
JAIME CUBIDES CÁRDENAS. Abogado y especialista en Derecho Público de la Universidad Autónoma de Colombia. Especialista y magíster en Docencia e Investigación con énfasis en las Ciencias Jurídicas de la Universidad Sergio Arboleda y magíster en Derecho de la misma institución. Estudiante de doctorado en Derecho en la línea de investigación de Derecho Constitucional de la Universidad de Buenos Aires, Argentina. Docente de la Facultad de Relaciones Internacionales de la Escuela Militar de Cadetes “General José María Córdova”. jamecubides@gmail.com.

CAROLINA RODRÍGUEZ BEJARANO. Magíster de la Maestría en Defensa de los Derechos Humanos y Derecho Internacional Humanitario ante Organismos, Tribunales y Cortes Internacionales de la Universidad Santo Tomás. Abogada de la Universidad Libre. Coordinadora de Investigación de la Facultad de Derecho de la Universidad Libre de Colombia, Seccional Pereira. Docente investigadora perteneciente al Grupo de Derechos Humanos de la Universidad Libre de Colombia, Seccional Pereira. carolinarb@unilibre-pereira.edu.co.

ELIANA PAOLA GALINDO BURITICÁ. Abogada de la Fundación Universitaria Agraria de Colombia. Especialista en Derecho Público de la Corporación Universitaria Republicana. Magíster en Derecho Procesal y Probatorio de la Universidad Sergio Arboleda. Conciliadora en Derecho de la Fundación Universitaria Agraria de Colombia. Docente tiempo completo de la Institución Universitaria Politécnico Grancolombiano. egalindo@poligran.edu.co.

Capítulo resultado del proyecto de investigación “Justicia multinivel y aplicabilidad del control de convencionalidad en la tutela judicial efectiva de los Derechos Humanos dentro de la Fuerza Pública colombiana”, que forma parte de la línea de investigación “Equidad de género, seguridad y defensa”, del Grupo de Investigación en Ciencias Militares, adscrito y financiado por la Escuela Militar de Cadetes “General José María Córdova”. En colaboración de la Universidad Libre, Seccional Pereira.

Jaime Cubides Cárdenas
Carolina Rodríguez Bejarano
Eliana Paola Galindo Buriticá

CAPÍTULO IV

Desaparición Forzada en el Derecho Internacional de los Derechos Humanos: elementos para comprensión desde la reparación y la obediencia debida

RESUMEN

El capítulo tiene como propósito comprender el delito de desaparición forzada, cuya característica es que constituye un crimen de lesa humanidad y por lo tanto no es posible que sea incluido en el Fuero Militar. Sin embargo, la importancia de analizar este delito radica en su relación con el ámbito internacional, la reparación y la obediencia debida, razón por la cual se aborda en esta obra teniendo como principales puntos de partida los Estados de Colombia y México. Para llevar a cabo el respectivo análisis, los ejes temáticos son: *i)* Convención Interamericana sobre Desaparición Forzada de Personas, *ii)* aproximaciones frente al cumplimiento de las sentencias proferidas sobre desaparición forzada: México y Colombia, *iii)* Convención Internacional para la Protección de Todas las Personas contra las Desapariciones Forzadas, y *iv)* obediencia debida, elementos generales para su comprensión en el contexto colombiano. La principal conclusión es que se deben cumplir las obligaciones de investigación y reparación y la necesidad de desarrollo en relación con las garantías.

PALABRAS CLAVE

Colombia; desaparición forzada; México; obediencia debida; reparación.

ABSTRACT

The chapter has as intention to understand the crime of forced disappearance, taking one of his characteristics to be a crime against humanity; for which, it is not possible that the mentioned crime is included in the Military Jurisdiction. Nevertheless, the importance that takes root in this crime is the relation with the international area and the repair and the due obedience; reason for which it is part of this book; taking as principal points of item the States of Colombia and Mexico. To carry out the respective analysis, the thematic axes are: *i)* Inter-American Convention of persons' forced disappearance, *ii)* approximations opposite to the fulfillment of the judgments dropped on forced disappearance: Mexico and Colombia, *iii)* International Convention for the Protection of all the Persons against the Forced Disappearances, and *iv)* due obedience, general elements for his comprehension in the Colombian context, having as principal conclusion expire with the obligations of investigation and repair and the need of development related to the guarantees.

KEYWORDS

Colombia; due obedience; forced disappearance; México; repair.

Introducción

La Desaparición Forzada de Personas (DFP) ha sido considerada como una conducta pluriofensiva y continuada o permanente que comporta una afectación a diversos derechos contenidos en diferentes instrumentos, tanto del Sistema Universal de Derechos Humanos (SUDH) como del Sistema Interamericano de los Derechos Humanos (SIDH). En especial, los derechos a la vida, la integridad personal, las garantías judiciales, la protección judicial, y a no ser sometido a tortura ni a tratos crueles, inhumanos o degradantes.

Desde esta perspectiva, se encuentra que la DFP, por ser un crimen de lesa humanidad, se excluye de los delitos que aplican para el Fuero Penal Militar (FPM). Esto se debe a la falta de relación existente entre los delitos de lesa humanidad y el servicio de la Fuerza Pública. Y la falta de relación se debe a su vez a la gravedad de los delitos con dicha distinción y a las funciones constitucionales que tienen las personas que forman parte de la Fuerza Pública¹. Sin embargo, dada la importancia que tiene este delito, a continuación se hace un análisis del tema, siempre en contraste con otros casos en el ámbito internacional y principalmente a la luz de su ocurrencia en Colombia y México.

Colombia ha ratificado instrumentos específicos para hacer frente a este delito. Así se constata con su participación en la Convención Interamericana sobre Desaparición Forzada de Personas (CIDFP)² y en la Convención Internacional para la Protección de Todas las Personas contra las Desapariciones Forzadas (CIPPDF)³. Dichos instrumentos establecen deberes concretos para el Estado colombiano, orientados a dar cumplimiento cabal a las obligaciones de investigación, sanción y reparación.

El ámbito de aplicación, alcance y efectividad de cada uno de los dos instrumentos en mención debe ser considerado desde una visión integracionista para comprender de una manera más precisa aquellos elementos diferenciales y/o complementarios desde la perspectiva del SUDH y el SIDH que existen actualmente en materia de DFP.

1 Tal como lo establece la Corte Constitucional: “Por consiguiente, un delito de lesa humanidad es tan extraño a la función constitucional de la Fuerza Pública que no puede jamás tener relación con actos propios del servicio, ya que la sola comisión de esos hechos delictivos disuelve cualquier vínculo entre la conducta del agente y la disciplina y la función propiamente militar o policial, por lo cual su conocimiento corresponde a la justicia ordinaria” (CorCC, Sentencia C-358 1997).

2 Este instrumento fue aprobado mediante la Ley 707 de 2001 y entró en vigor para Colombia en el año 2005.

3 Este tratado internacional fue aprobado a través de la Ley 1418 de 2010 y entró en vigor para Colombia el 10 de agosto de 2012.

Así pues, este capítulo hace un especial énfasis en dos aspectos: primero, realiza un balance del cumplimiento de las medidas de reparación ordenadas por la Corte Interamericana de Derechos Humanos (CorIDH) en los casos sobre DFP en México y Colombia. Segundo, examina la naturaleza de la obediencia debida y su inaplicabilidad como eximente de responsabilidad penal, para lo cual se toman como referencia los desarrollos que sobre la materia se han incorporado a la jurisprudencia de la CorIDH y a la de la Corte Constitucional de Colombia (CorCC).

