecerse.

El presente estudio tiene como objetivo contribuir a una correcta implementación en el orden nacional de la Convención, mediante la identificación de los vacíos e incompatibilidades del sistema jurídico e institucional colombiano con las disposiciones de la Convención, así como de las medidas y los correctivos necesarios para adecuar el ordenamiento interno a las disposiciones y obligaciones establecidas en la Convención.

No sobra advertir que, además de las expresamente estipuladas por la Convención, el Estado colombiano tiene obligaciones en materia de desaparición forzada que dimanar de otras fuentes jurídicas<sup>4</sup> y a las que la propia Convención hace un reenvío o referencia<sup>5</sup>. Al respecto, es importante señalar que la incorporación de los artículos 28 (2), 37 y 38 de la Convención, obedeció a las necesidades de aumentar el umbral de protección y salvaguardar la efectividad de obligaciones internacionales de los Estados no expresamente estipuladas por la Convención.

Es deber de los Estados ejecutar de buena fe los tratados y las obligaciones internacionales conforme al principio *pacta sunt servanda*, sin que sea admisible que se puedan argumentar obstáculos de derecho interno para sustraerse a sus compromisos internacionales, de conformidad con la *Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados*<sup>6</sup>, de la cual Colombia es Estado parte. Asimismo, es deber del Estado organizar su aparato estatal para garantizar la efectividad de los derechos humanos y el cumplimiento de las obligaciones internacionalmente consagradas. Tal obligación no se limita a la adopción, simple y formal, de medidas legislativas administrativas o judiciales, sino también a actuar en la práctica de conformidad con tal obligación.

<sup>1</sup> Artículo 241 de la Constitución Política de Colombia.

<sup>2</sup> Sentencia C-620-11 de 18 de agosto de 2011.

<sup>3</sup> *Examen de los informes presentados por los Estados partes en virtud del artículo 29, párrafo 1, de la Convención - Informes que los Estados partes debían presentar en 2014 – Colombia*, de 17 de diciembre de 2014. Documento de las Naciones Unidas CE/C/COL/1 de 30 de diciembre de 2014.

<sup>4</sup> Así, cabe destacar: las normas del Derecho internacional consuetudinario; la *Declaración sobre la protección de todas las personas contra las desapariciones forzadas*; y la jurisprudencia y doctrina del Comité de Derechos Humanos de las Naciones Unidas.

<sup>5</sup> Ver los párrafos 3, 4 y 5 del Preámbulo y los artículos 28(2), 37 y 38 de la Convención.

<sup>6</sup> Artículos 26 y 27.

## 1. Obligación de tipificar la desaparición forzada (artículo 4 de la Convención)

Luego de un interrumpido y dilatado proceso legislativo, que inició en 1988 cuando la Procuraduría General de la Nación presentó al Ministerio de Justicia un primer proyecto de ley tipificando la desaparición forzada como delito<sup>7</sup>, fue expedida en el año 2000 la Ley 589 “por medio de la cual se tipifica el Genocidio, la desaparición forzada, el desplazamiento forzado y la tortura; y se dictan otras disposiciones”. Posteriormente, se volvió a tipificar con la promulgación del Código Penal (Ley 599 de 24 de julio de 2000). Tanto el tipo penal de la Ley 589 como el del Código Penal requerían que el sujeto activo del delito debía tener la condición de miembro de un grupo armado ilegal<sup>8</sup>. Al examinar la constitucionalidad del artículo 165 del Código Penal, la Corte Constitucional consideró que tal exigencia no era compatible con la definición de ese crimen, bajo el derecho internacional, y señaló que con ese tipo penal “no se penaliza la conducta del particular o del servidor público que actúan individualmente, o que pertenece a un grupo no armado al margen de la ley o a un grupo armado que no está al margen de la ley”<sup>9</sup>. Así, la Corte Constitucional declaró inexecutable el texto “perteneciendo a un grupo armado al margen de la ley”<sup>10</sup>. Asimismo, la Corte precisó que “tratándose de la desaparición forzada cometida por agentes del estado -servidores públicos-, en forma directa o indirectamente a través de un particular que actúe bajo su determinación o aquiescencia, la descripción de la conducta exige que se someta a una persona a privación de su libertad, bien sea en forma legal o ilegal; que luego la víctima sea ocultada y sus familiares no puedan conocer su paradero; y que ocultada la víctima, el sujeto agente se abstenga de brindar información sobre su paradero sustrayéndola del amparo de la ley, imposibilitándola de esta manera para ejercer cualquiera de los recursos legales establecidos para su protección. Es decir, que no es necesario requerimiento alguno pues basta la falta de información”<sup>11</sup>. De esa forma, por vía jurisprudencial fue resuelta esta cuestión de la defectuosa tipificación del delito de desaparición forzada. Asimismo, hay que destacar que el Código Penal tipifica como delitos autónomos otros comportamientos relacionados con el delito de desaparición forzada<sup>12</sup>.

Las dificultades en la aplicación del tipo penal colombiano de desaparición forzada no parecen radicar en la definición establecida por el Código Penal. Estas, aun cuando son abordadas en los subsiguientes acápite del presente documento, están referidas a las siguientes cuestiones: i) la falta o deficiente comprensión jurídica del delito de desaparición forzada; ii) la ausencia de una efectiva investigación de los crímenes por parte de la Fiscalía General de la Nación; iii) normas y mecanismos legales que tienen por efecto – *de iure* o *de facto* -impedir u obstaculizar la investigación de este crimen; y iv) la cuestión de la aplicación retroactiva de la ley penal nacional por hechos que al momento de su comisión no eran ilícitos penales bajo el derecho nacional, pero que eran delitos internacionales.

Adicionalmente, la desaparición forzada constituye una falta disciplinaria “gravísima” en la legislación disciplinaria colombiana,<sup>13</sup> que conlleva como sanción la destitución o inhabilidad general para el desempeño de la función pública en cualquier cargo o función, por el término señalado en el fallo<sup>14</sup>.

<sup>7</sup> Ver: Gallón, Gustavo y Andreu, Federico (1990). *Sistema judicial y derechos humanos en Colombia*. Bogotá: Comisión Andina de Juristas – Seccional colombiana y ECOE, págs. 247-248.

<sup>8</sup> Así, el tipo penal de la Ley 589 - y reproducido en el Código Penal, con variaciones en la punibilidad- definió el delito de desaparición forzada en los siguientes términos: “[e]l 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 [...]. 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 anterior”.

<sup>9</sup> Sentencia C-317/02 de 2 de mayo de 2002.

<sup>10</sup> *Ibidem*.

<sup>11</sup> *Ibidem*.

<sup>12</sup> Así, cabe mencionar: el delito de “Concierto para delinquir”, art. 340; el delito de “instigación a delinquir”, art. 348; el delito de “omisión de denuncia de particular”, art. 441; el delito de “favorecimiento”, art. 446; y el delito de “favorecimiento de la fuga”, art. 449.

<sup>13</sup> El Artículo 48 (8) del Código Único Disciplinario (Ley 734 de 5 de febrero de 2002) prescribe que constituye “falta gravísima” el “[s]ometer a una o varias personas a privación de la 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”.

<sup>14</sup> *Ibidem*, artículos 44 y 45.

## 2. Obligación de juzgar y castigar a los responsables

El marco jurídico colombiano dispone de cuatro dispositivos legales que suscitan no pocas dificultades para una adecuada implementación de la Convención o que están en contradicción con las obligaciones en materia de represión penal que emanan tanto de la Convención como del Derecho internacional consuetudinario e instrumentos internacionales.

### a) El Decreto 128 de 2003

El Decreto 128 de 2003, expedido en el marco del proceso de negociaciones que el Gobierno colombiano entabló con grupos paramilitares desde el año 2000, concede indultos y otros “beneficios jurídicos”<sup>15</sup> para miembros de “organizaciones armadas al margen de la ley” que se hayan desmovilizado. El Decreto tiene una cláusula aparentemente restrictiva que excluye de estos beneficios a “quienes estén siendo procesados o hayan sido condenados por delitos que de acuerdo con la Constitución Política, a la ley o a los tratados internacionales suscritos y ratificados por Colombia no puedan recibir esta clase de beneficios”<sup>16</sup>. No obstante, esta restricción tiene un alcance muy limitado y el Decreto 128 ha permitido que un inmenso número de casos de graves violaciones de derechos humanos, incluidas desapariciones forzadas, queden legalmente impunes.

En efecto, se infiere del Decreto que quienes no estén procesados o condenados tendrán “derecho” a estos beneficios jurídicos aun cuando sean autores o copartícipes de graves violaciones a los derechos humanos, incluyéndose quienes, durante la investigación previa, tienen la condición jurídica de “imputados”<sup>17</sup>, pero que no son “procesados”, en tanto no han sido formalmente vinculados al proceso penal por medio de indagatoria o de declaratoria de persona ausente. Por otra parte, solo tres leyes colombianas excluyen expresamente las amnistías y los indultos: la Ley 589 de de 2000, que tipificó la desaparición forzada<sup>18</sup>; la Ley 14 de 1993 (o “Estatuto Nacional contra el Secuestro”) y la Ley 782 de 2002, que excluyó del ámbito de beneficio del indulto a “quienes realicen conductas constitutivas de actos atroces de ferocidad o barbarie, terrorismo, secuestro, genocidio, homicidio cometido fuera de combate o colocando a la víctima en estado de indefensión”. Sin embargo, si bien las personas procesadas o condenadas por estas conductas ilícitas no podrían acogerse a los beneficios jurídicos del Decreto 128 de 2003, sí lo podrían hacer aquellos paramilitares que, aunque siendo imputados, no han sido procesados o condenados. Es relevante señalar que varios órganos y procedimientos internacionales de derechos humanos se han pronunciado al respecto<sup>19</sup>.

### b) El “principio de oportunidad”

El Código de Procedimiento Penal de 2004<sup>20</sup> estableció la figura del “principio de oportunidad”<sup>21</sup>, en virtud del cual la Fiscalía General de la Nación “puede suspender, interrumpir o renunciar a la persecución penal”<sup>22</sup> respecto de quien, habiendo participado en la comisión de un delito, “sirva como testigo principal de cargo contra los demás intervinientes”; o “colabore eficazmente para evitar que continúe el delito o se realicen otros, o aporte información esencial para la desarticulación de bandas de delincuencia organizada”<sup>23</sup>.

El artículo 324 (3º) del Código excluye la aplicación del “principio de oportunidad” para los

<sup>15</sup> El artículo 13 del Decreto 128 establece además del indulto los beneficios de suspensión condicional de la ejecución de la pena, cesación de procedimiento, preclusión de la instrucción y resolución inhibitoria.

<sup>16</sup> Artículo 21, párr. 2.

<sup>17</sup> Personas sospechosas bajo investigación pero contra las cuales no se ha formulado cargo o acusación alguna.

<sup>18</sup> Artículo 14: “Los delitos que tipifica la presente ley no son amnistiabiles ni indultables”.

<sup>19</sup> Así, por ejemplo, el Comité contra la Tortura expresó “graves preocupaciones por la falta de un marco jurídico adecuado para establecer la responsabilidad penal de los desmovilizados de grupos armados ilegales, entre estos aproximadamente 30.000 paramilitares. Los beneficios jurídicos otorgados por la Ley 975 de 2005 (Ley de Justicia y Paz) y el Decreto 128 de 2003 no coinciden con el principio de la proporcionalidad de la pena y la ausencia de condenas indica una amnistía *de facto* en contravía con las obligaciones internacionales de derechos humanos” (“Observaciones finales del Comité contra la Tortura: Colombia”, Documento CAT/C/COL/CO/4 de 19 de noviembre de 2009, párr.13).

<sup>20</sup> El Código (Ley 906 de 2004) es aplicable para los delitos cometidos con posterioridad al 1º de enero de 2005.

<sup>21</sup> Ver artículos 53, 67, 77, 111, 114, 136, 154, 175, 317 y 321 y siguientes del Código de Procedimiento Penal de 2004.

<sup>22</sup> Artículo 322 del Código de Procedimiento Penal de 2004.

<sup>23</sup> Artículo 324 del Código de Procedimiento Penal de 2004. Asimismo, este artículo establece otras causales para la aplicación del “principio de oportunidad”.

“hechos que puedan significar violaciones graves al derecho internacional humanitario, crímenes de lesa humanidad o genocidio, ni cuando tratándose de conductas dolosas la víctima sea un menor de dieciocho (18) años”. Así, cuando no reúne las condiciones de propias del crimen de lesa humanidad (carácter sistemático o a gran escala), el crimen de desaparición forzada no queda incluido en la exclusión prevista por el parágrafo 3º del artículo 324. No obstante, ello fue enmendado por la Corte Constitucional, la que declaró la exequibilidad condicionada del parágrafo 3º del artículo 324, “en el entendido de que también comprende las graves violaciones a los derechos humanos”<sup>24</sup>. Aunque ciertamente esa declaratoria de exequibilidad condicionada enmendó esta situación, dada la práctica frecuente por parte de operadores de justicia de desconocer o ignorar la jurisprudencia de las altas cortes, tal aclaración del alcance de la cláusula de exclusión debería ser vía normativa y con expresa referencia, entre otros, al crimen de desaparición forzada.

### **c) La Ley 1424 de 2010**

El 29 de diciembre de 2010 fue expedida la Ley 1424, por medio de la cual “se dictan disposiciones de justicia transicional que garanticen verdad, justicia y reparación a las víctimas de desmovilizados de grupos organizados al margen de la ley, se conceden beneficios jurídicos y se dictan otras disposiciones”, en relación con “la conducta de los desmovilizados de los grupos armados organizados al margen de la ley, que hubieran incurrido únicamente en los delitos de concierto para delinquir simple o agravado, utilización ilegal de uniformes e insignias, utilización ilícita de equipos transmisores o receptores, y porte ilegal de armas de fuego o municiones de uso privativo de las Fuerzas Armadas o de defensa personal, como consecuencia de su pertenencia a dichos grupos”.

Para ser beneficiario de la suspensión de órdenes de captura, no imposición de medidas de aseguramiento y suspensión condicional de la ejecución de la pena, el desmovilizado debe manifestar por escrito “su compromiso con el proceso de reintegración a la sociedad y con la contribución al esclarecimiento de la conformación de los grupos organizados al margen de la ley a los que se refiere la presente ley, el contexto general de su participación, y todos los hechos o actuaciones de que tengan conocimiento en razón de su pertenencia”<sup>25</sup>.

Adicionalmente, el artículo 4º establece que “[l]a información que surja en el marco de los acuerdos de que trata este artículo no podrá, en ningún caso, ser utilizada como prueba en un proceso judicial en contra del sujeto que suscribe el Acuerdo de Contribución a la Verdad Histórica y a la Reparación o en contra de terceros”. En relación con este aspecto indicó la Corte Constitucional que “se condicionará la exequibilidad de la frase ‘o en contra de terceros’ en el sentido de que se entienda que esos terceros solo podrán ser los otros sujetos a quienes se refiere el artículo 33 constitucional u otros desmovilizados del mismo grupo armado al que pertenecía el suscriptor del Acuerdo”<sup>26</sup>. Al respecto, la Corte Constitucional precisó que “se justifica también que la garantía de no uso de esa información se extienda a los demás sujetos del mismo grupo armado organizado al margen de la ley al que pertenecía el informador suscriptor del Acuerdo, que conforme a las definiciones y supuestos antes explicados, sean desmovilizados, tanto como aquél. En este caso la razón que explica esta exclusión es que de no ser así, y teniendo entonces cada uno de los desmovilizados la latente posibilidad de ser perseguido e incluso condenado por su participación en hechos revelados por otros integrantes de su mismo grupo que comparten con él la condición de desmovilizados, se frustraría entonces el propósito de negociación de quienes suscriban los Acuerdos, que según se dijo, es válido frente a la Constitución, al tratarse de una medida excepcional implementada dentro del marco de un proceso de justicia transicional”.

La Ley 1424 de 2010 es contraria a la Convención, en particular en el deber que asiste al Estado de investigar, juzgar y castigar las desapariciones forzadas y a sus partícipes. Lo anterior, por cuanto se adoptan una serie de beneficios, que constituyen *amnistías* e *indultos de facto*, a quienes concurren ante las autoridades manifestando solo haber

<sup>24</sup> Sentencia C-936 de 23 de noviembre de 2010.

<sup>25</sup> Artículo 3.

<sup>26</sup> Sentencia C-711/2011 de 13 de octubre de 2011.

participado de los delitos descritos en el artículo 1º de la ley, sin que dichas manifestaciones sean objeto de una verificación judicial y se ocasionen consecuencias para quienes han confesado incompletamente sus actos, hecho que desconoce los derechos a la verdad, justicia y reparación de las víctimas. Mediante afirmaciones de carácter genérico, se omite indagar sobre la participación en la desaparición forzada de personas como cómplice, encubridor u otros niveles de coparticipación, o que se hubieran concertado para la ejecución de crímenes como la desaparición forzada.

Las consideraciones plasmadas por la Corte Constitucional, en relación con el no uso de la información plasmada en el Acuerdo de Contribución a la Verdad Histórica y la Reparación, conlleva a que en aras de garantizar la vigencia del Acuerdo, se proteja la impunidad, so pretexto de no frustrar la negociación.

#### **d) "Marco jurídico para la Paz"**

En junio de 2012, el Congreso de la República adoptó una reforma constitucional, llamada "instrumentos jurídicos de justicia transicional en el marco del artículo 22 de la Constitución Política", o más conocida como "Marco jurídico para la Paz"<sup>27</sup>, que introdujo el artículo transitorio 66 a la Carta Política. Esta reforma faculta al Congreso, previa iniciativa del Poder ejecutivo, a "determinar criterios de selección que permitan centrar los esfuerzos en la investigación penal de los máximos responsables de todos los delitos que adquieran la connotación de crímenes de lesa humanidad, genocidio, o crímenes de guerra cometidos de manera sistemática", con la consecuente "renuncia condicionada a la persecución judicial penal de todos los casos no seleccionados" por la Fiscalía General de la Nación. Esta disposición es flagrantemente contraria a las obligaciones en materia de represión penal que emanan tanto de la Convención como del Derecho internacional consuetudinario e instrumentos internacionales jurídicamente vinculantes para el Estado colombiano.

En relación con dicha normatividad, la Corte Constitucional precisó que se "[d]ada su gravedad y representatividad, deberá priorizarse la investigación y sanción de [...] desapariciones forzadas [...] cuando sean calificados como delitos de lesa humanidad, genocidio o crímenes de guerra cometidos de manera sistemática"<sup>28</sup>. El alcance fijado por la Corte Constitucional autoriza que las desapariciones forzadas, respecto de las cuales no se pueda establecer que fueron cometidas de manera sistemática y generalizada, no sean seleccionadas y priorizadas, en contravía de la Convención. Ello conlleva un incumplimiento del deber de investigar, juzgar y castigar estos crímenes, cuando no se establezca su carácter de crimen de lesa humanidad, en tanto autoriza la expedición de amnistías *de facto*, en los casos que no sean objeto de selección o priorización.

### **3. El crimen de lesa humanidad (artículo 5 de la Convención)**

La Convención reafirma que la práctica generalizada o sistemática de la desaparición forzada constituye un crimen de lesa humanidad y entraña las consecuencias previstas por el derecho internacional<sup>29</sup>. Esta cláusula tiene, inherentemente, por consecuencia la obligación del Estado parte de tipificar en su derecho interno la desaparición forzada como crimen de lesa humanidad, cuando esta es practicada masiva o sistemáticamente. En efecto la ausencia de un tipo penal nacional de crimen de lesa humanidad se constituye en un obstáculo para que el Estado cumpla con su obligación de reprimir este grave crimen bajo el Derecho internacional.

Sin embargo, el crimen de lesa humanidad no está expresamente tipificado en el Código Penal u otra legislación complementaria. La jurisprudencia nacional<sup>30</sup> se ha referido al crimen de lesa humanidad – en particular a los efectos de la imprescriptibilidad de ciertos

<sup>27</sup> *Gaceta del Congreso* (14 de junio de 2012). Año XXI – No. 371. .

<sup>28</sup> Sentencia C-579/13 de 28 de agosto de 2013.

