Sentencia C-580/02

CONTROL DE CONSTITUCIONALIDAD DE TRATADO INTERNACIONAL Y LEY APROBATORIA-Negociación y celebración/CONTROL DE CONSTITUCIONALIDAD DE TRATADO INTERNACIONAL Y LEY APROBATORIA-Facultades del representante del Estado colombiano

CONVENCION DE VIENA SOBRE EL DERECHO DE LOS TRATADOS ENTRE ESTADOS-Validez en la representación de un Estado

TRATADO INTERNACIONAL-Representación de un Estado por una persona natural

TRATADO INTERNACIONAL-No necesidad de plenos poderes para negociación y adopción por ejercicio de representación y posterior otorgamiento

TRATADO INTERNACIONAL-Saneamiento de ineficiencia por posterior otorgamiento de plenos poderes

TRATADO INTERNACIONAL-Saneamiento de falta de plenos poderes para autenticar el texto

LEY APROBATORIA DE TRATADO INTERNACIONAL-Procedimiento de tracto largo, de doble tracto o solemne

LEY APROBATORIA DE TRATADO INTERNACIONAL-Trámite ordinario con una particularidad

TRATADO INTERNACIONAL Y LEY APROBATORIA-Remisión a la Corte Constitucional/TRATADO INTERNACIONAL Y LEY APROBATORIA-Remisión extemporánea a la Corte Constitucional

CONVENCION INTERAMERICANA SOBRE DESAPARICION FORZADA DE PERSONAS-Objeto y fin/CONVENCION INTERAMERICANA SOBRE DESAPARICION FORZADA DE PERSONAS-Mecanismos necesarios para garantizar eficacia

El presente tratado tiene como objeto especificar las obligaciones que tienen los Estados dentro del sistema interamericano de protección de los derechos humanos en relación con la desaparición forzada de personas. Como lo ha reconocido la Corte Interamericana de Derechos Humanos, aun en ausencia de un tratado que las especifique, la gran mayoría de las obligaciones estatales en relación con la desaparición forzada de personas proviene del reconocimiento mismo de los derechos humanos. De tal forma, el solo reconocimiento de ciertos derechos, bien sea a través de la costumbre, de las normas convencionales, o de cualquiera de las fuentes de derecho internacional contempladas en el artículo 38 del Estatuto de la Corte Internacional de Justicia o reconocidas por la jurisprudencia internacional, obliga a los Estados a crear los mecanismos necesarios para garantizar su eficacia dentro de sus respectivas jurisdicciones. La selección de los mecanismos de protección adecuados, la determinación de la forma de desarrollarlos y la creación de mecanismos de cooperación internacional resultan determinantes a la hora de garantizar la eficacia pretendida. Con todo, estos son aspectos que, por su especificidad, difícilmente pueden ser resueltos a través del derecho internacional consuetudinario o del solo reconocimiento convencional de determinados derechos. El presente tratado tiene por objeto fijar pautas a las cuales deben sujetarse los ordenamientos internos de los Estados que hacen parte del sistema interamericano de protección de los derechos humanos. En tal

medida, sus disposiciones no resultan directamente aplicables en los ordenamientos internos, sino que deben ser desarrolladas por los Estados a través de normas internas. Las cláusulas del tratado imponen a los Estados obligaciones de prevenir, suprimir y sancionar la desaparición forzada, con el fin de erradicarla de los países del sistema interamericano, contribuyendo de este modo a proteger los múltiples derechos fundamentales vulnerados con tal conducta. La Convención impone ciertos deberes a los Estados, como sujetos obligados a protegerlos. Por otra parte, la misma Convención afirma que los Estados no pueden eximirse de cumplir tales deberes en ningún caso, y que el delito no es aceptable ni siquiera durante los estados de excepción.

DERECHO PENAL INTERNACIONAL-Surgimiento

CONVENCION INTERAMERICANA SOBRE DESAPARICION FORZADA DE PERSONAS-Mecanismo de erradicación del delito

A pesar de que la presente Convención no constituye en estricto sentido un tratado de derechos humanos sino más bien un mecanismo de erradicación del delito, comparte con aquellos el mismo fin protector de los derechos esenciales de las personas. En tal medida, puede afirmarse que desde un punto de vista teleológico la Convención reconoce los derechos humanos y establece mecanismos que contribuyen en gran medida a su protección.

BLOQUE DE CONSTITUCIONALIDAD EN CONVENCION INTERAMERICANA SOBRE DESAPARICION FORZADA DE PERSONAS-Garantías no expresas en la Constitución o adscritas

DESAPARICION FORZADA EN ESTADOS DE EXCEPCION-Deberes del Estado de abstenerse de realizar y de impedir/DESAPARICION FORZADA-Deberes del Estado

CONVENCION INTERAMERICANA SOBRE DESAPARICION FORZADA DE PERSONAS-Definición

CONVENCION INTERAMERICANA SOBRE DESAPARICION FORZADA DE PERSONAS-Ambito de aplicación de la definición/CONVENCION INTERAMERICANA SOBRE DESAPARICION FORZADA DE PERSONAS-Efectos de la definición

CONVENCION INTERAMERICANA SOBRE DESAPARICION FORZADA DE PERSONAS-Definición impone a penas un mínimo de elementos del tipo/CONVENCION INTERAMERICANA SOBRE DESAPARICIÓN FORZADA DE PERSONAS-Facultades del Estado de asumir mayores responsabilidades en la protección

CONVENCION INTERAMERICANA SOBRE DESAPARICION FORZADA DE PERSONAS-Coexistencia de otras fuentes de derecho que amplíen alcance de responsabilidad del Estado/CONVENCION INTERAMERICANA SOBRE DESAPARICION FORZADA DE PERSONAS-Mínimo que debe ser protegido por Estados sin perjuicio de adopción de definiciones más amplias/CONVENCION INTERAMERICANA SOBRE DESAPARICION FORZADA DE PERSONAS-Elementos de definición no tienen efectos sobre determinación de responsabilidades penales individuales

DESAPARICION FORZADA-Instrumentos internacionales

DESAPARICION FORZADA-Instrumentos internacionales son complementarios/DESAPARICION FORZADA-Ampliación del tipo penal para reforzar protección de derechos involucrados

DESAPARICION FORZADA-Soberanía del Estado para establecer regímenes de protección más rigurosos

CONVENCION INTERAMERICANA SOBRE DESAPARICION FORZADA-Consagración de una categoría de sujeto activo determina el alcance mínimo de obligación internacional de Estados de tipificarlo

CONVENCION INTERAMERICANA SOBRE DESAPARICION FORZADA DE PERSONAS-Exigencia por el Estado para que se configure la conducta punible/CONVENCION INTERAMERICANA SOBRE DESAPARICION FORZADA DE PERSONAS-Privación de libertad seguida de ocurrencia de una de varias circunstancias

CONVENCION INTERAMERICANA SOBRE DESAPARICION FORZADA DE PERSONAS-Falta de información o negativa a reconocer el hecho o a informar sobre el paradero

CONVENCION INTERAMERICANA SOBRE DESAPARICION FORZADA DE PERSONAS-Obligación de los Estados de tipificar el delito

CONVENCION INTERAMERICANA SOBRE DESAPARICION FORZADA DE PERSONAS-Tipificación y dosificación de penas

Este delito debe considerarse como de ejecución continuada o permanente hasta que no se conozca el paradero de la víctima. Esta obligación resulta razonable si se tiene en cuenta que la falta de información acerca de la persona desaparecida impide a la víctima y a sus familiares el ejercicio de las garantías judiciales necesarias para la protección de sus derechos y para el esclarecimiento de la verdad: la persona sigue desaparecida. Esta situación implica que la lesión de los bienes protegidos se prolonga en el tiempo, y por tanto, la conducta sigue siendo típica y antijurídica hasta que el conocimiento que se tenga acerca del paradero de la persona permita el ejercicio de tales garantías judiciales. En esa medida, la conducta de desaparición forzada se realiza durante el tiempo en que se prolongue la privación de la libertad y no se tenga información acerca de la persona o personas que se encuentren en tal circunstancia.

CONVENCION INTERAMERICANA SOBRE DESAPARICION FORZADA DE PERSONAS-Circunstancias de atenuación punitiva

CONVENCION INTERAMERICANA SOBRE DESAPARICION FORZADA DE PERSONAS-Medidas para establecer jurisdicción

CONVENCION INTERAMERICANA SOBRE DESAPARICION FORZADA DE PERSONAS-Reglas para adecuar y armonizar normas sobre extradición de los Estados

EXTRADICION-Prohibición por delitos políticos

DESAPARICION FORZADA-Determinación legislativa de no constituir delito político para efectos de extradición

EXTRADICION EN DESAPARICION FORZADA-Mecanismo proporcionado de cooperación internacional para erradicación

EXTRADICION EN DESAPARICION FORZADA-Sujeción a propias autoridades si no se concede

LIBERTAD PERSONAL-Legalidad del procedimiento por privación material/PENA IMPRESCRIPTIBLE-Prohibición constituye restricción de motivos por los cuales el Estado puede privar de la libertad/PENA IMPRESCRIPTIBLE-Prohibición constituye vigencia temporal de decisiones

Las reglas contenidas en los dos primeros incisos van encaminadas a preservar la legalidad del procedimiento mediante el cual se priva materialmente a una persona de su libertad. Es decir, se restringe la forma como el Estado puede ejercer dicha actividad. Entre tanto, las garantías contenidas en el último inciso restringen en alguna medida los motivos por los cuales el Estado puede privar de la libertad a las personas –al prohibir la detención, prisión y el arresto por deudas-, y la vigencia temporal de las decisiones a través de las cuales puede ejecutar materialmente la decisión de privar de la libertad a una persona, en particular, a través de las penas y las medidas de seguridad.

LIBERTAD PERSONAL-Regulación directa de actividad material del Estado

LIBERTAD PERSONAL-Objetivo básico de reglas de disposición constitucional

Es necesario concluir que, si bien las reglas contenidas en el artículo 28 constitucional tienen repercusiones fundamentales en relación con los límites de la actividad del legislador, y con las facultades de los demás órganos del Estado, su objetivo básico es el de condicionar la actividad de las autoridades encargadas de ejecutar las decisiones a través de las cuales el Estado ejecuta la privación de la libertad a una persona. Es decir, dichas reglas van dirigidas principalmente a regular la actividad de quienes disponen de los medios de coerción necesarios para privar de la libertad a las personas.

LIBERTAD PERSONAL-Sentido de regla constitucional/LIBERTAD PERSONAL-Restricción de actividad material del Estado

LIBERTAD PERSONAL-Referencia a reglas del debido proceso y demás garantías constitucionales/CLAUSULA GENERAL DE LIBERTAD-Interpretación expansiva del contenido de garantías

LIBERTAD PERSONAL-Alcance de la potestad legislativa

LIBERTAD PERSONAL-Motivos fundados para que autoridad judicial efectúe privación/LIBERTAD PERSONAL-Resolución de privación

LIBERTAD PERSONAL-Constitucionalidad del término de duración de resolución de privación

LIBERTAD PERSONAL-Sola iniciación de acción penal no comporta afectación inminente

PRESCRIPCION DE LA ACCION PENAL-No concebida como mecanismo de protección frente a la libertad salvo resolución de autoridad judicial que la afecte

PRESCRIPCION DE LA ACCION PENAL FRENTE A LA LIBERTAD-Alcance de la protección

ACCION PENAL-Prohibición de imprescriptibilidad es garantía no absoluta del debido proceso

ACCION PENAL-Finalidad del Estado/PRESCRIPCION DE LA ACCION PENAL-Trato diferenciado por legislador del término dependiendo del delito

PRESCRIPCION DE LA ACCION PENAL-Criterios para fijación del término

DESAPARICION FORZADA-Prohibición impone al Estado deber especial de protección/DESAPARICION FORZADA-Ampliación de facultades legislativas para satisfacer interés en erradicar la impunidad/LIBERTAD DE CONFIGURACION LEGISLATIVA EN DESAPARICION FORZADA-Facultades para extender término de prescripción

DESAPARICION FORZADA-Interés general prevalente en conocer la verdad y responsabilidad individual e institucional por los hechos/DESAPARICION FORZADA-Mecanismos útiles para crear conciencia sobre magnitud de daños causados

ACCION PENAL POR DESAPARICION FORZADA-Imprescriptibilidad/ACCION PENAL POR DESAPARICION FORZADA-Términos de prescripción ante delito consumado

DESAPARICION FORZADA-Prohibición de aplicar causal de obediencia debida

DESAPARICION FORZADA -Obligación de impartir educación necesaria a funcionarios encargados de aplicar la ley

CONVENCION INTERAMERICANA SOBRE DESAPARICION FORZADA DE PERSONAS-Incompatibilidad con el servicio y exclusión de justicia penal militar

DESAPARICION FORZADA-Delitos que no tienen relación con el servicio

DESAPARICION FORZADA-No es de conocimiento de la jurisdicción penal militar

DESAPARICION FORZADA-No es un acto relacionado con el cumplimiento de funciones militares

DESAPARICION FORZADA-Exclusión para conocimiento de jurisdicciones especiales

CONVENCION INTERAMERICANA SOBRE DESAPARICION FORZADA DE PERSONAS-Fueros y competencias especiales para juzgamiento de algunos funcionarios del Estado

DESAPARICION FORZADA-Fueros y competencias especiales para juzgamiento de algunos funcionarios del Estado

ESTADOS DE NORMALIDAD Y ESTADOS DE EXCEPCION-Alcance respecto de los derechos y garantías/ESTADOS DE EXCEPCION-Intangibilidad de ciertos derechos

DESAPARICION FORZADA EN ESTADOS DE EXCEPCION-Prohibición

Referencia: expediente L.A.T.-218

Asunto: Revisión oficiosa de la “Ley 707 del 28 de noviembre de 2001 ‘Por medio de la cual se aprueba la Convención Interamericana sobre Desaparición Forzada de Personas’” hecha en Belem do Pará, el nueve de julio de 1994.

Magistrado Ponente:

Dr. RODRIGO ESCOBAR GIL

Bogotá D.C., treinta y uno (31) de julio de dos mil dos (2002).

I. ANTECEDENTES

En cumplimiento de lo establecido en el artículo 241-10 de la Constitución Política, la Secretaría Jurídica de la Presidencia de la República hizo llegar a la Corte Constitucional, el día 1 de diciembre de 2001, copia del texto de la Ley 707 del 28 de noviembre de 2001 “Por medio de la cual se aprueba la Convención Interamericana sobre Desaparición Forzada de Personas”, hecha en Belem do Para el nueve (9) de junio de mil novecientos noventa y cuatro (1994), con el fin de que se someta al respectivo control de constitucionalidad por parte de esta Corporación.

Mediante Auto del 10 de diciembre de 2001, el suscrito magistrado ponente asumió el conocimiento de la disposición enviada por la Presidencia de la República y ordenó oficiar a las Secretarías Generales del Senado de la República y de la Cámara de Representantes para que remitieran a esta Corporación los antecedentes legislativos de la norma en comento, con el fin de verificar el procedimiento mediante el cual fue aprobada. Así mismo, solicitó al Ministerio de Relaciones Exteriores las Certificaciones de los funcionarios que intervinieron en las negociaciones del instrumento internacional.

II. TEXTO DE LA LEY APROBATORIA DEL TRATADO

El texto de la norma conforme a su publicación en el Diario Oficial Año CXXXVII No. 44.632 del primero (1) de diciembre de 2001 es el que se transcribe a continuación:

“LEY 707 de 2001

EL CONGRESO DE COLOMBIA

Visto el texto de la “CONVENCION INTERAMERICANA SOBRE DESAPARICION FORZADA DE PERSONAS, hecha en Belem do Pará, el nueve de junio de mil novecientos noventa y cuatro (1994) que a la letra dice:

CONVENCION INTERAMERICANA SOBRE DESAPARICION FORZADA DE PERSONAS

Los Estados miembros de la Organización de los Estados Americanos,

PREOCUPADOS por el hecho de que subsiste la desaparición forzada de personas;

REAFIRMANDO que el sentido genuino de la solidaridad americana y de la buena vecindad no puede ser otro que el de consolidar en este Hemisferio, dentro del marco de las instituciones democráticas, un régimen de libertad individual y de justicia social, fundado en el respeto de

los derechos esenciales del hombre;

CONSIDERANDO que la desaparición forzada de personas constituye una afrenta a la conciencia del Hemisferio y una grave ofensa de naturaleza odiosa a la dignidad intrínseca de la persona humana, en contradicción con los principios y propósitos consagrados en la Carta de la Organización de Estados Americanos;

CONSIDERANDO que la desaparición forzada de personas viola múltiples derechos esenciales de la persona humana de carácter inderogable, tal como están consagrados en la Convención Americana sobre derechos Humanos, en la declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre y en la Declaración Universal de Derechos Humanos;

RECORDANDO que la protección internacional de los derechos humanos es de naturaleza convencional coadyuvante o complementaria de la que ofrece el derecho interno y tiene como fundamentos los atributos de la persona humana;

REAFIRMANDO que la práctica sistemática de la desaparición forzada de personas constituye un crimen de lesa humanidad;

ESPERANDO que esta Convención contribuya a prevenir, sancionar y suprimir la desaparición forzada de personas en el Hemisferio y constituya un aporte decisivo para la protección de los derechos humanos y el estado de derecho,

RESUELVEN adoptar la siguiente Convención Interamericana sobre Desaparición Forzada de Personas:

ARTICULO I

Los Estados Partes en esta Convención se comprometen a:

b) Sancionar en el ámbito de su jurisdicción a los autores, cómplices y encubridores del delito de desaparición forzada de personas, así como la tentativa de comisión del mismo;

c) Cooperar entre sí para contribuir a prevenir, sancionar y erradicar la desaparición forzada de personas; y

d) Tomar las medidas de carácter legislativo, administrativo, judicial o de cualquier otra índole, necesarias para cumplir con los compromisos asumidos en la presente Convención.

ARTICULO II

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

ARTICULO III

Los Estados Partes se comprometen a adoptar, con arreglo a sus procedimientos constitucionales, las medidas legislativas que fueren necesarias para tipificar como delito la desaparición forzada de personas, y a imponerle una pena apropiada que tenga en cuenta su extrema gravedad.

Dicho delito será considerado como continuado o permanente mientras no se establezca el destino o paradero de la víctima.

Los Estados Partes podrán establecer circunstancias atenuantes para los que hubieren participado en actos que constituyan una desaparición forzada cuando contribuyan a la aparición con vida de la víctima o suministren informaciones que permitan establecer la desaparición forzada de una persona.

ARTICULO IV

Los hechos constitutivos de la desaparición forzada de personas serán considerados delitos en cualquier Estado Parte. En consecuencia, cada Estado Parte adoptará las medidas para establecer su jurisdicción sobre la causa en los siguientes casos:

a) Cuando la desaparición forzada de personas o cualesquiera de sus hechos constitutivos hayan sido cometidos en el ámbito de su jurisdicción;

b) Cuando el imputado sea nacional de ese Estado;

c) Cuando la víctima sea nacional de ese Estado y éste lo considere apropiado.