Convención Interamericana sobre Desaparición Forzada de Personas

Este tratado internacional fue adoptado en Belém do Pará (Brasil), el 9 de junio de 1994, en el vigésimo cuarto periodo ordinario de sesiones de la Asamblea General de la Organización de Estados Americanos (OEA). Dentro de las obligaciones principales se encuentran: “No practicar, no permitir, ni tolerar la desaparición forzada de personas, ni aun en estado de emergencia, excepción o suspensión de garantías individuales” (art. 1). En este orden de ideas, proscribir esta conducta constituye un “deber ser” para los Estados parte, quienes además de comprometerse a sancionar a los perpetradores del delito de DFP (autores, cómplices y encubridores) en el ámbito de su jurisdicción, deben adoptar todas las disposiciones de derecho interno necesarias para prevenir y erradicar esta práctica de manera efectiva. La CIDFP define esta conducta como

la privación de la libertad a una o más personas, cualquiera que fuere su forma, cometida por agentes del Estado o por personas o grupos de personas que actúen con la autorización, el apoyo o la aquiescencia del Estado, seguida de la falta de información o de la negativa a reconocer dicha privación de libertad o de informar sobre el paradero de la persona, con lo cual se impide el ejercicio de los recursos legales y de las garantías procesales pertinentes. (art. 2)

Desde esta perspectiva, es importante precisar que cuando esta conducta es cometida por particulares se hace necesario probar inequívocamente que se actúa con la autorización, el apoyo o la aquiescencia de agentes del Estado, pues de esto depende su clara diferenciación con otro tipo de conductas, como la toma de rehenes y el secuestro, las cuales también atentan de manera directa contra el derecho a la libertad personal⁴.

4 Sobre el particular véase CorCC (Sentencia C-317, 2002).

La propia CIDFP establece expresamente que la DFP tiene características particulares. Por ejemplo, se trata de un delito continuado o permanente, mientras no se establezca el destino o paradero de la víctima (art. 3); no puede ser considerado un delito político y es susceptible de extradición (art. 5); es imprescriptible (art. 7); no admite el eximente de la obediencia debida (art. 7); por último, excluye expresamente la competencia de la Jurisdicción Penal Militar (JPM) (art. 9).

Con estos supuestos, la CorIDH ha sostenido en diversos pronunciamientos, como es el Caso Gómez Palomino vs. Perú (2005), que la DFP es un fenómeno diferenciado caracterizado por la violación múltiple y continuada de varios derechos consagrados en la Convención (pluriofensivo). Pues no solo produce una privación arbitraria de la libertad, sino que afecta, además, la integridad y la seguridad personal (párr. 92), e incluso la personalidad jurídica, entre otros. Al tratarse de una conducta pluriofensiva, los Estados tienen la obligación de combatir tal situación por todos los medios legales disponibles, ya que la impunidad propicia la repetición crónica de las violaciones de los Derechos Humanos (DDHH) y la total indefensión de las víctimas y de sus familiares⁵. Esta posición ha sido reiterada en casos como Gomes Lund vs. Brasil (2010, párr. 103); Torres Millacura y otros vs. Argentina (2011, párr. 94), y Gelman vs. Uruguay (2011, párr. 74)⁶.

Tradicionalmente, en la diversa jurisprudencia de la CorIDH se ha establecido un nexo con derechos como la vida, la integridad personal, la libertad personal e incluso el reconocimiento de la personalidad jurídica. Precisamente, la Corte ha concluido que la DFP también conlleva la vulneración del derecho al reconocimiento de la personalidad jurídica, “dado que su desaparición busca no solo una de las más graves formas de sustracción de una persona de todo ámbito del ordenamiento jurídico, sino también negar su existencia y dejarla en una suerte de limbo o situación de indeterminación jurídica ante la sociedad y el Estado” (CorIDH, Caso Gomes Lund y otros [“Guerrilha do Araguaia”] vs. Brasil).

Es decir, desde sus recursos internos, los Estados deben promover alternativas adecuadas para investigar y sancionar a los responsables, pues se trata de un hecho que puede comprometer la responsabilidad internacional de un Estado, en parte por

5 Sobre el particular puede consultarse CorIDH (Caso Masacre de Mapiripán vs. Colombia, párr. 237); CorIDH (Comunidad Moiwana vs. Suriname, párr. 203) y CorIDH (Caso Huilca Tecse vs. Perú, párr. 82).

6 A continuación se dan en orden las direcciones de internet donde el lector podrá encontrar la información técnica de las sentencias de la CorIDH, mencionadas en este párrafo: *i*) Caso Gómez Palomino vs. Perú: http://www.corteidh.or.cr/cf/Jurisprudencia2/ficha_tecnica.cfm?nId_Ficha=314&lang=e; *ii*) Caso Gomes Lund vs. Brasil: http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/resumen_219_esp.pdf; *iii*) Caso Torres Millacura y otros vs. Argentina: http://www.corteidh.or.cr/cf/Jurisprudencia2/ficha_tecnica.cfm?nId_Ficha=351&lang=e; *iv*) Caso Gelman vs. Uruguay: http://www.corteidh.or.cr/cf/Jurisprudencia2/ficha_tecnica.cfm?nId_Ficha=345&lang=e. (N. del Ed.)

falta de la debida diligencia para prevenir la violación, o en parte por no investigarla de manera efectiva. La CorIDH, por ejemplo, en los casos *Velásquez Rodríguez vs. Honduras* (1988) y *Godínez Cruz vs. Honduras* (1989)⁷, manifestó que la existencia de dicha práctica suponía abiertamente un desconocimiento del deber de organizar el aparato del Estado de modo que se garanticen los derechos reconocidos en la Convención. De tal manera que llevar a cabo acciones dirigidas a realizar desapariciones involuntarias, a tolerarlas, no investigarlas de manera adecuada o no sancionarlas, compromete la responsabilidad del Estado debido a la violación del deber de respetar los derechos reconocidos por la Convención Americana de Derechos Humanos (CADH) y no garantizar su libre y pleno ejercicio, establecido de manera expresa en el artículo 1.1 de dicho instrumento.

En relación con el carácter continuado de esta conducta, el Caso *Heliodoro Portugal vs. Panamá* (2008) establece una excepción a la regla general que habilita la competencia temporal de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos (ComIDH) y de la CorIDH. De tal suerte que dichos órganos pueden pronunciarse sobre una presunta desaparición forzada, aun si esta tuvo lugar con anterioridad a la fecha en que el Estado reconoce la competencia de la Corte, siempre y cuando dicha violación permanezca o continúe con posterioridad a la misma fecha (párr. 34)⁸.

Sobre el particular, en el Caso *Hermanas Serrano Cruz vs. El Salvador* (2004)⁹, la Corte estableció expresamente que

7 Véase la nota anterior: *v*) Caso *Velásquez Rodríguez vs. Honduras*: http://www.corteidh.or.cr/cf/Jurisprudencia2/ficha_tecnica.cfm?nId_Ficha=189&lang=e; *vi*) Caso *Godínez Cruz vs. Honduras*: http://www.corteidh.or.cr/cf/Jurisprudencia2/ficha_tecnica.cfm?nId_Ficha=194&lang=e. (N. del Ed.)

8 En la ficha técnica el *vii*) Caso *Heliodoro Portugal vs. Panamá* es descrito como sigue: “Los hechos [...] se contextualizan durante el gobierno militar en Panamá. El 14 de mayo de 1970, Heliodoro Portugal, promotor del “Movimiento de Unidad Revolucionaria” de 36 años de edad, se encontraba en un café ubicado en la ciudad de Panamá. Dos personas, vestidos de civil, se bajaron de una camioneta y obligaron al señor Portugal a subir al vehículo, el cual partió con rumbo desconocido. Sus familiares presentaron una serie de recursos judiciales con el fin de localizar al señor Portugal. Es recién en 1999 cuando se identifica el cadáver del señor Portugal, el cual se encontraba en un cuartel en Tocumen. El proceso penal correspondiente continúa abierto sin que se haya condenado a los responsables”. Disponible en internet: http://www.corteidh.or.cr/CF/jurisprudencia2/ficha_tecnica.cfm?nId_Ficha=307. (N. del Ed.)