<sup>29</sup> Artículo 5 de la Convención.

<sup>30</sup> Ver Corte Constitucional: Sentencia C-317/02 de 2 de mayo de 2002 y Sentencia C-936 de 23 de noviembre de 2010.

crímenes – y varias normas hacen expresa referencia a los crímenes de lesa humanidad<sup>31</sup>. Sin embargo, ni los desarrollos jurisprudenciales ni esas normas positivas pueden ser consideradas como el tipo penal de crimen de lesa humanidad, y se requiere que el Estado colombiano adopte un tipo penal sobre crimen de lesa humanidad.

#### **4. Responsabilidad penal individual (artículo 6 de la Convención)**

La Convención tiene expresas cláusulas en materia de responsabilidad penal individual<sup>32</sup> y excluye la causal de eximente de responsabilidad por “obediencia debida” y “orden superior”<sup>33</sup>.

La legislación penal colombiana establece de manera general distintas figuras de responsabilidad penal individual (autoría material e intelectual<sup>34</sup>; complicidad<sup>35</sup>; inducción o determinador<sup>36</sup>; y tentativa<sup>37</sup>). Vía jurisprudencial, se ha establecido la figura de la “autoría mediata por control de aparatos organizados de poder”. Asimismo, la causal de eximente de responsabilidad por “obediencia debida” está expresamente excluida para los delitos de desaparición forzada y otras graves violaciones a los derechos humanos<sup>38</sup>. No obstante, el marco legal y la política criminal de la Fiscalía General de la Nación presentan dos grandes situaciones, incompatibles con las obligaciones impuestas por la Convención.

##### **a) Responsabilidad penal del superior jerárquico**

El principio de responsabilidad penal individual del superior jerárquico, estipulado en el artículo 6 (1, b) de la Convención, no está expresamente consagrado en la legislación penal nacional ni tampoco ha sido objeto de desarrollo jurisprudencial por los tribunales nacionales. No sobra destacar que otros tratados de los cuales Colombia es Estado parte imponen esa obligación<sup>39</sup>.

En algunas de sus decisiones, la Corte Suprema de Justicia se ha pronunciado sobre situaciones en las que está comprometida la responsabilidad penal del superior jerárquico, recurriendo al artículo 25 (delito de comisión por omisión)<sup>40</sup> del Código Penal y las figuras de la posición de garante y de la coautoría impropia<sup>41</sup>. No obstante, tanto el artículo 25 del Código Penal como las figuras referidas no reflejan el principio de responsabilidad penal del superior jerárquico en toda su dimensión. Asimismo, tratándose de jefes de grupos armados de oposición o de estructuras paramilitares, el artículo 25 del Código Penal resulta de difícil aplicación.

<sup>31</sup> Artículo 122 de la Constitución Política (Acto Legislativo No. 1/2009, art. 4); Acto Legislativo No. 1 de 2012, (a los efectos de la selección y priorización de casos y a la posibilidad de renunciar a la investigación y juzgamiento de sus autores); Decreto 4633 de 9 de diciembre de 2001, “por medio del cual se dictan medidas de asistencia, atención, reparación integral y de restitución de derechos territoriales a las víctimas pertenecientes a los Pueblos y Comunidades indígenas” art. 3,3); Códigos penales militares (Art. 3 de la Ley 1407 de 2010 y art. 3 de la Ley 522 de 1999, que excluyen este crimen del ámbito de competencia del fuero castrense) y Ley 1719 de 2014, “por la cual se modifican algunos artículos de las Leyes 599 de 2000, 906 de 2004 y se adoptan medidas para garantizar el acceso a la justicia de las víctimas de violencia sexual, en especial la violencia sexual con ocasión del conflicto armado, y se dictan otras disposiciones” (El art. 15 “Crimen de lesa humanidad como verdad judicial”).

<sup>32</sup> Artículo 6 de la Convención

<sup>33</sup> Artículo 6(2).

<sup>34</sup> Artículo 29 del Código Penal.

<sup>35</sup> Artículo 30 del Código Penal.

<sup>36</sup> *Ibidem*.

<sup>37</sup> Artículo 27 del Código Penal.

<sup>38</sup> Ley 589 de 2000 y Código Penal (Art. 32,4).

<sup>39</sup> *III Convenio de Ginebra de 1949* (arts. 4 y 39); *IV Convenio de Ginebra de 1949* (art. 99); *Protocolo adicional a los Convenios de Ginebra del 12 de agosto de 1949 relativo a la protección de las víctimas de los conflictos armados internacionales* (art. 86,2); y *Estatuto de Roma de la Corte Penal Internacional* (art. 28).

<sup>40</sup> El artículo 25 del Código Penal prescribe que: “[q]uien tuviere el deber jurídico de impedir un resultado perteneciente a una descripción típica y no lo llevar a cabo, estando en posibilidad de hacerlo, quedará sujeto a la pena contemplada en la respectiva norma penal. A tal efecto, se requiere que el agente tenga a su cargo la protección en concreto del bien jurídico protegido, o que se le haya encomendado como garante la vigilancia de una determinada fuente de riesgo, conforme a la Constitución o a la ley. [...] Son constitutivas de posiciones de garantía las siguientes situaciones: [...] 1. Cuando se asuma voluntariamente la protección real de una persona o de una fuente de riesgo, dentro del propio ámbito de dominio. [...] 2. Cuando exista una estrecha comunidad de vida entre personas. [...] 3. Cuando se emprenda la realización de una actividad riesgosa por varias personas. [...] 4. Cuando se haya creado precedentemente una situación antijurídica de riesgo próximo para el bien jurídico correspondiente. [...] Parágrafo. Los numerales 1, 2, 3 y 4 sólo se tendrán en cuenta en relación con las conductas punibles delictuales que atenten contra la vida e integridad personal, la libertad individual, y la libertad y formación sexuales”.

<sup>41</sup> Ver, por ejemplo, Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Penal, Sentencia de 26 de abril de 2007, Radicado No. 25889, M. P. Álvaro Orlando Pérez Pinzón.

## b) “Máximos responsables”

De acuerdo con el “Marco Jurídico para la Paz” (ver Punto 1, b, iv), se abre la posibilidad para que el Estado renuncie a investigar y sancionar a todos los responsables de graves violaciones a los derechos humanos, incluidas las desapariciones forzadas, y solo sean seleccionados los casos de crímenes de lesa humanidad y únicamente sean sancionados “los máximos responsables”<sup>42</sup>. Respecto de los casos no seleccionados, el “Marco Jurídico para la Paz” permite “autorizar la renuncia condicionada a la persecución judicial penal”. Por otro lado, la Fiscalía General de la Nación ha adoptado una política criminal basada en la “selección” y “priorización” de casos, fundada en la investigación de los “máximos responsables”<sup>43</sup>, con lo cual se abandonarían la investigación y acusación de todos los responsables.

Así, el “Marco Jurídico para la Paz” y la “nueva política de investigación criminal” adoptada por la Fiscalía General de la Nación desconocen lo ordenado en la Convención, relacionado con el deber de adoptar las medidas necesarias para considerar penalmente responsable a los coparticipes establecidos en el artículo 6º.

## 5. Punibilidad del crimen de desaparición forzada (artículo 7 de la Convención)

En materia de sanciones imponibles por el crimen de desaparición forzada, el ordenamiento legal colombiano establece actualmente un doble régimen: uno ordinario, regulado por el Código Penal (arts. 165, 166 y 167) y normas complementarias, la Ley 975 de 2005 (o “Ley de Justicia y Paz”). Este doble régimen punitivo resulta asimétrico. Adicionalmente, el 23 de septiembre de 2015, el Gobierno nacional y las Fuerzas Armadas Revolucionarias de Colombia (FARC) dieron a conocer el “Comunicado Conjunto # 60 sobre el Acuerdo de creación de una Jurisdicción Especial para la Paz”.

La punibilidad prevista por el ordenamiento penal ordinario para el crimen de desaparición forzada ha sufrido algunas variaciones desde que fue incorporado el tipo penal, mediante la Ley No. 589 de 2000<sup>44</sup>. Comparado con otras conductas ilícitas de similar entidad y gravedad<sup>45</sup>, las penas previstas en la legislación penal ordinaria para el crimen de desaparición forzada son proporcionales a la gravedad de este ilícito.

Sin embargo, paralelamente a este régimen penal ordinario coexiste el sistema de la “Jurisdicción de Justicia y Paz” (Ley 975 de 25 de julio de 2005<sup>46</sup>), la cual establece un régimen especial en materia punitiva para aquellos miembros de grupos armados ilegales que, colectiva o individualmente, se desmovilicen, se acojan a los beneficios de esta legislación, hagan una confesión completa y veraz de los delitos cometidos<sup>47</sup> y declaren la totalidad de los bienes que puedan aportar para reparación de las víctimas<sup>48</sup>, entre otros requisitos. La Ley establece un procedimiento especial, tanto de carácter administrativo como judicial.

En lo que respecta al régimen de punitivo del crimen de desaparición forzada, la Ley de Justicia y Paz sustituye la pena de prisión por el beneficio de “alternatividad”, consistente en la suspensión de la ejecución de la sanción penal y remplazándola por una “pena

<sup>42</sup> El “Marco jurídico para la Paz” establece que “el Congreso de la República, por iniciativa del Gobierno Nacional, podrá mediante ley estatutaria determinar criterios de selección que permitan centrar los esfuerzos en la investigación penal de los máximos responsables”.

<sup>43</sup> Directiva 0001 de 4 de octubre de 2012, “por medio de la cual se adoptan unos criterios de priorización de situaciones y casos, y se crea un nuevo sistema de investigación penal y de gestión de aquéllos en la Fiscalía General de la Nación”.

<sup>44</sup> En efecto, la Ley 589 de 2000 estableció como sanciones para este delito penas de prisión de 25 a 40 y otras penas accesorias. El Código Penal (art. 165) redujo la pena privativa de libertad de 20 a 0 años de prisión, y estableció penas de 30 a 40 años de prisión para el delito de desaparición forzada agravada (art. 166). Estas penas fueron aumentadas en una tercera parte en el mínimo y en la mitad en el máximo, con la Ley 890 de 7 de julio de 2004 (art. 14), la cual dispuso además que “la pena de prisión para los tipos penales tendrá una duración máxima de cincuenta (50) años, excepto en los casos de concurso” (art. 2).

<sup>45</sup> Así, por ejemplo, el Código Penal prevé una pena de prisión de 13 a 25 años para el homicidio simple (art. 103); de 25 a 40 años para el homicidio agravado (art. 104); de 26 a 42 años el secuestro extorsivo; y de 8 a 15 años para el delito de tortura (art. 178).

<sup>46</sup> La Ley 975 de 2005 ha sido reglamentada mediante los siguientes decretos: Decreto 4760 de 2005; Decreto 3391 de 2006; Decreto 2898 de 2006; Decreto 4417 de 2006; Decreto 315 de 2007; Decreto 423 de 2007; Decreto 3570 de 2007; Decreto 122 de 2008; Decreto 176 de 2008; Decreto 880 de 2008; Decreto 1290 de 2008 y Decreto 1364 de 2008.

<sup>47</sup> Corte Constitucional, Sentencia C-370 de 18 de mayo de 2006.

<sup>48</sup> *Ibidem*.

alternativa"<sup>49</sup>. La "pena alternativa", independientemente de la naturaleza del delito y del número de ilícitos penales "confesados", consiste en una pena de privación de libertad por un periodo de cinco a ocho años por la totalidad de los delitos "confesados"<sup>50</sup>. Una vez cumplida la pena alternativa, el condenado queda en "libertad a prueba" por un periodo igual a la mitad de la pena alternativa. Durante este periodo de prueba, el condenado debe presentarse periódicamente ante las autoridades judiciales, comprometerse a no reincidir e informar de cualquier cambio de residencia. Así, ex paramilitares y ex guerrilleros que habiendo participado en numerosas masacres, asesinatos y desapariciones forzadas han sido condenados por esos crímenes a penas de privación de libertad de máximo ocho años.

Este beneficio de la "pena alternativa" puede aplicarse igualmente a las personas que previamente han sido condenadas por la Jurisdicción penal ordinaria. En estos casos, se suspende la sentencia condenatoria de la jurisdicción penal ordinaria hasta tanto la jurisdicción especializada de "Justicia y Paz" dicte sentencia y reconozca el beneficio de la "pena alternativa". La sentencia que esta jurisdicción especializada adopte reemplaza la sentencia condenatoria de la jurisdicción penal ordinaria<sup>51</sup>.

La pena alternativa prevista por esta Ley contrasta con las penas privativas de libertad contempladas por la legislación penal ordinaria para graves violaciones de derechos humanos y en particular el crimen de desaparición forzada. Esta figura de la "pena alternativa" está en contradicción con el principio de la proporcionalidad de las penas y con la obligación internacional del Estado de sancionar las graves violaciones de derechos humanos y crímenes bajo el derecho internacional con penas apropiadas a la gravedad de los hechos. Cabe destacar que varios órganos y procedimientos especiales internacionales de derechos humanos han expresado su preocupación al respecto<sup>52</sup>.

El "Acuerdo de creación de una Jurisdicción Especial para la Paz", anunciado en el 23 de septiembre de 2015 por el Gobierno nacional y las FARC mediante su "Comunicado Conjunto # 60"<sup>53</sup>, prevé el establecimiento de un régimen de beneficios penales para quienes se acojan a esta jurisdicción. Se anuncia que habrá dos regímenes de sanciones: uno para "quienes reconocen verdad y responsabilidad"<sup>54</sup>, y otro para "quienes no lo hacen o lo hacen tardíamente"<sup>55</sup>, con penas de prisión de 5 a 8 años. Sin embargo, aun cuando el "Comunicado Conjunto # 60" estipula que "[p]ara acceder a cualquier tratamiento especial dentro de la Jurisdicción Especial para la Paz es necesario aportar verdad plena, reparar a las víctimas y garantizar la no repetición"<sup>56</sup>, de hecho crea beneficios penales para quienes no reconozcan la verdad y su responsabilidad en los crímenes, de tal modo que estos pueden obtener penas menores que las previstas por el Código Penal para esos delitos. El Comunicado Conjunto # 60 prescribe que quienes "se nieguen a reconocer su responsabilidad por tales delitos y resulten culpables serán condenadas a pena de prisión hasta de 20 años, en condiciones ordinarias"<sup>57</sup>. El hecho es que las penas previstas por la legislación penal ordinaria son mucho más altas para varios delitos<sup>58</sup>, entre ellos la desaparición forzada<sup>59</sup>. Así, el Acuerdo establecería un beneficio para quienes aunque no dicen la verdad y no reconocen su responsabilidad – y por tanto no podrían tener un "cualquier tratamiento especial dentro de la Jurisdicción Especial para la Paz"– pueden obtener un "tratamiento especial" en materia de penas respecto de la legislación penal

<sup>49</sup> Art. 3 de la Ley de Justicia y Paz.

<sup>50</sup> Art. 30 de la Ley de Justicia y Paz.

<sup>51</sup> Artículos 3, 24, 29 y 44 de la Ley 975 de 2005 y artículo 8 del Decreto 4760 de 30 de diciembre de 2005.

<sup>52</sup> Ver, *inter alia*: *Cuestión de las desapariciones forzadas o involuntarias Informe del Grupo de Trabajo sobre Desapariciones Forzadas o Involuntarias – Adición, Misión a Colombia*, E/CN.4/2006/56/Add.1 de 17 de enero de 2006, párr. 69; y "Observaciones finales del Comité contra la Tortura: Colombia", CAT/C/COL/CO/4 de 19 de noviembre de 2009, párr. 13.

<sup>53</sup> Ver el Comunicado Conjunto # 60 en <http://www.altocomisionadoparalapaz.gov.co/procesos-y-conversaciones/proceso-de-paz-con-las-farc-ep/documentos-y-comunicados-conjuntos/Documents/comunicado-conjunto-60-23-septiembre-2015.pdf>.

<sup>54</sup> Punto 6 del Comunicado Conjunto # 60.

<sup>55</sup> Punto 6 del Comunicado Conjunto # 60.

<sup>56</sup> Punto 8 del Comunicado Conjunto # 60.

<sup>57</sup> Punto 7 del Comunicado Conjunto # 60.

<sup>58</sup> Ver, por ejemplo: Genocidio, de 30 a 40 años de prisión (art.101 del Código Penal); homicidio contra persona protegida por el DIH, de 30 a 40 años de prisión; homicidio agravado (con fines terroristas, o cometido contra servidor público, periodista, juez de paz, dirigente sindical, político o religioso) de 25 a 40 años (art. 104 del Código Penal); y toma de rehenes, de 20 a 30 años de prisión (art. 148 del Código Penal).

<sup>59</sup> De 20 a 30 años de prisión.

ordinaria, sin que concurren alguna de las circunstancias de atenuación punitiva previstas por la Convención.

Respecto de las circunstancias de agravación, el Código Penal establece tanto un régimen de agravación punitiva general aplicable a todo delito<sup>60</sup> como uno especial respecto del crimen de desaparición forzada<sup>61</sup>. Las circunstancias de agravación punitiva previstas por el artículo 166 del Código Penal no solo son compatibles con la disposición de la Convención, sino que la superan con creces.

Respecto de las circunstancias de atenuación punitiva, el Código Penal establece tanto un régimen general<sup>62</sup> para todos los delitos como uno especial para el crimen de desaparición forzada<sup>63</sup>. Por otra parte, el Código de Procedimiento Penal (Ley 600 de 2000) estableció el “beneficio por colaboración”<sup>64</sup> con la administración de justicia. Asimismo, el Código de Procedimiento Penal excluye del beneficio al “determinador de la conducta punible” y estableció que “[e]n ningún caso los beneficios podrán implicar la exclusión total del cumplimiento de la pena, ni estarán condicionados a la confesión del colaborador”<sup>65</sup>.

Sin embargo, el “nuevo” Código de Procedimiento Penal (Ley 906 de 2004), aplicable a los delitos cometidos con posterioridad al 1o. de enero de 2005, no estableció expresamente la figura del “beneficio por colaboración”.

## 6. Prescripción e imprescriptibilidad (artículo 8)

La Convención regula la cuestión de la prescripción, sin dejar de recordar que cuando se trate de desapariciones forzadas que constituyan crímenes de lesa humanidad rige la imprescriptibilidad de la acción penal<sup>66</sup>.

### a) De la imprescriptibilidad

La imprescriptibilidad de los crímenes de lesa humanidad ha sido objeto de reconocimiento jurisprudencial<sup>67</sup>. Si bien la Constitución Política de Colombia prohíbe expresamente la imprescriptibilidad de las penas y medidas de seguridad<sup>68</sup>, no ocurre así con la imprescriptibilidad de la acción penal, como lo ha señalado la Corte Constitucional<sup>69</sup>.

Solo con la Ley 1719 de 2014 sobre violencia sexual se promulgó la primera norma positiva en esta materia. En efecto, su artículo 16 prescribe que la “acción penal para los delitos de genocidio, lesa humanidad y crímenes de guerra será imprescriptible”. No obstante, como se ha señalado anteriormente, el crimen de lesa humanidad no está tipificado como tal en la legislación penal colombiana, lo cual puede crear no pocas dificultades jurídicas al momento de la declaratoria de imprescriptibilidad, al dejar al arbitrio del juez la caracterización de las

<sup>60</sup> Artículo 58 del Código Penal, artículo 2º de la Ley 1273 de 2009 y artículo 4º de la Ley 1356 de 2009

<sup>61</sup> Ver artículo 166 del Código Penal y Ley 1309 de 2009.

<sup>62</sup> Artículo 55.

<sup>63</sup> Artículo 167 (“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”).

<sup>64</sup> El artículo 413 estipula que el beneficio podrá ser concedido cuando se “contribuya eficazmente a: 1. La identificación de dirigentes o cabecillas de organizaciones delictivas y la demostración de su responsabilidad; 2. La identificación de bienes y fuentes de financiación de organizaciones delictivas que conlleven a su incautación; 3. La localización del lugar en donde se encuentra el secuestrado o el desaparecido o suministre prueba que permita deducir responsabilidad penal del determinador o director, cabecilla, financista o promotor del concierto para cometer delitos o de asociación organizada para los mismos”. En estos eventos se podrá disminuir de una sexta hasta una cuarta parte de la pena que corresponda al sindicado en la sentencia condenatoria, sustituir la prisión por prisión domiciliaria, suspender condicionalmente la ejecución de la pena.