Todo Estado Parte tomará, además, las medidas necesarias para establecer su jurisdicción sobre el delito descrito en la presente Convención cuando el presunto delincuente se encuentre dentro de su territorio y no proceda a extraditarlo.

Esta Convención no faculta a un Estado Parte para emprender en el territorio de otro Estado Parte el ejercicio de la jurisdicción ni el desempeño de las funciones reservadas exclusivamente a las autoridades de la otra Parte por su legislación interna.

ARTICULO V

La desaparición forzada de personas no será considerada delito político para los efectos de extradición.

La desaparición forzada se considerará incluida entre los delitos que dan lugar a extradición en todo tratado de extradición celebrado entre Estados Partes.

Los Estados Partes se comprometen a incluir el delito de desaparición forzada como susceptible de extradición en todo tratado de extradición que celebren entre sí en el futuro.

Todo Estado Parte que subordine la extradición a la existencia de un tratado y reciba de otro

Estado Parte con el que no tiene tratado una solicitud de extradición podrá considerar la presente Convención como la base jurídica necesaria para la extradición referente al delito de desaparición forzada.

Los Estado Partes que no subordinen la extradición a la existencia de un tratado reconocerán dicho delito como susceptible de extradición, con sujeción a las condiciones exigidas por el derecho del Estado requerido.

La extradición estará sujeta a las disposiciones previstas en la constitución y de más leyes del Estado requerido.

ARTICULO VI

La decisión que adopten dichas autoridades será comunicada al Estado que haya solicitado la extradición.

ARTICULO VII

La acción penal derivada de la desaparición forzada de personas y la pena que se imponga judicialmente al responsable de la misma no estarán sujetas a prescripción.

Sin embargo, cuando existiera una norma de carácter fundamental que impidiera la aplicación de lo estipulado en el párrafo anterior, el período de prescripción deberá ser igual al del delito más grave en la legislación interna, del respectivo Estado Parte.

ARTICULO VIII

No se admitirá la eximente de la obediencia debida a órdenes o instrucciones superiores que dispongan, autoricen o alienten la desaparición forzada. Toda persona que reciba tales órdenes tienen el derecho y el deber de no obedecerlas.

Los Estado Partes velarán asimismo porque, en la formación del personal o de los funcionarios públicos encargados de la aplicación de la ley, se imparta la educación necesaria sobre el delito de desaparición forzada de personas.

ARTICULO IX

Los presuntos responsables de los hechos constitutivos del delito de desaparición forzada de personas sólo podrán ser juzgados por las jurisdicciones de derecho común competentes en cada Estado, con exclusión de toda jurisdicción especial, en particular la militar.

Los hechos constitutivos de la desaparición forzada no podrán considerarse como cometidos en el ejercicio de las funciones militares.

No se admitirán privilegios, inmunidades, ni dispensas especiales en tales procesos, sin perjuicio de las disposiciones que figuran en la Convención de Viena sobre relaciones Diplomáticas.

ARTICULO X

En ningún caso podrán invocarse circunstancias excepcionales, tales como Estado de guerra o amenaza de guerra, inestabilidad política interna o cualquier otra emergencia pública, como justificación de la desaparición forzada de personas. En tales casos, el derecho a procedimientos o recursos judiciales rápidos eficaces se conservará como medio para determinar el paradero de personas privadas de libertad o su estado de salud o para individualizar a la autoridad que ordenó la privación de libertad o la hizo efectiva.

ARTICULO XI

Toda persona privada de libertad debe ser mantenida en lugares de detención oficialmente reconocidos y presentada sin demora, conforme a la legislación interna respectiva, a la autoridad judicial competente.

Los Estados Partes establecerán y mantendrán registros oficiales actualizados sobre sus detenidos y, conforme a su legislación interna, los pondrán a disposición de los familiares, jueces, abogados, cualquier persona con interés legítimo y otras autoridades.

ARTICULO XII

Los Estados Partes se prestarán recíproca cooperación en la búsqueda, identificación, localización y restitución de menores que hubieren sido trasladados a otro Estado o retenidos en éste, como consecuencia de la desaparición forzada de sus padres, tutores o guardadores.

ARTICULO XIII

Para los efectos de la presente Convención, el trámite de las peticiones o comunicaciones presentadas ante la Comisión Interamericana de Derechos Humanos en que se alegue la desaparición forzada de personas estará sujeto a los procedimientos establecidos en la Convención Americana sobre Derechos Humanos, y en los Estatutos y Reglamentos de la Comisión y de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, incluso las normas relativas a medidas cautelares.

ARTICULO XIV

Sin perjuicio de lo dispuesto en el artículo anterior, cuando la Comisión Interamericana de Derechos Humanos reciba una petición o comunicación sobre una supuesta desaparición forzada se dirigirá, por medio de su Secretaría Ejecutiva, en forma urgente y confidencial, al correspondiente gobierno solicitándole que proporcione a la mayor brevedad posible la información sobre el paradero de la persona presuntamente desaparecida y demás información que estime pertinente, sin que esta solicitud prejuzgue la admisibilidad de la petición.

ARTICULO XV

Nada de lo estipulado en la presente Convención se interpretará en sentido restrictivo de otros tratados bilaterales o multilaterales u otros acuerdos suscritos entre las Partes.

Esta Convención no se aplicará a conflictos armados internacionales regidos por los Convenios de Ginebra de 1949 y sus Protocolos, relativos a la protección de los heridos, enfermos y náufragos de las fuerzas armadas, y a prisioneros y civiles en tiempo de guerra.

ARTICULO XVI

La presente Convención está abierta a la firma de los Estados miembros de la Organización de los Estados Americanos.

ARTICULO XVII

La presente Convención está sujeta a ratificación. Los instrumentos de ratificación se depositarán en la Secretaría General de la organización de los Estados Americanos.

ARTICULO XVIII

La presente Convención quedará abierta a la adhesión de cualquier otro Estado. Los instrumentos de adhesión se depositarán en la Secretaría General de la Organización de los Estados Americanos.

ARTICULO XIX

Los Estados podrán formular reservas a la presente Convención en el momento de aprobarla, firmarla, ratificarla o adherirse a ella, siempre que no sean incompatibles con el objeto y propósito de la Convención y versen sobre una o más disposiciones específicas.

ARTICULO XX

La presente Convención entrará en vigor para los Estados ratificantes el trigésimo día a partir de la fecha en que se haya depositado el segundo instrumento de ratificación.

Para cada Estado que ratifique la Convención o adhiera a ella después de haber sido depositado el segundo instrumento de ratificación, la Convención entrará en vigor el trigésimo día a partir de la fecha en que tal Estado haya depositado su instrumento de ratificación o adhesión.

La presente Convención regirá indefinidamente, pero cualquiera de los Estados Partes podrá denunciarla. El instrumento de denuncia será depositado en la Secretaría General de la Organización de los Estados Americanos. Transcurrido un año contado a partir de la fecha de depósito del instrumento de denuncia la Convención cesará en sus efectos para el Estado denunciante y permanecerá en vigor para los demás Estados Partes.

ARTICULO XXII

El instrumento original de la presente Convención, cuyos textos en español, francés, inglés y portugués son igualmente auténticos, será depositado en la Secretaría General de la Organización de los Estados Americanos, la cual enviará copia auténtica de su texto, para su

registro y publicación, a la Secretaría de las Naciones Unidas, de conformidad con el artículo 102 de la Carta de las Naciones Unidas. La Secretaría General de la Organización de los Estados Americanos notificará a los Estados miembros de dicha Organización y a los Estados que se hayan adherido a la Convención, las firmas, los depósitos de instrumentos de ratificación, adhesión y denuncia, así como las reservas que hubiese.

En fe de lo cual los plenipotenciarios infrascritos, debidamente autorizados por sus respectivos gobiernos, firman el presente Convenio, que se llamará "Convención Interamericana sobre Desaparición Forzada de Personas".

HECHA EN LA CIUDAD DE BELEM DO PARA, BRASIL, el 9 de junio de mil novecientos noventa y cuatro.

III. INTERVENCIONES

3.1 Intervención de la Asociación de Familiares de Retenidos Desaparecidos

La Presidenta de la citada asociación, intervino en el proceso de la referencia efectuando las siguientes consideraciones:

-La Convención sobre la desaparición forzada constituye una muestra del reconocimiento gubernamental de la necesidad de incorporar a la legislación vigente herramientas que permitan juzgar y castigar el delito de desaparición forzada, en concordancia con el mandato del artículo 12 Superior el cual prescribe: "Nadie será sometido a desaparición forzada, a torturas ni tratos o penas crueles, inhumanos o degradantes".

-Por otra parte, este instrumento coadyuva a la legislación interna en la materia especialmente en lo que respecta a la Ley 589 de 2000 y constituye un nuevo avance en la construcción de un país democrático y en paz.

El Ministerio de Relaciones Exteriores intervino mediante apoderado, solicitando la declaratoria de exequibilidad de la Ley 707 de 2001, con fundamento en los siguientes argumentos:

-El Estado Colombiano, en concordancia con lo estipulado por los artículos I a IV de la citada Convención, que comprometen a los firmantes a no permitir ni tolerar la desaparición forzada, expidió la Ley 589 de 2000 en la cual se tipificó esta conducta como delito, tipo penal que posteriormente fue incorporado en el artículo 165 del Código Penal. La descripción de la conducta típica realizada en la Convención objeto de análisis, guarda perfecta relación con la que trae la legislación interna, aunque esta última fue más garantista en cuanto a la ampliación de los sujetos activos del delito, pues incluyó a los sujetos pertenecientes a grupos armados al margen de la ley.

-Por otra parte, en cuanto al artículo 5 de la Convención el cual señala que la extradición procederá con sujeción a las condiciones exigidas por el derecho del Estado requerido, resulta acorde con el artículo 35 de la Constitución Política.

-Igualmente, la exclusión de la obediencia debida como eximente de responsabilidad en los casos de desaparición forzada, encuentra perfecta relación con el ordinal 4 del artículo 32 del Código Penal, el cual contiene un prescripción en el mismo sentido, la cual ha sido avalada por la Corte Constitucional mediante la sentencia C-551 de 2001.

-En relación con el artículo 9 de la Convención relativo al juzgamiento de los autores o partícipes del delito por la jurisdicción común competente en cada Estado, advierte el interviniente que en nuestra legislación la competencia para el juzgamiento del delito de desaparición forzada se ha asignado a los jueces de circuito especializados, además el Código Penal Militar impide a la justicia militar asumir competencia para el conocimiento de esta conducta típica.

3.3 Intervención del Ministerio de Justicia y del Derecho

El Ministerio de Justicia y del Derecho intervino mediante apoderado efectuando las siguientes consideraciones:

-La Convención Interamericana sobre Desaparición Forzada de Personas aprobada mediante la Ley 707 de 2001 recoge en su contenido muchos de los postulados que sustentan el Estado Social de Derecho, y materializa el principio contenido el en el artículo 9 Superior el cual dispone que las relaciones exteriores del Estado se fundamentan en el reconocimiento de los principios de Derecho Internacional aceptados por Colombia.

-En el mismo sentido, afirma el interviniente que el tema de la sanción y prevención de la desaparición forzada de personas, guarda perfecta concordancia con el artículo 12 Superior el cual proscribe dicha conducta que lesiona derechos y garantías fundamentales de los individuos.

-Del mismo modo, la incorporación en la legislación interna de este tipo de instrumentos internacionales, fortalece los mecanismos de control a la desaparición forzada a través del intercambio de información y la cooperación judicial entre Estados, favoreciendo la labor de las instituciones nacionales que trabajan en la lucha contra este delito.

-Finalmente señala que la ley objeto de estudio constituye una herramienta que permite adelantar acciones conjuntas de control, prevención y sanción de la desaparición forzada de personas, todo ello dentro del marco que conforman los principios de Derecho Internacional y el respeto de la autonomía y soberanía de los Estados.

3.4 Intervención de la Fiscalía General de la Nación

El Fiscal encargado, remitió a esta Corporación escrito de intervención, en el que efectúa las siguientes consideraciones:

– La ley aprobatoria de la Convención Interamericana sobre Desaparición Forzada de Personas, responde a los compromisos internacionales que ha adquirido Colombia en esta materia, que encuentran estrecha relación con la preocupación mundial que ha generado el fenómeno de la desaparición forzada, y que se ha materializado en nuestro país en la

proscripción constitucional de esta conducta y en la aprobación de legislación interna con relación a este delito (artículo 165 Código Penal).

– Cita como antecedente de la Convención la Declaración de la Asamblea General ONU del año 1992, mediante la cual se determinó que el fenómeno de la desaparición forzada se presenta cuando: (i) exista privación de la libertad por agentes gubernamentales o grupos organizados que actuaran en nombre o con autorización del gobierno,(ii) se produjera la negativa a reconocer que la persona se encuentra privada de la libertad o que el sujeto se viera privado de la respectiva protección legal.

-Señala que el Estatuto de la Corte Penal Internacional consagra como sujeto activo del delito de desaparición forzada no sólo al Estado, sino que también incluye a los grupos al margen de la ley, criterio que adoptó nuestra legislación interna, primero mediante la Ley 589 de 2000 y posteriormente a través del Código Penal. En concepto del interviniente, este mayor ámbito de protección que establece nuestra ley penal no se opone a la definición plasmada en la Convención objeto de estudio, ya que la normatividad contenida en los tratados consagra un ámbito mínimo de protección que puede ser ampliado por los Estados partes.

– Por otra parte, aduce que los compromisos que consagra la Convención consistentes en que el delito de desaparición forzada debe ser considerado en la legislación interna como de carácter continuado o permanente mientras no se establezca el destino de la víctima, y que sea punible en la modalidad de tentativa en nada se oponen a la Carta ni a la legislación interna que prevé la existencia de dispositivos amplificadores del tipo penal.

– También considera ajustados a la Carta Política los artículos IV a VI que se refieren a la cooperación internacional, ya que en su concepto, los compromisos internacionales aceptados por los Estados demuestran que es compatible con el principio de soberanía el que un Estado decida autónomamente en ciertas circunstancias previamente establecidas, no aplicar su legislación interna a conductas punitivas realizadas dentro de su territorio o extender la aplicación de sus leyes a hechos acaecidos fuera de sus fronteras, pues tratándose de conductas consideradas como crímenes internacionales –como la que ocupa este análisis- , se considera que a toda la comunidad internacional le asiste interés el la protección de los bienes jurídicamente tutelados que se vulneran con esta conducta.

– Por último señala que se produce una perfecta coincidencia entre los valores protegidos por la Constitución Política y el convenio objeto de estudio, toda vez que este último encuentra su fundamento en el respeto a la dignidad de la persona humana criterio fundamente de nuestra normatividad superior.

3.5 Intervención del Ministerio de Defensa Nacional

El Ministerio de Defensa Nacional intervino mediante apoderado solicitando la declaratoria de exequibilidad de la Ley 707 de 2001 con base en los siguientes fundamentos:

-El tratado Internacional que se aprueba mediante la Ley 707 de 2001, se ajusta a los

principios fundamentales de respeto a la dignidad humana consagrados en nuestra Carta Política.

-Igualmente, anota que la desaparición forzada está proscrita en nuestra Carta Política y tipificada como delito en el Nuevo Código Penal, normatividad que representa un avance importante en materia de la protección a los derechos humanos, máxime si se tiene en cuenta que esta conducta transgrede diversos derechos fundamentales protegidos por nuestra Constitución y consagrados en diversos instrumentos internacionales de derechos humanos ratificados por el Estado Colombiano.

3.6 Intervención de la Comisión Colombiana de Juristas

La Comisión Colombiana de Juristas intervino a través de su Presidente para solicitar la declaratoria de exequibilidad de la ley 707 de 2001 con base en las siguientes consideraciones:

-El crimen de la desaparición forzada vulnera múltiples derechos entre los que se encuentran la dignidad humana, la integridad física, la vida, el de toda persona detenida a ser llevada ante la autoridad judicial, entre otros. Todos estos derechos se encuentran reconocidos en la Convención Americana sobre Derechos Humanos y en el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, los cuales son de obligatorio cumplimiento para nuestro país en virtud de las Leyes 16 de 1972 y 74 de1968, respectivamente, y de conformidad con el artículo 93 de la Constitución, prevalecen en el orden interno.

-Con relación a las obligaciones que surgen para los Estados en virtud de la Convención cuyo análisis se adelanta, señala el interviniente que de conformidad con el artículo primero de este instrumento internacional, allí se establecen dos tipos de compromisos: el primero, consistente en una obligación genérica para los Estados de tomar todas las medidas necesarias para cumplir con los compromisos asumidos en la Convención, el segundo se refiere a obligaciones precisas que se consagran a lo largo del texto de la Convención y que pueden enunciarse de la siguiente manera:

1. Obligación de tomar las medidas necesarias para garantizar el derecho a la justicia en los casos de desaparición forzada: Este compromiso tiene como fin principal garantizar a las personas la sanción efectiva para aquellos autores, copartícipes o cómplices del delito de desaparición forzada, en desarrollo del deber de garantía del Estado, consagrado en el artículo segundo Superior.

Esta realización de la justicia dentro del marco del Estado Social de Derecho incluye dos aspectos: a)La prohibición de conductas que atenten contra los derechos humanos y b) El establecimiento de mecanismos judiciales que permitan la sanción de estas conductas.

Al respecto, la Corte ha señalado que el derecho de acceso a la justicia consagrado en el artículo 229 Superior ostenta el carácter de fundamental ya que éste permite a todos las personas la efectiva realización de sus derechos.

De este reconocimiento del derecho de acceso a la justicia surgen diferentes derechos que se encuentran comprendidos en el mismo, ellos son el derecho a la verdad, entendida como la garantía que tienen los familiares a conocer la suerte de los suyos, el derecho a la reparación y a la justicia propiamente dicha.

La obligación de garantía del derecho a la justicia se concreta en la Convención Interamericana sobre Desaparición Forzada en varias medidas que los Estados deben adoptar. Ellas son: a) La tipificación como delito de la desaparición forzada de personas y la imposición de una pena apropiada de acuerdo a su extrema gravedad (artículo 3), b) El establecimiento de la jurisdicción del Estado sobre la causa en los casos en que el delito se haya cometido en su territorio, c) La consagración de la desaparición Forzada como delito susceptible de extradición, d) La exclusión o la limitación del término de prescripción de la acción penal. El artículo séptimo de la Convención establece que la acción y la sanción penal de éste delito no están sujetas a prescripción; sin embargo, el segundo inciso reconoce una excepción cuando exista una norma interna que impida la aplicación de la imprescriptibilidad, el período de prescripción debe ser igual al término de la sanción del delito más grave en la legislación del país. Esta excepción operaría para el Estado Colombiano. e)La prohibición de aceptar la obediencia debida como eximente de responsabilidad y por último, f) la prohibición de que presuntos responsables del delito sean juzgados por jurisdicciones especiales.