9 En la ficha técnica el *viii*) Caso *Hermanas Serrano Cruz vs. El Salvador* es descrito como sigue: “Los hechos [...] se iniciaron a partir del 2 de junio de 1982 cuando se dio la captura de las entonces niñas Ernestina y Erlinda Serrano Cruz, quienes tenían 7 y 3 años de edad, respectivamente, por parte de militares integrantes del Batallón Atlacatl del Ejército salvadoreño durante un operativo militar conocido como “Operación Limpieza”, en el Municipio de San Antonio de La Cruz. Debido al mencionado operativo, la familia Serrano Cruz tuvo que desplazarse. Sin embargo, solamente la señora María Victoria Cruz Franco, madre de Ernestina y Erlinda, y uno de sus hijos, lograron cruzar el cerco militar. El señor Dionisio Serrano y sus hijos Enrique, Ernestina y Erlinda Serrano Cruz se dirigieron con un grupo de pobladores a las montañas. Mientras se encontraban ocultos, el señor Dionisio Serrano decidió ir a buscar agua a una quebrada cercana, junto con su hijo Enrique. Al quedarse solas, las niñas Ernestina y Erlinda comenzaron a llorar y fueron descubiertas por las patrullas de militares, quienes

[c]uando se trata de una violación continua o permanente, cuyo inicio se hubiere dado antes de que el Estado demandado hubiere reconocido la competencia contenciosa de la Corte y que persiste aún después de este reconocimiento, el Tribunal es competente para conocer de las conductas ocurridas con posterioridad al reconocimiento de la competencia y de los efectos de las violaciones. (párr. 66)

Este carácter especial implica que, en cumplimiento del deber de investigación, los Estados deben procurar orientar su análisis de una manera integral, entendiendo el delito de DFP no como un conjunto de acciones aisladas, divididas y fragmentadas que puedan implicar la detención, o la posible tortura, o el riesgo de perder la vida, sino que más bien el enfoque debe ser en el conjunto (CorIDH, Caso González Medina y familiares vs. República Dominicana, párr. 175)¹⁰.

El carácter continuo y permanente de la DFP también obedece a que esta inicia con la privación de la libertad de la persona y la subsiguiente falta de información sobre su destino, y permanece hasta tanto se conozca el paradero de la persona desaparecida y los hechos se hayan esclarecido (CorIDH, Caso Radilla Pacheco vs. México, párr. 23). Además, resulta importante considerar el contexto en el cual ocurrieron los hechos, para poder entender sus efectos prolongados en el tiempo y enfocar integralmente sus consecuencias (Caso Chitay Nech y otros vs. Guatemala, 2010, párr. 87; Caso Ibsen Cárdenas e Ibsen Peña vs. Bolivia 2010, párr. 68)¹¹.

Con posterioridad, la jurisprudencia interamericana ha estado introduciendo elementos adicionales y complementarios a los esbozados hasta ahora, como ocurre en el supuesto de que se hallen los restos de la persona desaparecida. Según la Corte, este acto debe ir acompañado de la “realización de pruebas o análisis que permitan comprobar de manera fehaciente que, efectivamente, esos restos corresponden a esa persona (CorIDH, Caso Ibsen Cárdenas e Ibsen Peña vs. Bolivia, párr. 82). En esta misma sentencia se estableció una obligación correlativa en la determinación del paradero de las personas desaparecidas. Esto tiene que ver con la exhumación y preservación adecuada de los restos mortales de las víctimas, la cual debe llevarse

se las llevaron. Se interpusieron una serie de recursos a fin de ubicar su paradero. No obstante, no se realizaron mayores investigaciones ni se sancionaron a los responsables”. Disponible en internet: http://www.corteidh.or.cr/cf/Jurisprudencia2/ficha_tecnica.cfm?nId_Ficha=247&lang=e. (N. del Ed.)

10 ix) Caso González Medina y familiares vs. República Dominicana: “El caso se refiere a la responsabilidad internacional del Estado por la desaparición forzada de Narciso González Medina por parte de agentes militares, así como por la falta de investigación y sanción de los responsables”. Disponible en internet: http://www.corteidh.or.cr/cf/Jurisprudencia2/ficha_tecnica.cfm?nId_Ficha=199&lang=e.

11 x) Caso Radilla Pacheco vs. México: http://www.corteidh.or.cr/CF/jurisprudencia2/ficha_tecnica.cfm?nId_Ficha=360; xi) Caso Chitay Nech y otros vs. Guatemala: http://www.corteidh.or.cr/cf/Jurisprudencia2/ficha_tecnica.cfm?nId_Ficha=362&lang=e; xii) Caso Ibsen Cárdenas e Ibsen Peña vs. Bolivia: http://www.corteidh.or.cr/CF/jurisprudencia2/ficha_tecnica.cfm?nId_Ficha=340

a cabo de forma que proteja la identidad de la persona fallecida, la fecha en que murió, la forma y causa de muerte, así como la existencia de posibles lesiones o indicios de tortura, información que a juicio de la CorIDH es fundamental para materializar las obligaciones de investigación y sanción de los responsables. De ahí que si un Estado actúa de manera insensible, ineficaz o negligente, necesariamente se verá comprometida su responsabilidad internacional.

Finalmente, en el Caso *Gelman vs. Uruguay*¹² se reitera lo dicho en el Caso *Goiburú vs. Paraguay*¹³, en el sentido de considerar que la “práctica de desaparición forzada implica un craso abandono de los principios esenciales en que se fundamenta el SIDH, y su prohibición ha alcanzado carácter de *jus cogens* [derecho perentorio]” (párr. 75). Asimismo, la DFP es considerada por el Estatuto de Roma (ER) como un crimen de lesa humanidad (art. 7.1.i), definido como

la aprehensión, la detención o el secuestro de personas por un Estado o una organización política, o con su autorización, apoyo o aquiescencia, seguido de la negativa a admitir tal privación de libertad o dar información sobre la suerte o el paradero de esas personas, con la intención de dejarlas fuera del amparo de la ley por un periodo prolongado. (art. 7.2.i)

Vale la pena señalar que por tratarse de un crimen de lesa humanidad su declaración de ilegalidad es necesaria como parte de un ataque “generalizado o sistemático” contra una población civil y con conocimiento de dicho ataque. De