<sup>65</sup> Artículo 413.

<sup>66</sup> Artículo 8 de la Convención.

<sup>67</sup> Ver, por ejemplo, Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Penal, Sentencia de 3 de diciembre de 2009, Proceso No. 32672, *Caso Salvador Arana Sus*; Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Penal, Sentencia de 3 de Agosto de 2012, Proceso No. 36563; Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Penal, Sentencia de 23 de mayo de 2012, Proceso No. 34180, *Caso Juan Tadeo Espitia Supelano y otros*. Ver, igualmente, Corte Constitucional, Sentencias C-578-02 de 2002, C-580 de 2005 y C-401-10 de 2010.

<sup>68</sup> Artículo 28 de la Constitución.

<sup>69</sup> Corte Constitucional, Sentencia C-176 de 1994.

desapariciones forzadas que pueden o no ser calificadas de crimen de lesa humanidad.

## **b) De la prescripción**

La prescripción está regulada por el Código Penal<sup>70</sup>, los Códigos de Procedimiento Penal de 2000 (Ley 600 de 2000) y de 2004 (Ley 906 de 2004) y normas complementarias. La prescripción es una causal de extinción de la acción penal<sup>71</sup>. En materia de desaparición forzada, el término de prescripción es de 30 años<sup>72</sup> y “el término comenzará a correr desde la perpetración del último acto”<sup>73</sup>. La legislación penal y procesal penal colombiana establece un régimen complejo de suspensión y/o interrupción de la prescripción. La suspensión de la prescripción es regulada de manera diferente según el estatuto procesal aplicable (Ley 600 de 2000<sup>74</sup> o Ley 906 de 2004<sup>75</sup>), esto es, según la fecha de comisión del delito.

Caso especial presentan los punibles de ejecución permanente como la desaparición forzada de personas, donde el día de la consumación del ilícito se concibe como el de la ejecutoria de la resolución de acusación, pero no para efectos de suspensión de la prescripción, sino para empezar a contar el término de cumplimiento del fenómeno prescriptivo. En tal sentido la Corte Constitucional precisó que “se prefieren los derechos de las víctimas y de la sociedad, a los derechos del responsable, entre otras, a través de una tipificación más abierta del delito, cuya acción es prescriptible sólo en cuanto exista imputado e imprescriptible en tanto no se haya concretado esto último”<sup>76</sup>.

No existe una causal de suspensión o de interrupción del término de prescripción relativa a la ausencia de un recurso efectivo.

## **7. La jurisdicción de tribunales nacionales y extradición (artículos 9, 10 y 11 de la Convención)**

La Convención<sup>77</sup> establece varias prescripciones en materia de ejercicio de la jurisdicción penal por parte de los Estados parte en la represión del crimen de desaparición, así como en materia de extradición<sup>78</sup>. Estas prevén el ejercicio de la jurisdicción: i) territorial; ii) extraterritorial activa (en virtud de la nacionalidad del sujeto activo); iii) extraterritorial pasiva (en virtud de la nacionalidad del sujeto pasivo); y el principio *aut dedere aut judicare*.

En Colombia, el ejercicio de la jurisdicción penal por tribunales nacionales tiene su fundamento legal en el Código Penal y normas complementarias<sup>79</sup>. Así, el Código Penal prevé jurisdicción territorial, esto es la aplicación de la ley penal colombiana: i) por delitos (acción u omisión) cometidos en territorio colombiano<sup>80</sup>; ii) cuando el resultado del delito se produjo o debió producirse en territorio colombiano<sup>81</sup>; iii) por delitos cometidos a bordo de nave o aeronave del Estado o explotada por este que se encuentre fuera del territorio

<sup>70</sup> Artículos 82 y siguientes del Código Penal.

<sup>71</sup> Artículo 82 del Código Penal.

<sup>72</sup> Artículo 83 del Código Penal, modificado por el artículo 16 de la Ley 1719 de 2014.

<sup>73</sup> Artículo 84 del Código Penal.

<sup>74</sup> Bajo la Ley 600 de 2000, la suspensión de la prescripción se ocasiona con la ejecutoria de la acusación, independientemente de que se haya variado la acusación en el juicio (art. 404). Así, para los delitos con penas privativas de la libertad mayores de 5 años, como la desaparición forzada, se suspende la prescripción con la ejecutoria de la resolución de acusación. En este caso, una vez ejecutoriada, se debe contar de nuevo a partir de cero, pero hasta la mitad del tiempo total de prescripción. De conformidad con la Ley 599 de 2000, ese nuevo límite máximo no puede ser superior a 10 años. Asimismo, la prescripción se interrumpe desde el momento en que se solicita la sentencia anticipada, hasta que se profiere la decisión sobre la aceptación los cargos (art. 40 Ley 600 de 2000). Bajo la Ley 600 de 2000, la presentación del recurso extraordinario de casación, no suspende el término de prescripción.

<sup>75</sup> En los casos bajo la Ley 906 de 2004 el término de prescripción se interrumpe con la formulación de la imputación (art. 292), una vez ello ocurra, se cuenta de nuevo por un término igual a la mitad del señalado en el artículo 83, que no podrá ser inferior a 5 años ni superior a 10 años en unos casos, ni inferior a 3 años ni superior a 10 años en otros. bajo la Ley 906 de 2004, la sentencia de segunda instancia suspende el término de prescripción que comenzará a correr de nuevo sin poder superar cinco años (art. 189).

<sup>76</sup> Sentencia C-620 de 18 de agosto de 2011, M.P. Juan Carlos Henao Pérez.

<sup>77</sup> Artículo 9.

<sup>78</sup> Artículos 11 y 12.

<sup>79</sup> Ley 1121 de 2006 (artículos 21 y 22).

<sup>80</sup> Artículo 15 del Código Penal.

<sup>81</sup> *Ibidem*.

nacional o a bordo de nave o aeronave nacional que se halle en alta mar (jurisdicción territorial por extensión)<sup>82</sup>.

Igualmente, el Código Penal contempla la aplicación de la ley penal colombiana extraterritorialmente por tribunales nacionales, en las siguientes hipótesis<sup>83</sup>: i) para ciertos delitos cometidos en el extranjero<sup>84</sup> [...]; ii) cuando quien comete el delito en el extranjero está al servicio del Estado colombiano y goza de inmunidad reconocida por el Derecho internacional; iii) cuando quien comete el delito en el extranjero está al servicio del Estado colombiano pero no goza de inmunidad y no haya sido juzgado en el exterior; iv) el nacional colombiano que haya cometido un delito en el extranjero y se encuentre en Colombia, bajo ciertas condiciones<sup>85</sup>; v) el extranjero que se encuentre en Colombia después de haber cometido en el exterior un delito en perjuicio del Estado o de un nacional colombiano, bajo ciertas condiciones<sup>86</sup> y vi) el extranjero que haya cometido en el exterior un delito en perjuicio de extranjero, que se encuentre en Colombia y bajo ciertas condiciones<sup>87</sup>.

Si bien el la jurisdicción territorial y territorial por extensión prevista por la legislación penal colombiana satisface lo prescrito por el artículo 9 (1, a) de la Convención, el Código Penal es deficitario frente a las demás modalidades de ejercicio de jurisdicción.

- Respecto de nacional que ha cometido el delito de desaparición forzada en territorio extranjero, el artículo 16 (1 y 4) del Código Penal solo habilita el ejercicio de la jurisdicción extraterritorial (activa) cuando el presunto autor se encuentre en Colombia. La única posibilidad prevista de competencia extraterritorial activa sin presencia del presunto autor en el territorio nacional está limitada a la “persona que esté al servicio del Estado colombiano, no goce de inmunidad reconocida por el derecho internacional” (artículo 16, 3), quedando por fuera aquellos que no estén al servicio del Estado.
- En los casos de desaparición forzada cometidos por extranjeros, en territorio extranjero y contra extranjero, el artículo 16 (6) condiciona la competencia de los tribunales colombianos a que se haya pedido la extradición del presunto autor y que esta no haya sido concedida.

Las anteriores regulaciones no son compatibles con la obligación establecida por el artículo 9 (1, b y 2) de la Convención. Asimismo, la regulación establecida por el artículo 16 (6) del Código Penal afecta hondamente una adecuada implementación de los artículos 10 y 11 de la Convención.

## **8. Garantías judiciales de los investigados y procesados (artículo 11.3 de la Convención)**

### **a) La persistencia del fuero militar**

Aunque la Convención no contiene una cláusula expresa sobre la cuestión del fuero militar, los estándares<sup>88</sup> y la jurisprudencia internacionales, así como el Comité contra las desapariciones forzadas, han sido unánimes en considerar que la investigación del crimen de desaparición forzada y el juzgamiento de sus responsables es de competencia exclusiva de la jurisdicción penal ordinaria, con exclusión de los tribunales militares.

<sup>82</sup> Artículo 16 del Código Penal y artículo 21 de la Ley 1121 de 2006.

<sup>83</sup> Artículo 16 del Código Penal.

<sup>84</sup> Se trata de los delitos contra la existencia y la seguridad del Estado; contra el régimen constitucional; contra el orden económico social (con la excepción del tipo penal del art. 323 Código Penal); contra la administración pública; de falsificación de moneda nacional; de financiación de terrorismo; y de administración de recursos relacionado con actividades terroristas.

<sup>85</sup> Que el delito cometido es castigado por la ley penal colombiana con pena privativa de la libertad no inferior a dos años y que no haya sido juzgado en el exterior.

<sup>86</sup> Que el delito cometido es castigado por la ley penal colombiana con pena privativa de la libertad no inferior a dos años y que no haya sido juzgado en el exterior.

<sup>87</sup> El artículo 16 (6) del Código Penal establece como condiciones que: a) el presunto autor se encuentre en Colombia; b) que el delito tenga esté sancionado en Colombia con pena privativa de la libertad cuyo mínimo no sea inferior a tres (3) tres años; c) que no se trate de delito político, y d) “que solicitada la extradición no hubiere sido concedida por el gobierno colombiano. Cuando la extradición no fuere aceptada habrá lugar a proceso penal”.

<sup>88</sup> Ver, *inter alia*: *Declaración sobre la protección de todas las personas contra la desaparición forzada* (Art. 16); *Conjunto de principios actualizado para la protección y la promoción de los derechos humanos mediante la lucha contra la impunidad* (Principios 22 y 29); *Proyecto de Principios sobre la Administración de justicia por Tribunales Militares* (Principios 8 y 9); y *Convención Interamericana sobre la Desaparición Forzada de Personas* (Art. IX).

La Constitución consagra un ámbito restringido de competencia de los tribunales militares<sup>89</sup> y la jurisprudencia de la Corte Constitucional y de la Corte Suprema de Justicia ha reiteradamente excluido del ámbito de competencia de la jurisdicción penal militar el conocimiento la desaparición forzada, las graves violaciones de derechos humanos y los crímenes de lesa humanidad<sup>90</sup>. Asimismo, los Códigos Penales Militares de 1999<sup>91</sup> y de 2010<sup>92</sup> excluyen expresamente la desaparición forzada del ámbito de competencia de los tribunales militares y la Ley 589 de 2000 radica en la jurisdicción ordinaria la competencia para conocer de estos ilícitos penales.

No obstante el anterior marco legal y jurisprudencial, la jurisdicción penal militar sigue conociendo de numerosos casos de desapariciones forzadas de civiles, posteriormente ejecutados extrajudicialmente por las Fuerzas Militares y presentados como miembros de grupos armados “dados de baja” en combate en operativos militares (lo que se ha denominado “falsos positivos”).

Si bien, el Consejo Superior de la Judicatura – órgano que dirime los conflictos de jurisdicción entre jueces ordinarios y tribunales militares – empezó a desarrollar una jurisprudencia restrictiva sobre el alcance de la competencia material de la jurisdicción penal militar, en los últimos años y en relación de los casos de los mal llamados “falsos positivos” se ha registrado una regresión en este campo. En efecto, en los casos de desaparición forzada seguida de ejecución extrajudicial de la víctima presentadas oficialmente por las Fuerzas Militares como “muertos en combate”, el Consejo Superior de la Judicatura ha desarrollado una jurisprudencia ambigua y en no pocos casos ha resuelto los conflictos de competencia a favor de la jurisdicción penal militar, basada en una reinterpretación bastante laxa del concepto de “delito de servicio”.

Además de esta práctica judicial, en julio de 2015 fue aprobada la Ley 1765<sup>93</sup>, la cual permite que personal de la fuerza pública sea investigado por la “Jurisdicción Penal Militar y Policial”, en casos que no tienen una relación funcional con el servicio. Como ámbito de aplicación, la Ley establece que se aplicará “a los miembros de la Fuerza Pública en servicio activo o en retiro, así como al personal civil o no uniformado que desempeñe cargos en la Justicia Penal Militar y Policial”<sup>94</sup>. Entre otros ilícitos penales, la Ley faculta a la “Jurisdicción Penal Militar y Policial” para conocer del homicidio y de los “delitos contra la población civil”. Así, la Ley 1765 permite que, al ser competente para el delito de homicidio y los “delitos contra la población civil”, la “Jurisdicción Penal Militar y Policial” conozca de casos de desaparición forzada seguida de la ejecución extrajudicial del desaparecido, como se ha documentado en el pasado.

### **b) La cuestión del trato justo y las garantías judiciales**

El marco jurídico nacional está regulado por la Constitución Política<sup>95</sup>. Sin embargo, la legislación penal y procesal penal, tanto general como especial, han creado una situación compleja. En efecto, coexisten cuatro procedimientos penales con un régimen asimétrico en materia de garantías procesales para los imputados, procesados y condenados, a saber: i) Ley 600 de 2000, para los delitos cometidos hasta diciembre de 2004; ii) Ley 906 de 2004, para los delitos cometidos a partir de 2005; iii) Ley 975 de 2005 (o “Ley de Justicia y Paz”), para miembros desmovilizados de grupos armados que se acojan a esta Ley; y iv) el

<sup>89</sup> El artículo 221 estipula que “[d]e los delitos cometidos por los miembros de la fuerza pública en servicio activo, y en relación con el mismo servicio, conocerán las cortes marciales o tribunales militares, con arreglo a las prescripciones del Código Penal Militar”.

<sup>90</sup> Ver, *inter alia*: Corte Constitucional (Sentencia No. C-141/95, de 29 de marzo de 1995, Exp. D- 701; Sentencia No. C-358/97 de 5 de agosto de 1997, Exp. D-1445; y Sentencia No. SU-1184-2001, Exp. T-282730) y Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación penal (Sentencia de 7 de mayo de 2009, M. P. Espinosa Pérez; Sentencia de 3 de mayo de 1988, M. P. Carreño Lenguas; Sentencia de 13 de marzo de 1989, M. P. Saavedra Rojas; y Sentencia de 20 de abril de 1989, M. P. Gómez Velásquez).

<sup>91</sup> Artículo 3 del Código Penal Militar.

<sup>92</sup> Artículo 3 del Código Penal Militar.

<sup>93</sup> Ley 1765, por la cual se reestructura la Justicia Penal Militar y Policial, se establecen requisitos para el desempeño de sus cargos, se implementa su Fiscalía General Penal Militar y Policial, se organiza su cuerpo técnico de investigación, se señalan disposiciones sobre competencia para el tránsito al sistema penal acusatorio y para garantizar su plena operatividad en la Jurisdicción Especializada y se dictan otras disposiciones, de 23 de julio de 2015.

<sup>94</sup> *Ibid.*, Artículo 2.

<sup>95</sup> Artículos 15 y 28 a 34; 228 y siguientes (Rama Judicial), y 275 y siguientes (Ministerio Público) de la Constitución.

procedimiento especial establecido para los parlamentarios y ciertos altos funcionarios que gozan de “fuero especial”, o “aforados”<sup>96</sup>.

Así, en lo referente a los derechos de los imputados o procesados al trato justo y al debido proceso legal existe una situación compleja y asimétrica. Las garantías judiciales del debido proceso son distintas según el régimen procesal aplicable, ya sea en razón de la época de comisión del delito (Ley 600 de 2000 o Ley 906 de 2004) o de la condición del sujeto activo del delito (Ley de “Justicia y Paz” o régimen de aforados constitucionales). Esta situación genera tratamientos diferenciados en cuanto a los derechos procesales de los justiciables que puede vulnerar el derecho a la igualdad ante los tribunales de justicia y ante la ley.

## 9. Investigación (artículo 9 de la Convención)

En materia de investigación –tanto para efectos penales como de búsqueda del desaparecido–, Colombia dispone de un profuso dispositivo legal e institucional. Así, cabe destacar, entre otros: la Unidad Nacional contra la Desaparición Forzada y el Desplazamiento Forzado de la Fiscalía General de la Nación<sup>97</sup>; la Comisión Nacional de Búsqueda de Personas Desaparecidas<sup>98</sup>; el Mecanismo de Búsqueda Urgente; la condición de sujeto procesal en los procesos penales de la Procuraduría General de la Nación; el Registro Nacional de Desaparecidos y el Sistema de Información Red de Desaparecidos y Cadáveres (Sirdec) del Instituto Nacional de Medicina Legal y Ciencias Forenses (Inmlcf) y las funciones de la Defensoría del Pueblo. Asimismo, cabe destacar que la Ley 589 de 2000 prescribe que, independientemente de los avances y/o resultados de la investigación o del proceso penal, “el Estado tiene la obligación permanente de realizar todas las acciones necesarias tendientes a establecer el paradero de la víctima, conocer sobre las razones de su desaparición e informar sobre ello a sus familiares”<sup>99</sup>.

Respecto del entorpecimiento de la investigación penal del crimen de desaparición forzada, el Código Penal reprime varios de estos comportamientos a través diversos tipos penales<sup>100</sup> y los jueces pueden sancionar con multas a las partes del proceso que obstaculicen los procedimientos<sup>101</sup>. Asimismo, el Código Único Disciplinario reprime como “falta gravísima”: la comisión de un delito doloso “en razón, con ocasión o como consecuencia de la función o cargo, o abusando del mismo”; obstaculizar “en forma grave” investigaciones “jurisdiccionales” y “omitir o retardar la denuncia de faltas gravísimas o delitos dolosos, preterintencionales o culposos investigables de oficio de que tenga conocimiento en razón del cargo o función”<sup>102</sup>.

Sin embargo, varios problemas, tanto normativos como institucionales y operativos, se pueden identificar para una efectiva implementación de la Convención en este campo. Los elevados niveles de impunidad existentes en la investigación del delito de desaparición forzada son alarmantes. De los casos vigentes bajo el procedimiento de la Ley 906 de 2004, 4.814 de ellos permanecen en indagación preliminar; 4 en fase de investigación; 8 en etapa de juicio; 11 bajo querrela; y 1 ha sido objeto de terminación anticipada<sup>103</sup>. Es decir, que en el 99,5 por ciento de los casos reportados por el Gobierno de Colombia no existe una investigación propiamente dicha, lo que revela un amplio desconocimiento de la Convención. En el mismo informe, en relación con 21.004 casos que son reportados como presunta desaparición forzada, en 878 de ellos se informa que la persona apareció muerta; 436 apareció viva y 19.690 continúa desaparecido, correspondiendo al 94 por ciento en los

<sup>96</sup> Artículos 116, 174, 175, 178, 186 y 235 de la Constitución.

<sup>97</sup> Resolución 02596 de 3 de noviembre de 2010 de la Fiscalía General de la Nación.

<sup>98</sup> Creada mediante la Ley 589 de 2000 (art. 8) y reglamentada mediante el Decreto 929 de 2007. Otras normas confieren facultades a la Comisión Nacional de Búsqueda de Personas Desaparecidas: Ley 971 de 2005; Decreto 4218 de 2005; Ley 1408 de 2010; Ley 1531 de 2012; Decreto 4800 de 2011; Documento CONPES No. 350 “Consolidación de los mecanismos de búsqueda e identificación de personas desaparecidas en Colombia”, de 1º de junio de 2009.

<sup>99</sup> Artículo 11.