2. Obligación de tomar medidas para prevenir la desaparición forzada: Estas medidas deben estar dirigidas en primer orden, a velar porque los funcionarios públicos encargados de la aplicación de la ley reciban la educación necesaria sobre el delito de la desaparición forzada de personas; y en segundo orden los Estados deben adoptar controles dirigidos a evitar la ocurrencia de este delito de lesa humanidad.

3. Obligación de no permitir ni tolerar la desaparición forzada ni siquiera en situaciones excepcionales: Considerando como ya se señaló, que el crimen de desaparición forzada es un delito de lesa humanidad que vulnera múltiples derechos y garantías fundamentales, no puede permitirse la desaparición forzada de personas ni siquiera durante los estados de excepción.

4. Obligación de Cooperación entre Estados para la búsqueda, identificación y restitución de menores trasladados a otro estado como consecuencia de la desaparición forzada de sus padres: Este compromiso, consagrado en el artículo 12 de la Convención guarda perfecta concordancia con nuestra Carta Política ya que se encuentra dirigido a proteger los derechos de la niñez, que, como lo establece el artículo 44 Superior, prevalecen sobre los derechos de los demás.

Esta disposición de la Convención tiene como fin principal dar respuesta a una desafortunada realidad que acompañó la desaparición forzada de personas en muchos países y que consiste en sustraer a los niños del control de sus padre desaparecidos y de sus familiares para entregárselos a otras familias, inclusive a las mismas personas que ejecutaron la desaparición forzada.

De esta manera se están garantizando los derechos fundamentales de los niños a través de un instrumento legítimo de cooperación internacional.

-En cuanto a la definición que del delito desaparición forzada hace la Convención, aclara el interviniente que ella “no es una camisa de fuerza para los Estados que den cumplimiento a la obligación de tipificar el delito de la desaparición forzada”, ya que de acuerdo con el principio pro homine del derecho internacional, los tratados internacionales de derechos humanos contienen un mínimo de garantías y por consiguiente, todas las disposiciones internas que garanticen en mayor medida la protección de los derechos de las personas son aceptadas por el derecho internacional.

-Con relación a la compatibilidad con otros tratados, afirma el interviniente que en la Convención se desarrollan dos previsiones: la primera, dirigida a garantizar que los Estados conserven su derecho a suscribir tratados internacionales sobre temas relacionados con la Convención. Ello guarda perfecta concordancia con el artículo 224 de nuestra Carta Política, que establece la atribución del Estado Colombiano para suscribir acuerdos internacionales. La segunda previsión hace referencia a la no aplicabilidad de la Convención en conflictos armados internacionales, pues a estas situaciones se aplica la normatividad específica contenida en los Convenios de Ginebra y el Protocolo I adicional a los mismos.

-Finalmente señala que las disposiciones que conforman la Convención Interamericana sobre Desaparición Forzada de Personas, lejos de contrariar las disposiciones constitucionales, las desarrollan y permiten dar más vigencia a los derechos consagrados en la misma.

IV. CONCEPTO DEL PROCURADOR GENERAL DE LA NACIÓN

El Procurador General de la Nación solicitó la declaratoria de exequibilidad de la Ley 707 de 2001, señalando que la Convención que mediante dicha ley se aprueba constituye una herramienta para el logro de uno de los objetivos consignados en la Constitución de 1991, cual es la garantía de los derechos fundamentales de las personas, máxime si se tiene en cuenta que el delito de desaparición forzada de personas se constituye en una agresión a varios derechos fundamentales.

En su concepto este instrumento internacional no vulnera la Carta Política de 1991, ya que el único reparo que podría efectuársele es en relación con la imprescriptibilidad de la acción y de la sanción penal contenida en el artículo 7 de la Convención, ya que ello contrariaría el articulo 28 de la Carta Política. No obstante, el mismo artículo 7 señala que si la Constitución del Estado no permite la implementación de esta medida, la prescripción de la sanción debe ser igual a la consagrada para el delito más grave que contemple la legislación interna, salvedad que hace que el artículo 7 sea ajustado a la Carta.

Finalmente, manifiesta el agente del Ministerio Público que el contenido de la Convención es respetuoso de la legislación interna de los Estados Partes, ya que este instrumento internacional está consagrando los criterios generales que éstos deben observar con el fin de que se cumpla el objeto de la Convención.

V. CONSIDERACIONES DE LA CORTE

1. Competencia

La Corte Constitucional es competente para decidir sobre la exequibilidad del tratado de la referencia, así como de su ley aprobatoria, de conformidad con lo prescrito por los artículos 24, numeral 10 de la Constitución Política y 44 del Decreto 2067 de 1991.

2.1 La Negociación y la Celebración del Tratado

De conformidad con la jurisprudencia reiterada de esta Corporación el deber constitucional de revisar los tratados internacionales, así como las leyes por medio de las cuales se incorporan en el ordenamiento jurídico interno, incluye el examen de las facultades del representante del Estado colombiano para negociar, adoptar el articulado mediante su voto y autenticar el instrumento internacional respectivo con su firma o de otra forma, de conformidad con los artículos 7 a 10 de la Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados entre Estados de 1969.

Como lo establece el artículo 7 de la mencionada Convención de Viena de 1969, la representación de un Estado por parte de una persona para todo lo relativo a la celebración de un tratado es válida en cualquiera de las siguientes circunstancias: 1. si presenta adecuados plenos poderes (CV art. 7.1 a); 2. si se deduce de la práctica del Estado, o de otras circunstancias, que es su intención considerar a esa persona representante del Estado para esos efectos, y prescindir de la presentación de plenos poderes (CV art. 7.1 b); o 3. si se deduce de las funciones de la persona como el jefe de Estado, jefe de Gobierno o ministro de relaciones exteriores (CV art. 7.2 a).

Por otra parte, la representación de un Estado por parte de una persona natural es válida para negociar y adoptar el texto de un tratado: a) si dicha persona se encuentra acreditada como jefe de la misión diplomática ante el Estado con el cual se va a celebrar o (CV 7.2 b); b) si dicha persona está acreditada como representante del Estado ante una conferencia, organización internacional o ante uno de los órganos de ésta (CV art. 7.2 c).

Constatada la ocurrencia de alguna de las anteriores circunstancias, debe entonces considerarse cumplido el requisito de verificar las facultades del representante del Estado para cada una de las diversas etapas dentro de la celebración de un tratado como el presente.

Ahora bien, la Jefe de la Oficina Jurídica del Ministerio de Relaciones Exteriores entregó a esta Corporación copia de los plenos poderes que otorgó el entonces presidente de la República Cesar Gaviria Trujillo, el 2 de agosto de 1994, al Embajador Representante Permanente de la Misión Permanente de Colombia ante la Organización de Estados Americanos, Julio Londoño Paredes, para autenticar con su firma el texto definitivo de la “Convención Interamericana sobre Desaparición Forzada de Personas” hecha en Belem do Pará, el nueve de julio de 1994 (fl. 19).

Como se observa, para la fecha en que fue adoptado y autenticado el texto de la Convención, el entonces presidente de la República todavía no había otorgado los plenos poderes a quien negoció, adoptó y autenticó su texto en representación de Colombia. Sin embargo, dichos poderes no eran necesarios para la negociación y la adopción del texto, pues de acuerdo con el artículo 7.2 c) de la Convención de Viena de 1969, la representación que ejercía el señor Londoño ante la Organización de Estados Americanos era suficiente para negociar y adoptar

el texto del tratado en el vigésimo cuarto período ordinario de sesiones ante la Asamblea General de dicha organización.

Por otra parte, el posterior otorgamiento de plenos poderes por parte del presidente de la República implica el saneamiento de la ineficacia que hubiera podido surgir como consecuencia de la falta de plenos poderes para autenticar con su firma el texto del instrumento objeto de estudio, conforme lo establece el artículo 8º de la Convención de Viena.

En consecuencia, de conformidad con lo establecido en el artículo 189-2 de la Carta Política, en concordancia con el numeral 2° del artículo 7 y con el artículo 8º de la Convención de Viena (aprobada mediante Ley 32 de 1985), la Corte Constitucional concluye que el señor Julio Londoño Paredes estaba facultado para negociar y adoptar mediante su voto el texto del tratado que se estudia, y que la falta de plenos poderes para autenticar el texto del mismo fue saneada conforme lo establece el artículo 8º de la Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados de 1969.

2.2 Trámite realizado en el Congreso de la República para la expedición de la ley aprobatoria

De acuerdo con el numeral 2° del artículo 189 de la Constitución Política, el Presidente de la República, en su carácter de Jefe de Estado, está encargado de dirigir las relaciones internacionales, lo que incluye la facultad de celebrar tratados con otros sujetos de derecho internacional que, para comprometer la responsabilidad internacional del Estado deberán someterse a la aprobación del Congreso de la República. Esto conduce a que el procedimiento de celebración de este tipo de instrumentos internacionales se inscriba dentro del procedimiento que la doctrina ha denominado de tracto largo, de doble tracto o solemne.

El trámite que se debe dar a las leyes aprobatorias de tratados internacionales es el de leyes ordinarias, con la única particularidad de que deben iniciar su trámite en el Senado, de conformidad con lo dispuesto en el inciso final del artículo 154 de la Constitución.

De acuerdo con las pruebas que obran en el expediente, el trámite surtido en el Congreso de la República para la expedición de la Ley 707 de 2001 fue el siguiente:

1. El día tres (3) de octubre de 2000, el señor presidente de la República a través de sus ministros de Relaciones Exteriores y de Justicia, Guillermo Fernández de Soto y Rómulo González, presentó ante el Congreso de la República el proyecto de ley aprobatoria del Tratado, con el fin de que se le diera primer debate en el Senado de la República.

2. El Proyecto de ley que contiene el texto definitivo del Tratado fue radicado bajo el número 159/01 Senado, y publicado en la Gaceta del Congreso N° 89 de marzo 27 de 2001, la cual obra dentro del expediente (fls. 4-9).

3. En la Gaceta N° 137 de abril 19 de 2001, fue publicada la ponencia para primer debate en el Senado, del proyecto de ley referenciado, como consta en el expediente (fls. 18-20).

4. El día veinticinco (25) de abril de 2001, en sesión ordinaria de la Comisión Segunda del Senado, con quórum reglamentario (10 senadores), fue discutido y aprobado el proyecto (10 votos a favor), según la certificación expedida por el secretario de esa Comisión, que se encuentra en el expediente (fl. 12).

5. En la Gaceta N° 177 del siete (7) de mayo de 2001, fue publicada la ponencia para segundo debate en el Senado, la cual obra en el expediente (fls. 67-68).

6. El Senado de la República, en sesión plenaria celebrada día catorce (14) de junio de 2001, aprobó el proyecto con el quórum legal, constitucional y reglamentario (92 senadores), según consta en la Gaceta del Congreso N° 331, del nueve (9) de julio de 2001 (fl. 71), y en la certificación expedida por el secretario general de dicha Corporación, que se encuentra en el expediente (fl. 26).

7. En la Gaceta N° 436 del cinco (5) de septiembre de 2001, fue publicada la ponencia para primer debate al proyecto de ley N° 010/01 Cámara,159/01 Senado, la cual se encuentra dentro del expediente (fls. 110-111).

8. El proyecto fue discutido y aprobado en primer debate en la Comisión Segunda de la Cámara de Representantes, el mismo día cinco (5) de septiembre de 2001, por el voto favorable de diecisiete representantes, según consta en certificación expedida por el secretario general de esa Comisión, que obra en el expediente (fl. 146).

10. La Cámara de Representantes, en sesión plenaria celebrada el día dieciséis (16) de octubre de 2001, aprobó por 136 votos a favor el proyecto, según certificación expedida por el secretario general de dicha corporación, la cual reposa en el expediente (fl. 108).

11. El día veintiocho (28) de octubre de 2001, se le impartió sanción presidencial al proyecto, convirtiéndose en la Ley 707 de ese año.

2.3 La remisión a la Corte Constitucional de la ley aprobatoria y del tratado por parte del Gobierno Nacional

La “Ley 707 del 28 de noviembre de 2001 ‘Por medio de la cual se aprueba la Convención Interamericana sobre Desaparición Forzada de Personas’” hecha en Belem do Pará, el nueve de julio de 1994 fue remitida a esta Corporación por parte de la Secretaria Jurídica del Departamento Administrativo de la Presidencia de la República, el día 1º de diciembre de 2001. Es decir, por fuera del término de seis (6) días que prevé el numeral 10° del artículo 241 de la Constitución Política. Sin embargo, como lo ha sostenido en diversas oportunidades esta Corporación, este solo hecho no es suficiente para declarar la inexequibilidad del tratado ni de su ley aprobatoria.1

Teniendo en cuenta todo lo anterior, encuentra la Corte que la Ley 707 de diciembre veintitrés (23) de 1999 cumple con todos los requisitos impuestos por la Carta Política para efectos de la tramitación de leyes aprobatorias de tratados internacionales, razón por la cual esta Corporación habrá de declarar su exequibilidad desde el punto de vista formal.

3. La revisión del Tratado desde el punto de vista material

3.1 Objeto y fin del Tratado

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

Sin embargo, el solo reconocimiento de que los Estados que hacen parte del sistema internacional tienen la obligación de prevenir, sancionar e investigar las desapariciones forzadas que ocurren dentro de sus respectivas jurisdicciones no es suficiente para garantizar la eficacia de los derechos que se pretenden proteger. La selección de los mecanismos de protección adecuados, la determinación de la forma de desarrollarlos y la creación de mecanismos de cooperación internacional resultan determinantes a la hora de garantizar la eficacia pretendida. Con todo, estos son aspectos que, por su especificidad, difícilmente pueden ser resueltos a través del derecho internacional consuetudinario o del solo reconocimiento convencional de determinados derechos.

Las anteriores insuficiencias en la protección de los derechos humanos y en la prevención general del delito, y ante la precaria situación del individuo como sujeto de derecho internacional, a lo largo del Siglo XX surgió la necesidad de crear mecanismos de responsabilidad estatal e individual. De esta necesidad surge entonces el derecho penal internacional. Esta rama del derecho lleva a los Estados a asumir responsabilidades cada vez más específicas en relación con la prevención, investigación y represión del delito. Los mecanismos a través de los cuales los Estados asumen tales responsabilidades son de diversa índole. Desde el desarrollo progresivo de una jurisdicción universal, la utilización de las facultades del Consejo de Seguridad de la ONU con fundamento en el capítulo VII de su Carta constitutiva, pasando por la creación de sistemas regionales de protección de los derechos humanos, hasta la adopción de mecanismos particulares de cooperación como los tratados de extradición.

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

Por otra parte, vale la pena resaltar que la Convención, si bien no pretende propiamente definir o regular el contenido y alcance de tales derechos, sí impone ciertos deberes a los Estados, como sujetos obligados a protegerlos. Por otra parte, la misma Convención afirma que los Estados no pueden eximirse de cumplir tales deberes en ningún caso, y que el delito no es aceptable ni siquiera durante los estados de excepción.

A pesar de que la presente Convención no constituye en estricto sentido un tratado de derechos humanos sino más bien un mecanismo de erradicación del delito, comparte con aquellos el mismo fin protector de los derechos esenciales de las personas.2 En tal medida, puede afirmarse que desde un punto de vista teleológico la Convención reconoce los derechos humanos y establece mecanismos que contribuyen en gran medida a su protección.

Por lo tanto, de conformidad con el artículo 93 de la Carta,3 en concordancia con el artículo 94,4 aquellas garantías adicionales de la Convención, que no estén expresas en la Carta Política o adscritas directamente a ella, hacen parte del bloque de constitucionalidad5 latu sensu.6 Es decir, constituyen parámetros para la interpretación de los alcances del artículo 12 constitucional.7

3.2 Las disposiciones particulares del tratado.

Artículo 1

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

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

En primer lugar, en lo que se refiere al ámbito de aplicación de la definición. Como lo dice su mismo texto, los efectos de la definición de desaparición forzada se circunscriben a la aplicación de la Convención. Ello significa que la responsabilidad del Estado por el incumplimiento de las obligaciones consagradas dentro de la Convención –por supuesto dentro del sistema interamericano de protección de los derechos humanos- está determinada por los elementos contenidos en el artículo 2º. En particular, en lo que se refiere a la tipificación, a la investigación y a la sanción del delito. Contrario a lo que ocurre en otros instrumentos internacionales, como aquellos que se derivan de la creación de órganos jurisdiccionales internacionales, la definición no pretende determinar directamente los elementos constitutivos de responsabilidad penal individual,8 sino que fija ciertos elementos a los cuales las partes deben adecuar su derecho penal interno, de conformidad con las

obligaciones contenidas en los literales b) y d) del artículo 1º, y con el inciso primero del artículo 3º de la Convención. De tal modo, la definición impone apenas un mínimo de elementos del tipo, pero no afecta la facultad del Estado de asumir mayores responsabilidades en la protección –interna o internacional- de los derechos que se pretenden garantizar a través de la desaparición forzada.

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

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

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

Sin embargo, la Corte reconoció que tales instrumentos internacionales son complementarios y por tanto no impiden a Colombia reforzar la protección de los derechos involucrados ampliando el tipo penal de la desaparición forzada de acuerdo con sus disposiciones constitucionales. Así, a pesar de la similitud que existía entre el artículo 165 del nuevo Código Penal (Ley 599/2000) y los criterios generales contenidos en la Declaración 47/133 de 1992 de la Asamblea General de las Naciones Unidas,9 esta Corporación concluyó que la protección constitucional frente a la desaparición forzada es más amplia que la consagrada en los instrumentos internacionales.10 Sostuvo que, como el artículo 12 de la Carta no establece un sujeto activo específico para el delito, la protección constitucional frente a la desaparición forzada impide que se condicione la calidad de los sujetos activos a su pertenencia a un grupo armado al margen de la ley. Por lo tanto, declaró la inexequibilidad de la expresión "perteneciendo a un grupo armado al margen de la ley", contenida en el inciso primero del artículo 165 del nuevo Código Penal.

En efecto, como lo establecen diversos instrumentos internacionales,11 como así mismo lo reconoce el considerando número 5 del preámbulo de la presente Convención, y como lo ha establecido la jurisprudencia de esta Corporación,12 la protección internacional de los

derechos humanos constituye una forma de coadyuvancia, que complementa los mecanismos establecidos internamente para su protección, pero que en modo alguno restringe la soberanía del Estado para establecer regímenes de protección más rigurosos. En tal medida, la consagración explícita de unas categorías de sujetos activos13 está encaminada a determinar el alcance mínimo de la obligación internacional de los Estados partes de tipificar el delito de desaparición forzada, pero no repercute directamente sobre la responsabilidad penal de los individuos. Por lo tanto, desde este punto de vista, el artículo 2º es constitucional.