12 Véase n. 6, *iv*). (N. del Ed.)

13 Tal como aparece en la ficha técnica el caso *xiii*) *Goiburú y otros vs. Paraguay*, que sirve como referente del anterior, se describe como sigue: “Los hechos [...] se enmarcan dentro del gobierno del General Alfredo Stroessner, donde existió una práctica sistemática de detenciones arbitrarias, detención prolongada sin juicio, torturas y tratos crueles, inhumanos y degradantes, muertes bajo tortura y asesinato político de personas señaladas como ‘subversivos’ o contrarias al régimen. El doctor Agustín Goiburú Giménez era un médico paraguayo, afiliado al Partido Colorado, y fundador de un grupo político opositor. El 9 de febrero de 1977 Agustín Goiburú Giménez fue detenido en Argentina por agentes del Estado paraguayo o por personas que actuaban con su aquiescencia, luego llevado al Departamento de Investigación de la Policía en Asunción, donde se le mantuvo incomunicado, torturado y posteriormente fue desaparecido. La desaparición del doctor Goiburú ha sido parte de una acción coordinada entre las fuerzas de seguridad paraguaya y argentina que formó parte de la Operación Cóndor. El señor Carlos José Mancuello Bareiro era un ciudadano paraguayo que estudiaba ingeniería en La Plata, Argentina. Fue detenido el 25 de noviembre de 1974, en la aduana paraguaya cuando ingresaba al país desde Argentina con su esposa Gladis Ester Ríos de Mancuello y su hija de ocho meses. El 23 de noviembre de 1974 fueron detenidos los hermanos Benjamín y Rodolfo Ramírez Villalba, el primero al entrar desde Argentina en la frontera paraguaya y el segundo en la ciudad de Asunción. El señor Mancuello y los hermanos Ramírez Villalba, a quienes se acusaba de pertenecer a un grupo terrorista que preparaba un atentado contra Stroessner, supuestamente liderado por el doctor Goiburú, estuvieron detenidos en el Departamento de Investigaciones, entre otras dependencias. Las víctimas permanecieron detenidas por veintidós meses, fueron objeto de torturas durante ese periodo, mantenidos en incomunicación y posteriormente desaparecidos. Sus familiares interpusieron una serie de recursos para encontrar sus paraderos, investigar los hechos y sancionar a los responsables. No obstante, estos no tuvieron éxito”. Disponible en internet: http://www.corteidh.or.cr/cf/Jurisprudencia2/ficha_tecnica.cfm?nId_Ficha=387&lang=en. (N. del Ed.)

las definiciones establecidas en el CIDFP y el ER es posible determinar algunos elementos que, tal y como lo estableció la CorIDH en el Caso Radilla Pacheco vs. México¹⁴, en concordancia con lo estipulado en el Sistema Europeo sobre el particular, son concurrentes y constitutivos de la desaparición forzada: *i*) la privación de la libertad; *ii*) la intervención directa de agentes estatales o por la aquiescencia de estos, y *iii*) la negativa de reconocer la detención y de revelar la suerte o paradero de la persona interesada (párr. 140)¹⁵.

En relación con este tercer elemento, referido a la “negativa del Estado de reconocer que la víctima está bajo su control y de proporcionar información al respecto”, ha señalado también la Corte que esta conducta se lleva a cabo con el propósito de generar incertidumbre de si se encuentra viva o muerta y de esta manera provocar intimidación y supresión de derechos (Caso Rodríguez Vera y otros [Desaparecidos del Palacio de Justicia] vs. Colombia, 2014, párr. 366)¹⁶.

No obstante, algunas diferencias entre lo establecido entre la CIDFP y el ER hacen necesario que los Estados parte de dichos tratados, en el momento de adecuar su ordenamiento jurídico a lo que estipulan, tengan en cuenta los elementos desarrollados en uno y otro. Pues resulta clara la forma complementaria en la cual establecen un marco de protección a los derechos de la persona, aspecto que fue analizado desde este enfoque en los ya citados casos Radilla y Gelman. Actualmente, en el SIDH la prohibición de esta práctica ha alcanzado carácter de *jus cogens* [derecho perentorio]¹⁷.

Aproximaciones frente al cumplimiento de las sentencias proferidas sobre Desaparición Forzada de Personas: México y Colombia

México

El caso Radilla Pacheco vs. Estado de México (2009)¹⁸ se constituye en una de las sentencias más importantes sobre DFP en el Sistema Interamericano de Protección de los Derechos Humanos (SIPDH). El caso se refiere a la presunta desaparición

14 Cf., supra n. 11, x). (N. del Ed.)

15 En el mismo sentido se han reiterado estos elementos en casos como García y Familiares vs. Guatemala (2012) y Rochac Hernández y otros vs. El Salvador (2014).

16 *xiv*) Caso Rodríguez Vera y otros [desaparecidos del Palacio de Justicia] vs. Colombia: El texto íntegro de la Sentencia puede consultarse en el siguiente enlace: http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_287_esp.pdf

17 Así lo estableció de manera expresa en los casos CorIDH (Caso Goiburú y otros vs. Paraguay, párr. 96).

18 Cf., supra n. 11, x). (N. del Ed.)

forzada del señor Rosendo Radilla Pacheco, que habría tenido lugar desde el 25 de agosto de 1974 a manos de efectivos del Ejército en el Estado de Guerrero, México. Esta fue la oportunidad para que la Corte reiterara algunos aspectos relacionados con el principio de irretroactividad y la cláusula facultativa de reconocimiento de su competencia contenciosa.

México es Estado Parte desde 1981, y reconoció la competencia contenciosa de la CorIDH el 16 de diciembre de 1998. En este caso en particular, el Estado mexicano argumentó, en su alegato de excepciones preliminares, que dicho tribunal carecía de competencia en razón del tiempo, debido a que los hechos ocurrieron en 1974, momento en el cual no se había hecho el depósito del instrumento de adhesión de México ni a la CADH ni a la CIDFP.

Pese a lo anterior, la Corte sostuvo que existen casos en los cuales, si bien una violación a un derecho contenido en la CADH tuvo ocurrencia antes de la misma, este hecho no constituye *per se* una razón para desestimar un caso. En primer lugar, porque ese acto inicial puede ser determinante para establecer lo sucedido (párr. 116), pues en muchas circunstancias se hace imperativo tener en cuenta los contextos para poder establecer las consecuencias jurídicas no solo frente a la afectación causada al derecho, sino también frente a la precisión de las medidas de reparación procedentes en cada caso particular. Y, en segundo lugar, se hace “necesario distinguir entre actos instantáneos y actos de carácter continuo o permanente”. Estos últimos “se extienden durante todo el tiempo en el cual el hecho continúa y se mantiene su falta de conformidad con la obligación internacional” (párr. 22).

Luego de haber analizado en profundidad el caudal probatorio propuesto por cada una de las partes, la Corte consideró que el Estado mexicano era responsable por la violación de los derechos a la libertad personal, a la integridad personal, al reconocimiento de la personalidad jurídica y a la vida, consagrados en los artículos 7.1, 5.1, 5.2, 3 y 4.1 en perjuicio del señor Rosendo Radilla Pacheco. Asimismo, por la violación del derecho a la integridad personal consagrado en los artículos 5.1 y 5.2 de la CADH, en relación con su artículo 1.1, en perjuicio de las señoras Tita y Andrea, y del señor Rosendo, todos de apellidos Radilla Martínez. Por último, por la violación de los derechos a las garantías judiciales y a la protección judicial, reconocidos en los artículos 8.1 y 25.1 de la CADH, en relación con los artículos 1.1 y 2 de la misma, y los artículos I incisos a), b) y d), IX y XIX de la CIDFP.

Dentro de las medidas de reparación ordenadas en este mismo caso se cuentan diversas medidas de satisfacción, rehabilitación, indemnización y garantías de no repetición. Estas últimas enmarcadas concretamente en la adopción, en un plazo razonable, de reformas legislativas pertinentes para compatibilizar el artículo 57 del

Código de Justicia Militar con los estándares internacionales en la materia y de la CADH, así como realizar las reformas legislativas pertinentes para compatibilizar el artículo 215 A del Código Penal Federal con los estándares internacionales en la materia y de la CIDFP.

Colombia

La CorIDH ha tramitado diversos casos respecto del Estado colombiano. Para ser más exactos, desde el año de 1994 se han proferido quince sentencias. La primera condena contra el Estado de Colombia obedeció justamente a un caso relacionado con la DFP, el Caso Caballero Delgado y Santana vs. Colombia. La más reciente ha sido el Caso Rodríguez Vera y otros (desaparecidos del Palacio de Justicia) proferida en el año 2017. El análisis de estos dos antecedentes nos permitirá establecer la evolución de los elementos más importantes esbozados por la CorIDH sobre el particular, sin dejar de lado los pronunciamientos intermedios de hechos en el Caso “19 comerciantes” (*sic*) y el Caso Vélez Restrepo.