<sup>100</sup> Ver, por ejemplo, los delitos de “falso testimonio” (art. 442 C.P.), “soborno” (art. 444 C.P.), “favorecimiento” (art. 446 C.P.), “fraude procesal” (art. 453 C.P.) y los delitos de “falsedad documental” (art. 286 y s.s. C.P.).

<sup>101</sup> Artículo 60-A de la Ley Estatutaria de la Administración de Justicia (Ley 270 de 7 de marzo de 1996, modificada por la Ley 1285 de 2009).

<sup>102</sup> Artículo 48 del Código Único Disciplinario (Ley 734 de 5 de febrero de 2002).

<sup>103</sup> Primer Informe de Colombia de la Convención Internacional para la Protección de todas las Personas contra las Desapariciones Forzadas, Fuente RND/SIRDEC 16/06/2014 15:15 horas. Recuperado de [http://www.ohchr.org/Documents/HRBodies/CED/StatesReportsarticle29/Colombia\\_Article29.1\\_SP.pdf](http://www.ohchr.org/Documents/HRBodies/CED/StatesReportsarticle29/Colombia_Article29.1_SP.pdf)

que no se tiene noticia del paradero. Los casos sin información sobre si constituye desaparición forzada son 71.168, en los cuales 2.853 han aparecido muertos; 20.352 han aparecido vivos y respecto de 48.663 no se conoce el paradero<sup>104</sup>.

### a) **Fiscalía General de la Nación y política de investigación criminal**

A finales del año 2010 fue creada la Unidad Nacional contra la Desaparición Forzada y el Desplazamiento Forzado<sup>105</sup> (Undfdf). Esta Unidad fue establecida inicialmente con una planta de 23 fiscales, con 7 miembros del Cuerpo Técnico de Investigación (CTI) asignados a cada fiscal. Entre 2011 y 2012, la Unidad fue reforzada contando con 26 fiscales especializados, 6 fiscales de apoyo, 91 investigadores del CTI y 120 investigadores de la Policía Nacional<sup>106</sup>.

Respecto de los casos a cargo de la Undfdf, en su informe de gestión de 2013-2014, la Fiscalía General de la Nación se refiere a "una carga laboral actual de 30.043 radicados, 14.721 por el delito de desplazamiento forzado, 15.287 por el delito de desaparición forzada y 35 por otros delitos"<sup>107</sup>. Es decir, que en promedio cada Fiscal tendría a su cargo 1155 investigaciones. Según ese mismo informe de gestión, entre febrero de 2013 y febrero de 2014, la Undfdf habría, bajo el procedimiento de la Ley 600 de 2000: formulado 28 Resoluciones de acusación; ordenado 440 aperturas de instrucción; y archivado (preclusión o inhibición) 29 casos. Asimismo, para ese mismo periodo bajo la Ley 906 de 2006, la Undfdf habría proferido imputación en 12 casos, escrito de acusación en 9 y ordenado el archivo de 598 casos<sup>108</sup>.

No obstante la creación de la Undfdf, otras dependencias de la Fiscalía General de la Nación tienen competencia o conocen de delitos de desaparición forzada:

- La Unidad Nacional de Derechos Humanos y Derecho Internacional Humanitario<sup>109</sup>, la cual cuenta a su vez con las Subunidades para crímenes contra sindicalistas (o subunidad casos OIT) y para casos de la Unión Patriótica;
- La Unidad Nacional de Justicia y Paz (o Unidad Nacional de Justicia Transicional)<sup>110</sup>;
- La Unidad Nacional de Fiscalía Delegada contra el Secuestro y la Extorsión;
- Las Fiscalías especializadas adscrita al Grupo de Acción Unificada por la Libertad Personal (GAULA).
- Dirección de Fiscalía Nacional Especializada contra el Crimen Organizado<sup>111</sup>

Es preocupante que la Unidad Nacional de Fiscalías Delegadas contra el Secuestro y la Extorsión y las Fiscalías especializadas adscritas al Grupo de Acción Unificada por la Libertad Personal (GAULA) sigan conociendo de casos de desaparición forzada.

Por otro lado, la situación puede tornarse tanto más compleja cuando, por distintas razones, un mismo hecho criminal es investigado simultánea y paralelamente por distintas dependencias de la Fiscalía, bien por la concurrencia de delitos en una misma acción criminal o cuando en razón del sujeto activo, la investigación se encuentra sometida a diferentes autoridades, situaciones como se ha podido constatar en varios casos examinados, socava la efectividad de la investigación.

Por otro lado, varios casos de desaparición forzada no son investigados por la Undfdf, sino por la Unidad Nacional de Derechos Humanos y Derecho Internacional Humanitario e, incluso, por sus subunidades para casos de la OIT y/o para casos de la Unión Patriótica, en

<sup>104</sup> *Ibidem*.

<sup>105</sup> Resolución 02596 de 3 de noviembre de 2010 de la Fiscalía General de la Nación.

<sup>106</sup> Fiscalía General de la Nación, *Informe de Gestión 2011*, Imprenta Nacional de Colombia, Febrero 2012, pág. 56

<sup>107</sup> Fiscalía General de la Nación, *Informe de Gestión 2013-2014*, Imprenta Nacional de Colombia, Febrero 2014, pág. 49.

<sup>108</sup> *Ibid.*, pág. 50.

<sup>109</sup> A febrero de 2014, esta Unidad conocía de 459 casos de desaparición forzada para un total de 1.082 víctimas. Ver Fiscalía General de la Nación, *Informe de Gestión 2013-2014*, Imprenta Nacional de Colombia, Febrero 2014, págs. 79 y 80.

<sup>110</sup> Según información de la Fiscalía General de la Nación a 31 de julio de 2015, esta Unidad conoce de 7.020 casos de desaparición forzada. Recuperado de [www.fiscalia.gov.co/jyp/wp-content/uploads/2015/09/estadisticas-DFNEJT.pdf](http://www.fiscalia.gov.co/jyp/wp-content/uploads/2015/09/estadisticas-DFNEJT.pdf).

<sup>111</sup> A febrero de 2015, esta Dirección conocía de 33 casos de desaparición forzada. Ver Fiscalía General de la Nación, *Informe de Gestión 2014-2015*, Imprenta Nacional de Colombia, 2015, pág. 55.

razón de la condición de sindicalista de la víctima o de su militancia política. Ello puede resultar en un obstáculo para la investigación, pues en no pocos casos el proceso de victimización no está relacionado con las actividades sindicales o políticas del desaparecido<sup>112</sup>. Esta situación de pluralidad de investigaciones realizadas de forma inconexa y aislada con relación a casos de desapariciones forzadas vinculadas entre ellos conduce a no investigar la lógica criminal, las estructuras y los autores implicados en estos crímenes y, por ende, genera situaciones de impunidad.

## **b) Poderes y facultades de investigación**

Si bien las autoridades encargadas de la investigación del delito tienen un marco amplio de poderes investigativos, la legislación denota ciertas falencias, en particular en lo que se refiere a acceso a documentación o lugares bajo reserva de "seguridad nacional"<sup>113</sup>.

La Constitución Política de Colombia establece que excepcionalmente por reserva constitucional o legal se le puede negar el acceso a ciertos documentos e informaciones a la Procuraduría General de la Nación y la Defensoría del Pueblo<sup>114</sup>. Ello podría ser incompatible con una efectiva implementación del artículo 12 (3) de la Convención. No obstante, cabe destacar que el artículo 27 de la ley 1755 de 2015<sup>115</sup> prescribe que "[e]l carácter reservado de una información o de determinados documentos, no será oponible a las autoridades judiciales, legislativas, ni a las autoridades administrativas que siendo constitucional o legalmente competentes para ello, los soliciten para el debido ejercicio de sus funciones. Corresponde a dichas autoridades asegurar la reserva de las informaciones y documentos que lleguen a conocer en desarrollo de lo previsto en este artículo"<sup>116</sup>.

Luego de la declaratoria de inconstitucional de la Ley 1288 por la Corte Constitucional<sup>117</sup>, el Congreso promulgó una nueva ley en la materia, ley 1621 de 2013 (Ley estatutaria de Inteligencia y Contrainteligencia). En julio de 2012, la Corte Constitucional declaró exequibles la mayoría de los artículos de la Ley de Inteligencia y Contrainteligencia<sup>118</sup>.

Asimismo, cabe destacar que la "excepción a los deberes de denuncia y declaración" a los que están obligados servidores públicos de los organismos que desarrollan actividades de inteligencia y contrainteligencia no aplica "para los casos en que el servidor público posea información relacionada con la presunta comisión de genocidio, ejecuciones extrajudiciales, tortura, desplazamiento forzado, desaparición forzada, violencia sexual masiva, crímenes de lesa humanidad, o crímenes de guerra por parte de un servidor público"<sup>119</sup>.

Por otro lado, la nueva ley mantuvo la disposición de la anterior legislación relativa al no

<sup>112</sup> Un ejemplo ilustrativo de ello es el caso de la desaparición forzada de Ángel José Quintero Mesa y Claudia Patricia Monsalve Pulgarín, dos activistas de la Asociación de Familiares de Detenidos Desaparecidos (ASFADDES) desaparecidos forzosamente en octubre de 2000. En razón de su militancia en el movimiento político Unión Patriótica, su investigación viene siendo desarrollada por una Fiscalía de la Subunidad UP de la Unidad Nacional de Derechos Humanos de la Fiscalía General de la Nación. No obstante, según lo que se ha podido establecer en la investigación, los dos activistas de Asfaddes fueron desaparecidos en razones de sus actividades de búsqueda de varios familiares y amigos desaparecidos, cada uno de ellos objeto de una investigación por separado por distintas fiscalías.

<sup>113</sup> El carácter de reservado de los documentos está establecido en varias normas. Ley 57 de 1985, "por la cual se ordena la publicidad de los actos y documentos oficiales"; el Código Contencioso Administrativo; la Ley 52 de 1990; el Decreto 300 de 1997, que determina el carácter de reservado de cierta información del Instituto Nacional Penitenciario y Carcelario, INPEC; la Ley 594 de 2000, "por medio de la cual se dicta la Ley General de Archivos y se dictan otras disposiciones"; y el Acuerdo 60 del 30 de octubre de 2011 sobre la administración de las comunicaciones oficiales en las entidades públicas. Manual de Contrainteligencia FFMM-2-2, que clasifica los documentos de carácter reservado del Comando General de las Fuerzas Militares en: "confidencial, restringido, reservado, secreto, ultrasecreto y exclusivo de Comando", según el Procedimiento control de documentos, MD-CGFM-JERM-DIPLA-P-001, de 2011.

<sup>114</sup> Artículo 284 de la Constitución.

<sup>115</sup> Artículo 27 de la ley 1755 de 2015 "por medio de la cual se regula el Derecho Fundamental de Petición y se sustituye un título del Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo".

<sup>116</sup> En similares términos artículo 20 de la Ley 57 de 5 de julio de 1985. Asimismo, el artículo 34 de la ley 1621 de 2013, que dispone "[e]l carácter reservado de los documentos de inteligencia y contrainteligencia no será oponible a las autoridades judiciales, disciplinarias y fiscales que lo soliciten para el debido ejercicio de sus funciones, siempre que su difusión no ponga en riesgo la seguridad o la defensa nacional, ni la integridad personal de los ciudadanos, los agentes, o las fuentes. Corresponderá a dichas autoridades asegurar la reserva de los documentos que lleguen a conocer en desarrollo de lo establecido en el presente artículo".

<sup>117</sup> Sentencia de 16 de noviembre de 2010, Exp. D-8057, M.P. Pinilla Pinilla.

<sup>118</sup> Fueron declarados inexecutable los artículos 40 al 49 del proyecto de ley, los cuales agravaban las penas por violación a la reserva y no se referían específicamente al suministro de información de inteligencia y contrainteligencia. Igualmente fue declarado inexecutable el parágrafo 3º del artículo 33, que otorgaba facultades al Presidente de la República a extender el tiempo de reserva de un documento de manera indefinida en los casos de desmovilización de grupos armados. Ver: Corte Constitucional, Sentencia C-540/12 de 12 de Julio de 2012 y Comunicado No. 27 de 12 de julio de 2012.

<sup>119</sup> Artículo 39.

valor probatorio de los informes de inteligencia y su utilidad como criterio orientador durante la indagación. En ella se establece que “[e]n todo caso se garantizará la reserva de la información, medios, métodos y fuentes, así como la protección de la identidad de los funcionarios de inteligencia y contrainteligencia”<sup>120</sup>. Esta regulación puede constituir un obstáculo en las investigaciones y en todo caso restringe el principio de valoración de la prueba por el operador judicial.

Asimismo, la nueva ley establece que cuando los funcionarios que deban denunciar o rendir testimonio ante juez o fiscal estos podrán disponer que “la diligencia respectiva se reciba en forma privada y se mantenga en reserva mientras ello sea necesario para asegurar la vida e integridad personal del funcionario y la de su familia”<sup>121</sup>. Esta regulación puede constituir un obstáculo en las investigaciones y puede ser lesiva del derecho a la defensa, pues podría ser la vía para recrear la figura del “testigo secreto”.

Una de las prácticas detectadas y de frecuente recurrencia es la negativa de las autoridades militares, policía u de otros organismos de seguridad en brindar la información sobre agentes de Estado investigados solicitada por fiscales aduciendo que con ello se violarían los derechos a la igualdad ante ley, a la intimidad y a la vida privada, a la honra y al debido proceso legal, y muy particularmente a la presunción de inocencia, amparados en los artículos 13, 15, 21 y 29 de la Constitución<sup>122</sup>. Otra práctica detectada es la de denegar las informaciones solicitadas por los fiscales hasta tanto un juez no ordene levantar la reserva legal del documento.

### **c) Jurisdicción penal militar**

Como fue señalado en el punto “8. De las garantías judiciales de los investigados y procesados”, la práctica judicial enseña que la jurisdicción penal militar sigue conociendo de casos de desaparición forzada, en particular cuando estas son seguidas de ejecuciones extrajudiciales de civiles presentados por las Fuerzas Militares como supuestos “muertos en combate”.

### **d) Cuestión de la protección de familiares, testigos e intervinientes**

En este campo, existen varios programas de protección en cabeza de la Vicepresidencia de la República, la Fiscalía General de la Nación y del Ministerio del Interior (Unidad Nacional de Protección de Personas), entre otros. Varios estudios, entre ellos uno de la Procuraduría General de la Nación<sup>123</sup>, ha evidenciado sus debilidades y falencias.

### **e) Pruebas médico-científicas (artículo 19 de la Convención)**

La Ley 1408 de 2010, “por la cual se rinde homenaje a las víctimas del delito de desaparición forzada y se dictan medidas para su localización e identificación”, dispuso la creación de un “Banco de Perfiles Genéticos de Desaparecidos” y encargó al Poder Ejecutivo la reglamentación de esta ley así como de ese banco. La Comisión Nacional de Búsqueda de Personas Desaparecidas sometió a consideración del Ministerio del Interior, en el primer trimestre de 2011, una propuesta de reglamentación de la Ley 1408, con una valiosa e importante regulación del “Banco de Perfiles Genéticos de Desaparecidos”, que tiene en cuenta lo dispuesto por la Convención.

Tan solo el 20 de febrero de 2015 fue expedido el decreto 303 de 2015, el cual reglamenta lo relacionado con el Banco de Perfiles Genéticos; entrega, participación, apoyo económico y atención psicosocial a los familiares de las víctimas; elaboración de mapas de ubicación de los cuerpos o restos humanos de personas desaparecidas forzosamente; conservación de cuerpos o restos humanos no identificados o identificados no reclamados; y santuarios de la memoria y memoria histórica.

<sup>120</sup> Artículo 35.

<sup>121</sup> Artículo 39.

<sup>122</sup> Ver, por ejemplo, el oficio No. 961869 de la Dirección de inteligencia del Ejército de 1º de diciembre de 2011 dirigido a la Fiscalía 13 Especializada Unidad Nacional de Derechos Humanos y Derecho Internacional Humanitario de Bogotá en el proceso Rad. 1942 A, *Homicidio de Jaime Garzón Forero*.

<sup>123</sup> Procuraduría General de la Nación, *Informe evaluativo del Programa de Protección para Víctimas y Testigos Decreto 1737 de 2010 y del Programa de Protección a Personas que se encuentren en situación de riesgo Decreto 1740 de 2010*, Bogotá, enero de 2011.

## 10. Prevención (artículos 16, 17, 18, 20, 21 y 22, de la Convención)

### a) Salvaguardas en materia de expulsión y extradición

Respecto de la expulsión, deportación y extradición, estas figuras están reguladas en diferentes regímenes jurídicos. La extradición encuentra su regulación en el ordenamiento colombiano en la Constitución Política<sup>124</sup> y los estatutos procesales penales<sup>125</sup>, entre otras normas. El Código de Procedimiento Penal de 2004 prevé expresamente que se condicione la extradición a otro país a “que al extraditado no se le someta a desaparición forzada, a torturas ni a tratos o penas crueles, inhumanos o degradantes, ni a las penas de destierro, prisión perpetua”<sup>126</sup>. No obstante, las normas consideran los demás criterios establecidos en el artículo 16 (2) de la Convención. Por otro lado, el Código de Procedimiento Penal de 2004 estipula que los extranjeros condenados en Colombia a la expulsión como pena accesoria, una vez purgada su pena privativa de la libertad, serán expulsados del país<sup>127</sup>. No obstante, el estatuto procesal penal no prevé ninguna salvaguarda en los términos del artículo 16 de la Convención. En cuanto a la expulsión y deportación – de carácter no judicial – estas están reguladas en la legislación de migración<sup>128</sup>. Estas normas tampoco prevén ninguna salvaguarda en los términos del artículo 16 de la Convención.

### b) Salvaguardas en materia de privación de libertad

La privación de la libertad está ampliamente regulada en la Constitución Política<sup>129</sup>, el Código Penal, los estatutos procesales penales de 2000 y 2004<sup>130</sup>, el Código Penitenciario y Carcelario<sup>131</sup> y la Ley 589 de 2000. El Código Penal tipifica la detención arbitraria o ilegal tanto en tiempos de paz<sup>132</sup> como de conflicto armado<sup>133</sup>. Por otra parte, la Ley 589 de 2000 prescribe que “[l]as personas privadas de la libertad sólo podrán permanecer recluidas en los establecimientos e instituciones autorizadas para el efecto en los términos consagrados en la Constitución Nacional y la ley”<sup>134</sup>, entendiéndose que se trata de los centros de detención o reclusión del orden nacional, a cargo del Instituto Nacional Penitenciario y Carcelario (INPEC) y del orden departamental y municipal, administrados por las respectivas entidades territoriales, bajo la inspección y vigilancia del INPEC.

El *Hábeas Corpus* está consagrado en la Constitución Política<sup>135</sup>, en favor de toda persona privada de libertad, puede ser invocado cualquier persona y debe ser resuelto en el término de 36 horas. El precepto constitucional está desarrollado en varias normas y en particular la Ley 1095 de 2006<sup>136</sup>. Según la legislación colombiana, el recurso de *Hábeas Corpus* es intangible y no puede suspenderse en tiempos de emergencia. El Código Penal tipifica el delito de “Desconocimiento de *hábeas corpus*”, sancionando al juez que “no tramite o decida dentro de los términos legales una petición de *hábeas corpus* o por cualquier medio obstaculice su tramitación”<sup>137</sup> con pena de prisión de dos años y pérdida del empleo.

Si bien, en general, la regulación del *Hábeas Corpus* en el sistema legal colombiano es compatible con las prescripciones de la Convención, se pueden identificar algunas falencias que socaban la eficacia de este vital recurso. En efecto, la Ley 1095 de 2006 exige que la petición de *Hábeas Corpus* contenga, entre otros elementos, “la fecha de reclusión y el lugar

<sup>124</sup> Artículo 35 (modificado por el Acto Legislativo No. 1 de 1997).

<sup>125</sup> Ver, *inter alia*, los artículos 508 y siguientes del Código de Procedimiento Penal de 2000 y los artículos 490 y siguientes del Código de Procedimiento Penal de 2004.

<sup>126</sup> Artículo 494 del Código de Procedimiento Penal de 2004.