Por otra parte, el citado artículo de la Convención establece que independientemente de que la privación de la libertad adopte una forma o apariencia de legalidad, el delito se consuma cuando tal privación esté seguida "de la falta de información o de la negativa a reconocer dicha privación de libertad o informar sobre el paradero de la persona". (énfasis añadido) Por lo tanto, para que se configure la conducta punible el Estado colombiano debe exigir que la privación de la libertad esté seguida por la ocurrencia de una sola de las siguientes circunstancias: a) la falta de información, b) la negativa a reconocer el hecho o c) de informar acerca del paradero de la persona.

Entre tanto, el artículo 165 del Código Penal, en su redacción original establecía que la privación de la libertad debía estar seguida "de su ocultamiento y de la negativa a reconocer dicha privación o de dar información sobre su paradero", debiendo concurrir el primero con una negativa a reconocer el hecho o a informar sobre el paradero de la persona. Sin embargo, la Corte declaró la constitucionalidad del tipo siempre y cuando se entienda "que la conjunción "y" no exige que para cometer la infracción el particular deba ser requerido, sino que basta solamente la falta de información o de la negativa a reconocer la privación de la libertad …".

Así, en la medida en que el artículo 2º de la Convención requiere solamente la falta de información o la negativa a reconocer el hecho o a informar sobre el paradero de la persona, esta disposición se ajusta –también desde este punto de vista- a la Constitución Política.

Artículo 3

El artículo 3 establece la obligación de los Estados de tipificar el delito conforme a las disposiciones constitucionales, teniendo en cuenta su gravedad para efectos de establecer las penas aplicables,14 y determinando su estructura como delito de ejecución continuada, hasta tanto no se conozca el paradero de la víctima.15 Por otra parte condiciona la posibilidad de establecer atenuantes a su aparición con vida o al suministro de información que permita determinar la existencia del delito.16

De tal modo, el Estado tiene la obligación de tipificar la desaparición forzada, dosificando las penas aplicables dentro del máximo permitido por la Carta –especialmente por su artículo 34- y dentro de un mínimo que, si bien no está establecido concretamente en la Convención, debe ser proporcional a la importancia de los valores y bienes jurídicos que se pretenden proteger, tal y como estos han sido reconocidos en los instrumentos internacionales.17

Por otra parte, este delito debe considerarse como de ejecución continuada o permanente hasta que no se conozca el paradero de la víctima. Esta obligación resulta razonable si se

tiene en cuenta que la falta de información acerca de la persona desaparecida impide a la víctima y a sus familiares el ejercicio de las garantías judiciales necesarias para la protección de sus derechos y para el esclarecimiento de la verdad: la persona sigue desaparecida. Esta situación implica que la lesión de los bienes protegidos se prolonga en el tiempo, y por tanto, la conducta sigue siendo típica y antijurídica hasta que el conocimiento que se tenga acerca del paradero de la persona permita el ejercicio de tales garantías judiciales.18 En esa medida, la conducta de desaparición forzada se realiza durante el tiempo en que se prolongue la privación de la libertad y no se tenga información acerca de la persona o personas que se encuentren en tal circunstancia.19

Acorde con lo anterior, el artículo 3º de la Convención faculta a los Estados partes para establecer circunstancias de atenuación punitiva en dos eventos en que los participantes contribuyan a que el hecho resulte menos lesivo de los bienes jurídicos protegidos. En primer lugar, cuando las personas que hayan participado en la realización de los hechos ayuden a que la víctima aparezca con vida o cuando suministren información que permita establecer la comisión del hecho.20 Esta determinación de las circunstancias de atenuación punitiva resulta razonable en la medida en que propugna por la protección efectiva de los mismos bienes que se pretenden salvaguardar mediante la tipificación de la conducta, en el evento de que ésta ya ha sido cometida. Así, si bien la conducta sigue estando penalizada, los atenuantes constituyen un incentivo para que se preserve y respete la vida de las personas desaparecidas y para que puedan recuperar su libertad y demás derechos o, al menos, para que se pueda establecer la verdad acerca de la comisión del hecho punible, se puedan determinar las responsabilidades institucionales e individuales21 y con ello se contribuya a la prevención del delito y a su reparación integral, pues en todo caso el Estado tiene la obligación internacional de investigar la comisión de dichos delitos.22

Artículo 4

El artículo 4 establece que los hechos constitutivos de desaparición forzada serán delitos en todos los Estados parte y que por tanto estos adoptarán medidas para establecer su jurisdicción. En particular, el Estado adoptará dichas medidas: 1) Cuando la desaparición forzada o cualquiera de los hechos que la constituyen se hayan realizado dentro del ámbito de su jurisdicción, de acuerdo con el principio de territorialidad;23 2) según el principio de nacionalidad activa, cuando el imputado sea nacional del Estado parte; 3) conforme al principio de nacionalidad pasiva, cuando la víctima sea nacional del Estado parte, si éste lo estima apropiado24 y; 4) en todo caso, cuando el imputado se encuentre en territorio del Estado parte y éste no proceda a extraditarlo.25 Sin embargo, aclara que la Convención no faculta a los Estados para ejercer su jurisdicción sobre el territorio de otro Estado parte, ni para desempeñar funciones exclusivas de las autoridades de otros Estados partes.

Las anteriores reglas se adecuan a los principios de territorialidad y de nacionalidad contenidos en el inciso 2º del artículo 4º de la Constitución, según el cual “[e]s deber de los nacionales y de los extranjeros en Colombia acatar la Constitución y las leyes”.26 Por lo tanto, la Corte no encuentra ningún reparo en relación con su constitucionalidad.

El artículo 5 contiene ciertas reglas para adecuar y armonizar las normas sobre extradición de los Estados partes con relación al delito de desaparición forzada.

En primer lugar, establece que la desaparición forzada no se considerará delito político para efectos de extradición, que se entenderá incluida como delito extraditable en los tratados vigentes entre las partes, y que éstas lo incluirán como tal en sus futuros tratados de extradición.

El artículo 35 de la Carta Política prohibe al gobierno nacional conceder la extradición por delitos políticos, concepto que la Constitución no define expresamente.

Con todo, para ejercer dicha competencia es necesario que el legislador tenga en consideración qué delitos se estima que constituyen crímenes internacionales.27 En el ámbito internacional, según diversos instrumentos internacionales, el delito de desaparición forzada es considerado un crimen internacional. Incluso, en algunos de tales instrumentos, se considera como un delito de lesa humanidad, incompatible con cualquier calificación como delito político. Aun cuando en los instrumentos internacionales la calificación de delito de lesa humanidad sólo se le otorga a la desaparición forzada de personas cuando es cometido de manera sistemática o a gran escala, ello se debe a que los Estados tienden a restringir posibles injerencias externas sobre su soberanía. Sin embargo, el desarrollo progresivo de dicha figura -coherente con la amplia protección que otorga el artículo 12 de nuestra Carta- tiende a prescindir de la necesidad de que sea una conducta sistemática o de gran escala para efectos de clasificarse como un crimen de lesa humanidad28 y más bien considera que su ejecución individual también lo es.

Por lo tanto, al determinar que la desaparición forzada no constituye un delito político para efectos de extradición, el legislador está ejerciendo su competencia en dentro de las facultades que le otorga la Carta Política. Este ejercicio concreto de tal competencia, resulta compatible con el desarrollo progresivo del derecho internacional de los derechos humanos, y razonable a la luz de la protección que el Estado debe brindar a las personas frente a la desaparición forzada. Adicionalmente, la extradición de personas sindicadas de haber cometido el delito, siempre y cuando se realice de conformidad nuestra Carta Política, es un mecanismo proporcionado de cooperación internacional para la erradicación de este crimen internacional.

Por las anteriores razones, la Corte no encuentra reparo alguno en la disposición que excluye la desaparición forzada de los delitos políticos para efectos de la extradición. Por el contrario, resulta conforme al carácter garantista de nuestra Constitución. En esa medida, tampoco existe reparo en que la desaparición forzada quede incluida dentro de los tratados de extradición vigentes entre las partes de la Convención, ni que se incluya como parte de los tratados futuros que hayan de ratificarse.

Adicionalmente, el artículo 5 establece que para aquellos Estados que de acuerdo con su ordenamiento interno requieran de un tratado, la Convención constituye un título jurídico suficiente para extraditar una persona a otro Estado parte de la misma. Para los que no lo requieran, la Convención impone la obligación de extraditar a las personas solicitadas por otro Estado parte, de acuerdo con su legislación interna. Finalmente agrega que el procedimiento de extradición se llevará a cabo de acuerdo con el ordenamiento interno de cada parte. En ello la Corte tampoco encuentra problema alguno de constitucionalidad.

Artículo 6

El artículo 6, por su parte, ordena que si alguna de las partes no concede la extradición, someterá el caso a sus propias autoridades para que lo investiguen, y si es del caso lo juzguen, como si el delito hubiera sido cometido dentro de su jurisdicción, de conformidad con su legislación interna, comunicando los resultados del proceso al Estado solicitante.

Frente a estas disposiciones, que pretenden otorgar a las partes diversos mecanismos para llevar a cabo la extradición de conformidad con sus respectivos ordenamientos internos, o asumir el conocimiento de la causa dentro de su propia jurisdicción, la Corte tampoco considera que haya reparo alguno de constitucionalidad.

Artículo 7

El artículo 7 establece que tanto la acción penal como la pena por el delito de desaparición forzada son imprescriptibles, salvo que una norma fundamental del Estado parte disponga lo contrario. En tal caso, la prescripción será igual a la del delito más grave previsto dentro de la legislación interna de la parte.

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

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

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

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

Para tal efecto, es necesario interpretar el sentido del artículo 28 constitucional, en particular, de la disposición contenida en el inciso tercero, que prohibe que haya penas y medidas de seguridad imprescriptibles. Una vez identificado el sentido de esta disposición, pasará la Corte a determinar el alcance de la misma, como garantía frente a la intemporalidad de la potestad estatal para iniciar una acción penal.

A partir de tal alcance, entrará a ponderar los principios en tensión en la regla de imprescriptibilidad de la acción penal en la desaparición forzada, tratando de armonizarlos en cuanto sea posible, sacrificando lo menos posible el alcance de cada uno de ellos.

Pasa la Corte, entonces, a determinar el sentido del artículo 28 de la Constitución.

La prohibición de la imprescriptibilidad de las penas está contenida en el artículo 28 que consagra la cláusula general de libertad personal. Aparte de esta cláusula inicial, dentro de dicho artículo se establecen una serie de garantías para preservar esta libertad fundamental. Estas garantías están estructuradas en forma de reglas, encaminadas principalmente a restringir la actividad del Estado frente a la libertad del individuo. Si bien dichas reglas no abarcan por completo el contenido de la libertad personal frente a la acción del Estado, sí definen su alcance frente en aspectos puntuales.

Así, las reglas contenidas en los dos primeros incisos van encaminadas a preservar la legalidad del procedimiento mediante el cual se priva materialmente a una persona de su libertad. Es decir, se restringe la forma como el Estado puede ejercer dicha actividad. Entre tanto, las garantías contenidas en el último inciso restringen en alguna medida los motivos por los cuales el Estado puede privar de la libertad a las personas –al prohibir la detención, prisión y el arresto por deudas-, y la vigencia temporal de las decisiones a través de las cuales puede ejecutar materialmente la decisión de privar de la libertad a una persona, en particular, a través de las penas y las medidas de seguridad.

Como se ve, salvo la prohibición de detención, prisión y arresto por deudas, las reglas contenidas en el artículo 28 van encaminadas principalmente a regular directamente la actividad material del Estado, determinando la forma y el alcance de su potestad para privar de la libertad a las personas. Es decir, la regulación constitucional contenida en el artículo 28 va dirigida principalmente a las autoridades encargadas de llevar a cabo físicamente las decisiones mediante las cuales se ejerce esta actividad. Salvo, claro está, la prohibición de detención, prisión y arresto por deudas, que se dirige principalmente a restringir la actividad del legislador. Con todo, esta prohibición también actúa indirectamente como un mecanismo de protección frente a las autoridades que cumplen materialmente las decisiones de privación de la libertad, proscribiendo su ejecución, al margen de lo que dispongan las autoridades que las dictaron y las demás normas del ordenamiento jurídico.

Tomando en cuenta lo anterior, es necesario concluir que, si bien las reglas contenidas en el artículo 28 constitucional tienen repercusiones fundamentales en relación con los límites de la actividad del legislador, y con las facultades de los demás órganos del Estado, su objetivo básico es el de condicionar la actividad de las autoridades encargadas de ejecutar las decisiones a través de las cuales el Estado ejecuta la privación de la libertad a una persona. Es decir, dichas reglas van dirigidas principalmente a regular la actividad de quienes disponen de los medios de coerción necesarios para privar de la libertad a las personas.29

Una vez establecido que el sentido de las reglas contenidas en el artículo 28 es principalmente restringir la actividad material del Estado, pasa la Corte a determinar su alcance. Específicamente, en cuanto tiene que ver con aquella regla según la cual están prohibidas las penas y medidas de seguridad imprescriptibles.

En relación con el alcance del artículo 28, la Corte debe afirmar que, si bien el sentido general de las reglas contenidas en el artículo 28 es el de proteger la libertad personal frente a la actividad material del Estado, tal libertad no se puede concebir sin la necesaria referencia a las reglas del debido proceso y a las demás garantías contenidas en la Constitución. La frase inicial del artículo 28 que constituye una cláusula general de libertad, y el carácter directo e inescindible de la relación que existe entre este artículo y otras disposiciones constitucionales favorece una interpretación expansiva del contenido de sus garantías que permita la realización plena de su texto. Al respecto, la Corte ha dicho:

"(…) El artículo 28 de la C.P., de un modo no taxativo, enumera conductas que atentan contra el núcleo intangible de la libertad personal y que ilustran bien acerca de sus confines constitucionales: 'Nadie puede ser molestado en su persona o familia, ni reducido a prisión o arresto, ni detenido, ni su domicilio registrado, sino en virtud de mandamiento escrito de autoridad judicial competente, con las formalidades legales y por motivo previamente definido en la ley'.

"Bajo la forma de derechos o libertades especiales (conciencia, cultos, enseñanza etc), la Constitución protege ámbitos específicos de la libertad. La dignidad de la persona humana y el valor supremo que la Constitución le otorga, explican y justifican su carácter expansivo. Sin embargo, en ausencia de otra norma constitucional, el artículo 28 de la C.P., a manera de cláusula general, representa la máxima tutela y reconocimiento a la libertad y en ella se encuentra definido el amplio espacio de su protección." (resaltado fuera de texto) Sentencia C-301/93 (M.P. Eduardo Cifuentes Muñoz)

Sin embargo, de la vocación expansiva de la cláusula general de libertad con que inicia dicho artículo no se derivan necesariamente otras reglas de carácter tan perentorio como las que están expresamente contenidas en su texto. En efecto, su vis expansiva no significa que, por fuera del contexto de protección frente a la actividad material del Estado, el alcance de sus disposiciones sea el mismo. En esa medida, las reglas dirigidas a restringir la actividad coercitiva mediante la cual el Estado priva materialmente de la libertad a una persona no pueden interpretarse como si contuvieran otras reglas que restringen de manera perentoria la potestad de configuración legislativa en aspectos diferentes, aunque estén relacionados con la libertad personal. Para determinar cuál es el alcance de la potestad legislativa en los aspectos relacionados con la libertad personal es necesario entrar a ponderar los principios o los intereses constitucionales en juego en cada caso.30

Como se desprende de una interpretación sistemática del artículo 28, salvo la detención administrativa,31 y la aprehensión en flagrancia (C.N. art. 32), la acción material mediante la cual el Estado priva a las personas de la libertad requiere que previamente una autoridad judicial competente haya resuelto imponer una pena privativa de la libertad o una medida de seguridad, o dictar un mandamiento escrito para asegurar su comparecencia al proceso, la integridad de las pruebas, o para proteger a la comunidad frente al procesado.32

A su vez, para que una autoridad judicial pueda privar de la libertad a un individuo es necesario que existan motivos fundados que, ponderados, prevalezcan sobre el interés de garantizar la libertad en el caso concreto. Sólo una vez efectuada dicha ponderación, puede la autoridad judicial adoptar la resolución a través de la cual se puede privar a la persona de

su libertad, mediante las formalidades que consagra la ley, bien se trate de una sentencia condenatoria, de una medida que ordene una detención preventiva, o una captura.

Tales resoluciones33 pueden ser ejecutadas materialmente en cualquier momento, incluso a través de la coacción. De tal modo, mientras estén vigentes, son susceptibles de afectar la libertad personal y otros derechos fundamentales del procesado. Siendo ello así, entre mayor sea el tiempo en que la resolución es ejecutable, más gravosa es la carga que debe soportar quien se encuentra sujeto a ella. Por lo tanto, teniendo en cuenta que la proporcionalidad de una carga depende la importancia atribuida al fin que persigue, la constitucionalidad del término de duración de una resolución semejante depende de su ponderación frente al valor constitucional de los intereses que pretende proteger.

En todo caso, sin embargo, la sola iniciación de una acción penal no comporta una afectación inminente de la libertad personal. En efecto, mientras no exista una sentencia condenatoria, una medida que ordene una detención preventiva, o una captura, no se puede afirmar que hay una resolución estatal que constituya el título mediante el cual el Estado pueda afectar materialmente la libertad individual de una persona. En esa medida, la imprescriptibilidad de una acción penal no tendría como consecuencia automática prolongar en el tiempo la ejecución de una actividad material concreta del Estado tendiente a privar de la libertad individual a un sujeto determinado, ni a agravar la carga que tiene que soportar.

Por lo tanto, contrario a lo que sucede con las garantías contenidas en el artículo 28 de la Carta –salvo, como se dijo antes, el arresto y la prisión por deudas-, la prescripción de la acción penal no puede concebirse como un mecanismo de protección frente a la libertad personal salvo que una autoridad judicial haya proferido una resolución que tenga la potencialidad de afectar materialmente la libertad personal de un individuo determinado.

Habiendo establecido el alcance de la protección que otorga la prescripción de la acción penal frente a la libertad personal, en particular en cuanto se refiere al artículo 28, pasa la Corte a ponderar los principios e intereses en tensión en la imprescriptibilidad de la acción frente al delito de desaparición forzada.

Si bien tiene un alcance restringido como mecanismo para la protección de la libertad personal, ampliar la prohibición de imprescriptibilidad de las penas a las acciones penales es una garantía del debido proceso frente a la posibilidad de que el Estado ejerza de forma intemporal el ius puniendi. Sin embargo, esta garantía no puede ser absoluta. Su alcance depende del valor constitucional de los intereses protegidos mediante la acción penal específica frente a la cual se pretenda oponer.

Dependiendo del delito que pretenda juzgar, al iniciar una acción penal el Estado busca proteger intereses de diverso valor constitucional. Por esta razón, resulta razonable que el legislador le de un trato diferenciado al término de prescripción de la acción penal dependiendo del delito. En efecto, esto es posible entre otras razones debido al diferente valor constitucional de los intereses o bienes jurídicos protegidos.