Caso Caballero Delgado y Santana vs. Colombia 1995

Isidro Caballero Delgado y María del Carmen Santana, el día 7 de febrero de 1989, fueron capturados por una patrulla militar, conformada por unidades del Ejército de Colombia. La detención se habría producido por la activa participación del señor Caballero Delgado como dirigente sindical del magisterio santandereano desde hacía once años. María Santana pertenecía al M-19 y colaboraba con Isidro para realizar el “Encuentro por la Convivencia y la Normalización”, que se realizaría el 16 de febrero de 1989 en el Municipio de San Alberto, que tenía como objetivo una salida política al conflicto armado. La familia de Isidro y varios organismos sindicales iniciaron la búsqueda de los detenidos en instalaciones militares, donde se negó que estos hubieran sido aprehendidos. Entablaron acciones judiciales y administrativas para ubicar el paradero de los desaparecidos y sancionar a los responsables directos, pero no se obtuvieron resultados positivos, y mucho menos reparación por los perjuicios causados.

En este caso, la Corte se concentró en establecer que la obligación más importante que se deriva de toda violación a los derechos contenidos en la CADH es la de investigación y reparación. En palabras de dicho tribunal:

para garantizar plenamente los derechos reconocidos por la Convención, no es suficiente que el Gobierno emprenda una investigación y trate de sancionar a los culpables, sino que es necesario, además, que toda esta actividad del Gobierno culmine con la reparación a la parte lesionada, lo que en este caso no ha ocurrido. (párr. 58.)

En la parte resolutive, al referirse a las reparaciones, la Corte concentró sus esfuerzos en el aspecto económico, y desestimó las reparaciones no pecuniarias solicitadas por los peticionarios. No obstante, ordenó que el Estado de Colombia estaba obligado a continuar los esfuerzos para localizar los restos de las víctimas y entregarlos a sus familiares¹⁹. El caso continúa abierto ante la CorIDH, porque no se ha cumplido lo ordenado en la sentencia de reparaciones y costas proferida en el año de 1997. En este caso no hubo un pronunciamiento sobre el concepto de la obediencia debida.

Caso de los “19 comerciantes” vs. Colombia 2004

Este caso tiene su origen en la desaparición forzada de diecinueve comerciantes, la cual fue plenamente establecida por la Corte a través de diferentes medios de prueba en sentencia de fondo, reparaciones y costas (2004). Así, pudo determinar que miembros de grupos paramilitares que operaban en el Municipio de Puerto Boyacá, con el presunto apoyo y colaboración de miembros de la Fuerza Pública,

detuvieron y dieron muerte a los 19 comerciantes en octubre de 1987 y que, no bastándoles con esto, descuartizaron sus cuerpos y los lanzaron a las aguas del caño “El Ermitaño”, afluente del río Magdalena [...] con el propósito de hacerlos desaparecer para que no fueran encontrados ni identificados, lo cual efectivamente sucedió. (párr. 138)

En relación con las medidas de reparación se cuentan

- a. Indemnización por daños materiales, inmateriales.
- b. Continuar con las investigaciones para esclarecer los hechos y responsables.
- c. Realizar una búsqueda seria, en la cual agoten todos los esfuerzos posibles para determinar con certeza lo ocurrido con los restos de las víctimas y, en caso de ser posible, para entregarlos a sus familiares.
- d. Erigir un monumento en memoria de las víctimas mediante una ceremonia pública.
- e. Realizar un acto público de reconocimiento de su responsabilidad.
- f. Medidas de rehabilitación médica y psicológica para los familiares de las víctimas, entre otras.

¹⁹ Sobre la negativa de la Corte de viabilizar las medidas de reparación no pecuniaria puede consultarse el voto disidente del Juez A. A. Cançado Trindade, en Corte IDH (Caso Caballero Delgado y Santana vs. Colombia).

Caso Masacre de Mapiripán vs. Colombia

Entre los días 15 y 20 de julio de 1997, un centenar de miembros de las Autodefensas Unidas de Colombia (AUC), con la presunta colaboración de agentes del Estado privaron de la libertad, torturaron y asesinaron a por lo menos cuarenta y nueve civiles. Asimismo, destruyeron sus cuerpos y arrojaron los restos al río Guaviare en el municipio de Mapiripán.

En relación con la responsabilidad internacional del Estado, considera la CorIDH que esta se configura cuando acontecen “actos u omisiones de cualquier poder u órgano de este, independientemente de su jerarquía, que violen la CADH”, tal y como lo ha sostenido en el Caso Hermanos Gómez Paquiyauri vs. Perú²⁰ y el Caso Juan Humberto Sánchez vs. Honduras²¹, entre otros.

La responsabilidad del Estado difiere de la responsabilidad individual en que

[p]ara establecer que se ha producido una violación de los derechos consagrados en la Convención no se requiere determinar, como ocurre en el derecho penal interno, la culpabilidad de sus autores o su intencionalidad, y tampoco es preciso identificar individualmente a los agentes a los cuales se atribuyen los hechos violatorios. (párr. 110)

Es decir, resulta suficiente demostrar que ha habido apoyo o tolerancia del poder público en la infracción de los derechos reconocidos en la Convención, u omisiones que hayan permitido la perpetración de esas violaciones.

Además de insistir las medidas ordenadas en las sentencias de los “19 comerciantes” (*sic*), se proponen además otro tipo de medidas, como un mecanismo oficial de seguimiento del cumplimiento de las reparaciones ordenadas y educación en DDHH. En este caso, tampoco hubo un pronunciamiento sobre el concepto de la obediencia debida.

Caso Vélez Restrepo y Familiares vs. Colombia

El 29 de agosto de 1996 el periodista Luis Gonzalo Vélez Restrepo sufrió un ataque por parte de los soldados del Ejército Nacional colombiano mientras filmaba una

20 *xv*) Caso Hermanos Gómez Paquiyauri vs. Perú: “El caso se refiere a la responsabilidad internacional del Estado por la detención y posterior asesinato de los hermanos Rafael Samuel Gómez Paquiyauri y Emilio Moisés Gómez Paquiyauri por parte de agentes policiales”. Disponible en internet: http://www.corteidh.or.cr/CF/jurisprudencia2/ficha_tecnica.cfm?nId_Ficha=215. (N. del Ed.)

21 *xvi*) Caso Juan Humberto Sánchez vs. Honduras: “El caso se refiere a la responsabilidad internacional del Estado por la ejecución extrajudicial de Juan Humberto Sánchez por parte de agentes militares, así como la falta de investigación y sanción de los responsables”. Disponible en internet: http://www.corteidh.or.cr/CF/jurisprudencia2/ficha_tecnica.cfm?nId_Ficha=284. (N. del Ed.)

manifestación en la que miembros de dicha institución golpearon a varios manifestantes, hechos documentados por el periodista. De igual manera, tuvo que soportar amenazas de muerte contra él y su familia, las cuales se intensificaron cuando el señor Vélez Restrepo intentaba impulsar los procesos judiciales en contra de sus agresores; finalmente intentaron secuestrarlo. Como consecuencia de estos hechos, el 9 de octubre de 1997 el periodista tuvo que exiliarse de Colombia y actualmente no puede ejercer su profesión.

En este caso, el Estado colombiano fue considerado responsable por la violación del derecho a la integridad personal, derecho a la libertad de pensamiento y de expresión, derecho de circulación y residencia, derecho de protección de familia y de los derechos del niño, derecho a las garantías judiciales y a la protección judicial. Pero la Corte desestimó la pretensión sobre tentativa de desaparición forzada, ya que los hechos fueron tipificados como un intento de secuestro.