<sup>127</sup> Artículo 462 del Código de Procedimiento Penal de 2004.

<sup>128</sup> Ver, entre otros, el Decreto 666 de 21 de abril de 1992.

<sup>129</sup> Artículos 28, 32 y 186.

<sup>130</sup> Ver, por ejemplo, Código de Procedimiento Penal de la ley 906 de 2004, artículos: 219, 300, 301, 302, 304, 305, 307, 313, 314, 316, 450, 459 y 466, entre otros.

<sup>131</sup> Ley 65 de 19 de agosto de 1993. Ver, igualmente, el Decreto 2636 de 2004

<sup>132</sup> Artículos 174 (Privación ilegal de libertad), 175 (Prolongación ilícita de privación de la libertad) y Artículo 176 (Detención arbitraria especial).

<sup>133</sup> Artículo 149 (Detención ilegal y privación del debido proceso).

<sup>134</sup> Artículo 12.

<sup>135</sup> Artículo 30.

<sup>136</sup> “Por la cual se reglamenta el artículo 30 de la Constitución Política”.

<sup>137</sup> Artículo 177 del Código Penal.

donde se encuentra la persona privada de la libertad”<sup>138</sup>. La Ley estipula que “La ausencia de uno de estos requisitos no impedirá que se adelante el trámite del Hábeas Corpus, si la información que se suministra es suficiente para ello”, pero la práctica judicial indica que este requerimiento puede ser un obstáculo para la efectividad de ese recurso.

La Ley 906 de 2004 estableció la creación de un “Registro de personas capturadas y detenidas”<sup>139</sup>, a cargo de los organismos con atribuciones de policía judicial. El registro debe incluir la identificación del capturado, lugar, fecha y hora en la que se llevó a cabo su captura, razones que la motivaron, funcionario que realizó o formalizó la captura y la autoridad ante la cual fue puesto a disposición. Estos registros deben ser puestos a disposición de la Fiscalía General de la Nación. Por otro lado, el Código Penitenciario y Carcelario estableció la creación de un registro nacional de detenidos, administrado por el INPEC<sup>140</sup>, así como un registro en cada centro de reclusión<sup>141</sup>. El registro del INPEC ha sido implementado a través de la plataforma informática “Sistematización Integral del Sistema Penitenciario y Carcelario” (Sisipec), de acceso restringido. Además, este registro no incorpora de manera regular la información de las cárceles de los órdenes departamental y municipal. No obstante, ninguno de estos registros reúne las informaciones básicas requeridas por el artículo 17 (3) de la Convención. Tampoco el derecho al acceso de estos registros está amparado directa y expresamente en la legislación nacional. En la actualidad, solo mediante recursos judiciales (como la acción de tutela) podría darse una protección indirecta a este derecho. Ello es contrario a lo establecido por los artículos 18 y 20 de la Convención.

Cabe precisar que el establecimiento de un Registro Nacional de Detenidos y Capturados fue previsto en el artículo 12 de la Ley 589 de 2000, la cual precisó además que “[e]ste registro estará a disposición inmediata de cualquier persona”. No obstante, este registro no ha sido reglamentado hasta la fecha.

### c) Salvaguardas en materia de liberación de detenidos

Respecto de las salvaguardas y verificación de liberación de personas privadas de la libertad, previstas por el artículo 21 de la Convención, no existe un verdadero dispositivo legal o institucional en el ordenamiento colombiano. Si bien el sistema jurídico le atribuye ciertas funciones en este campo a los jueces de ejecución de penas y al INPEC<sup>142</sup>, cabe precisar que, en razón de sus competencias constitucionales y legales, la Procuraduría General de la Nación así como la Defensoría del Pueblo podrían ejercer tales funciones.

## 11. Prevención, formación de funcionarios y prohibiciones de órdenes (artículo 23 de la Convención)

En la materia cabe destacar que la Comisión Nacional de Búsqueda de Personas Desaparecidas, así como el Centro Único de Identificación (CUVI) de la Fiscalía General de la Nación, han publicado manuales y compilaciones de las diferentes normas y directivas con destino a los funcionarios públicos<sup>143</sup>. Asimismo, el Ministerio de Defensa Nacional y muy particularmente la Dirección General de la Policía Nacional han expedido varias directivas<sup>144</sup>.

En relación con el párrafo 3 del artículo 23 de la Convención, el ordenamiento legal colombiano contiene varias disposiciones. Así cabe destacar: i) la obligación de denuncia del

<sup>138</sup> Artículo 4.

<sup>139</sup> Artículo 305.

<sup>140</sup> Artículo 54.

<sup>141</sup> Artículo 56.

<sup>142</sup> Ver, por ejemplo, los artículos 38 y 459 del Código de Procedimiento Penal de 2004.

<sup>143</sup> Ver, por ejemplo: CNBPD. (2012), *Desaparición forzada en Colombia: Normatividad Nacional*. Bogotá; CNBPD. (2012). *Desaparición forzada en Colombia: Herramientas para Enfrentar el Delito*. Bogotá; CNBPD. (2012). *Normatividad Nacional-Directivas, resoluciones, memorandos y acuerdos*. Bogotá; CUVI. (2011). *Guía interinstitucional del proceso de búsqueda de víctimas de desaparición forzada e identificación de cadáveres para servidores públicos*. Bogotá.

<sup>144</sup> La Directiva permanente 026 de 19 de julio de 2005, “Cumplimiento de los instrumentos internacionales suscritos por Colombia sobre desaparición forzada”, de la Dirección General de la Policía Nacional; Directiva N. 06 de 2006, “Desaparición Forzada”, del Ministerio de Defensa Nacional; y la Directiva Administrativa Permanente N. 007 de 2011, “Implementación del Plan Nacional de Búsqueda de Personas Desaparecidas”, de la Dirección General de la Policía Nacional.

funcionario público<sup>145</sup>; ii) el delito de “*Abuso de autoridad por omisión de denuncia*”<sup>146</sup>; iii) la obligación de los funcionarios públicos de denuncia de los delitos y faltas disciplinarias de los cuales tuviere conocimiento<sup>147</sup> y iv) la falta disciplinaria (“gravísima”) del funcionario público por “omitir o retardar la denuncia de faltas gravísimas o delitos dolosos, preterintencionales o culposos investigables de oficio de que tenga conocimiento en razón del cargo o función”<sup>148</sup>.

Sin embargo, cabe destacar que en contradicción con lo anterior existen disposiciones que promueven implícitamente la práctica de la desaparición forzada. Así, cabe destacar:

- La Directiva 29 (de carácter reservado) de 17 de noviembre de 2005, expedida por el Ministerio de Defensa Nacional, y que ha sido objeto de serias críticas por organismos y procedimientos internacionales de protección de derechos humanos<sup>149</sup> y órganos de control del Estado colombiano<sup>150</sup>, en el contexto de lo que se ha llamado “los falsos positivos”.
- La Disposición 005 de 1969 y el Manual EJC-3-10 de las Fuerzas Militares de 1987 o *Reglamento de combate de contraguerrilla*. Este último divide las “fuerzas subversivas” en dos componentes: “población civil insurgente y grupo armado”<sup>151</sup>. El mismo manual define la “población civil insurgente” como “la masa heterogénea conformada por elementos provenientes de diferentes sectores y unificada a través de un proceso de actividad sicológica”<sup>152</sup>.

No se tiene información alguna acerca de si la Directiva 29 (de carácter reservado) de 2005 fue derogada o enmendada. En cuanto a la vigencia de la Disposición 005 de 1969 y el Manual EJC-3-10 de las Fuerzas Militares de 1987 o *Reglamento de combate de contraguerrilla*, se conoce que hasta por lo menos el año 2009 estos estaban en vigor<sup>153</sup>.

## 12. Derechos de las víctimas y sus familiares (artículos 1, 12, 17, 18, 20 y 24 de la Convención)

En el sistema legal colombiano, el reconocimiento y protección de los derechos de las víctimas de desaparición forzada y de sus familiares se encuentra diseminado en diferentes normas de distinta naturaleza (constitucional, penal, procesal penal, civil, procesal civil, administrativo, etc.). Más allá de una diversidad normativa, coexisten distintos regímenes jurídicos y procedimientos dentro de los cuales las víctimas de desaparición forzada y sus familiares pueden obtener total o parcialmente reparación y protección de sus derechos.

### a) La noción de víctima

El sistema jurídico colombiano dispone de diferentes nociones de víctima y/o del titular del derecho a la reparación según los distintos regímenes aplicables con consecuencias

<sup>145</sup> Artículo 27 parágrafo 2 de la Ley 600 de 2000.

<sup>146</sup> Artículo 417 del Código Penal.

<sup>147</sup> Artículo 34 del Código Único Disciplinario.

<sup>148</sup> Artículo 48.4 del Código Único Disciplinario.

<sup>149</sup> Ver, *inter alia*: Informe del Relator Especial sobre las ejecuciones extrajudiciales, sumarias o arbitrarias, Philip Alston – Adición: Misión a Colombia, A/HRC/14/24/Add.2, de 31 de marzo de 2010; “Observaciones finales del Comité de Derechos Humanos: Colombia”, CCPR/C/COL/CO/6, de 4 de agosto de 2010, párrafo 14; Observaciones finales del Comité contra la Tortura: Colombia”, Documento de las Naciones Unidas CAT/C/COL/CO/4 de 19 de noviembre de 2009, párrafo 15; Informe anual de la Alta Comisionada de las Naciones Unidas para los Derechos Humanos sobre la situación de los derechos humanos en Colombia, A/HRC/10/32 de 9 de marzo de 2009, párrafo 12; Informe de la Alta Comisionada de las Naciones Unidas para los Derechos Humanos sobre la situación de los derechos humanos en Colombia, A/HRC/7/39 de 28 de febrero de 2008, párrafos 24 y siguientes; Informe de la Alta Comisionada de las Naciones Unidas para los Derechos Humanos sobre la situación de los derechos humanos en Colombia, A/HRC/4/48 de 5 de marzo de 2007, párrafos 36 y siguientes; e Informe de la Alta Comisionada de las Naciones Unidas para los Derechos Humanos sobre la situación de los derechos humanos en Colombia, E/CN.4/2006/9 de 20 de enero de 2006, párrafos 25 y siguientes.

<sup>150</sup> Ver, por ejemplo, Defensoría del Pueblo. (2010). *Decimoséptimo Informe del Defensor del Pueblo al Congreso de la República de Colombia: primera parte*, Bogotá, pág. 20.

<sup>151</sup> Comando General de las Fuerzas Militares. (1987). *Reglamento de combate de contraguerrilla, EJC-3-10, Restringido*. Bogotá, pág. 19.

<sup>152</sup> *Ibid.*, pág. 20.

<sup>153</sup> Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Primera, Decisión de 5 de febrero de 2009, Ref. Expediente 11001-03-15-000-2008-01400-01, *Asuntos constitucionales – Actor Javier Giraldo Moreno*, pág. 4 y 5. “Son todavía seguidas por el Ejército Nacional para combatir los grupos alzados en armas y otros delincuentes [...] [y] contienen instrucciones que el Ejército Nacional tienen más de 30 producidos, desde entonces y hasta ahora, son utilizados para instruir militarmente para combatir a los grupos guerrilleros”.

diferentes en materia de reparación, tanto en cuanto a los titulares de la obligación de reparar, las modalidades de reparación y las cuantías de las indemnizaciones. Así, cabe mencionar: i) la legislación sobre responsabilidad extra-contractual del Estado<sup>154</sup>; ii) la legislación penal ordinaria; iii) legislación penal especial de la Ley 975 de 2005 (“Ley de Justicia y Paz”); iv) la Ley 1408 de 2010 (“Ley de homenaje a las víctimas de desaparición forzada”)<sup>155</sup> y iv) la Ley 1448 de 2011 (“Ley de Víctimas”)<sup>156</sup>. Hay que precisar que además de estas normas y regímenes jurídicos existen otros dispositivos legales<sup>157</sup>.

El régimen jurídico sobre responsabilidad extra-contractual del Estado concibe al titular del derecho a la reparación como la persona, natural o jurídica, que ha sufrido un daño por acción u omisión del Estado.

Bajo la legislación penal el concepto de titular del derecho a la reparación abarca tanto al sujeto pasivo del delito de desaparición forzada – esto es el desaparecido – como a toda persona que haya sido afectada por el crimen<sup>158</sup>. Por disposición constitucional, esta reparación abarca tanto el restablecimiento del derecho como la reparación integral a “los afectados con el delito”. Bajo el Código de Procedimiento Penal de 2000, a través de la figura de la acción civil en el proceso penal, pueden ser titulares de la reparación las personas naturales o jurídicas perjudicadas y los herederos o sucesores de aquellas<sup>159</sup>. La titularidad del derecho a la reparación está fundada en la existencia de daños y perjuicios sufridos por el delito. La cuestión es regulada en similares términos por el Código de Procedimiento Penal de 2004, aunque con un procedimiento distinto<sup>160</sup>.

La “Ley de Justicia y Paz” estableció una lista de personas naturales consideradas como víctimas para los efectos de la reparación y frente a los demás condicionó su derecho a la reparación a quienes “individual o colectivamente haya[n] sufrido daños directos tales como lesiones transitorias o permanentes que ocasionen algún tipo de discapacidad física, psíquica y/o sensorial (visual y/o auditiva), sufrimiento emocional, pérdida financiera o menoscabo de sus derechos fundamentales” por acciones delictivas por grupos armados organizados al margen de la ley<sup>161</sup>. La Corte Constitucional, al declarar exequible la norma, precisó que esta no excluía como víctima a otros familiares que hubieren sufrido un daño como consecuencia de cualquier otra conducta violatoria de la ley penal<sup>162</sup>. Cabe destacar que el universo de titulares del derecho a la reparación bajo la “Ley de Justicia y Paz” está limitado a las víctimas de los crímenes cometidos por miembros de “grupos armados al margen de la ley” –paramilitares y guerrillas– que se hayan desmovilizado y acogido a la Ley 975.

Por su parte, la “Ley de víctimas” establece que serán consideradas víctimas, “aquellas personas que individual o colectivamente hayan sufrido un daño por hechos ocurridos a partir del 1 enero de 1985, como consecuencia de infracciones al Derecho Internacional Humanitario o de violaciones graves y manifiestas a las normas internacionales de Derechos Humanos, ocurridas con ocasión del conflicto armado interno”<sup>163</sup>. No obstante, la “Ley de víctimas” excluye – real o efectivamente – a varias víctimas:

- Al limitar la condición de víctima a graves violaciones de derechos humanos

<sup>154</sup> Artículo 90 de la Constitución Política, Código Contencioso Administrativo y normas complementarias.

<sup>155</sup> Ley 1408 de 20 de agosto de 2010, por la cual se rinde homenaje a las víctimas del delito de desaparición forzada y se dictan medidas para su localización e identificación, y Decreto 303 de 2015.

<sup>156</sup> Ley 1448 de 10 de junio de 2011, por la cual se dictan medidas de atención, asistencia y reparación integral a las víctimas del conflicto armado interno y se dictan otras disposiciones, y legislación complementaria.

<sup>157</sup> Así, cabe señalar el artículo 15 de la Ley 418 de 1997, por la cual se consagran unos instrumentos para la búsqueda de la convivencia, la eficacia de la justicia y se dictan otras disposiciones, y la Ley 387 de 1997, por la cual se adoptan medidas para la prevención del desplazamiento forzado; la atención, protección, consolidación y estabilización socio-económica de los desplazados internos por la violencia en la República de Colombia.

<sup>158</sup> Constitución Política (artículo 250); Ley 589 de 2000 (artículo 8º, parágrafo); Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Penal, Auto 33118 del 13 de mayo de 2010; Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Penal, Sentencia 32022 del 21 de septiembre de 2009; Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Penal, Auto de 16 de diciembre de 2010 (Acta No. 428), *Causa Úber Enrique Blánquez Martínez (Masacre de El Salado)*.

<sup>159</sup> Artículo 45 del Código de Procedimiento Penal de 2000.

<sup>160</sup> Artículo 132 de la Ley 906 de 2004.

<sup>161</sup> Artículo 5.

<sup>162</sup> Sentencia C-370-06.

<sup>163</sup> Artículo 3.

“ocurridas con ocasión del conflicto armado interno”, abre la posibilidad para que casos de desaparición forzada queden excluidos, por considerarse que no fueron cometidos en el marco del conflicto armado (como, por ejemplo, las desapariciones forzadas por “limpieza social”).

- Las medidas de reparación están limitadas a las víctimas que “hayan sufrido un daño por hechos ocurridos a partir del 1º de enero de 1985”<sup>164</sup>, con lo cual están excluidas las víctimas de crímenes cometidos con anterioridad a esta fecha. Estas últimas solo tienen “derecho a la verdad, medidas de reparación simbólica y a las garantías de no repetición previstas en la presente ley, como parte del conglomerado social y sin necesidad de que sean individualizadas”<sup>165</sup>. Ello implica que estas personas no son titulares del derecho a la verdad como víctimas individuales sino en su condición de miembros de la sociedad. Ello niega la dimensión individual del derecho a la verdad, el cual es particularmente relevante en materia de desaparición forzada. Tampoco son titulares del derecho a la reparación indemnizatoria bajo esta legislación.
- La Ley excluye expresamente de la definición de víctima directa a los “miembros de los grupos armados organizados al margen de la ley”<sup>166</sup> así como a sus familiares. La desaparición forzada de un miembro de un grupo armado al margen de la ley es un crimen de guerra. La condición de miembro de grupo armado al margen de la ley no legaliza este tipo de crímenes del derecho internacional ni exonera al Estado de garantizar los derechos a la verdad y a la reparación de los familiares de esa persona.

A ello se suma una reglamentación - a veces contradictoria- en materia de definición de víctimas y de modalidades de reparación de algunos decretos reglamentarios de la Ley de Víctimas<sup>167</sup>.

La Ley 1408 de 2010 define como víctima directa tanto a la persona desaparecida forzosamente como al “cónyuge, compañero o compañera permanente, y familiar en primer grado de consanguinidad, primero civil de la víctima directa de desaparición forzada”<sup>168</sup>. Los demás familiares son considerados “víctimas indirectas” y, por tanto, solo serán tenidos en cuenta como titulares de medidas de reparación si “hubieren sufrido un daño directo como consecuencia de la desaparición forzada”.

A diferencia de la Ley 1448, las Leyes 975 y 1408 no incluyeron dentro del concepto de “víctima directa” a las parejas del mismo sexo. Asimismo, las leyes 975, 1408 y 1448 no incluyeron dentro de la noción de “víctima directa” al familiar de crianza. Ello condiciona su reconocimiento como víctima y titular de reparación a que pruebe el daño (víctima indirecta). Ello contrasta con la jurisprudencia nacional en materia del familiar de crianza<sup>169</sup> y en materia de parejas del mismo sexo<sup>170</sup>.

## **b) Derechos a la verdad, a una investigación y a la justicia**

El ordenamiento jurídico nacional está básicamente constituido por los siguientes dispositivos en materia de desaparición forzada: el procedimiento del Código de Procedimiento Penal de 2000, para los delitos cometidos hasta diciembre de 2004; el procedimiento del Código de Procedimiento Penal de 2004, para los delitos cometidos a partir de 2005; el procedimiento especial de la “Ley de Justicia y Paz, para miembros desmovilizados de grupos armados que se acojan a esta Ley y la Ley 589 de 2000.

Si bien la Ley de Víctimas y normas complementarias expresamente hacen referencia al derecho de las “víctimas, sus familiares y la sociedad en general [como] un derecho

<sup>164</sup> *Ibidem*.

<sup>165</sup> *Ibidem*.

<sup>166</sup> Artículo 3º (Parágrafo 2).

<sup>167</sup> Así, cabe señalar el artículo 3 del Decreto 4635 de 9 de diciembre de 2001 y el artículo 3 del Decreto 4633 de 9 de diciembre de 2001, relacionados con grupos étnicos.

<sup>168</sup> Artículo 2.