Por supuesto, ello no significa que el único criterio razonable para fijar el término de prescripción de la acción penal sea la gravedad de la conducta, pues dentro del diseño de la política criminal del Estado el legislador puede determinar el término de prescripción a partir

de otros criterios valorativos que desde una perspectiva constitucional sean igualmente válidos a las consideraciones de tipo dogmático o axiológico. Entre ellos, pueden considerarse la necesidad de erradicar la impunidad frente a delitos en los cuales resulta especialmente difícil recopilar pruebas o juzgar efectivamente a los responsables.34

En el caso de la desaparición forzada, la prohibición consagrada en el artículo 12 impone al Estado un deber especial de protección. Este deber implica, a su vez, una ampliación del conjunto de facultades de que dispone el legislador para satisfacer el interés en erradicar la impunidad. Esta ampliación de la potestad configurativa del legislador se traduce específicamente en la facultad para extender el término de prescripción. En primer lugar, por el interés en erradicar la impunidad, para lo cual es necesario que la sociedad y los afectados conozcan la verdad, que se atribuyan las responsabilidades individuales e institucionales correspondientes, y en general que se garantice el derecho de las víctimas a la justicia. En segundo lugar, por el derecho de las víctimas a recibir una reparación por los daños. En tercer lugar, debido a la dificultad que suponen la recopilación de las pruebas necesarias y el juzgamiento efectivo de quienes habitualmente incurren en tales conductas.

Con todo, podría pensarse que existen otros motivos que hacen innecesaria la imprescriptibilidad de la acción penal en relación con este delito y además restan fundamento constitucional a una posibilidad semejante. En efecto, de conformidad con el artículo 3 de la presente Convención, con el ordenamiento interno colombiano, y con la jurisprudencia internacional, el delito de desaparición forzada es de carácter continuo hasta tanto no se establezca el paradero de la persona desaparecida.35 Por tanto, el término de prescripción de la acción empezaría a correr cuando esto ocurra. Así, como en los casos de desaparición forzada es posible que la suerte de la persona jamás se conozca, en la práctica es raro que la acción prescriba. Por otra parte, la iniciación del término de prescripción presupone el conocimiento de la suerte de la persona. Por lo tanto, la imprescriptibilidad no serviría para satisfacer el interés en establecer tal circunstancia.

La Corte considera que la primera objeción no es atendible, pues el alcance del deber de protección del Estado y del interés correspondiente en erradicar el delito, así como el alcance del derecho de las víctimas a obtener justicia y una reparación adecuada, no pueden depender exclusivamente de que la persona aparezca. Este solo hecho, por sí mismo, no en todos los casos facilita las labores de investigación y juzgamiento del Estado. En cuanto a la segunda objeción, resulta innegable que la imprescriptibilidad no ayuda a establecer el paradero de la persona desaparecida. Aun así, subsisten el interés en erradicar el delito y en reparar los daños.

El interés en erradicar la impunidad por el delito de desaparición forzada compete a la sociedad en su conjunto. Como ya se dijo, para satisfacer dicho interés es necesario que se conozca toda la verdad de los hechos, y que se atribuyan las responsabilidades individuales e institucionales correspondientes. En esa medida, tanto el interés en que se conozca la verdad, como en que se atribuyan responsabilidades individuales e institucionales por los hechos, sobrepasan el ámbito del interés individual de las víctimas. Por el contrario, constituyen verdaderos intereses generales de carácter prevalente en los términos del artículo 1º de la Carta Política.

En efecto, el conocimiento público de los hechos, el señalamiento de responsabilidades institucionales e individuales y la obligación de reparar los daños causados son mecanismos útiles para crear conciencia entre las personas acerca de la magnitud de los daños causadas por el delito. En esa medida, son también mecanismos de prevención general y especial del delito, que sirven para garantizar que el Estado no apoye, autorice o asuma una actitud aquiescente frente a tales conductas. En general, la acción penal en los casos de desaparición forzada de personas es un mecanismo a través del cual se establecen responsabilidades institucionales que llevan a que el Estado se sujete al derecho en el ejercicio de la fuerza, y a hacer efectivo el deber de las autoridades de proteger y garantizar los derechos fundamentales.36

Podría alegarse, antitéticamente, que además de la libertad individual, las personas inculpadas tienen derecho a un debido proceso sin demoras injustificadas, y en general, están cobijadas por una garantía de prontitud en relación con la administración de justicia. En esa medida, pese a que la iniciación de una acción penal por sí misma no conlleve una afectación de la libertad individual, sí podría conculcar los anteriores derechos.

La posibilidad de que se inicie una acción penal en su contra en cualquier tiempo implicaría una amenaza perpetua de tales derechos, con el agravante de que el paso del tiempo disminuye sus posibilidades de defensa, pues el acceso a testimonios, documentos y demás pruebas se vuelve más difícil. Adicionalmente, ni la amenaza de sus derechos, ni la disminución de sus posibilidades de defensa le serían oponibles, pues la iniciación de la acción penal es una labor que corresponde al Estado, y las demoras en que incurra, sólo a éste le son imputables.

Sin duda, la imprescriptibilidad de la acción penal por el delito de desaparición forzada puede afectar los derechos de las personas inculpadas, y puede disminuir sus posibilidades de defensa por la dificultad de acceso a las pruebas. Sin embargo, la demora en cumplir el deber de investigar no es una excusa válida para dejar de hacerlo. La prontitud, más allá de su función como garantía subjetiva del derecho de acceso a la administración de justicia en favor de los inculpados, cumple un papel como principio objetivo de la función judicial, encaminado al logro de la justicia en favor de todos los que tengan un interés legítimo en el resultado del proceso. Por lo tanto, al operar a favor del sindicado no puede terminar afectando negativamente la finalidad general que persigue. Además, la mediatez temporal de las pruebas afecta por igual a todas las partes en el proceso. Por lo tanto, no se puede afirmar que sea una circunstancia que disminuya las posibilidades probatorias de la parte que se defiende a favor del ente acusador o de la parte civil.

Si la acción penal ha prescrito por la omisión del Estado en el cumplimiento de su deber de investigar y de identificar a los responsables, éste no puede alegar su propio hecho aduciendo la prescripción, y haciendo nugatorio el interés general y el derecho de las personas afectadas de conocer la verdad y a la realización efectiva de la justicia. En esa medida, la prescripción de la acción penal derivada de la desaparición forzada de personas constituye un límite para la realización de los objetivos y valores constitucionales de proteger la dignidad de la vida humana a través de la erradicación de la impunidad. Por tal motivo, el interés en recibir pronta justicia no es un argumento suficiente para fundamentar la interpretación según la cual la Carta prohíbe la imprescriptibilidad de la acción penal en el

delito de la desaparición forzada.

Aun así, a pesar de que deba preferirse una interpretación del artículo 28 que maximice las posibilidades de conocer la verdad y de responsabilizar a los individuos e instituciones que tuvieron alguna injerencia en los hechos, ello no es suficiente para sostener la constitucionalidad de la imprescriptibilidad de la acción penal frente al delito de desaparición forzada de personas.

Para ello la Corte debe establecer también la idoneidad y la necesidad de esta medida para lograr los objetivos que con ella se pretenden. Con tal fin, la Corte debe analizar, por un lado, si es adecuada para proteger los bienes jurídicos prevalentes y, por otro, si no existe una medida igual de efectiva, que afecte menos los derechos de las personas inculpadas.

Por lo anterior, pasa la Corte a analizar si la imprescriptibilidad de la acción penal es un medio adecuado para lograr los fines propuestos y si estos no se pueden satisfacer a través de mecanismos que afecten menos los derechos del inculpado.

En relación con su idoneidad, podría argumentarse que la imprescriptibilidad de la acción penal es un medio poco eficaz y por tanto no es idónea para proteger los intereses en juego. El paso del tiempo haría demasiado difícil acceder a las pruebas necesarias para determinar lo ocurrido, y la identidad de los responsables. En esa medida, luego de cierto tiempo, la iniciación de una acción penal no sería apta para lograr el objetivo propuesto.

Esta objeción parte de un hecho innegable: en términos generales el tiempo afecta también la posibilidad de conocer la verdad e identificar a los responsables. Sin embargo, frente a semejante objeción es necesario advertir dos circunstancias. Por una parte, resultaría difícil establecer un criterio definitivo para determinar en qué momento la acción penal y el interés en proteger los derechos a la verdad y a identificar a los responsables debe ceder frente a la dificultad que ello plantea. Por otra parte, aunque la dificultad de conocer la verdad sea una realidad en la mayoría de los casos, no es necesariamente así en todo ellos. No se puede aceptar la dificultad para proteger los derechos individuales en la mayoría de los casos como argumento para negar absolutamente su protección. En esa medida, la eficacia variable de la acción penal en el tiempo no significa que su imprescriptibilidad sea inadecuada para proteger el interés general y los derechos individuales a conocer la verdad y los individuos e instituciones responsables.

Habiendo establecido que la imprescriptibilidad de la acción penal en el delito de desaparición forzada es un mecanismo idóneo para realizar los intereses que va encaminada a proteger, pasa entonces la Corte a establecer si es una medida necesaria.

Dado que, independientemente del tiempo transcurrido, el Estado tiene las obligaciones de investigar los hechos y de juzgar a los responsables,37 el análisis debe hacerse teniendo en cuenta la idoneidad de las alternativas de las cuales dispone el Estado para llevar a cabo la investigación. En este sentido, podría alegarse que la acción penal no es el único medio para saber la verdad, identificar a los responsables y reparar a las víctimas. Por lo tanto, debería preferirse otro mecanismo que no afectara tanto los derechos de las personas inculpadas de haber cometido una desaparición forzada de personas. Así, en cuanto tiene que ver con el esclarecimiento de la verdad, puede alegarse que las víctimas del delito tienen la posibilidad

de acudir a la jurisdicción contencioso administrativa para reclamar del Estado la reparación directa de los perjuicios causados. Además, este proceso es público, y al serlo, se satisface también el interés general en conocer la verdad e identificar a las autoridades responsables.

Sin embargo, ello no satisface el interés en atribuir responsabilidades individuales. En primer lugar, debido al corto término de caducidad de dicha acción.38 Por otra parte, a pesar de que en la acción de reparación directa se establecen ciertos hechos, no tiene por objeto determinar quién los cometió, ni atribuirles responsabilidades individuales a las personas. Si bien dentro de dicha acción se debe establecer la responsabilidad del Estado por un daño, no es necesario que se identifique plenamente a cada uno de los sujetos responsables. En efecto, al margen de la responsabilidad eventual del Estado por la autorización, el apoyo, o la aquiescencia de cometer el delito de desaparición forzada, los sujetos activos del mismo no necesariamente son funcionarios, ni la conducta, en todas sus modalidades requiere una participación del Estado.

Por otra parte, también en cuanto tiene que ver con el esclarecimiento de la verdad, la acción de reparación directa no resulta tan eficaz como la acción penal. Así, aun cuando el tiempo puede imponer barreras para el esclarecimiento de los hechos y a la identificación de los responsables, son la Fiscalía General de la Nación y sus órganos adscritos, y no las partes, el juez o los auxiliares de la justicia dentro de un proceso contencioso administrativo, quienes tienen la mayor disponibilidad de los medios técnicos necesarios para sobrepasarlas.

En esa medida, frente a una desaparición forzada de personas, la acción penal es el medio más eficaz para proteger los intereses en juego, y su imprescriptibilidad es un mecanismo que en determinadas circunstancias puede resultar necesario para establecer la verdad de los hechos y para atribuir responsabilidades individuales e institucionales. En tal medida, frente a la garantía de seguridad jurídica y de recibir pronta justicia, es necesario entonces concluir que prevalecen el interés en erradicar el delito de desaparición forzada y en reparar a las víctimas.

Sin embargo, el interés estatal en proteger a las personas contra la desaparición forzada no puede hacer nugatorio el derecho a un debido proceso sin dilaciones injustificadas. Por lo tanto, cuando el Estado ya ha iniciado la investigación, ha identificado e individualizado a los presuntos responsables, y los ha vinculado al proceso a través de indagatoria o de declaratoria de persona ausente, la situación resulta distinta. Por un lado, porque en tal evento está de por medio la posibilidad de privarlos de la libertad a través de medios coercitivos, y además, porque no resulta razonable que una vez vinculados al proceso, los acusados queden sujetos a una espera indefinida debida a la inoperancia de los órganos de investigación y juzgamiento del Estado.

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

penal, si el delito está consumado.

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

Artículo 8

El artículo 8 impide a los Estados admitir la obediencia debida a órdenes de superiores que dispongan, autoricen o alienten la desaparición forzada, agregando que la persona sujeta a ellas podrá y deberá desconocerlas. Además establece la obligación de los Estados de educar a los funcionarios encargados de aplicar la ley sobre el delito de desaparición forzada.

El artículo 12 de la Constitución establece que [n]adie será sometido a desaparición forzada …". Por su parte, el inciso 1º del artículo 91 de la Constitución establece que "[e]n 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." En esa medida, no es necesaria mayor argumentación para concluir que el mandato de un superior no exime la responsabilidad del inferior en relación con el delito de desaparición forzada. Sin embargo, el inciso 2º del artículo 91, refiriéndose al inciso 1º, dispone que "[l]os militares en servicio quedan exceptuados de esta disposición. Respecto de ellos, la responsabilidad recaerá únicamente en el superior que da la orden."

Sin embargo, esta Corporación ha establecido que el inciso 2º del artículo 91 constitucional tiene un alcance limitado. Esta causal de exoneración es aplicable únicamente 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.39 En la medida en que atentados contra los derechos humanos como la desaparición forzada constituyen conductas abiertamente ilegales, y que no se requieren mayores conocimientos jurídicos para comprender este hecho, no pueden considerarse susceptibles de esta causal de exoneración de responsabilidad.40

Con todo, ha dicho también la Corte, tal conclusión no se deriva exclusivamente de un análisis acerca del alcance que tiene la dignidad humana en el ámbito interno41 e internacional, sino que se fundamenta también en consideraciones normativas. En particular, debido a la existencia de reglas expresas que prohíben la aplicación de esta causal de exoneración de responsabilidad del inferior, y que, al estar contenidas en tratados de derechos humanos, constituyen garantías no contempladas explícitamente en la Constitución, y por lo tanto, prevalecen en el orden interno según lo disponen los artículos 93 y 94 constitucionales.42 En tal sentido, en un pronunciamiento reciente, la Corte se refirió específicamente sobre la prohibición de aplicar la causal de obediencia debida en el delito de desaparición forzada. Al estudiar la constitucionalidad de la regla contenida en el inciso segundo del numeral 4 del artículo 32 del nuevo Código Penal, que expresamente excluye la aplicación de obediencia debida de los delitos de genocidio, desaparición forzada y tortura,43 dijo:

"La referencia expresa que se hace de ellos, en forma enunciativa, simplemente resulta

coherente, como lo recuerda la vista fiscal, con el artículo 91 inciso primero de la Carta, así como con los diferentes textos de derecho internacional aplicables en nuestro ordenamiento en este campo (art. 93 C.P.), en los que expresamente se excluye la posibilidad de acudir a la obediencia debida para excusar los actos de genocidio, desaparición forzada y tortura, así como otras conductas claramente prohibidas en cualquier circunstancia44." Sentencia C-551/01 (M.P. Alvaro Tafur Galvis)

Aun más, en una oportunidad anterior, la Corte había condicionado la exequibilidad del artículo 15 del Decreto 85 de 1989,45 mediante el cual se establecía el régimen disciplinario de los militares, a que las órdenes violatorias de los derechos humanos fundamentales no deben ser ejecutadas, y de serlo, el subalterno imputado no puede alegar la obediencia debida como causal de exoneración. En tal oportunidad dijo:

"En consecuencia, la Corte declarará que es exequible, siempre que se entienda que las órdenes militares violatorias de los derechos fundamentales intangibles e inescindibles de la dignidad humana, no deben ser ejecutadas y que, en caso de serlo, tales órdenes no podrán ser alegadas como eximentes de responsabilidad. 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." Sentencia C-578/95 (M.P. Eduardo Cifuentes Muñoz).

En virtud de lo anterior, la prohibición de alegar la obediencia debida frente al delito de desaparición forzada de personas, contenida en el artículo 8 de la Convención no sólo se adecua a la Carta, sino que constituye un imperativo constitucional básico para proteger la dignidad de la persona y los derechos que le son inherentes.

Del mismo modo, la obligación de impartir la educación necesaria acerca del delito de desaparición forzada a los funcionarios encargados de la aplicación de la ley tampoco merece reparo alguno de constitucionalidad. Por el contrario, contribuye al desarrollo de los artículos 41 y 222 de la Carta.

Artículo 9

El artículo 9 establece que los hechos constitutivos del delito no podrán considerarse cometidos en ejercicio de funciones militares y que las personas acusadas de desaparición forzada sólo podrán ser juzgados por la justicia ordinaria, y prohibe que lo sean por parte de cualquier jurisdicción especial, particularmente la militar.

En relación con la incompatibilidad con el servicio y la consiguiente exclusión de la justicia penal militar en relación con el delito de desaparición forzada, la Corte no encuentra reparo alguno de constitucionalidad. En efecto, esta Corporación ha determinado que existen ciertos delitos que bajo ninguna circunstancia pueden tener relación con el servicio, en los términos a los que se refiere el artículo 221 de la Carta. Ha afirmado que los delitos de lesa humanidad jamás pueden tener un vínculo con el servicio que de acuerdo con la Constitución le corresponde prestar a las fuerzas armadas, y por lo tanto, de ellos siempre debe conocer la justicia penal ordinaria.46

En relación con la anterior subregla de atribución de competencia, la Corte se ha referido

específicamente a la desaparición forzada, incluyéndola dentro de los delitos que no pueden ser de conocimiento de la jurisdicción penal militar. En dicha ocasión dijo:

"Tercero, si bien el legislador en su facultad de configuración, creyó conveniente sólo hacer expresa mención de los delitos de tortura, genocidio y la desaparición forzada, como conductas que en nada se relacionan con el servicio y, que como tales, impiden a la jurisdicción penal militar conocer de ellas cuando se presenten, es claro que éstas no son la únicas que han debido quedar excluidas expresamente del conocimiento de justicia castrense, dado que existen otra serie de comportamientos que, en los términos de la doctrina de esta Corporación, "son tan abiertamente contrarias a la función constitucional de la Fuerza Pública que su sola comisión rompe todo nexo funcional del agente con el servicio", conductas éstas que, en consecuencia, escapan de la competencia de esta jurisdicción especial."