Caso Rodríguez Vera y otros (desaparecidos del Palacio de Justicia) vs. Colombia

Este caso se desarrolla en los hechos conocidos como la toma y la retoma del Palacio de Justicia, en la ciudad de Bogotá, ocurridas los días 6 y 7 de noviembre de 1985. En particular, el caso se relaciona con la presunta desaparición forzada de Carlos Augusto Rodríguez Vera, Cristina del Pilar Guarín Cortés, David Suspes Celis, Bernardo Beltrán Hernández, Héctor Jaime Beltrán Fuentes, Gloria Stella Lizarazo, Luz Mary Portela León, Norma Constanza Esguerra Forero, Lucy Amparo Oviedo Bonilla, Gloria Anzola de Lanao, Ana Rosa Castiblanco Torres e Irma Franco Pineda durante el operativo de retoma. Asimismo, el caso se relaciona con la presunta desaparición y posterior ejecución del magistrado Carlos Horacio Urán Rojas, así como sobre la presunta detención y tortura de Yolanda Santodomingo Albericci, Eduardo Matson Ospino, Orlando Quijano y José Vicente Rubiano Galvis. Adicionalmente, el caso trata sobre la alegada falta de esclarecimiento judicial de los hechos y la sanción de la totalidad de los responsables.

El Estado colombiano reconoció su responsabilidad por la desaparición forzada de Irma Franco Pineda y Carlos Augusto Rodríguez Vera, pero señaló que en los demás casos “no se encuentra demostrada la configuración de los elementos esenciales [de la desaparición forzada]” (párr. 224). También argumentó que corresponde a la Corte establecer las diferencias entre la desaparición de una persona, porque no se conoce su paradero, y la desaparición forzada. Lo anterior debido a que el Estado colombiano afirma que existen dos hipótesis respecto de lo ocurrido

con las presuntas víctimas del Palacio de Justicia. Una primera en virtud de la cual las personas desaparecidas murieron durante los hechos del 6 y 7 de noviembre de 1985 y se desconoce el paradero de sus restos, y una segunda donde se plantea que salieron con vida en custodia de agentes estatales y fueron víctimas de DFP.

Sobre este aspecto, la CorIDH resalta que ha de ser indistinta la manera en que alguien adquiere la privación de la libertad, a los fines de la caracterización del hecho como una DFP. Es decir, en su criterio, cualquier forma de privación de la libertad satisface este requisito (párr. 232). Dicho en otras palabras, la DFP puede tener origen en una detención ilegal o legal de manera indistinta.

La Corte reitera además un tercer requisito judicial, representado por la prueba indiciaria como medio de prueba idóneo en los casos de DFP. Así, por ejemplo, dicho tribunal, en el Caso González Medina y familiares vs. República Dominicana²², a través de prueba indiciaria “concluyó que la víctima había sido detenida y, posteriormente, desaparecida forzosamente” (párr. 233). Tomando como base lo establecido en el Caso Heliodoro Portugal vs. Panamá²³ y el ya citado Caso González Medina y familiares vs. República Dominicana, la Corte insiste en que los tres elementos que deben ser tenidos en cuenta para que sea probatoria la DFP no pueden entenderse de manera aislada o dividida, sino, por el contrario, los tres constituyen cierta unidad de la cual no pueden abstraerse los Estados parte para evadir su responsabilidad internacional.

A través de la ponderación de prueba indiciaria, la Corte pudo establecer lo siguiente:

1. Cristina del Pilar Guarín Cortés, Bernardo Beltrán Hernández, David Suspes Celis, Gloria Stella Lizarazo Figueroa, Gloria Anzola de Lanao, Norma Constanza Esguerra Forero, Luz Mary Portela León, Héctor Jaime Beltrán Fuentes, Lucy Amparo Oviedo Bonilla y Ana Rosa Castiblanco Torres, al momento de los hechos, fueron considerados y tratados como sospechosos de ser colaboradores de la guerrilla por parte de las autoridades estatales, en razón de ser trabajadores de la cafetería o visitantes ocasionales del Palacio el día de los hechos y no haber podido justificar su presencia en ese lugar. Su detención en un comienzo fue justificada y razonable dentro del derecho que asiste al Estado a mantener la seguridad y el orden público.

22 Cf. supra n. 10, *ix*). (N. del Ed.)

23 Cf. supra n. 8, *vii*). (N. del Ed.)

2. Las personas detenidas posteriormente fueron conducidas a la Casa del Florero. Durante el traslado, existen contradicciones en relación con la lista de personas que fueron conducidas a este lugar. No hay registro ni evidencia del sitio donde fueron remitidos una vez se valoraba la información preliminar de los sospechosos. Sobre esta omisión, la Corte ha considerado que toda detención, independientemente del motivo o duración de la misma, debe ser registrada en el documento pertinente, señalando con claridad las causas de la detención, quién la realizó, la hora de detención y la hora de su puesta en libertad, así como la constancia de que se dio aviso al juez competente, como mínimo, a fin de proteger contra toda interferencia ilegal o arbitraria de la libertad física. (párr. 247)

Esta previsión, a juicio de la Corte, no solo está orientada como garantía contra la DFP, sino que además podía posteriormente ayudar a la identificación de las personas que no sobrevivieron. Una tal falta de registro se constituye en un indicio que revela que las autoridades ocultaron información sobre los sospechosos, lo cual es acorde con la negativa de suministrar información como tercer elemento constitutivo de la DFP.

Convención Internacional para la Protección de Todas las Personas contra las Desapariciones Forzadas

En el Sistema Universal de Protección de los Derechos Humanos (SUPDH), el primer antecedente concreto de la garantía respecto de la DFP se encuentra en la Declaración sobre la Protección de Todas las Personas contra las Desapariciones Forzadas (DPPDF) de las Naciones Unidas, emitida en 1992. Se reconoce de manera expresa la necesidad de que los Estados se comprometan a no cometer, autorizar ni tolerar desapariciones forzadas, pues se trata de una conducta que atenta contra la dignidad humana y es contraria a la Carta de las Naciones Unidas. Desde entonces se advertía que los actos de DFP estaban orientados a sustraer a las víctimas de la protección de la ley y a causarles graves sufrimientos a estas y a sus familiares. Por lo tanto, era necesario adoptar todas las medidas legislativas, administrativas, judiciales y otras medidas eficaces para prevenir o erradicar los actos de DFP en los territorios sujetos a su jurisdicción (DPPDF, art. 3).

Uno de los puntos más importantes de este instrumento consistía en que, según el art. 10, los Estados deben garantizar de manera particular tres aspectos, a saber:

1. Toda persona privada de la libertad deberá ser mantenida en lugares de detención oficialmente reconocidos.
2. Estar en disposición de proporcionar rápidamente información exacta sobre la detención de esas personas y el lugar o los lugares donde se cumple, incluidos los lugares de transferencia, a los miembros de su familia, su abogado o cualquier otra persona.
3. En todo lugar de detención deberá haber un registro oficial actualizado de todas las personas privadas de libertad.

No obstante, en el año de 1980, a través de la Resolución N.º 20 de 29 de febrero de 1980, la ComIDH decidió establecer por un año la consolidación de un Grupo de Trabajo sobre desapariciones forzadas o involuntarias, compuesto por cinco de sus miembros en calidad de expertos a título individual, y desde entonces se ha renovado dicho mandato²⁴.

Estos esfuerzos fueron reforzados por la CIPPDF, adoptada por la Asamblea General de las Naciones Unidas el 20 de diciembre de 2006, en donde se establece la prohibición expresa de la DFP y sobre la cual no es posible establecer excepciones ni en contextos de emergencia pública, ni en situaciones de inestabilidad política interna o de guerra.