<sup>169</sup> La jurisprudencia nacional en materia de familiares de crianza y en particular el derecho a la reparación se limita a exigir la prueba del vínculo afectivo y de trato y lazos de familia (Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, Sentencia del 19 de julio de 2001, Exp. 12.078; Corte Suprema de Justicia, Sentencia de 6 de mayo de 2002, Rad. 17607; Corte Suprema de Justicia, Sala de casación laboral, Sentencia de 14 de agosto de 2007, Rad. 28786 y Corte Constitucional, Sentencia de 3 de octubre de 1997, Exp. T-131.021).

<sup>170</sup> Corte Constitucional: Sentencia C-029 de 28 de enero de 2009; Sentencia C-336; Sentencia T-347; y Sentencia T-1241.

imprescriptible e inalienable a conocer la verdad acerca de los motivos y las circunstancias en que se cometieron las violaciones<sup>171</sup> y al derecho de los familiares de los desaparecidos de conocer la suerte o paradero de sus seres queridos, la realización de estos derechos pasa por la actividad judicial. En ese sentido, los distintos estatutos procesales penales refieren al derecho a la verdad de las víctimas<sup>172</sup>. Asimismo, varias decisiones de las altas cortes de justicia han destacado que la víctima cuenta con derechos constitucionales a la verdad y la justicia, cuyo ejercicio debe ser garantizado en el procedimiento penal<sup>173</sup>. Cabe destacar que la Corte Constitucional<sup>174</sup> ha declarado que el derecho a la verdad tiene fundamento jurídico en la Constitución<sup>175</sup> y en el Derecho Internacional de los Derechos Humanos; implica el derecho a la víctimas y sus familiares de participar en el proceso penal así como a acceder directamente al expediente desde el inicio de la investigación previa; incorpora el derecho a impugnar decisiones como preclusión de la investigación, cesación de procedimiento y sentencia absolutoria; e implica el derecho de solicitar revisión cuando exista un pronunciamiento internacional en caso de violaciones de derechos humanos. La Corte Constitucional ha considerado que el crimen de desaparición forzada es imprescriptible<sup>176</sup>.

Como se ha señalado anteriormente, el ordenamiento colombiano establece varios procedimientos penales, según la fecha de comisión del delito o la calidad del sujeto activo del delito. Ello se expresa igualmente en un tratamiento, posición jurídica y facultades procesales diferentes de la víctima o sus familiares en los procedimientos penales. Si bien el Código de Procedimiento Penal de 2004 y la jurisprudencia constitucional<sup>177</sup>, las víctimas mantienen importantes derechos en la investigación y proceso penal<sup>178</sup>, el estatuto procesal de 2004 y la correspondiente jurisprudencia constitucional ha restringido los derechos de la víctima en el procedimiento penal. Así, el Código de Procedimiento Penal de 2004 cercenó la figura de la "parte civil en el proceso penal" del anterior estatuto procesal penal (vigente en la actualidad) y estableció la figura del "interviniente especial". Al respecto, la Corte Constitucional ha sostenido que, dada su condición de "interviniente especial", la víctima no tendría las mismas facultades del procesado o de la Fiscalía<sup>179</sup>, la cual sería el sujeto procesal que representa sus intereses<sup>180</sup>. Asimismo, cabe destacar las siguientes limitaciones: (i) la víctima no tiene la posibilidad de intervenir materialmente en la investigación, sino cuando se formule la imputación; (ii) la víctima debe comunicar sus peticiones a través del Fiscal; (iii) la ley no obliga a considerar que la víctima pueda estar presente con su representante en la audiencia preparatoria y, como todas las demás audiencias, esta se puede adelantar sin su presencia; (iv) la víctima no puede incidir en las estipulaciones hechas por las partes (Fiscalía y Defensa); (v) la víctima no puede presentar una teoría del caso en el juicio, y en general, se coartó su participación en juicio; (vi) la víctima no está autorizada a participar en la práctica de las pruebas en el juicio, y solamente puede realizar oposiciones, alegatos finales e impugnar la sentencia; (vii) se

<sup>171</sup> Artículo 23.

<sup>172</sup> Ver, por ejemplo: artículos 11 y 137 del Código de Procedimiento Penal de 2004; y artículos 4, 7, 8 y 15 de la Ley 975 de 2005.

<sup>173</sup> Ver, *inter alia*: Corte Constitucional (Sentencias: T- 597 de 1992; SU-067 de 1993; T-451 de 1993; T-275 de 1994; C-293 de 1995; C-426/06 de 2006; C-228 de 2002; y C-875 de 2002) y Corte Suprema de Justicia (Sala penal, Decisión de 11 de julio de 2007, Recurso de apelación, Orlando César Caballero Montalvo / Tribunal Superior de Antioquia).

<sup>174</sup> Sentencia C-228 de 2002. Ver, igualmente, las sentencias de la Corte Constitucional: T- 597 de 1992; SU-067 de 1993; T- 451 de 1993; T-399 de 1993; T-046 de 1993; C-093 de 1993; C-301 de 1993; C- 544 de 1993; T- 416 de 1994; T-522 de 1994; T-275 de 1994; T- 268 de 1996; C-037 de 1996 ; T-268 de 1996; T- 502 de 1997; C-652 de 1997; C-742 de 1999; C-071 de 1999 ; C-875 de 2002; C-580 de 2002 ; C-451 de 2003; C-004 de 2003.

<sup>175</sup> Artículos 1, 2, 15, 21, 250 (1) y 229 de la Constitución.

<sup>176</sup> Sentencia C-580 de 2002.

<sup>177</sup> Corte Constitucional, Sentencias: C-454 de 2006; C- 209 de 2007; C-516 de 2007; C- 209 de 2007; T-049 de 2008; C-936 de 2010 y C-881 de 2011.

<sup>178</sup> Así, cabe destacar los derechos a: (i) a conocer los desarrollos de la investigación; (ii) solicitar pruebas anticipadas ante el o la juez de garantías; (iii) estar presentes en la audiencia de formulación de la imputación; (iv) solicitar medidas de aseguramiento y de protección; (v) conocer y controvertir las razones y decisiones de la Fiscalía de aplicación del principio de oportunidad; (vi) oponerse a la solicitud de preclusión; (vii) intervenir en la audiencia de formulación de la acusación para presentar sus argumentos; (viii) pueden solicitar el descubrimiento de las pruebas; (ix) pueden participar en la audiencia preparatoria para "hacer [sus] observaciones sobre el descubrimiento de elementos probatorios y de la totalidad de las pruebas que se harán valer en la audiencia del juicio oral"; (x) pueden participar en la exhibición y estudio de los medios de prueba; (xi) solicitar la exclusión, el rechazo o la inadmisibilidad de los medios de prueba; (xii) pueden impugnar judicialmente la decisión de archivo de la actuación por extinción de la acción penal; y (xiii) pueden realizar solicitudes probatorias en la audiencia preparatoria, en igualdad de condiciones que la defensa y la fiscalía.

<sup>179</sup> Corte Constitucional, Sentencias C-260 de 2011 y C-591 de 2005.

<sup>180</sup> Artículo 250 de la Constitución.

limita la reparación integral de la víctima al incidente de reparación que se inicia después del anuncio del fallo condenatorio y depende de que el Fiscal haya solicitado medidas cautelares.

Un estudio sobre la situación de la víctima en ambos procedimientos penales concluyó que el Código de Procedimiento Penal de 2004 “ha significado un inmenso retroceso en materia de los derechos y garantías procesales de las víctimas y sus familiares. La desaparición del instituto procesal de la ‘parte civil’ y su reemplazo por la figura del ‘interviniente especial’, con menguados derechos procesales, vulnera los derechos a la justicia, a la reparación y a la verdad y a un recurso efectivo que tienen las víctimas de graves violaciones de derechos humanos y sus familiares. En la práctica, la efectiva vigencia del derecho a un recurso efectivo y la posibilidad de una verdadera y activa participación de las víctimas y familiares, han quedado subordinadas a la buena voluntad de los funcionarios de la Fiscalía General de la Nación y de la Magistratura. El estatus jurídico conferido por la Ley 906 de 2004 a las víctimas de graves violaciones de derechos humanos y sus familiares no es compatible con las normas y estándares internacionales relativos a los derechos procesales de las víctimas los procesos penales”<sup>181</sup>.

Así, según el procedimiento penal aplicable – Ley 600 de 2000 o Ley 906 de 2004- , las víctimas y sus familiares no solo tendrán una situación procesal distinta y poderes y facultades diferentes, sino posibilidades dispares de obtener verdad y justicia. Esta asimétrica regulación del estatus jurídico de la víctima en el proceso penal puede, entre otros aspectos, vulnerar el derecho a la igualdad ante los tribunales de justicia y ante la ley<sup>182</sup>.

Finalmente, cabe mencionar el Marco Jurídico para la Paz. Como ha sido señalado anteriormente, este autoriza la renuncia a investigar y juzgar crímenes de lesa humanidad. Ello conllevaría a una vulneración de los derechos a la justicia y a la verdad de las víctimas y de sus familiares.

### **c) Derecho a la búsqueda y restitución**

El marco legal e institucional colombiano dispone de un amplio dispositivo en la materia. Así, cabe destacar: la Ley 589 de 2000; el *Mecanismo de Búsqueda Urgente*<sup>183</sup>; el *Registro Nacional de Desaparecidos*<sup>184</sup>; el *Registro Nacional de cadáveres no identificados N.N.*, a cargo del Instituto de Medicina Legal y Ciencias Forenses (Imlcf)<sup>185</sup>; la Ley 1408 de 2010 y el Decreto 303 de 2015; la Ley 1448 de 10 de junio de 2011, (Ley de Víctimas) y el Decreto 4800 de 2011 y normas complementarias; la legislación sobre inhumación y exhumación de cadáveres no identificados<sup>186</sup> y la legislación procesal penal en la materia, tanto ordinaria

<sup>181</sup> Comisión Colombia de Juristas y Corporación Colectivo de Abogados “José Alvear Restrepo”. (2011). *Denegación de justicia y proceso penal. Los derechos de las víctimas de violaciones de derechos humanos y el Código de Procedimiento Penal (Ley 906 de 2004)*. Bogotá: Ediciones CCAJAR/CCJ, pág. 89.

<sup>182</sup> Artículos 14 (1) y 26 del *Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos* y artículo 24 de la *Convención Americana sobre Derechos Humanos*.

<sup>183</sup> Ley 589 de 2000 (art. 13); Ley 971 de 2005, “por medio de la cual se reglamenta el mecanismo de búsqueda urgente y se dictan otras disposiciones”, y normas complementarias (Ver *inter alia*: Directiva Administrativa Permanente N. 007 de 2011 “Implementación del Plan Nacional de Búsqueda de Personas Desaparecidas”, del Ministerio de Defensa Nacional y Resolución 033 de 2011, “por medio de la cual se adopta la Ruta de Actuación del Mecanismo de Búsqueda Urgente a todos los funcionarios del Ministerio Público” de la Procuraduría General de la Nación).

<sup>184</sup> Ley 589 de 2000 (art. 9), Decreto 4218 de 21 2005 y normas complementarias (Resolución 000281 del 12 de marzo de 2008, “por medio de la cual se reglamenta el acceso al Sistema de Información Red de Desaparecidos y Cadáveres SIRDEC”, del Instituto Nacional de Medicina Legal y Ciencias Forenses).

<sup>185</sup> La Ley 38 de 1993 y Resolución 000248 de 2001 del IMLCF, que estableció la Red para la identificación de cadáveres. La Ley establece: los datos mínimos (Carta dental, características físicas y ropa del cadáver) que debe consignar el funcionario que practica el levantamiento: la obligación de éste de remitir la información al Imlcf y radica en los personeros municipales la obligación de velar porque esas “normas sobre personas fallecidas sin identificación se cumplan”. La Resolución 000248 de 2001 ordena elaborar un “expediente básico para todos los cadáveres que no hayan sido identificados fehacientemente por autoridad competente” y “procesar los casos de NNs. y personas desaparecidas cuya información sea remitida por otros puntos de atención del país, las autoridades competentes o las familias” y establece los “archivos básicos de Cadáver NN”.

<sup>186</sup> Ver, entre otras normas: Ley 9 de 1979, “por la cual se dictan medidas sanitarias” (arts. 537 y ss.); Resolución 1447 de 11 de mayo de 2009 del Ministerio de Protección Social, “por la cual se reglamenta la prestación de servicios de cementerios, inhumación, exhumación y cremación de cadáveres”; Ley 38 de 1993, “por el cual se unifica el sistema de dactiloscopia y se adopta la carta dental para fines de identificación” (art. 6); Ley 589 de 2000 (art. 9); Decreto 2418 de 2005, “por el cual se reglamenta el artículo 9º de la Ley 589 de 2000”; Ley 971 de 2005 (art. 8); Resolución 5194 de 10 de diciembre de 2010, “por la cual se reglamenta la prestación de los servicios de cementerios, inhumaciones, exhumaciones y cremación de cadáveres”, del Ministerio de la Protección Social; Resolución 000248 de 2 de mayo de 2001 del Instituto

como especializada<sup>187</sup>.

La Ley 1408 de 2010 y su Decreto reglamentario (303 de 2015) constituyen muy seguramente la piedra de toque en esta materia. Así, la Ley prevé: Obligación de adelantar acciones para establecer el paradero de las víctimas, con independencia de la extinción de la acción penal; la creación de un “Banco de Perfiles Genéticos de Desaparecidos”, bajo la dirección y coordinación de la Fiscalía General de la Nación<sup>188</sup>, recientemente creado por el Decreto 303 2015; un procedimiento de entrega de cuerpos o restos a la familia del desaparecido y de atención psicosocial a estos durante este proceso<sup>189</sup>; un mecanismo de elaboración de mapas para las labores de localización de personas desaparecidas forzosamente, bajo la dirección de la Fiscalía General de la Nación, en el que participan autoridades departamentales, el Ministerio Público y el Instituto Geográfico Agustín Codazzi, así como autoridades de policía en lo que respecta la protección de las zonas mapeadas<sup>190</sup> y disposiciones para el tratamiento, inhumación y conservación, y en particular en cementerios, de los cuerpos y restos no identificados<sup>191</sup>.

Cabe señalar que la Ley 1408 de 2010 facultó al Gobierno nacional para reglamentar la Ley, en consulta con la Comisión Nacional de Búsqueda de Personas Desaparecidas (Cnbpd), en un plazo de 6 meses<sup>192</sup>, el cual vencía en febrero de 2011. Ante la ausencia de propuesta por parte del Gobierno, a iniciativa propia, la Comisión Nacional de Búsqueda de Personas Desaparecidas presentó al Ministerio del Interior un proyecto de decreto reglamentario en febrero de 2011. No obstante, tan solo 4 años más tarde (el 20 de febrero de 2015) fue promulgado el Decreto 303 de 2015.

La regulación sobre restitución de los cuerpos o restos de los desaparecidos y de los auxilios funerarios resulta contradictoria en varios aspectos. En efecto, dos normas son aplicables: la Ley 1408 y la Ley 1448. La Ley 1408 de 2010 prevé el otorgamiento de recursos necesarios para solventar los gastos funerarios, de desplazamiento, hospedaje y alimentación durante todo el proceso de entrega de cuerpos o restos independientemente de si los familiares tienen recursos propios para ello<sup>193</sup>. Mientras que la Ley 1448 y su Decreto reglamentario 4800 establecen que la asignación de tales auxilios solo procede en caso de que los familiares no cuenten con los recursos para sufragar estos gastos<sup>194</sup>.

La Ley 589 de 2000 estableció el *Registro Nacional de Desaparecidos*<sup>195</sup>, coordinado por el Inmlcf, y reglamentado mediante el Decreto 4218 de 2005.<sup>196</sup> De acuerdo con esta normatividad vigente, el Inmlcg constituyó el Sirdec como la herramienta central en el

---

Nacional de Medicina Legal y Ciencias Forenses; Resolución No. 525 de 9 de diciembre de 2011 de la Procuraduría General de la Nación y Decreto 303 de 2015.

<sup>187</sup> Ver, *inter alia*: Código de Procedimiento Penal de 2000 (arts. 289, 290, 311, 312, 315 y 316); Código de Procedimiento Penal de 2004 (arts. 202, 203, 205, 213 y 214); Código Penal Militar de 1999 (arts. 3, 472 y 473); y Código Penal Militar de 2010 (arts. 375 y siguientes).

<sup>188</sup> Artículo 4 y siguientes. Ver, además, artículos 4 a 18 del Decreto 303 de 2015.

<sup>189</sup> Artículo 7 y 8. Ver, además, artículos 19 a 28 del Decreto 303 de 2015.

<sup>190</sup> Artículos 9 y 10. Ver, además, artículos 29 a 35 del Decreto 303 de 2015.

<sup>191</sup> Artículo 11. Ver, además, artículos 36 a 52 del Decreto 303 de 2015.

<sup>192</sup> Artículo 15.

<sup>193</sup> El artículo 7 de la Ley 1408 de 2010 prescribe que “Los familiares de las víctimas que resulten identificadas, recibirán, por parte del Programa Presidencial para la Acción Social, los recursos necesarios para solventar los gastos funerarios, de desplazamiento, hospedaje y alimentación durante todo el proceso de entrega de cuerpos o restos”. Asimismo, el artículo 8° prescribe que “El Ministerio de la Protección Social deberá asegurar que los familiares de las víctimas que resulten identificadas, reciban atención psicosocial durante todo el proceso de entrega de cuerpos o restos. Los beneficiarios podrán optar por atención psicosocial pública o privada”.

<sup>194</sup> Artículo 50 de la Ley 1448 y artículo 97 del Decreto 4800 y radican en las entidades territoriales el pago de los gastos funerarios y demás costos y el Decreto 4800 prescribe que la Unidad Administrativa Especial para la Atención y Reparación Integral a las Víctimas, establecida por la Ley 1448, establecerá los criterios para ello.

<sup>195</sup> Artículo 9.

<sup>196</sup> Se deja establecido que el Registro debe incluir “los datos de identificación de las personas desaparecidas y de inhumación y exhumación de cadáveres de personas no identificadas”; adicionalmente: la identidad de las personas desaparecidas; lugar y fecha de los hechos; relación de los cadáveres, restos exhumados o inhumados, de personas no identificadas, con la indicación del lugar y fecha del hallazgo, condiciones, características, evidencias, resultados de estudios técnicos, científicos o testimoniales y cualquier dato que conduzca a su identificación; los datos básicos para cruce referencial de las personas desaparecidas: apellidos, nombres, documento de identidad, sexo, edad, talla, señales particulares y demás datos que conduzcan a su individualización; los datos básicos para cruce referencial derivados de la práctica de autopsias medico legales sobre cadáveres y restos óseos; los datos básicos para cruce referencial que resulten de las actividades de cada entidad en el ejercicio de sus funciones, respecto de la desaparición forzada; y los demás que resulten necesarios para el correcto funcionamiento del Registro.

proceso de comparación del *Registro Nacional de Desaparecidos* y la *Red para la identificación de cadáveres*<sup>197</sup>.

Uno de los aspectos más relevantes en materia de búsqueda e identificación de personas desaparecidas forzosamente y que, por consiguiente, puede contribuir a la restitución de sus cuerpos o restos a sus familiares es el cruce de información de las tarjetas de necrodactilias de cadáveres no identificados (N.N.) con las huellas dactilares de los archivos existentes en la Registraduría Nacional del Estado Civil.<sup>198</sup> Ello ha permitido identificar la suerte corrida y paradero de más de 400 personas desaparecidas forzosamente, así como la restitución de los cuerpos de numerosas víctimas de este horrendo crimen a sus familiares. No obstante, dada la dramática dimensión de la práctica de la desaparición forzada en nuestro país, se requiere que estas actividades sean realizadas de manera permanente y sostenida, y con los recursos humanos, tecnológicos y financieros requeridos, para lo cual se requieren mecanismos estables y permanentes que superen el marco temporal de los convenios administrativos.

Existen limitaciones inherentes a esta metodología, entre las que sobresalen: implica que exista un cadáver candidato a cotejo dactiloscópico; en los casos de los menores de edad, solo desde hace pocos años sus huellas digitales reposan en los archivos de la Registraduría Nacional del Estado Civil; la práctica de necrodactilias de cadáveres no identificados empezó hacia los primeros años de la década de los años 90 del siglo XX; la toma de huellas en las tarjetas de necrodactilias de cadáveres no identificados son frecuentemente mal realizadas desde el punto de vista técnico e impiden toda posibilidad de cotejo.