"Así, teniendo en cuenta que el factor funcional es el que en últimas determina la competencia de la jurisdicción penal militar, ha de entenderse que existen delitos no enunciados en el artículo 3 de la ley 522 de 1999 que, por su misma naturaleza, no pueden ser considerados "relacionados con el servicio" y como tales, en ningún caso podrán ser de conocimiento de la justicia castrense. En todos estos casos, corresponderá a la justicia ordinaria aprehender la investigación y juzgamiento de esta clase de conductas." Sentencia C-878/00 (M.P. Alfredo Beltrán Sierra)

En esa medida, tanto la disposición que establece que no puede considerarse como un acto relacionado con el cumplimiento de funciones militares (inciso 2º), como la que proscribe de su conocimiento a la jurisdicción penal militar conocer del delito de desaparición forzada de personas (inciso 1º) no merecen reproche de constitucionalidad.47 Por el contrario, como lo ha sostenido la jurisprudencia de esta Corporación, estas reglas son imperativas desde el punto de vista constitucional.

Aun así, podría encontrarse reparo a la norma, pues no sólo se refiere a la justicia militar, sino que extiende la prohibición a toda jurisdicción especial. Ahora bien, aparte de las autoridades administrativas y de los particulares que cumplen funciones jurisdiccionales de manera transitoria, las jurisdicciones especiales que consagra la Constitución son aquellas que no hagan parte de la jurisdicción ordinaria. En particular, la jurisdicción penal militar, la jurisdicción indígena y los jueces de paz.

En cuanto a las autoridades administrativas, el inciso tercero del artículo 116 de la Carta es perentorio al establecer que "no les será permitido adelantar la instrucción de sumarios ni juzgar delitos."

En relación con las funciones jurisdiccionales ejercidas por los particulares, si bien la Constitución no consagra una cláusula igual a la de las autoridades administrativas, resulta de la misma naturaleza que no pueden investigar ni juzgar la comisión de delitos, pues dichos asuntos trascienden la capacidad transaccional de las partes procesales.48

En relación con la proscripción de la jurisdicción indígena para conocer del delito de desaparición forzada, tampoco observa la Corte que exista reparo de constitucionalidad, pues según el artículo 246 constitucional, corresponde precisamente al legislador establecer

“las formas de coordinación de esta jurisdicción especial con el sistema judicial nacional.”

Del mismo modo, tampoco encuentra reparo en la proscripción de los jueces de paz, pues ni el conocimiento de delitos, ni el de simples contravenciones es acorde con la función que la Constitución les asigna.49

Por lo anterior, la exclusión de las demás jurisdicciones especiales tampoco merece reproche constitucional.

Finalmente, el inciso 3º del artículo 9 establece que no se admitirán privilegios, inmunidades ni dispensas especiales en tales procesos, sin perjuicio de las disposiciones que figuran en la Convención de Viena sobre relaciones diplomáticas. Corresponde entonces a la Corte establecer si la atribución de fueros y competencias especiales para el juzgamiento de algunos funcionarios del Estado constituye un privilegio, una inmunidad, o una dispensa en los términos del artículo 9º de la Convención.

En segundo lugar, porque además de constituir garantías a favor de la institución, y no de la persona enjuiciada, estas excepciones sirven como mecanismos de balance que permiten el logro de la justicia. Es decir, la atribución del juzgamiento a otras altas instituciones estatales no puede verse como un mecanismo para disminuir el control que se tiene sobre tales funcionarios. Al contrario, tiene como objetivo impedir que una desigualdad de poderes entre el alto funcionario juzgado y su juzgador impida el logro de la justicia. En esa medida, la atribución de fueros y competencias especiales antes de interpretarse como privilegios que impidan o dificulten el deber del Estado de enjuiciar a los responsables del delito de desaparición forzada, constituyen mecanismos que garantizan a un mismo tiempo la integridad de determinadas instituciones constitucionales y la independencia en el juzgamiento de los responsables.

Por lo anterior, la Corte considera que la regla que prohibe los privilegios, inmunidades y dispensas especiales en los procesos por el delito de desaparición forzada es constitucional. Del mismo modo, considera que lo es la salvedad establecida en relación con la Convención de Viena sobre relaciones diplomáticas, pues resulta acorde el numeral 5º del artículo 235 de la Constitución.

Artículos 10 y 11

El artículo 10 impide que se alegue un estado de excepción o cualquier otra situación similar para justificar la desaparición forzada y dispone que en tales eventos deben preservarse medios judiciales idóneos para establecer: a) el paradero de los detenidos, b) su estado de salud y c) la identidad de las autoridades que ordenaron o ejecutaron su privación de la libertad. Por otra parte ordena que las autoridades judiciales tengan acceso libre e inmediato a los centros de detención o a cualquier otro lugar donde haya motivos para creer que se encuentre una persona desaparecida, incluidos los sujetos a jurisdicción militar.

Así mismo, el artículo 11 reitera la obligación del Estado de mantener a las personas privadas de la libertad en lugares oficialmente reconocidos, presentándolos sin demora ante las autoridades judiciales competentes de acuerdo con el ordenamiento interno. Por otra parte, ordena a los Estados partes establecer y mantener registros de las personas detenidas, a los

cuales deben tener acceso –entre otras- los familiares, abogados, jueces y demás autoridades.

De conformidad con nuestro ordenamiento constitucional, durante los estados de normalidad, las personas conservan la plenitud de sus derechos y de las garantías necesarias para su ejercicio. Durante los estados de excepción el gobierno puede restringir algunos de tales derechos, en la medida en que sea estrictamente necesario para conjurar los efectos del estado excepcional y permitirle restablecer la normalidad. Con todo, sin embargo, algunos de tales derechos son considerados intangibles y su limitación está prohibida independientemente de que se haya declarado un estado de excepción. Así, incluso resultaría completamente contrario a la Constitución permitir que durante los estados de excepción se puedan cometer desapariciones forzadas de personas.

En tal sentido, el numeral 2º del artículo 214 de la Constitución establece que durante tales estados "[n]o podrán suspenderse los derechos humanos ni las libertades fundamentales. En todo caso se respetarán las reglas del derecho internacional humanitario. Una ley estatutaria regulará las facultades del Gobierno durante los estados de excepción y establecerá los controles judiciales y las garantías para proteger los derechos de conformidad con los tratados internacionales." Sin embargo, sin los mecanismos necesarios para ejercerlos, tales derechos no pasarían de ser simples enunciados. Por lo tanto, en el numeral 3º siguiente, el constituyente dispuso en que "[n]o se interrumpirá el normal funcionamiento de las ramas del poder público ni de los órganos del Estado".

Por su parte, el artículo 4º de la Ley 137 de 1994 reguló los controles judiciales y las garantías de los derechos fundamentales a las que hace referencia el citado numeral 2º del artículo 214 constitucional. Tal disposición estatutaria dispone que son intangibles, entre otros, los mismos derechos que se pretenden proteger mediante la tipificación de la desaparición forzada de personas, y reitera que no se podrán suspender las garantías necesarias para el ejercicio de tales derechos.50 Refiriéndose a tal artículo, la Corte, en Sentencia C-179/94 (M.P. Carlos Gaviria Díaz), dijo:

"En este artículo el legislador, valiéndose de la Convención Americana de Derechos Humanos y del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, enuncia una serie de derechos que califica de intangibles, durante los estados de excepción, los cuales no pueden ser objeto de suspensión o restricción alguna por el legislador extraordinario, ya que se consideran como bienes imprescindibles para la dignidad de la persona humana."

"Durante los estados de excepción, es de común ocurrencia que se afecten ciertos derechos que la misma Constitución permite restringir o limitar en épocas de normalidad, valga citar: el derecho de reunión, el derecho de asociación, la libertad de circulación, etc.; sin embargo, existen otros que en ninguna época pueden ser objeto de limitación, como los contenidos en la disposición legal que se estudia, los cuales son considerados como inafectables."

En virtud de lo anterior, durante los estados de excepción no sólo está prohibida la desaparición forzada, sino que además, el Estado está obligado a garantizar cada uno de los derechos protegidos mediante la tipificación de la conducta. En esa medida, es indispensable preservar los medios necesarios para que las autoridades judiciales y los familiares de las personas privadas de la libertad conozcan de su paradero, de su estado de

salud y de la identidad de las autoridades que realizaron las detenciones.

Por lo anterior, resultan ajustadas a la Carta las disposiciones contenidas en los artículos 10 y 11 de la Convención.

Artículo 12

Del mismo modo, tampoco encuentra la Corte reproche alguno al artículo 12, que dispone un deber genérico de colaboración entre los Estados partes para la búsqueda, identificación, localización y restitución de menores de edad que hayan sido trasladados o retenidos en otros Estados debido a la desaparición forzada de sus padres, tutores o guardadores. Por el contrario, tal disposición permite la protección de los derechos de los niños, acorde con lo dispuesto en los artículos 2º y artículo 44 de la Carta.

Artículos 13 y 14

Los artículos 13 y 14 contienen reglas aplicables a los trámites en relación con la Comisión y la Corte Interamericana de Derechos Humanos que no ameritan ninguna objeción desde el punto de vista constitucional. El artículo 13 dispone que en casos de desaparición forzada el procedimiento para tramitar peticiones o comunicaciones ante la Comisión Interamericana de Derechos Humanos será el contenido en el Pacto de San José, los estatutos y reglamentos de la Comisión y de la Corte Interamericana, incluso en lo que se refiere a medidas cautelares. Entre tanto, el artículo 14 establece que cuando la comisión reciba una petición o comunicación sobre desaparición forzada solicitará información sobre el paradero de la persona al respectivo gobierno, sin que ello determine la admisibilidad de la petición.

Artículo 15

Por su parte, el artículo 15 contiene una cláusula de salvaguarda de interpretación según la cual el contenido de la Convención no restringe el alcance de los acuerdos previos entre las partes. Además, restringe su aplicación, excluyéndola del ámbito de los conflictos armados internacionales, los cuales regidos por el Derecho Internacional Humanitario, en particular, aquellos tratados aplicables a los conflictos internacionales.

Artículos 16, 17 y 18

Los artículos 16, 17, y 18 de la Convención establecen respectivamente el carácter semiabierto de la Convención, determinando que pueden ser partes los miembros de la Organización de Estados Americanos, las formas en que estos pueden prestar su consentimiento y determinan que el depositario de los instrumentos para llevarlo a cabo es la Secretaría General de la Organización.

Artículo 19

Por otra parte, el artículo 19 establece la posibilidad de que las partes emitan reservas en distintos momentos de la celebración de la Convención, sujeto a la regla general de que no sea incompatible con el objeto y fin del tratado y que, además, se refiera específicamente a una o más disposiciones de la misma. Tampoco estas disposiciones convencionales ameritan un reproche desde el punto de vista constitucional.

Artículos 20, 21 y 22

Por su parte, el artículo 20 entrada en vigencia del tratado, el artículo 21 establece la posibilidad de denunciar la Convención, y el artículo 22 determina los idiomas en que el texto de la Convención hace fe, establece quién es el depositario y dispone su registro ante la Secretaría General de las Naciones Unidas. Estos artículos finales tampoco conllevan problemas de constitucionalidad.

VI. DECISIÓN

En mérito de lo expuesto, la Sala Plena de la Corte Constitucional, oído el concepto del señor procurador general de la Nación y cumplidos los trámites previstos en el Decreto 2067 de 1991, administrando justicia en nombre del pueblo y por mandato de la Constitución,

RESUELVE

Declarar EXEQUIBLES la Convención Interamericana sobre Desaparición Forzada de Personas hecha en Belem do Pará, el nueve de julio de 1994 y la Ley 707 del 28 de noviembre de 2001 por medio de la cual se aprueba dicha convención.

Cópiese, notifíquese, comuníquese al Gobierno Nacional y al Congreso de la República, insértese en la Gaceta de la Corte Constitucional y archívese en el expediente.

MARCO GERARDO MONROY CABRA

Presidente

JAIME ARAUJO RENTERIA

Magistrado

ALFREDO BELTRÁN SIERRA

Magistrado

MANUEL JOSE CEPEDA ESPINOSA

Magistrado

JAIME CORDOBA TRIVIÑO

Magistrado

RODRIGO ESCOBAR GIL

Magistrado

EDUARDO MONTEALEGRE LYNETT

Magistrado

ALVARO TAFUR GALVIS

Magistrado

CLARA INES VARGAS HERNANDEZ

Magistrada

MARTHA VICTORIA SACHICA DE MONCALEANO

Secretaria General

Salvamento parcial de voto a la Sentencia C-580/02

INTERPRETACION POR PRINCIPIOS/PRINCIPIOS CONSTITUCIONALES-Expresión explícita o implícita/PRINCIPIO DE SEGURIDAD JURIDICA-Consagración constitucional (Salvamento parcial de voto)

PRINCIPIOS CONSTITUCIONALES-Consagración (Salvamento parcial de voto)

DELITO Y PENA-Prescriptibilidad es una manifestación de la seguridad jurídica (Salvamento parcial de voto)

ACCION PENAL Y PENA-Prescriptibilidad (Salvamento parcial de voto)

DESAPARICION FORZADA-Consumado el delito comienza término de prescripción (Salvamento parcial de voto)

AMNISTIA E INDULTO EN MATERIA DE DESAPARICION FORZADA (Salvamento parcial de voto)

Referencia: expediente L.A.T.-218

Revisión oficiosa de la Ley 707 del 28 de noviembre de 2001 “Por medio de la cual se aprueba la Convención Interamericana sobre Desaparición Forzada de Personas” hecha en Belem do Pará, el nueve de julio de 1994.

Magistrado Ponente:

Dr. RODRIGO ESCOBAR GIL

Con el respeto acostumbrado por las decisiones de esta Corporación, el suscrito magistrado presenta las razones de su disenso:

1. En la teoría constitucional existe un método de interpretación, denominado interpretación

por principios. Los principios constitucionales pueden estar expresados de manera explícita o implícita. La seguridad jurídica es un principio que se encuentra consagrado implícitamente en nuestra Constitución.

Los principios constitucionales pueden estar consagrados de manera genérica o de manera específica o de una forma mixta (genérica y específica); por ejemplo: La igualdad se encuentra consagrada de manera genérica en el artículo 13 de la Constitución, lo que no es obstáculo para que haya otras consagraciones específicas de la igualdad; como son la igualdad de acceso a los cargos públicos, la igualdad del hombre o la mujer o la igualdad de los hijos.

La prescriptibilidad de los delitos y de las penas, no es más que una manifestación concreta y explícita, del principio explícito de la seguridad jurídica en nuestro sistema constitucional.

1. A mi juicio el artículo 28 de la Constitución, inciso final, consagra en nuestro sistema jurídico la prescriptibilidad tanto de la pena, como de la acción penal; pues no se entendería que las penas prescriban y que la acción sea imprescriptible. Si la pena es prescriptible, debe serlo también el camino que conduce a ella, que en este caso es la acción penal, ya que no puede haber pena sin acción.

1. La Corte buscando hacer conciliable la seguridad jurídica, con la imprescriptibilidad, hizo una mistura de principios inconciliables y creo un Frankenstein jurídico ya que permitió que la acción fuera imprescriptible y al mismo tiempo acepto que cuando ya estén individualizados los autores o cómplices, comience a correr la prescripción respecto de ellos.

En mi criterio aunque la desaparición forzada pueda ser considerada un delito de ejecución permanente, una vez se consuma el delito aunque no haya imputado como autor o cómplice, comienza a correr el término de prescripción (que hoy en día tiene para ese delito un máximo de 30 años).

1. En relación con el tema de amnistías e indultos, considero que el Protocolo II de Ginebra permite las más amplias amnistías e indultos al final de un proceso de paz y que no excluye esta clase de delitos. Cosa diversa es que no puedan existir autoamnistias; que las víctimas de estos delitos tengan derecho a la verdad, a la indemnización de perjuicios y a la justicia, y que los autores de ellos se reconozcan culpables públicamente, pues de lo contrario no gozarán de amnistía ni de indultos.

En los anteriores términos, respetuosamente dejo consignada mi aclaración de voto sobre el asunto de la referencia.

Fecha ut supra.

JAIME ARAUJO RENTERIA

Salvamento parcial de voto a la Sentencia C-580/02

CONVENCION INTERAMERICANA SOBRE DESAPARICION FORZADA DE PERSONAS-Contenido y alcance de la acción penal en materia de prescripción (Salvamento parcial de voto)

DESAPARICION FORZADA-Aplicación de pena más grave de legislación interna (Salvamento parcial de voto)

TRATADO INTERNACIONAL DE DERECHOS HUMANOS-Método de interpretación (Salvamento parcial de voto)

TRATADO INTERNACIONAL-Interpretación restrictiva (Salvamento parcial de voto)

ACCION PENAL Y PENA EN CONVENCION INTERAMERICANA SOBRE DESAPARICION FORZADA DE PERSONAS-Prescripción (Salvamento parcial de voto)

ACCION PENAL Y PENA-Comparten aspectos sustanciales en cuanto a los fines (Salvamento parcial de voto)

PRESCRIPCION DE LA ACCION PENAL-Significado y fines (Salvamento parcial de voto)

PODER PUNITIVO DEL ESTADO-Límites constitucionales materiales (Salvamento parcial de voto)

PODER PUNITIVO DEL ESTADO-Fijación de límites mínimos y máximos (Salvamento parcial de voto)

PRESCRIPCION DE LA ACCION PENAL-Sanción a inactividad del Estado (Salvamento parcial de voto)

ACCION PENAL POR DESAPARICION FORZADA-Consecuencias de imprescriptibilidad (Salvamento parcial de voto)

DELINCUENTE-Alternativas a su comportamiento criminal (Salvamento parcial de voto)

ACCION PENAL-Imprescriptibilidad y legalidad internacional (Salvamento parcial de voto)

ACCION PENAL-Imprescriptibilidad puede convertirse en obstáculo para operancia de justicia internacional (Salvamento parcial de voto)

Referencia: expediente L.A.T. 218

Revisión oficiosa de la “Ley 707 del 28 de noviembre de 2001 “Por medio de la cual se aprueba la Convención Interamericana sobre Desaparición Forzada de Personas”, hecha en Belem do Pará, el nueve de julio de 1994.

Magistrado Ponente:

Dr. RODRIGO ESCOBAR GIL.

Con el acostumbrado respeto, la suscrita Magistrada disiente de la decisión de la Corporación que declaró exequible el texto de la "Convención Interamericana sobre Desaparición Forzada de Personas", hecha en Belem do Pará, el nueve de julio de 1994. A mi juicio, la Corte debió haber afirmado, en la parte resolutiva de la sentencia, que existe en nuestro ordenamiento jurídico una norma de carácter fundamental que impide la aplicación de la imprescriptibilidad de la acción penal y de la pena en casos de desaparición forzada de personas, y que por ende, el Estado colombiano debía haberse acogido, en ambos casos, a lo dispuesto en el inciso segundo del artículo VII del instrumento internacional.

1. Contenido y alcance del artículo VII de la Convención Interamericana sobre Desaparición Forzada de Personas.

El artículo VII de la "Convención Interamericana sobre Desaparición Forzada de Personas" está integrado por dos disposiciones complementarias, que como tales, deben ser interpretadas.