Cuando entró en vigor la CIPPDF se estableció el Comité contra las Desapariciones Forzadas (CDF), que actúa de manera coordinada y conjunta con el Grupo de Trabajo sobre Desapariciones Forzadas o Involuntarias (GTDFI). Para el caso de Colombia, el GTDFI publicó un informe en el año de 1988, luego de la visita que realizó la comisión de expertos desde el 24 de octubre hasta el 2 de noviembre de 1988²⁵. Posteriormente, se llevó a cabo otra misión, por invitación del Gobierno de Colombia, del 5 al 13 de julio de 2005²⁶.

²⁴ El mandato de este grupo es ayudar a los familiares de las personas desaparecidas a averiguar la suerte y el paradero de dichas personas. También este grupo recibe solicitudes de apoyo para esclarecer desapariciones que son transmitidos a los Estados requiriéndolos para adelantar indagaciones sobre la suerte de dichas personas.

²⁵ Este informe puede ser consultado en línea a través de: <https://documents-dds-ny.un.org/doc/UNDOC/GEN/G89/103/87/PDF/G8910387.pdf?OpenElement>

²⁶ Este informe puede ser consultado en línea a través de: <https://documents-dds-ny.un.org/doc/UNDOC/GEN/G06/102/28/PDF/G0610228.pdf?OpenElement>.

Los elementos de mayor preocupación advertidos por el GTDFI en el año de 1988 fueron:

1. Impunidad y falta de enjuiciamiento de presuntos violadores de los DDHH en tribunales militares es una práctica poco seria (párr. 20).
2. La desaparición no se incluía en el Código Penal colombiano como un delito tipificado, razón por la cual se suele englobar en la figura de “secuestro”.
3. El alcance del *habeas corpus* tal y como estaba regulado en el ordenamiento jurídico interno no podía ser considerado como un mecanismo de protección idónea de la libertad física o personal en los casos de DFP.
4. Para el año 2005 Colombia contaba con un marco constitucional mucho más garantista, ya se había tipificado la DFP como delito autónomo y se evidenció un fortalecimiento institucional que implicó la creación de una Comisión Nacional de Búsqueda de Personas Desaparecidas y un mecanismo de protección denominado de búsqueda urgente, creado a través de la Ley 971 de 2005. A pesar de estos avances, el GTDFI advirtió una brecha entre el progreso jurídico y la aplicación práctica, entre la tipificación del delito de desaparición forzada y los agentes no estatales, entre la determinación de la suerte y el paradero de las víctimas y los innumerables casos que no se denuncian.

Colombia es un Estado parte de la CIPPDF, la cual define la DFP como:

El arresto, la detención, el secuestro o cualquier otra forma de privación de libertad que sean obra de agentes del Estado o por personas o grupos de personas que actúan con la autorización, el apoyo o la aquiescencia del Estado, seguida de la negativa a reconocer dicha privación de libertad o del ocultamiento de la suerte o el paradero de la persona desaparecida, sustrayéndola a la protección de la ley. (art. 2)

En materia penal, según este instrumento, los Estados se comprometen a tomar medidas para imputar responsabilidad penal a quien cometa la conducta de manera directa o indirecta (acción u omisión). Así las cosas, en la tabla 1 se presentan los elementos a considerar en la imputación de responsabilidad según lo consagrado en el artículo 6 de la CIPPDF.

Tabla 1. Elementos a considerar en la imputación de responsabilidad penal según el artículo 6 de la CIPPDF

Hipótesis A		Hipótesis B	
A toda persona que		Al superior que	
Cometa, ordene o induzca a la comisión de una desaparición forzada, intente cometerla, sea cómplice o participe en esta.	Haya tenido conocimiento de que los subordinados bajo su autoridad y control efectivos estaban cometiendo o se proponían cometer un delito de desaparición forzada, o haya conscientemente hecho caso omiso de información que lo indicase claramente.	Haya ejercido su responsabilidad y control efectivos sobre las actividades con las que el delito de desaparición forzada guardaba relación.	No haya adoptado todas las medidas necesarias y razonables a su alcance para prevenir o reprimir que se cometiese una desaparición forzada, o para poner los hechos en conocimiento de las autoridades competentes a los efectos de su investigación y enjuiciamiento.

Fuente: elaboración propia.

Además, se establece que ninguna orden o instrucción de una autoridad pública, sea esta civil, militar o de otra índole, puede ser invocada para justificar un delito de DFP. Esto implica, entonces, que se debe propender por la eliminación del principio de obediencia debida como eximente de responsabilidad.

Obediencia debida: elementos generales para su comprensión en el contexto colombiano

La Ley 589 de 2000 tipifica los delitos de genocidio, desaparición forzada, desplazamiento forzado y la tortura en Colombia. Asimismo, se adicionaron a la Ley 599 de 2000 varios elementos que deben ser considerados para entender el alcance de la obediencia debida y su prohibición como eximente de responsabilidad.

Así, por ejemplo, el artículo 32 de la Ley 599 de 2000 establece algunas causales en donde existe ausencia de responsabilidad y de manera expresa señala que “no se podrá reconocer la obediencia debida cuando se trate de delitos de genocidio, desaparición forzada y tortura”. Además, el término de prescripción de este delito es de treinta (30) años²⁷ (art. 83).

²⁷ Este término de prescripción ha sido modificado por el art. 1, Ley 1309 de 2009, el art. 1, Ley 1426 de 2010, y el art. 16, Ley 1719 de 2014.

La tipificación hecha de este delito en el Código Penal colombiano establece que

[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 de veinte (20) a treinta (30) años, multa de mil (1.000) a tres mil (3.000) salarios mínimos legales mensuales vigentes y en interdicción de derechos y funciones públicas de diez (10) a veinte (20) años. (art. 165)

A la misma pena quedará sometido el servidor público o el particular que actúe bajo la determinación o la aquiescencia de aquél, y realice la conducta descrita en el inciso anterior.

Con este entendido, y a partir de la expedición de un nuevo Código Penal Militar a través de la Ley 1407 del 17 de agosto de 2010, se excluye expresamente el delito de DFP del ámbito de competencia del fuero militar. Lo cual sin lugar a dudas propicia las garantías de exclusión de la obediencia debida como eximente de la responsabilidad penal. El GTDFI estableció en el año 2011 que aun cuando en Colombia el marco constitucional, legal y jurisprudencial, en especial el de la Corte Constitucional, han excluido expresamente el delito de DFP del ámbito de competencia del fuero militar, “resulta alarmante que numerosos casos de desaparición forzada continúen siendo conocidos por tribunales militares” (párr. 9).

Según la Corte Constitucional de Colombia,

esta regla de la obediencia debida, de nuevo justificable y proporcional, en la medida en que la desaparición forzada como crimen abominable y muy gravoso para los individuos, sus familias y allegados que la sufren, incluso hasta ser reconocida como de lesa humanidad cuya represión hace parte de las normas del *ius cogens*. (CorCC, Sentencia C-620, 2011)

Desde los desarrollos esbozados por la jurisprudencia constitucional, se ha establecido que las órdenes militares violatorias de los DDHH no deben ser ejecutadas y que, en caso de serlo, tales órdenes no podrán ser alegadas como eximentes de responsabilidad²⁸ (CorCC, Sentencia C-578, 1995). De esta forma, es claro que el principio de obediencia debida no es absoluto, es decir, no implica una “obediencia ciega”, que niegue la condición del individuo en cuanto ser digno, razonable y autónomo (CorCC, Sentencia T-962, 2000). Incluso esta prohibición

²⁸ En este evento, no se remite a duda que el militar subalterno que se abstiene de observar una orden militar que comporte la violación de los derechos fundamentales intangibles, no podrá ser objeto de sanción penal o disciplinaria.

tiene un fundamento constitucional establecido en el artículo 91²⁹. Sin embargo, el inciso 2.º de este precepto constitucional dispone que “los militares en servicio quedan exceptuados de esta disposición. Respecto de ellos, la responsabilidad recaerá únicamente en el superior que da la orden”, cuyo alcance según la propia Corte es limitado, pues únicamente es aplicable cuando se establece que el inferior pudo tener una duda razonable acerca de la licitud de la orden, pero no lo es cuando la orden es manifiestamente delictiva (CorCC, Sentencia C-580, 2002). La DFP es una conducta abiertamente contraria a los DDHH, razón por la cual una orden en el sentido de cometer esta conducta es abiertamente ilegal.