Desde una perspectiva institucional, si bien la Fiscalía General de la Nación, su Centro Único de Identificación (CUVI) y su Cuerpo Técnico de Investigación (CTI) constituyen el eje central en materia de búsqueda, localización, identificación y restitución de las personas desaparecidas, otras entidades desempeñan a distintos niveles un papel en este proceso: la Comisión Nacional de Búsqueda de Personas Desaparecidas (Cnbpd); el Inmlcf; la Policía Nacional; la Procuraduría General de la Nación; las entidades territoriales (Gobernaciones y municipios); y el Departamento para la Prosperidad Social (antes Acción Social).

Las dificultades y obstáculos en la búsqueda, localización, identificación y restitución de las personas desaparecidas no parecen radicar – al menos en términos esenciales- a la inexistencia o falencias del marco legal nacional. Excepto las regulaciones contradictorias de las Leyes 1408 y 1448 en materia de auxilios para la restitución de cuerpos o restos, el dispositivo legal es ampliamente suficiente. No obstante, existen varios obstáculos, dentro de los cuales cabe señalar:

- La multiplicidad de instituciones y entidades implicadas en estas actividades, a veces con competencias superpuestas o contradictorias, sin claros mecanismos de coordinación;
- La práctica común de exigir el paso de 48 horas para activar el Mecanismo de Búsqueda Urgente (MBU), a pesar de que tal condición no es exigida en la legislación y que las directivas de la Policía Nacional y otras entidades hacen hincapié que el MBU debe ser activado inmediatamente y no debe exigirse el paso de las 48 horas;
- El desconocimiento en muchos operadores de justicia y de funcionarios encargados de hacer cumplir la ley de los dispositivos legales, procedimientos y obligaciones de los servidores públicos en materia de búsqueda, localización, identificación y restitución de las personas desaparecidas; y
- El bajo nivel de recursos humanos, tecnológicos y financieros asignados a las

<sup>197</sup> Resolución 248 de 2001.

<sup>198</sup> Esta práctica ha sido establecida, al menos de manera provisional, con la celebración de los contratos administrativos Nos. 01 de 2010 y 01 de 2012 entre el Ministerio del Interior, la Registraduría Nacional del Estado Civil, y el Instituto Nacional de Medicina Legal y Ciencias Forenses. En efecto, estos contratos han permitido el cruce de las tarjetas de necrodactilias de cadáveres no identificados (N.N.) del Instituto Nacional de Medicina Legal y Ciencias Forenses con las huellas dactilares de los archivos existentes en la Registraduría Nacional del Estado Civil cuando se tramitó la cédula de ciudadanía.

actividades como a las entidades implicadas en la búsqueda, localización, identificación y restitución de las personas desaparecidas. Ello es particularmente evidente en el caso de la Cnbpd.

#### **d) Derecho a la reparación**

Como ha sido señalado anteriormente, el ordenamiento jurídico colombiano dispone de varios procedimientos (judiciales y administrativos), con distintos regímenes y fundamentos legales aplicables y con consecuencias diferentes en materia de reparación, en cuanto a los titulares del derecho a la reparación como de la obligación de reparar, las modalidades de reparación y las cuantías de las indemnizaciones. Estos distintos regímenes aplicables crean una situación asimétrica. Así, existen seis vías para la reparación:

- Jurisdicción contenciosa-administrativa;
- Proceso penal ordinario;
- Proceso civil por responsabilidad extracontractual civil del autor y demás coparticipes del ilícito penal y otras personas responsables legalmente;
- Procedimiento especial de la “Ley de Justicia y Paz”;
- Ley “Ley de Víctimas” y legislación complementaria; y
- Ley 1408 de 2010, en lo que se refiere a ciertas medidas de reparación simbólica o de satisfacción (Santuarios de la memoria y placas conmemorativas).

Respecto de la jurisdicción contenciosa administrativa, en principio esta solo puede brindar reparación, mediante la acción de reparación directa, por desapariciones forzadas cometidas por agentes del Estado o por paramilitares, cuando se compruebe que actuaron con apoyo o tolerancia de agentes del Estado. En efecto, el régimen de responsabilidad extracontractual del Estado se basa en las acciones u omisiones imputables al Estado. Si bien, las medidas de reparación ordenadas por la jurisdicción administrativa se han limitado a las indemnizaciones por los daños materiales y morales ocasionados con la acción u omisión estatal sancionada, en años recientes el Consejo de Estado ha proferido algunos fallos en los que ha ordenado otro tipo de medidas de reparación, tales como medidas de satisfacción (disculpas públicas) y de rehabilitación de las víctimas<sup>199</sup>.

En materia judicial penal, las víctimas del delito, sus familiares y otras personas perjudicadas con el ilícito penal pueden obtener reparación, mediante la constitución de parte civil (CPP de 2000) o como interviniente (CCP de 2004), por los daños ocasionados por el delito cometido. La reparación debe provenir del autor y demás coparticipes del ilícito penal y otras personas legalmente responsables, y su posibilidad de realizarse efectivamente dependerá de los bienes que les hayan sido secuestrados o embargados. Si bien en la práctica judicial, las reparaciones se han limitado básicamente a los aspectos económicos, legalmente los jueces deben ordenar “el restablecimiento del derecho y la reparación integral a los afectados con el delito”<sup>200</sup>. Uno de los pocos casos de decisiones judiciales en la que se ordenaron diferentes medidas de reparación, las cuales inclusive estaban a cargo del Estado y no solamente de las personas condenadas, lo constituyó el fallo del Tribunal Superior de Distrito Judicial de Bogotá, en el caso de los desaparecidos del Palacio de Justicia<sup>201</sup>.

En lo que respecta el procedimiento especial de la “Ley de Justicia y Paz”, la reparación está limitada a los crímenes cometidos por miembros de los grupos armados ilegales que se hayan desmovilizado y acogido a esta ley. La Ley estipula como uno de sus propósitos garantizar el derecho de las víctimas a la reparación<sup>202</sup> y califica de “actos de reparación integral”, entre otros, la entrega al Estado de bienes obtenidos ilícitamente para la

<sup>199</sup> Ver, por ejemplo, Consejo de Estado, Sección Tercera, Sentencia de 21 de febrero de 2011, *Caso Galvis Quimbay y otros c. La Nación – Departamento Administrativo de Seguridad (DAS)*, Radicación número: 25000-23-26-000-1995-01692-01(20046).

<sup>200</sup> Artículo 250 de la Constitución Política, artículo 21 de la ley 600 de 2000 y artículo 22 del CPP de 2004.

<sup>201</sup> Sentencia de 30 de enero de 2012, Proceso Radicado No. 110010704003200800025 09.

<sup>202</sup> Artículos 1º, 4 y 8.

reparación de las víctimas<sup>203</sup>. Según lo establecido en la Ley de Justicia y Paz<sup>204</sup>, las medidas de reparación comprenderán las acciones que propendan por la restitución, indemnización, rehabilitación, satisfacción y las garantías de no repetición, y podrán tener carácter individual, colectiva o simbólica. Cabe precisar que, de conformidad con la Ley de Justicia y Paz<sup>205</sup>, dentro de los requisitos de elegibilidad de los desmovilizados – tanto colectiva como individual – que pretendan acogerse a los beneficios de esta legislación establecidos se encuentra la entrega y denuncia de los bienes usurpados a las víctimas. Incluso se pueden ofrecer bienes de terceros<sup>206</sup>.

A tales efectos, la “Ley de Justicia y Paz” creó un *Fondo para la Reparación de las Víctimas*, integrado por los bienes o recursos que a cualquier título se entreguen por los desmovilizados que se acojan a esa Ley y por recursos provenientes del Presupuesto Nacional y donaciones nacionales o extranjeras. Varios analistas han estimado que los posibles costos de la reparación estarían cercanos a los 88 billones de pesos<sup>207</sup>, mientras que según otros estimativos, en un gasto a 10 años, los costos se elevarían a 30 billones asignados para la población vulnerable y 7 billones para indemnizaciones administrativas<sup>208</sup>. Según el Coordinador de la Unidad de Justicia y Paz de la Fiscalía General la Nación, para el mes de marzo de 2014 de lo entregado por desmovilizados “apenas hay \$6.300 millones en efectivo y algo más de 700 bienes cuyo valor no ha terminado de calcularse para reparar a 460 mil víctimas registradas”<sup>209</sup>.

Con la expedición del Decreto 3011 de 26 de diciembre de 2013, la indemnización ya no se tramita como un incidente reparación ante la “Jurisdicción de Justicia y Paz”, sino en el marco de la reparación administrativa prevista por la Ley de Víctimas.

En lo que respecta a la Ley de Víctimas, esta presenta varios problemas para la realización de la reparación integral de conformidad con el artículo 24 (5) de la Convención: solo cubre a las víctimas de violaciones a los derechos humanos cometidas a partir del 1 de enero de 1985; excluye a los miembros de grupos armados ilegales como víctimas y a sus familiares como “víctimas indirectas”<sup>210</sup> e impone topes en las cuantías de las indemnizaciones<sup>211</sup>. La anterior regulación resulta contradictoria con los estándares internacionales sobre el derecho a la reparación y, en particular, a la noción de víctima en materia de desaparición forzada y a la noción de “indemnización justa y adecuada”.

Aunque prevé varias medidas de garantías de no repetición<sup>212</sup>, la “Ley de Víctimas” no aborda ninguna relativa a la modificación de legislación o prácticas estatales al origen de las violaciones de derechos humanos o que las habrían incentivado. Más aún, la ley estipula que “el ejercicio de las competencias y funciones que le corresponden en virtud de la Constitución, la ley y los reglamentos a las Fuerzas Armadas de combatir otros actores criminales no se afectará en absoluto por las disposiciones contenidas en la presente ley”<sup>213</sup>.

Finalmente, la Ley 1408 de 2010 establece varias importantes disposiciones relativas a la reparación simbólica o medidas de satisfacción<sup>214</sup>. No obstante, el artículo 13 (placas

<sup>203</sup> Artículo 44 de la Ley 975 de 2005.

<sup>204</sup> Artículos 4, 8 y 44 y ss.

<sup>205</sup> Artículos 10 y 11 de la Ley 975 de 2005.

<sup>206</sup> Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Penal, Sentencia 8 de septiembre de 2008, radicado 28040.

<sup>207</sup> *El Espectador* (21 de septiembre de 2010). Una ley donde todas las víctimas son iguales. Recuperado de [www.elespectador.com/impreso/articuloimpreso-225563-una-ley-donde-todas-victimas-son-iguales..](http://www.elespectador.com/impreso/articuloimpreso-225563-una-ley-donde-todas-victimas-son-iguales..)

<sup>208</sup> *Ibidem*.

<sup>209</sup> *El Espectador* (26 de marzo de 2014). ‘Paras’ solo han entregado \$6.300 millones para reparar a sus víctimas. Recuperado de [www.elespectador.com/noticias/judicial/paras-solo-han-entregado-6300-millones-reparar-sus-vict-articulo-482967](http://www.elespectador.com/noticias/judicial/paras-solo-han-entregado-6300-millones-reparar-sus-vict-articulo-482967)

<sup>210</sup> Artículo 3.

<sup>211</sup> El artículo 149 del Decreto 4800 de 2011, que reglamenta la Ley 1448, establece unos topes para la indemnización administrativa por desaparición forzada hasta por un valor de 40 salarios mínimos legales mensuales<sup>211</sup> y fija como criterios para valorar la cuantía de la indemnización en el artículo 148 (“la naturaleza y el impacto del hecho victimizante, el daño causado y el estado de vulnerabilidad actual de la víctima, desde un enfoque diferencial”), que deberá ponderar la Unidad Administrativa Especial para la Atención y Reparación Integral a las Víctimas. Asimismo, se establece en el artículo 150.1 que “[e]n caso de concurrir varias personas con derecho a la indemnización por [...] desaparición de la víctima”, el monto de la indemnización será distribuido entre ellas.

<sup>212</sup> Artículos 149 y 150.

<sup>213</sup> Artículo 3, parágrafo 5.

<sup>214</sup> Ver artículos 12 (Santuarios de la memoria), 13 (placa conmemorativa) y 14 (Semana de los Detenidos – Desaparecidos y Día Internacional de los Desaparecidos).

conmemorativas) plantea un desafío en materia del derecho a la verdad, pues hace referencia a las desapariciones forzadas cometidas por grupos armados. Esta disposición podría ser interpretada en el sentido de que excluye a las desapariciones forzadas cometidas por agentes del Estado.

### **e) Derecho de los familiares a la protección de sus derechos**

Respecto del derecho a una protección legal de derechos de los familiares, previsto al artículo 24 (6) de la Convención, el ordenamiento colombiano provee algunas normas y procedimientos.

La legislación civil consagra dos figuras que permiten amparar derechos de los familiares: *Declaración por ausencia*<sup>215</sup> y de la *Declaración de presunción de muerte por desaparición*<sup>216</sup>. No obstante, estas no resuelven satisfactoriamente la situación de desprotección legal en que se hallan la víctima del delito de desaparición forzada y sus familiares, así como de toda otra persona con interés legítimo.

La legislación sobre secuestro abordó la cuestión de la medidas de protección de las familias de secuestrados<sup>217</sup>. En particular, la Ley 986 de 2005 estableció un sistema de protección a las familias y personas dependientes económicamente de las víctimas del delito de secuestro. Para acceder a este sistema, se requiere que una certificación de la autoridad judicial que investiga el delito “en la que conste que se encuentra en curso una investigación o un proceso judicial por el delito de secuestro”<sup>218</sup>. Con ello se activa el sistema de protección ante la entidad administrativa del Ministerio de Defensa (Conase). La protección otorgada mediante este sistema es amplia y abarca numerosos aspectos en materia civil, laboral<sup>219</sup>, de salud<sup>220</sup>, de educación<sup>221</sup> y tributaria<sup>222</sup>. El dispositivo prevé sanciones para las entidades, empleadores y funcionarios que obstaculicen la protección brindada por este sistema<sup>223</sup>. Este sistema de protección a los familiares fue extendido a los casos de desaparición forzada por decisión de la Corte Constitucional<sup>224</sup>. No obstante, en casos de desapariciones forzadas cometidas por miembros de las Fuerzas Militares o de la Policía Nacional, los familiares no acuden a este sistema por obvias razones.

Ley 589 de 2000 estableció un mecanismo de protección y administración de los bienes de la persona desaparecida<sup>225</sup>. No obstante, se requiere que el caso de desaparición forzada este *sub judice* bajo una autoridad judicial, con lo cual el mecanismo de protección no resulta operativo cuando el caso ha sido cerrado o está concluido.

Finalmente, en 2012 fue expedida la Ley 1531, “por medio de la cual se crea la acción de Declaración de ausencia por desaparición forzada y otras formas de desaparición involuntaria y sus efectos civiles”. La Ley precisa que “En ningún caso podrá exigirse que transcurra un determinado lapso de tiempo desde que se tuvo la última noticia del desaparecido y la presentación de la solicitud de la Declaración de Ausencia por Desaparición Forzada”<sup>226</sup>. Asimismo, precisa que esta Declaración “no producirá efectos de prescripción penal, ni deberá impedir la continuación de las investigaciones dirigidas al esclarecimiento de la verdad y la búsqueda de la víctima hasta tanto no aparezca viva o muerta y haya sido plenamente

<sup>215</sup> Artículos 96 y ss. del Código Civil y artículo 649 y siguientes del Código de Procedimiento Civil.

<sup>216</sup> Artículo 657 y siguientes del Código de Procedimiento Civil.

<sup>217</sup> La Ley 282 de 1996, “por la cual se dictan medidas para erradicar algunos delitos contra la libertad personal, especialmente el secuestro y la extorsión” y la Ley 986 de 2005, “por medio de la cual se adoptan medidas de protección a las víctimas del secuestro y sus familias, y se dictan otras disposiciones”.

<sup>218</sup> Artículo 5.

<sup>219</sup> Artículos 10 (Exoneración de responsabilidad civil); 11 (Interrupción de plazos y términos de vencimiento de obligaciones dinerarias); 12 (Interrupción de términos y plazos de obligaciones de hacer y de dar, diferentes a las de contenido dinerario); 13 (Interrupción de términos y plazos de toda clase); 14 (Suspensión de procesos ejecutivos); 15 (Pago de salarios, honorarios y prestaciones Sociales del secuestrado); y 16 (Pago de pensión al secuestrado).

<sup>220</sup> Artículos 17 y 18.

<sup>221</sup> Artículo 19.

<sup>222</sup> Artículo 20.

<sup>223</sup> Artículos 23, 24 y 25.

<sup>224</sup> Sentencias C-394 de 2007; C-914 de 2010 y T-1001/10 de 2010.

<sup>225</sup> Artículo 10.

<sup>226</sup> Artículo 2 (2).

identificada<sup>227</sup>. La Ley estableció un procedimiento judicial sencillo al cual pueden acceder una lista taxativa de familiares<sup>228</sup> para obtener la Declaración de ausencia por desaparición forzada. El Ministerio Público puede de oficio activar este procedimiento.

La Ley 1531 establece que la Declaración de Ausencia por Desaparición Forzada debe garantizar al desaparecido: (i) la continuidad de su personalidad jurídica; (ii) la patria potestad en relación con los hijos menores; (iii) la protección de su patrimonio, incluyendo los bienes adquiridos a crédito y cuyos plazos de amortización se encuentren vigentes; (iv) la protección de los derechos de la familia y de los hijos menores a percibir los salarios, cuando se trate de un servidor público<sup>229</sup>. Respecto a este último punto, la Corte Constitucional extendió esa posibilidad igualmente a los hijos que se encuentren en situación de discapacidad; a quienes dependan económicamente del desaparecido por razón de sus estudios, máximo hasta los 25 años de edad; y, a la pareja del mismo sexo del trabajador desaparecido<sup>230</sup>. Asimismo, la Corte declaró inexecutable limitar el pago de salarios sólo “cuando se trate de un servidor público”, pues vulnera el derecho constitucional a la igualdad<sup>231</sup>.

No obstante, el espectro de protección otorgado a los familiares por la Ley 1531 es deficitario. Aspectos como la educación, la salud, el régimen pensional – abordados por la Ley 986 de 2005- no son tenidos en cuenta. Asimismo, los efectos jurídicos de la Declaración de Ausencia por Desaparición Forzada fijados por el artículo 7 de la Ley 1531 son regulados en forma genérica y requieren de una regulación más detallada, vía decretos reglamentarios u otras normas. Finalmente, la Ley no incluyó al familiar de crianza en la lista de titulares de la Declaración de Ausencia por Desaparición Forzada.

#### **f) Derechos de asociación y defensa de los derechos humanos**

El derecho de asociación está amparado en el ordenamiento colombiano<sup>232</sup> y existen directivas gubernamentales sobre la labor de los defensores de derechos humanos<sup>233</sup>. Los obstáculos para el ejercicio del derecho de asociación para la defensa de los derechos humanos no radican en las normas legales, sino en la práctica estatal. Así la efectividad del derecho de asociación para la defensa de los derechos humanos se ve fuertemente socavada con la estigmatización y hostigamiento reiterados contra los defensores de los derechos humanos por parte de funcionarios estatales; la teoría de la “guerra jurídica” promovida por las Fuerzas Militares y difundida por algunos medios de comunicación<sup>234</sup>; la existencia de archivos de inteligencia contra defensores de derechos humanos y la ausencia de investigaciones exhaustivas y efectivas de los ataques cometidos contra los defensores de derechos humanos.

El hecho de que la Asociación de Familiares de Detenidos Desaparecidos (Asfaddes), así como de antiguos miembros de esta asociación estén bajo Medidas Provisionales de la Corte Interamericana de Derechos Humanos resulta ampliamente revelador de esta situación.

<sup>227</sup> Artículo 9.

<sup>228</sup> Artículo 3 (“El cónyuge, compañero o compañera permanente o pareja del mismo sexo, y los parientes dentro del tercer (3) grado de consanguinidad, segundo (2) de afinidad o primero civil”).

<sup>229</sup> Artículo 7.

<sup>230</sup> Sentencia C-120/13 de 13 de marzo de 2013.