En el primer inciso se dispone lo siguiente:

"La acción penal derivada de la desaparición forzada de personas y la pena que se imponga judicialmente al responsable de la misma no estarán sujetas a prescripción"

Por su parte, el inciso segundo reza:

"Sin embargo, cuando existiera una norma de carácter fundamental que impidiera la aplicación de lo estipulado en el párrafo anterior, el período de prescripción deberá ser igual al del delito más grave en la legislación interna del respectivo Estado Parte".

Ahora bien, para la mayoría de la Corte, al estipular el artículo 28 constitucional que "En ningún caso podrá haber detención, prisión ni arresto por deudas, ni penas y medidas de seguridad imprescriptibles", necesariamente el Estado colombiano debía recurrir al inciso segundo del artículo VII del tratado internacional, esto es, aplicar para los casos de desaparición forzada de personas la pena más grave que existiera en la legislación interna, vale decir, a la luz del nuevo Código Penal, cuarenta (40) años de prisión. Nótese, por lo demás, que esta es ya, por lo demás, la pena a imponer para los casos de desaparición forzada de personas agravada (art. 166 del C.P.).

En lo que concierne a la prescripción de la acción penal, la mayoría de la Corte consideró que no debía aplicarse, correlativamente, aquella igual al del delito más grave cometido en la legislación colombiana, que en este caso cuenta con una norma especial para los delitos de genocidio, desaparición forzada, tortura y desplazamiento forzado (art. 83.2 del C.P.), – la cual aumenta a treinta (30) años el término de prescripción a diferencia del término de prescripción ordinario de veinte (20) años -, sino que, el legislador, dentro de su ámbito de configuración normativa, estaba facultado para establecer la imprescriptibilidad de la acción penal para el delito de desaparición forzada. Así pues, quienquiera que haya incurrido en el mencionado ilícito, puede ser investigado y juzgado por el Estado colombiano hasta el último de sus días y ser condenado a una pena que ascendería, llegado el caso, a cuarenta años de prisión.

A mi juicio, la mayoría de la Corte arribó a esta conclusión haciendo una interpretación incorrecta del artículo VII del instrumento internacional, por las razones que paso a explicar.

La interpretación de los tratados internacionales sobre derechos humanos, tal y como lo han señalado reiteradamente la Corte Interamericana sobre Derechos Humanos y el Tribunal Europeo de Derechos Humanos, se orienta por los métodos de interpretación que aparecen recogidos en el artículo 31 de la Convención de Viena sobre Derecho de los Tratados de 1969, a cuyo tenor:

"Un tratado deberá interpretarse de buena fe conforme al sentido corriente que haya de atribuirse a los términos del tratado en el contexto de estos y teniendo en cuenta su objeto y fin."

Ahora bien, la estirpe claramente voluntarista del derecho internacional público conduce a que, en primer lugar, los tratados internacionales sean interpretados de manera restrictiva, insistimos, so pena de desconocer el alcance del consentimiento dado por los Estados al momento de adoptar un instrumento internacional. De allí que, la Convención de Viena recoja el método exegético como el punto de partida para realizar cualquier interpretación sobre los acuerdos internacionales.

Así pues, en el caso concreto, el inciso segundo del artículo VII de la Convención Interamericana sobre Desaparición Forzada de Personas, no distingue, en absoluto, entre la prescripción de la acción penal y de la pena para efectos de inaplicar la regla general de las imprescriptibilidad de ambas instituciones procesales, cuando quiera que exista una norma interna de carácter fundamental que disponga lo contrario. De tal suerte que, en mi concepto, y partiendo de los artículos 28, 29 y 228 constitucionales, la conclusión debió haberse extendido a la prescriptibilidad de la acción penal y no tan sólo a aquella de la pena.

1. Límites constitucionales materiales al poder punitivo del Estado.

Para la mayoría, el silencio que guardó la Constitución en su artículo 28 sobre la prescriptibilidad de la acción penal, en tanto que límite material temporal al ejercicio del ius puniendi del Estado, es interpretado como una autorización para que el legislador, en el caso concreto del delito de desaparición forzada, pueda disponer la imprescriptibilidad de la acción penal, bien entendido, manteniendo la proscripción de la cadena perpetua. En otros términos, se partió de una simple separación técnica y tajante entre la acción penal y la pena, sin reparar que, aunque diferentes, ambas instituciones comparten importantes aspectos sustanciales, especialmente, en cuanto a sus fines.

En tal sentido, la prescripción de la acción penal es la cesación que el Estado hace de su potestad punitiva por el cumplimiento del término estipulado en la ley. En cuanto a los fines perseguidos con esta institución procesal, esta Corte ha señalado los siguientes:

"Diferentes circunstancias relacionadas con el paso del tiempo, justifican la interrupción de la actividad judicial: la pérdida de interés social par imponer una sanción al delincuente, la dificultad en conseguir pruebas de la culpabilidad o la inocencia y la injusticia de mantener a una persona indefinidamente sujeta a las consecuencias de la acción penal, más aún cuando

la propia Constitución consagra el principio de presunción de inocencia (C.P. art. 29) y la prohibición de las penas y medidas de seguridad imprescriptibles (C.P. art. 28)."51

A decir verdad, la fijación de límites mínimos y máximos para el ejercicio de la potestad sancionatoria del Estado es una constante en los ordenamientos penales occidentales, un principio general del derecho, que redunda en interés de la sociedad en la medida en que el Estado debe cumplir, en el menor tiempo posible, con el deber constitucional de investigar y sancionar el crimen, empleando para tal propósito todos los medios jurídicos y logísticos con que cuente, tal y como lo ha entendido la Corte Interamericana de Derechos Humanos en reiterada jurisprudencia, precisamente a propósito de casos de desaparición forzada de personas52. La prescripción de la acción penal, en consecuencia, sanciona la inactividad negligente o incluso dolosa del Estado. Correlativamente, la fijación de límites máximos para el ejercicio del ius puniendi redunda a favor de delincuente en la medida en que su situación jurídica será definida en un término razonable, y así mismo, en beneficio de la sociedad en la medida en que logre cicatrizar y perdonar las heridas de un pasado histórico turbulento. Buen ejemplo de los anteriormente descrito son las diferentes comisiones de la verdad, conformadas al término de regímenes autoritarios o de conflictos armados internos, fruto de las cuales se logró conocer la verdad pero a cambio fue preciso renunciar al ejercicio del ius puniendi.

A contrario, admitir la imprescriptibilidad de la acción de la acción penal para un crimen de lesa humanidad como lo es la desaparición forzada de personas, deja la puerta abierta para que el Estado justifique, durante mucho tiempo, su omisión de actuar amparado en la propia Constitución, vale decir, estaríamos generando un efecto perverso o no deseado. Aunado a lo anterior, el paso del tiempo, lejos de ser un catalizador de cualquier investigación criminal, constituye su peor aliado. En efecto, en materia de pruebas técnicas, la recolección de las mismas debe efectuarse en el menor tiempo posible, en la escena misma del crimen. Los testimonios son de difícil consecución y lo cierto es que el trascurso del tiempo hace que el relato de los hechos pierda exactitud y concreción. Además, en casos de desaparición forzada, la experiencia demuestra que es casi imposible lograr una prueba escrita o una confesión. El indicio, por tanto, se constituye, la mayor de las veces, en el único medio de prueba. De tal suerte que, permitirle al Estado que, en cualquier momento adelante investigaciones por desaparición forzada parece, prima facie, una medida encaminada a combatir la impunidad de este crimen atroz, y por ende proporcionada frente a la restricción al derecho defensa del imputado, más en la práctica, por la ausencia de pruebas, conduce a una mayor frustración al no poder declarar la culpabilidad de los responsables del crimen.

Por otra parte, en un estado social y democrático de derecho, la imposición de una pena guarda también una estrecha relación con el paso del tiempo y con la satisfacción de la conciencia jurídica general mediante la afirmación de unos valores sociales, en un momento histórico determinado. En tal sentido, el derecho liberal no sólo debe defender a los delincuentes de la mayoría, ni retribuir el daño causado, sino que ha de respetar la dignidad del delincuente e intentar ofrecerle alternativas a su comportamiento criminal53.

En suma, el término legal de treinta (30) años para perseguir a un posible de responsable de un caso de desaparición forzada y la imposición de una pena de prisión que puede llegar a los cuarenta (40) años, estimo que son, de por sí, instrumentos idóneos y proporcionados de

una política criminal seria y coherente contra un crimen abominable como es la desaparición forzada de personas, y que se compadecen con la restricción que conoce el derecho constitucional fundamental de defensa del imputado y que no genera los efectos perversos de la inactividad e irresponsabilidad del Estado y de dejar la puerta abierta para que, quizá en un futuro muy lejano, se adelante una investigación que culminará en un fallo absolutorio por falta de pruebas.

2. Imprescriptibilidad de la acción penal y legalidad internacional.

Sin lugar a dudas, la persecución internacional de los crímenes de guerra, del genocidio y de los crímenes de lesa humanidad – entre ellos la desaparición forzada de personas – pasa por repensar, y relativizar en cierta forma, los principios básicos del derecho penal liberal: concepto amplio del principio de legalidad (nullum crimen sine iure), inoperancia del non bis in idem frente a instancias internacionales de investigación y juzgamiento e imprescriptibilidad de la acción penal (que no de la pena, como se desprende del texto del Estatuto de Roma de la Corte Penal Internacional).

Ahora bien, la imprescriptibilidad de la acción penal en el ámbito internacional no ofrece los reparos que anotábamos en el orden interno. En efecto, la práctica demuestra que los testigos de estos crímenes sienten menos temor al momento de rendir su declaración. Que muchas veces, el estado de cosas que se vivía a la sazón en su país de origen impedían que cumpliesen, sin apremio ni temor alguno, su deber de declarar. Al respecto, los numerosos casos fallados por la Corte Interamericana de Derechos Humanos en materia de desaparición forzada ilustran esta situación. De tal suerte que, el paso del tiempo, no hace tanta mella en el derecho de defensa del sindicado ni conspira contra la efectividad de una investigación penal, como sí ocurre in foro domestico.

Aunado a lo anterior, la imprescriptibilidad de la acción penal en el orden interno puede convertirse, paradójicamente, en un obstáculo para la operancia de la justicia internacional. En efecto, si las autoridades internas, amparadas en la Constitución, disponen de todo el tiempo que deseen para adelantar una investigación por desaparición forzada, ¿cómo le endilgará la Sala de Cuestiones Preliminares de la Corte Penal Internacional al Estado colombiano la falta de resultados concretos en las investigaciones por casos de desapariciones forzadas? o ¿ de qué manera le reprochará falta de voluntad en adelantar una investigación de esta clase, si no se dispone de términos de referencia en el derecho interno para medir la razonabilidad del tiempo empleado en adelantar una investigación?.

De igual manera, cada vez que el Estado colombiano sea demandado ante la Comisión Interamericana de Derechos Humanos por un caso de desaparición forzada que no ha sido plenamente reparado, en el sentido de que las acciones penales, disciplinarias y administrativas no han llegado a buen término, el demandado podrá alegar que no ha incumplido el tratado internacional, que no se ha vencido el término razonable para actuar, ya que su Constitución no le establece unos términos perentorios para adelantar una investigación de esta naturaleza.

3. Principio de igualdad e imprescriptibilidad de la acción penal.

La posición mayoritaria de la Corte plantea, a mi opinión, reparos en materia de principio de

igualdad. En efecto, la autorización que figura en el fallo al Congreso de la República para que modifique el artículo 83.2 del C.P. en el sentido de hacer imprescriptible la acción penal en los casos de desaparición forzada de personas, llevaría a que fuese, en nuestro ordenamiento jurídico, el único crimen de lesa humanidad con esa característica. En otros términos, a pesar de que existen otros crímenes de igual naturaleza y magnitud (sistemáticos, graves, dirigidos contra la población civil e imprescriptibles a la luz de la legalidad internacional) que a diario se cometen en nuestro país, la desaparición forzada tendría un tratamiento punitivo distinto, no justificado por razones objetivas.

Fecha ut supra

CLARA INÉS VARGAS HERNÁNDEZ

Magistrada

1 Ver las Sentencias C-489/93 (M.P. Antonio Barrera Carbonell) y C-059/94 (M.P. Vladimiro Naranjo Mesa), C-187/99 M.P. Martha Victoria Sáchica de Moncaleano.

2 Este mismo criterio teleológico ha sido empleado por la Corte en las Sentencias C-574/92 aparte B.1.c); C-179/94, C-225/95 fundamentos 7 y 11, para considerar los tratados de Derecho Internacional Humanitario como parte del corpus de derechos humanos. En el fundamento 7, esta última Sentencia afirma que "(...) estos convenios hacen parte, en sentido genérico, del corpus normativo de los derechos humanos, puesto que, tanto los tratados de derechos humanos en sentido estricto como los convenios de derecho humanitario son normas de ius cogens que buscan, ante todo, proteger la dignidad de la persona humana. Son pues normatividades complementarias que, bajo la idea común de la protección de principios de humanidad, hacen parte de un mismo género: el régimen internacional de protección de los derechos de la persona humana. La diferencia es entonces de aplicabilidad, puesto que los unos están diseñados, en lo esencial, para situaciones de paz, mientras que los otros operan en situaciones de conflicto armado, pero ambos cuerpos normativos están concebidos para proteger los derechos humanos". El carácter determinante de la finalidad protectora de los derechos humanos fundamentales como criterio para integrar al bloque de constitucionalidad quedó al parecer definido en la Sentencia C-179/94 que afirmó: "Finalmente cabe agregar que las disposiciones del derecho internacional humanitario que tratan sobre el manejo de las personas y las cosas vinculadas a la guerra, como las que señalan la forma de conducir las acciones bélicas, se han establecido con el fin de proteger la dignidad de la persona humana y para eliminar la barbarie en los conflictos armados." (resaltado fuera de texto). Ver también Sentencia C-156/99. Reiterando dicho criterio ver: C-423/95, C-578/95, C-092/96 C-135/96, C-040/97 y C-156/99 aparte 2.2.2, SU-256/99.

3 En cuanto establece que "los tratados y convenios internacionales ratificados por el Congreso y que reconocen los derechos humanos y que prohíben su limitación en los estados de excepción, prevalecen en el orden interno"

4 Según este artículo "[l]a enunciación de los derechos y garantías contenidos en la

Constitución y en los convenios internacionales vigentes, no debe entenderse como negación de otros que, siendo inherentes a la persona humana, no figuren expresamente en ellos".

5 En la Sentencia C-295/93 la Corte estableció que para que una disposición de un tratado internacional haga parte del bloque de constitucionalidad: "… es necesario que se den los dos supuestos a la vez, de una parte, el reconocimiento de un derecho humano, y de la otra que sea de aquellos cuya limitación se prohiba durante los estados de excepción." Ver también Sentencias C-295/93 y C-092/96 fundamento 11. El hecho de que el artículo 93 se refiera a tratados y no a los derechos en sí mismos y que, por consiguiente para que estos prevalezcan en el ordenamiento interno sería necesario, en principio, que el tratado estableciera expresamente la prohibición de limitarlos en estados de excepción quedó zanjada definitivamente con la incorporación del derecho internacional humanitario al bloque de constitucionalidad, pues no todos los tratados de DIH proscriben la limitación de los derechos consagrados en ellos durante estados de excepción. Algunos ni siquiera consagran propiamente derechos. Sin embargo la Corte afirmó esta circunstancia se deriva de su mismo ámbito de aplicación. Ver Sentencia C-225/95 fundamento 11.

6 La Corte ha dicho que "… conforme a esta acepción, el bloque de constitucionalidad estaría conformado no sólo por el articulado de la constitución sino, entre otros, por los tratados internacionales de que trata el artículo 93 de la Carta, por las leyes orgánicas y, en algunas ocasiones, por las leyes estatutarias …" Sentencia C-359/97. Posteriormente ha sostenido que las disposiciones que hacen parte del bloque de constitucionalidad latu sensu constituyen "… parámetros para determinar el valor constitucional de las disposiciones sometidas a control" Sentencia C-774/01.

7 En relación con el bloque de constitucionalidad, la Corte ha señalado que no todas las disposiciones de un tratado de derechos humanos entran a ser parte del bloque de constitucionalidad. Al respecto ha dicho: ".Si bien es cierto que los tratados internacionales vigentes en Colombia encuentran un incuestionable fundamento en normas constitucionales, ello no significa que todas sus normas integran el bloque de constitucionalidad y sirven de fundamento para realizar el control de constitucionalidad de las leyes que lleva a cabo esta Corporación." (resaltado fuera de texto) Sentencia C-327/97.

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

9 Comparando el delito con lo establecido en la mencionada Declaración y en la Ley 589 de 1999, dijo: "El proyecto de ley que se convirtió en la Ley 599 de 2000, en su artículo 165 tipifica el delito desaparición forzada de personas dentro del Capítulo I del Título III, Delitos contra la libertad individual y otras garantías, conservando la misma descripción que está prevista en la Ley 589 de 2000. Asimismo, la descripción típica del delito de desaparición forzada es muy similar a la definición contenida en el artículo II de la Convención Interamericana sobre Desaparición Forzada de Personas y con el texto de la Declaración de

la Asamblea General de Naciones Unidas, Resolución 44/162 de 15 de diciembre de 1989."

10 Al referirse a la protección frente a la desaparición forzada y a la tortura, consagrada en el artículo 12 constitucional dijo: "Además, al no haber cualificado el sujeto activo que comete la desaparición el constituyente estableció una prohibición de carácter universal que se dirige a todas las personas independientemente de la calidad que ostenten, sea agente público o particular, que resulta ser más amplia que la consignada en los instrumentos internacionales tal como lo reconoció la Corte al revisar el artículo 279 de la Ley 100 de 1980 que tipificaba el delito de tortura." De manera similar a como estaba consagrada inicialmente la desaparición forzada en el inciso 1º del artículo 165 de la Ley 599 de 2000, el Proyecto de Artículos para un Código de Crímenes contra la Humanidad (encargo que le realizó la Asamblea general en 1947), que corresponde al trabajo de codificación y el desarrollo progresivo de normas internacionales sobre el tema, realizado por la Comisión de Derecho Internacional de la ONU, establece que la conducta debe haber sido instigada o dirigida por el Estado, por una organización o por un grupo, como condición para que se configure la desaparición forzada (art. 17 i).

11 Entre ellos, el Estatuto de la Corte Penal Internacional en su artículo 17 dispone que su jurisdicción es complementaria a la de los Estados Partes del mismo.

12 La Corte en Sentencia C-317/2002 sostuvo: "También puede concluirse de lo visto y analizado, que el conjunto de determinaciones que se han adoptado en el ámbito internacional en relación con los derechos humanos, y particularmente en lo que corresponde a la desaparición forzada, constituyen el parámetro mínimo de protección a partir del cual los Estados deben orientar su legislación …" (resaltado y subrayado fuera de texto original).