El SIPDH ha establecido un rechazo a la impunidad que promueven las leyes de amnistía, prescripción e indulto, reconociendo la obediencia debida como una defensa para los crímenes cometidos por agentes de los Estados Parte de la CADH. Es decir, a juicio de la Corte Interamericana,

son inadmisibles las disposiciones de amnistía, las disposiciones de prescripción y el establecimiento de excluyentes de responsabilidad que pretendan impedir la investigación y sanción de los responsables de las violaciones graves de los derechos humanos, tales como la tortura, las ejecuciones sumarias, extralegales o arbitrarias y las desapariciones forzadas, todas ellas prohibidas por contravenir derechos inderogables reconocidos por el Derecho Internacional de los Derechos Humanos. (CorIDH, Caso Barrios Altos vs. Perú)³⁰

La obediencia debida es considerada en el marco del SIPDH un criterio que impide el cumplimiento de las obligaciones de garantía, investigación, sanción, reparación e incluso prevención que en ninguna circunstancia puede ser tolerada por los Estados parte en virtud de su ordenamiento jurídico interno.

Conclusiones

Los casos sobre desaparición forzada que han sido puestos en conocimiento de la CorIDH contra México y Colombia representan un marco inicial de protección importante, pero insuficiente, pues muy poco se ha avanzado en la inclusión de las garantías de no repetición como eje fundamental de las medidas de reparación

29 Este precepto constitucional establece que “en caso de infracción manifiesta de un precepto constitucional en detrimento de alguna persona, el mandato superior no exime de responsabilidad al agente que lo ejecuta”.

30 *xvii*) Caso Barrios Altos vs Perú. La ficha técnica está disponible en internet: http://www.corteidh.or.cr/CF/jurisprudencia2/ficha_tecnica.cfm?nId_Ficha=267

integral necesarias para combatir este flagelo, que se ha agudizado en Latinoamérica por diversas razones.

Tanto en la jurisprudencia interamericana como en la proveniente de la CorCC, se insiste en que en los casos de DFP las obligaciones de investigación y reparación son fundamentales para combatir de manera frontal la impunidad. La prohibición de que la obediencia debida sea considerada como causal de eximente de responsabilidad constituye un avance importante en el cumplimiento de los estándares internacionales en relación con los elementos que deben observarse en la jurisdicción interna de los Estados para realizar las investigaciones, en clave de satisfacer los derechos a la verdad, la justicia y la reparación de las víctimas de DFP.

Así, por ejemplo, el hecho de darle un papel muy importante como medio de prueba a la prueba indiciaria constituye un elemento novedoso que sin lugar a dudas permitirá que este criterio empiece a ser observado por los tribunales internos de los Estados Parte de la CADH en aquellos casos en los cuales existe imposibilidad de acudir a la prueba directa o física para probar consumación del hecho. Con este supuesto, la aplicación del “control de convencionalidad” sigue consolidándose como un criterio de obligatorio cumplimiento y cuya inobservancia puede acarrear el compromiso de la responsabilidad internacional del Estado ante el SIPDH. De ahí que el Caso Rodríguez Vera y otros (desaparecidos del Palacio de Justicia) vs. Colombia sea emblemático en relación con la relevancia de la prueba indiciaria en los hechos de DFP.

Otro aspecto que merece ser analizado con detenimiento tiene que ver con la forma en que convergen las garantías establecidas ante la DFP en el SUDH y en el SIDH, pues definitivamente los informes del GTDFI enriquecen el ejercicio de revisión de las garantías instituidas en el ordenamiento interno de los Estados Parte de la CADH. Pues en virtud de la obligación consagrada en el art 2 de este instrumento, existe un compromiso de adoptar disposiciones legislativas o de otro tipo con arreglo a sus procedimientos constitucionales o de otra índole que fueran necesarias para hacer efectivos tales derechos y libertades.

Y más aún, existe un reto que apenas empieza a vislumbrarse en el sentido de cómo articular los alcances de la responsabilidad del Estado (CorIDH) y de la responsabilidad individual (Corte Penal Internacional [CorPI]), pues la DFP se erige como un punto de encuentro y sobre el cual existen obligaciones concretas en cada uno de dichos escenarios.

Así las cosas, Colombia es Estado Parte del ER de la CorPI, instrumento que impone obligaciones de protección, respeto, garantía y protección adicional a los

marcos de protección instituidos desde el SIPDH, los cuales deben ser analizados desde una perspectiva complementaria e integradora.

Es claro que Colombia ha avanzado en la consolidación de mecanismos de protección judicial y no judicial de los DDHH. Pero en materia de DFP el camino por recorrer aún es muy largo. La existencia de un mecanismo de origen constitucional y de desarrollo legal como es el caso del “Mecanismo de Búsqueda Urgente de Personas Desaparecidas” es un primer paso que requiere el compromiso del Estado y sus agentes en la socialización de esta herramienta, pues aún es alto el desconocimiento de su existencia, lo cual sin lugar a dudas limita la efectividad del recurso.

Asimismo, uno de los principales retos en contextos de justicia transicional es la búsqueda de las personas desaparecidas por diversos motivos. En primer lugar, porque la obligación de investigación supone encontrar a la víctima y procurar la reparación integral de los derechos conculcados. Tanto así que en el contexto de la ONU, los principios y directrices de carácter básico sobre el derecho de las víctimas de violaciones manifiestas de las normas internacionales de DDHH y de violaciones graves del DIH, permiten interponer recursos y obtener reparaciones. Además, en el SIPDH esto puede hacerse a través del estándar instituido sobre reparación integral, la búsqueda de las personas desaparecidas, la plena identificación de los cadáveres de las personas asesinadas, la ayuda para recuperarlos y volver a inhumarlos según el deseo explícito o presunto de la víctima o las prácticas culturales de su familia y comunidad. Todas las anteriores constituyen medidas de satisfacción.

En segundo lugar, la desaparición forzada en contextos de terminación de un conflicto armado o de transición de un gobierno dictatorial a un gobierno democrático suponen del Estado esfuerzos de articulación interinstitucional de tipo técnico y especializado para implementar los estándares de investigación adecuada y eficaz, conforme a los términos de los artículos 8 y 25 de la CADH.

En este sentido, incluso los parientes, desde el punto de vista psicosocial, no estarán en condiciones de superar la afectación a sus derechos hasta tanto tengan certeza del paradero de su familiar desaparecido. Para el Estado, la imposibilidad de cumplir con esta obligación puede representar impunidad jurídica, según ha ocurrido en los casos donde se ha imputado responsabilidad internacional a Colombia y en donde los procesos continúan abiertos ante la CorIDH durante décadas (por ejemplo, en el Caso Caballero Delgado y Santana).

Es importante que la CorIDH continúe avanzando también en la concreción de medidas de reparación más precisas y orientadas a resaltar la importancia de las garantías de no repetición como un mecanismo efectivo de lucha contra este fenómeno. Pues de alguna u otra manera se ha concentrado en otro tipo de medidas indemnizatorias, de satisfacción, de rehabilitación, dejando por fuera este otro tipo de medidas que en la práctica apuntan al cumplimiento de la obligación de prevención, cuyo origen es convencional en el SIPDH.