<sup>231</sup> *Ibidem*.

<sup>232</sup> Ver, *inter alia*, el artículo 38 de la Constitución Política.

<sup>233</sup> Directiva Presidencial 007 de 1999 (Respaldo, interlocución y colaboración del Estado con las organizaciones de derechos humanos); Directiva 009 del Ministerio de Defensa Nacional (Políticas del Ministerio de Defensa Nacional en materia de protección de los derechos humanos de sindicalistas y Defensores de Derechos Humanos) y Circular externa CIR09-259-DMI del Ministerio del Interior y de Justicia (Garantías para la labor que desempeñan en el país defensores y defensoras de derechos humanos, líderes sociales y comunales). Directiva 012 del 15 de julio de 2010 de la Procuraduría General de la Nación.

<sup>234</sup> Ver, por ejemplo: Arias, Diego (2 de junio de 2009). Los guerrilleros de civil. *El País*, Cali; *El Tiempo* (9 de noviembre de 2009). ONG hacen ‘lobby’ en contra de Colombia; Hernández, Saúl. (9 de noviembre de 2009). La injusticia contra Plazas Vega, *El Mundo*, Medellín; Gaviria, José Obdulio. (3 de febrero de 2010). La bigornia ataca de nuevo, *El Tiempo*; *El Espectador* (14 de diciembre de 2009). ONG amigas de las Farc, revela diario de EE.UU.; Mejía, Francisco José (11 de febrero de 2010). Guerra Jurídica, *El Nuevo Día*, Ibagué; Revista Asociación Colombiana de Oficiales en Retiro de las Fuerzas Militares (ACORE) (Septiembre de 2015). La guerra jurídica y política, Edición 553.

### 13. Apropiación y adopción de niños (artículo 25 de la Convención)

#### a) Criminalización de los delitos de apropiación de niños

En cuanto la criminalización de la apropiación de niños víctimas directas o indirectas del delito de desaparición forzada y la adulteración de su verdadera identidad, la legislación penal colombiana dispone de varios tipos penales. Así, cabe destacar: (i) "secuestro"<sup>235</sup>; (ii) "adopción irregular"<sup>236</sup>; (iii) "supresión, alteración o suposición del estado civil"<sup>237</sup>; y (iv) "falsedad en documentos"<sup>238</sup>. No obstante, ninguno de estos tipos penales da una respuesta satisfactoria al artículo 25(1) de la Convención, dada tanto la especificidad de estas conductas como la gravedad de estos ilícitos contenidos en el tratado. En efecto, cada uno de los tipos penales colombianos reprime una de las facetas del crimen de apropiación establecido en el artículo 25 (1, a) de la Convención, pero no criminalizan este delito en toda su dimensión.

#### b) La adopción

La adopción está regulada por la Ley de Infancia y Adolescencia<sup>239</sup> y otras normas complementarias<sup>240</sup>. La Ley de Infancia y Adolescencia establece que "La adopción es, principalmente y por excelencia, una medida de protección a través de la cual, bajo la suprema vigilancia del Estado, se establece de manera irrevocable, la relación paterno-filial entre personas que no la tienen por naturaleza"<sup>241</sup>. Asimismo, la misma disposición establece que "Nadie podrá ejercer acción alguna para establecer la filiación consanguínea del adoptivo, ni reconocerle como hijo. Sin embargo, el adoptivo podrá promover en cualquier tiempo las acciones de reclamación del estado civil que le corresponda respecto de sus padres biológicos, únicamente para demostrar que quienes pasaban por tales, al momento de la adopción, no lo eran en realidad. La prosperidad de las pretensiones del adoptivo en este caso, no extinguirá los efectos de la adopción, salvo declaración judicial que la ordene y previo el consentimiento del adoptivo. El adoptante deberá ser oído en el proceso"<sup>242</sup>. La Ley de Infancia y Adolescencia establece la posibilidad de que el derecho del adoptado a conocer familia y origen<sup>243</sup>.

Así, las provisiones en materia de adopción de la Ley de Infancia y Adolescencia no son suficientes para satisfacer las obligaciones estipuladas en el artículo 25 (4) de la Convención.

<sup>235</sup> Artículos 168 y siguientes del Código Penal.

<sup>236</sup> Artículo 232 del Código Penal.

<sup>237</sup> Artículo 238 del Código Penal.

<sup>238</sup> Artículos 286 y siguientes del Código Penal.

<sup>239</sup> Artículos 53, 61 y siguientes.

<sup>240</sup> Ver, entre otros, el Decreto 4011 de 2006 y Resolución de la Fiscalía General de la Nación 3604 de 2006.

<sup>241</sup> Artículo 61. En el mismo sentido, ver artículo 53 ("Son medidas de restablecimiento de los derechos de los niños, las niñas y los adolescentes las que a continuación se señalan. Para el restablecimiento de los derechos establecidos en este código, la autoridad competente tomará alguna o varias de las siguientes medidas: ... la adopción").

<sup>242</sup> Artículo 65.

<sup>243</sup> Artículo 75.

## CONCLUSIONES Y RECOMENDACIONES

El ordenamiento jurídico e institucional colombiano plantea una realidad compleja, intrincada y, a veces, contradictoria. Colombia es tal vez el país del mundo donde más normas y entidades relativas a la desaparición forzada existen. A pesar de ello, las cifras de desaparición forzada son alarmantes, la impunidad en que se mantienen estos crímenes es muy alta y los derechos de los familiares son frecuentemente vulnerados.

Una adecuada y correcta implementación de la Convención no va a subsanar todas las deficiencias. No obstante, ello podrá contribuir a superar obstáculos que militan en favor de la desaparición forzada y su impunidad. Al examinar el ordenamiento jurídico e institucional colombiano se detectaron varios problemas para adecuada y correcta implementación de la Convención, que se presentan a continuación.

En lo que respecta a la obligación de investigar y juzgar el crimen de desaparición forzada, varias normas, y muy particularmente el “Marco jurídico para la Paz”, constituyen serios obstáculos para una correcta implementación de la Convención. Estas deberían ser modificados para impedir que estos dispositivos sean “amnistías disfrazadas”. En lo que concierne el “principio de oportunidad” sería necesario que por vía normativa se aclarare el alcance de la cláusula, con el objetivo de que quede excluido de su ámbito de aplicación el crimen de desaparición forzada.

Si la tipificación del delito de desaparición forzada no suscita mayores resultados, es necesario que se intensifiquen esfuerzos en la capacitación y que exista una correcta interpretación del crimen de desaparición forzada por parte de las autoridades investigativas y los operadores de justicia. Asimismo, la cuestión de la aplicación retroactiva del tipo penal colombiano de desaparición forzada debería ser objeto de directivas la Fiscalía General de la Nación y del Consejo Superior de la Judicatura.

En materia de responsabilidad penal individual, el principio de responsabilidad penal individual del superior jerárquico debería ser consagrado en una norma positiva penal. En cuanto al régimen punitivo aplicable al crimen de desaparición forzada existen varias falencias para una adecuada implementación del artículo 7 de la Convención. Por una parte, el régimen de penas de la Ley 975 de 2005 (Pena alternativa) no parece estar en conformidad con el concepto de pena apropiada a la gravedad del crimen.

El régimen penal ordinario prevé la atenuante punitiva prevista en el párrafo 2 (a) del artículo 7 de la Convención bajo el Código de Procedimiento Penal de 2000. No obstante, el Código Penal (arts. 55 y 167) prevé expresamente dentro de las causales el “identificar a los responsables” de una desaparición forzada. Por su parte, el Código de Procedimiento Penal de 2000 se limita a la identificación del “determinador o director, cabecilla, financista o promotor del concierto para cometer delitos o de asociación organizada para los mismos”, dejando por fuera los demás autores y partícipes del crimen. Por otro lado, el Código de Procedimiento Penal de 2004 aborda la cuestión de la colaboración eficaz no como una atenuante punitiva sino como una causal de extinción de la acción penal, suspensión, interrupción o renuncia a la persecución penal, lo cual no solamente es incompatible con la letra y el espíritu de la Convención, sino con las obligaciones generales de todo Estado, tanto bajo el derecho internacional convencional como consuetudinario, de juzgar y castigar a los autores de graves violaciones de derechos humanos constitutivos de crímenes de derecho internacional. Así, en lo que se refiere a la colaboración efectiva para “esclarecer casos de desaparición forzada o identificar a los responsables de una desaparición forzada”, la normatividad colombiana es deficitaria en lo que respecta al Código Penal y el Código de Procedimiento Penal de 2000 e incompatible en lo que respecta al Código de Procedimiento Penal de 2004 con el artículo 7 (2, a) de la Convención.

En lo que respecta al crimen de lesa humanidad, la legislación penal colombiana es totalmente deficitaria. A pesar de las referencias en diversos dispositivos legales al crimen de lesa humanidad y a los desarrollos jurisprudenciales nacionales en la materia, este

crimen no está expresamente tipificado como tal en la legislación penal nacional. La tipificación del crimen de lesa humanidad en el Código Penal así como una regulación expresa del régimen jurídico aplicable a este crimen en la legislación nacional, compatible tanto con la Convención como los demás instrumentos internacionales en la materia, resulta de suma importancia.

La cuestión de la prescripción del crimen de desaparición forzada suscita varias preocupaciones para una correcta y adecuada implementación de la Convención. Por un lado, el régimen penal no conoce la figura de la suspensión de la prescripción por ausencia de un recurso efectivo, como lo prescribe el artículo 8 de la Convención. Este vacío debería ser resuelto mediante la expedición de normas en el ordenamiento penal y procesal penal colombiano.

En cuanto al ejercicio de la jurisdicción penal colombiana frente al crimen de desaparición forzada se registran varias lagunas y preocupaciones. Si bien el la jurisdicción territorial y territorial por extensión prevista por la legislación penal colombiana satisface lo prescrito por el artículo 1 (1, a), el Código Penal es deficitario frente a las demás modalidades de ejercicio de jurisdicción extraterritorial. En efecto, el Código Penal solo habilita el ejercicio de la jurisdicción extraterritorial cuando el presunto autor se encuentre en territorio nacional. La única posibilidad prevista de competencia extraterritorial activa sin presencia del presunto autor en el territorio nacional está restringida a la "persona que esté al servicio del Estado colombiano, no goce de inmunidad reconocida por el derecho internacional", quedando por fuera aquellos que no estén al servicio del Estado. Por otra parte, el ejercicio de la regla *aut dedere aut judicare*, en los casos de desaparición forzada cometido por un extranjero, en territorio extranjero y contra extranjero, está condicionada a que se haya pedido la extradición del presunto autor y que esta no haya sido concedida. Estas regulaciones no son compatibles con la obligación establecida por el artículo 9 de la Convención y, además, afectan hondamente una adecuada implementación de los artículos 11 y 12 de la Convención.

En cuanto a las cuestiones de un "trato justo" en las investigaciones de las garantías del debido proceso o juicio justo se registran varios problemas. En primer lugar, y a pesar del dispositivo legal existente y la jurisprudencia de las altas cortes de justicia, cabe señalar la persistente práctica de la Jurisdicción Penal Militar tanto en materia de investigación de casos de desaparición forzada como de juzgamiento de sus autores – bajo otros tipos penales -. Asimismo, la ampliación del fuero penal militar, otorgando competencia en general en los casos de homicidio, permitiría que las ejecuciones extrajudiciales, precedidas de la desaparición forzada de la víctima, puedan ser objeto del conocimiento de la Justicia Penal Militar. Ello además causa un impacto negativo en las investigaciones que *a posteriori* de la actuación de la jurisdicción penal militar sean trasladados a la jurisdicción ordinaria. En segundo lugar, en cuanto a las investigaciones y a las garantías del debido proceso, existen cuatro procedimientos penales con un régimen asimétrico en materia de garantías procesales para los imputados, procesados y condenados. El Código de Procedimiento Penal de 2004 introdujo importantes restricciones a las garantías judiciales de los justiciables. Asimismo, cabe señalar que a pesar de algunas adecuaciones hechas por la Corte Suprema de Justicia, las personas "aforadas" y procesadas por este alto tribunal no cuentan con un pleno derecho a la doble instancia.

Con relación a la investigación cabe destacar varios problemas. En primer lugar, los exiguos recursos humanos con que cuenta la Unidad Nacional contra la Desaparición Forzada y el Desplazamiento Forzado para investigar estos crímenes. Por otro lado, la superposición de varias competencias de otras Unidades especializadas de la Fiscalía. Algunas de las cuales – como las Fiscalías Delegadas contra el Secuestro y la Extorsión y las Fiscalías especializadas adscritas al Grupo de Acción Unificada por la Libertad Personal (GAULA) – no deberían conocer de casos de desaparición forzada. Igualmente, cabe señalar la ausencia de una verdadera política de investigación criminal en materia de desaparición forzada y muy particularmente enderezada a investigar las estructuras y lógicas criminales de esta práctica. En segundo lugar se registran prácticas de los servicios de inteligencia del Estado para entorpecer las investigaciones judiciales y en particular para impedir el acceso a

documentos e información restringida o bajo reserva legal. En tercer lugar, la jurisdicción penal militar sigue conociendo de casos de desaparición forzada, en particular cuando estas son seguidas de ejecuciones extrajudiciales de civiles, presentados por las Fuerzas Militares como supuestos "muertos en combate". En cuarto lugar, cabe señalar que si bien existen varios programas de protección en cabeza de la Vicepresidencia de la República, la Fiscalía General de la Nación y del Ministerio del Interior (Unidad Nacional de Protección de Personas), estos denotan numerosas falencias que han sido identificadas por la Procuraduría General de la Nación.

En lo que concierne a las medidas de prevención y en particular las relativas a la expulsión, extradición y deportación, así como en materia de privación de libertad, cabe señalar varios aspectos deficitarios en el ordenamiento jurídico e institucional colombiano. En materia de expulsión, extradición y deportación, los regímenes aplicables no contienen de forma expresa la salvaguarda del artículo 16 (2) de la Convención. En cuanto a la privación de libertad, la falencia más protuberante es la ausencia de un registro nacional de detenidos y personas privadas de la libertad en los términos previstos por los artículos 17,3, 18, 20, y 22 de la Convención. Si bien la Ley 589 de 2000 dispuso la creación de un Registro Nacional de Detenidos y Capturados, éste aún no ha sido creado. Finalmente, respecto de las salvaguardas y verificación de liberación de personas privadas de la libertad previstas por el artículo 21 de la Convención, no existe un verdadero dispositivo legal o institucional en el ordenamiento colombiano. Una correcta y adecuada implementación de la Convención requiere que estos problemas sean resueltos adoptando las normas necesarias para ello, estableciendo el Registro Nacional de Detenidos y Capturados, y los mecanismos y recursos para la información por parte de los familiares y otras personas con interés legítimo, y estableciendo mecanismos judiciales o a nivel de los órganos de control del Estado para la verificación de liberación de personas privadas de la libertad.

Respecto de las medidas de prevención relativas a la formación de los agentes estatales y la prohibición de "órdenes o instrucciones que dispongan, autoricen o alienten las desapariciones forzadas", cabe señalar en particular la necesidad de revisar las normas, instrucciones y directivas estatales que alientan o promueven directa o indirectamente la práctica de la desaparición forzada.

En cuanto a la cuestión de los derechos de las víctimas, el ordenamiento colombiano presenta un intrincado, complejo y a veces contradictorio sistema, muy particularmente en materia de reparación. Se requiere en particular en materia de reparación un análisis más detallado de la situación jurídica e institucional y la identificación de correctivos para la realización efectiva y plena del derecho a la reparación. Asimismo, el estatus jurídico otorgado a la víctima por el Código de Procedimiento Penal de 2004 debería ser objeto de reforma, con el propósito de garantizar la efectividad del derecho a la justicia y a la verdad. La introducción de la figura de la parte civil en ese estatuto procesal penal de 2004 permitiría superar la actual condición de la víctima en el procedimiento penal. En materia de restitución de los cuerpos o restos de los desaparecidos localizados e identificados, se deberían resolver las contradicciones existentes en las leyes 1408 y 1448. Asimismo, con base a la experiencia adquirida con los contratos administrativos de 2010 y 2012 suscritos entre el Ministerio del Interior, la Registraduría Nacional del Estado Civil, y el Inmlcf, se debería establecer de forma permanente un sistema de cotejo dactiloscópico, administrado por el Inmlcf, dotado de recursos humanos, tecnológicos y financieros apropiados. Igualmente, se deberían establecer mecanismos estables de articulación y coordinación entre las distintas entidades y dependencias implicadas en las labores de búsqueda, localización, identificación y restitución. Si bien, por mandato legal, la Comisión Nacional de Búsqueda de Personas Desaparecidas debería jugar un rol central en esta articulación y coordinación, ello requiere para su realización efectiva que la Comisión sea reforzada tanto con recursos humanos y financieros como políticamente, mediante la implicación directa de los jefes de las entidades que la componen.

Respecto de la cuestión de la apropiación de niños y /o de su adopción, el ordenamiento colombiano es deficitario y se requiere de varias reformas para cumplir con las prescripciones del artículo 25 de la Convención. Así, las conductas establecidas en el

parágrafo 1 del artículo 25 de la Convención deberían ser tipificadas como un delito autónomo en la legislación penal. Igualmente, se deberían introducir causales legales para revisar el procedimiento de adopción o de colocación o guarda de estos niños y para anular las adopciones o colocaciones o guardas cuyo origen sea una desaparición forzada.

# Miembros de la Comisión Internacional de Juristas

Noviembre de 2015

## Presidente:

Prof. Sir Nigel Rodley, Reino Unido

## Vicepresidentes:

Prof. Robert Goldman, Estados Unidos

Jueza Michèle Rivet, Canadá

## Comité Ejecutivo:

Prof. Carlos Ayala, Venezuela

Juez Azhar Cachalia, Sudáfrica

Prof. Jenny E. Goldschmidt, Países Bajos

Sra. Imrana Jalal, Fiji

Sra. Hina Jilani, Pakistán

Jueza Radmila Dacic, Serbia

## Otros Comisionados:

Prof. Kyong-Wahn Ahn, República de Corea

Sr. Muhannad Al-Hassani, Siria

Juez Adolfo Azcuna, Filipinas

Dra. Catarina de Albuquerque, Portugal

Sr. Abdelaziz Benzakour, Marruecos

Juez Ian Binnie, Canadá

Sir Nicolas Bratza, Reino Unido

Prof. Miguel Carbonell, México

Juez Moses Chingengo, Zimbabwe

Prof. Andrew Clapham, Reino Unido

Jueza Elisabeth Evatt, Australia

Sr. Roberto Garretón, Chile

Prof. Michelo Hansungule, Zambia

Sra. Gulnora Ishankanova, Uzbekistán

Sr. Shawan Jabarin, Palestina

Jueza Kalthoum Kennou, Túnez

Prof. David Kretzmer, Israel

Prof. César Landa, Perú

Juez Ketil Lund, Noruega

Jueza Qinisile Mabuza, Swazilandia

Juez José Antonio Martín Pallín, España

Juez Charles Mkandawire, Malawi

Sr. Kathurima M'Inoti, Kenya

Jueza Yvonne Mokgoro, Sudáfrica

Jueza Sanji Monageng, Botswana

Jueza Tamara Morschakova, Rusia

Prof. Vitit Muntarbhorn, Tailandia

Juez Egbert Myjer, Países Bajos

Juez John Lawrence O'Meally, Australia

Juez Fatsah Ouguergouz, Argelia

Dra. Jarna Petman, Finlandia

Prof. Víctor Rodríguez Rescia, Costa Rica

Sr. Belisario dos Santos Junior, Brasil

Prof. Marco Sassoli, Italia-Suiza

Juez Ajit Prakash Shah, India

Sr. Raji Sourani, Palestina

Juez Philippe Texier, Francia

Juez Stefan Trechsel, Suiza

Prof. Rodrigo Uprimny Yepes, Colombia

ISBN 978-92-9037-225-7



**Comisión  
Internacional  
de Juristas**

Casilla postal 91  
Rue des Bains 33  
CH 1211 Ginebra 8  
Suiza

t +41 22 979 38 00

f +41 22 979 38 01

[www.icj.org](http://www.icj.org)