13 "agentes del Estado … personas o grupos de personas que actúen con la autorización, el apoyo o la aquiescencia del estado"

14 Así mismo, el numeral 1º del artículo 4º de la Declaración 47/133 de 1992 de la Asamblea General de la ONU dice "1. Todo acto de desaparición forzada será considerado, de conformidad con el derecho penal, delito pasible de penas apropiadas que tengan en cuenta su extrema gravedad."

15 Por su parte, el numeral 1º del artículo 17 de la Declaración 47/133 AG-ONU de 1992 dice: "1. Todo acto de desaparición forzada será considerado delito permanente mientras sus autores continúen ocultando la suerte y el paradero de la persona desaparecida y mientras no se hayan esclarecido los hechos." Sin embargo, en el caso Blake, la Corte Interamericana de Derechos Humanos estableció, en el mismo sentido que la Convención, que el delito era de carácter continuado "hasta el momento en que se establezca el destino o paradero de la víctima".

16 El numeral 2º del artículo 4º de la Declaración 47/133 AG-ONU dice: "2. Las legislaciones nacionales podrán establecer circunstancias atenuantes para quienes, habiendo participado en actos que constituyan una desaparición forzada, contribuyan a la reaparición con vida de la víctima o den voluntariamente informaciones que permitan esclarecer casos de desaparición forzada."

17 En este sentido, la jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos ha establecido que la desaparición forzada implica una vulneración de los derechos al reconocimiento de la personalidad jurídica (art. 3º de la Convención Americana sobre Derechos Humanos), a la vida (art. 4), a la integridad personal (art. 5º), y a ser llevado ante una autoridad judicial en caso de detención (art. 7.5), a las garantías judiciales necesarias (art. 8º). Al respecto ver Caso Godinez Cruz, Sentencia de enero 20 de 1989, CIDDHH, Fundamentos 161-167, citada por la Corte Constitucional en la Sentencia C-317/2002.

"3. Cada uno de los Estados Partes en el presente Pacto se compromete a garantizar que:

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

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

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

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

20 El artículo 167 el nuevo Código Penal establece circunstancias de atenuación punitiva más restringidas. Limita la reducción de la pena a aquellos casos en que los autores o partícipes, sin referirse a la determinación de los responsables. Dice que tales circunstancias específicas de atenuación se aplicarán a quienes voluntariamente: "… 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" o cuando "suministran información que conduzca a la recuperación del cadáver de la persona desaparecida"

21 El artículo 5º de la Declaración 47/133 dice: "Además de las sanciones penales aplicables, las desapariciones forzadas deberán comprometer la responsabilidad civil de sus autores y la responsabilidad civil del Estado o de las autoridades del Estado que hayan organizado, consentido o tolerado tales desapariciones, sin perjuicio de la responsabilidad internacional de ese Estado conforme a los principios del derecho internacional."

22 En cualquier caso, el Estado tiene la obligación de investigar la comisión de tales delitos. Al respecto, el artículo 11 de la Ley 589 de 1999 dispone: "Sin perjuicio de la extinción de la acción penal o terminación del proceso por cualquier causa, en el delito de desaparición forzada de personas, 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." En este mismo sentido se ha pronunciado la Corte Interamericana de Derechos Humanos, diciendo: "El Estado está obligado a investigar toda situación en la que se hayan violado los derechos humanos

protegidos por la Convención. Si el aparato del Estado actúa de modo que tal violación quede impune y no se restablezca, en cuanto sea posible, a la víctima en la plenitud de sus derechos, puede afirmarse que ha incumplido el deber de garantizar su libre y pleno ejercicio a las personas sujetas a su jurisdicción. Lo mismo es válido cuando se tolere que los particulares o grupos de ellos actúen libre o impunemente en menoscabo de los derechos humanos reconocidos en la Convención" Corte Interamericana de Derechos Humanos, Caso Velásquez Rodríguez, Fundamento 178.

23 El principio de territorialidad, tal y como está contenido en el nuevo Código Penal, establece:

"Artículo 14. Territorialidad. La ley penal colombiana se aplicará a toda persona que la infrinja en el territorio nacional, salvo las excepciones consagradas en el derecho internacional.

"La conducta punible se considera realizada:

"1. En el lugar donde se desarrolló total o parcialmente la acción.

"2. En el lugar donde debió realizarse la acción omitida.

"3. En el lugar donde se produjo o debió producirse el resultado."

Dicho principio a su vez comprende el criterio de la territorialidad por extensión, que según el mismo Código consiste en:

"Artículo 15. Territorialidad por extensión. La ley penal colombiana se aplicará a la persona que cometa la conducta punible a bordo de nave o aeronave del Estado que se encuentre fuera del territorio nacional, salvo las excepciones consagradas en los Tratados o Convenios Internacionales ratificados por Colombia.

"Se aplicará igualmente al que cometa la conducta a bordo de cualquier otra nave o aeronave nacional, que se halle en altamar, cuando no se hubiere iniciado la acción penal en el exterior."

24 En relación con el principio de nacionalidad activa, el Código Penal trae las siguientes disposiciones que, a falta de otro criterio, son aplicables en cuanto se trate de nacionales colombianos:

" Artículo 16. Extraterritorialidad. La ley penal colombiana se aplicará:

(…)

"2. A la persona que esté al servicio del Estado colombiano (sea nacional y), goce de inmunidad reconocida por el derecho internacional y cometa delito en el extranjero.

"3. A la persona que esté al servicio del Estado colombiano (sea nacional y), no goce de inmunidad reconocida por el derecho internacional y cometa en el extranjero delito distinto de los mencionados en el numeral 1º, cuando no hubiere sido juzgada en el exterior.

“4. Al nacional que fuera de los casos previstos en los numerales anteriores, se encuentre en Colombia después de haber cometido un delito en territorio extranjero, cuando la ley penal colombiana lo reprima con pena privativa de la libertad cuyo mínimo no sea inferior a dos (2) años y no hubiere sido juzgado en el exterior.

“Si se trata de pena inferior, no se procederá sino por querella de parte o petición del Procurador General de la Nación.

En cuanto se refiere al criterio de nacionalidad pasiva, establece el siguiente numeral:

En este caso sólo se procederá por querella de parte o petición del Procurador General de la Nación.

25 A este respecto, en un caso no regulado por los numerales anteriores, el siguiente numeral del artículo 16 del nuevo Código Penal contiene las siguientes reglas:

“6. Al extranjero que haya cometido en el exterior un delito en perjuicio de extranjero, siempre que se reúnan estas condiciones:

“a) Que se halle en territorio colombiano;

“b) Que el delito tenga señalada en Colombia pena privativa de la libertad cuyo mínimo no sea inferior a tres (3) 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. (resaltado fuera de texto)

“En el caso a que se refiere el presente numeral no se procederá sino mediante querella o petición del Procurador General de la Nación y siempre que no hubiere sido juzgado en el exterior.”

26 Acerca de los diferentes principios que rigen el ejercicio de la jurisdicción en materia penal ver las Sentencias C-1189/00 (M.P. Carlos Gaviria Díaz) y C-621/01 (M.P. Manuel José Cepeda Espinosa).

27 Ver entre otros, Corte Interamericana de Derechos Humanos, Caso Caballero y Santana, Sentencia de diciembre 8 de 1995, Serie C No. 22. Así mismo, ONU, Comisión de Derecho Internacional, artículo 18 del Proyecto de Código de Crímenes contra la Humanidad, 1996.

28 La presente Convención es muestra de ello. La mayoría de las consecuencias de que una conducta se considerara como de lesa humanidad están consagradas en el presente tratado, así como en numerosas declaraciones de diversas organizaciones internacionales. Las principales consecuencias son: la atribución de responsabilidades individuales sin posibilidad de que ésta sea excluida en virtud de las órdenes de superiores o en inmunidades, la exclusión de la categoría de delitos políticos, y la consiguiente obligación de extradición o juzgamiento, la exclusión de las condiciones de asilado o refugiado y la imprescriptibilidad de

los delitos, entre otros. Calificando la desaparición forzada como crimen de lesa humanidad ver OEA AG/RES. 666 (XIII-0/83) de nov. 18 de 1983; OEA AG/RES 742 (XIV-0/84); OEA AG/RES 1022 (XIX-0/89) Resol. 7; AG/RES 1044 (XX-0/90); OEA SG "Informe sobre la Calificación de la desaparición forzada de personas como crimen de lesa humanidad: principales efectos jurídicos" (CP/CAJP-898/93) de abril 12 de 1993. En el sistema ONU, diciendo específicamente que no se requiere una violación generalizada o sistemática para que sea considerado de lesa humanidad ONU CDI Informe del Relator de 1989, parr. 147 período 41 de sesiones, julio 2 a 21 de 1989 No. 10 (A/44/10); en el mismo sentido ONU ECOSOC "Informe sobre administración de justicia y derechos humanos de los detenidos" (E/CN.4/Sub.2/1990/NGO/1) de julio 2 de 1990.

29 En este mismo sentido, ver Sentencia C-024/94 (M.P. Alejandro Martínez Caballero).

30 En el mismo sentido, la Corte ha interpretado que la obligación del artículo 28 de la Constitución de poner a disposición del juez a la persona detenida dentro de las 36 horas no debe interpretarse de manera rígida en el contexto de un conflicto armado, cuando ello resulta peligroso para la persona detenida o imposible de realizar. Ver Sentencia C-251/02 (M.Ps. Clara Inés Vargas Hernández y Eduardo Montealegre Lynett) Fundamentos. 107-110.

31 La Corte Constitucional, en la Sentencia C-024/94 interpretó la regla constitucional consagrada en el artículo 28 que ordena que las personas detenidas sean puestas a disposición del juez competente dentro de las 36 horas siguientes, también como una facultad de llevar a cabo detenciones administrativas dentro de ese lapso. Este tipo de detenciones no requieren orden escrita de autoridad judicial. En el mismo sentido ver también Sentencia C-270/94 (M.P. Hernando Herrera Vergara).

32 En este sentido ver la Sentencia C-774/01 (M.P. Rodrigo Escobar Gil).

33 "Mandamientos escritos" según la terminología utilizada por el constituyente en el inciso 1º del artículo 28 de la Carta.

34 En tal sentido, la Corte ha dicho: "Como ha quedado expuesto anteriormente, la diferencia de trato entre empleados oficiales y particulares, en materia de prescripción de la acción penal, se justifica por la existencia de la potestad estatal para fijar la política criminal frente a determinados delitos, según su gravedad, complejidad, consecuencias y dificultades probatorias, sin que sea posible afirmar la vulneración del derecho a la igualdad." Sentencia C-345/95 (M.P. Eduardo Cifuentes Muñoz).

35 Según lo dispuso esta Corporación mediante Sentencia C-317/02 (M.P. Clara Inés Vargas Hernández), en el artículo 165 del nuevo Código Penal que tipifica la desaparición forzada, la expresión "'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,' debe entenderse que la conjunción 'y' no exige que para cometer la infracción el particular deba ser requerido, sino que basta solamente la falta de información o de la negativa a reconocer la privación de la libertad". Por su parte, el artículo 26 del mismo estatuto dispone que "[l]a conducta punible se considera realizada en el tiempo de la ejecución de la acción o en aquél en que debió tener lugar la acción omitida, aun cuando sea otro el del resultado." Por lo tanto, la conducta se continúa realizando entre tanto no se tenga información sobre el paradero de la persona,

independientemente de que se omita reconocer la privación de la libertad. En el mismo sentido, se pronunció la Corte Interamericana de Derechos Humanos en el caso Blake ya citado. Ver Nota 9 supra. Requiriendo también el esclarecimiento de los hechos, el numeral 1º del artículo 17 de la Declaración de la AG ONU 47/133. Ver Ibíd..

36 En casos de desaparición forzada los mecanismos como las comisiones de la verdad de carácter internacional, gubernamental, o privado han contribuido a la erradicación de dicha práctica. En particular, pueden citarse los casos del informe "Nunca más", presentado por la llamada "Comisión Sábato" en Argentina, la cual aunque era de naturaleza privada, fue apoyada por el gobierno de entonces, y sirvió como base para el juzgamiento de algunos mandos militares por delitos cometidos durante la dictadura Videla. Así mismo, en cumplimiento del Acuerdo de Paz entre el gobierno y el FMLN en El Salvador, la Asamblea General de la ONU creó una "Comisión para la verdad en El Salvador", presidida por Thomas Buergenthal ex-presidente de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, la cual publicó los nombres de los responsables de las diversas violaciones de derechos humanos durante el conflicto salvadoreño, originando con ello un proceso de responsabilidad individual e institucional.

37 En este mismo sentido, la Ley 589 de 1999, en su artículo 8º crea la Comisión de Búsqueda de Personas Desaparecidas, la cual deberá investigar incluso los casos acaecidos antes de la vigencia de la ley.

38 El término de caducidad de dicha acción es de dos años. Con todo, la Ley 589 de 2000 dispone:

"Artículo 7°. El numeral 8 del artículo 136 del Código Contencioso Administrativo tendrá un inciso segundo del siguiente tenor:

"Sin embargo, el término de caducidad de la acción de reparación directa derivada del delito de desaparición forzada, se contará a partir de la fecha en que aparezca la víctima o en su defecto desde la ejecutoria del fallo definitivo adoptado en el proceso penal, sin perjuicio de que tal acción pueda intentarse desde el momento en que ocurrieron los hechos que dieron lugar a la desaparición."

39 Al respecto la Corte dijo: "La obediencia ciega, como causal de exoneración, no se admite cuando el contenido de la orden es manifiestamente delictivo y notorio para el agente que la ejecuta. La legislación y la jurisprudencia comparada, por lo general, admiten el deber de obediencia cuando el subordinado se encuentra simplemente ante la duda sobre la ilicitud del contenido de la orden". Sentencia C-587/95 (M.P. José Gregorio Hernández Galindo). En el mismo sentido, la Corte Suprema ha dicho que la sola forma de licitud no es suficiente para exonerar al inferior, cuando el contenido de la orden es antijurídico: "De lo anterior se desprende que, en uno y otro caso, la orden debe ser legítima; que aun cuando se emita con las formalidades legales, si tiene un contenido antijurídico jamás podrá justificar el hecho, pese a que se invoque el principio constitucional de que trata el artículo 91, pues de él no se desprende un obedecimiento ciego, sino su cumplimiento dentro de los límites racionales y coherentes que demandan un Estado de derecho y apreciando las concretas circunstancias que rodean el hecho al momento de su ejecución." (resaltado fuera de texto) Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Penal, Sentencia de junio 13 de 1995, Rad. 9785 (M.P. Carlos E.

Mejía Escobar)

40 Al respecto, la Corte ha dicho: “Así, en virtud del criterio que se deja expuesto, bien podría negarse un subalterno a obedecer la orden impartida por su superior si ella consiste en infligir torturas a un prisionero o en ocasionar la muerte fuera de combate, pues semejantes conductas, por su sola enunciación y sin requerirse especiales niveles de conocimientos jurídicos, lesionan de manera abierta los derechos humanos y chocan de bulto con la Constitución.” Sentencia T-409/92 (M.P. José Gregorio Hernández Galindo).

41 En este sentido, la Corte, en otro pronunciamiento dijo: “Los derechos fundamentales constituyen límite constitucional del ejercicio del poder. Su fuerza irradiadora, por el lugar prioritario que ocupan en el orden político, económico y social justo, limita entre otros, el alcance del artículo 91 de la Constitución.” Sentencia T-439/92 (M.P. Eduardo Cifuentes Muñoz).

42 Al respecto, la Corte, al analizar la constitucionalidad del Protocolo II Adicional a los 4 Convenios de Ginebra de 1949, dijo: “En tales circunstancias, una conclusión se impone: no se puede invocar la obediencia militar debida para justificar la comisión de conductas que sean manifiestamente lesivas de los derechos humanos, y en particular de la dignidad, la vida y la integridad de las personas, como los homicidios fuera de combate, la imposición de penas sin juicio imparcial previo, las torturas, las mutilaciones o los tratos crueles y degradantes. Esta conclusión no sólo deriva de la importancia de estos valores en la Constitución colombiana y en el derecho internacional humanitario sino que, además, coincide con lo prescrito por otros instrumentos internacionales en la materia que obligan al Estado colombiano. Así lo consagra, por ejemplo, la “Convención contra la tortura, y otros tratos o penas crueles, inhumanos y degradantes” de las Naciones Unidas, la cual fue suscrita por nuestro país el 10 de abril de 1985, aprobada por la Ley 70 de 1986, ratificada el 8 de diciembre de 1987 y, por ende, en vigor para Colombia desde el 7 de enero de 1988. El artículo 2º ordinal 3º de esta Convención, la cual prevalece en el orden interno, puesto que reconoce derechos que no pueden ser suspendidos en los estados de excepción (CP art. 93), establece inequívocamente que ‘no podrá invocarse una orden de un funcionario superior o de una autoridad pública como justificación de la tortura’.” Sentencia C-225/95 (M.P. Alejandro Martínez Caballero).

43 Tal disposición dice: “No habrá lugar a responsabilidad penal cuando:

(…)

“4. Se obre en cumplimiento de orden legítima de autoridad competente emitida con las formalidades legales.

“No se podrá reconocer la obediencia debida cuando se trate de delitos de genocidio, desaparición forzada y tortura.” (resalta la Corte)

44 De acuerdo con la Declaración sobre la protección de todas las personas contra las desapariciones forzadas, aprobada por la Asamblea General de las Naciones Unidas mediante Resolución Nº47/133 del 18 de diciembre de 1992 ninguna orden o instrucción de autoridad pública, sea civil, militar o de otra índole, puede ser invocada para justificar una desaparición

forzada, y en consecuencia, toda persona que reciba tal orden o tal instrucción tiene el derecho y el deber de no obedecerla (art. 6.1.). Y en relación con la tortura, el artículo 7 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos establece que "Nadie será sometido a torturas ni a penas o tratos crueles, inhumanos o degradantes. En particular, nadie será sometido sin su libre consentimiento a experimentos médicos o científicos", y sobre el tema específico de acuerdo al artículo 5 del Código de Conducta para funcionarios encargados de hacer cumplir la ley, adoptado por la Asamblea General de las Naciones Unidas el 18 de diciembre de 1979, mediante Resolución 34/169, ningún funcionario encargado de hacer cumplir la ley podrá, infligir, instigar o tolerar ningún acto de tortura u otros tratos o penas crueles inhumanos o degradantes, ni invocar la orden de un superior o circunstancias especiales, como estado de guerra o amenaza a la seguridad nacional o cualquier otra emergencia pública, como justificación de la tortura u otros tratos o penas crueles, inhumanos o degradantes. De otro lado, en relación con el genocidio figura la Convención para la prevención y castigo del crimen de genocidio, aprobada por Ley 28 de 1959.

Adicionalmente deben tenerse en cuenta en este campo una serie de normas de derecho internacional en relación con otros delitos en los que prima facie no cabe la obediencia debida como excusa. Así en relación con las ejecuciones arbitrarias o sumarias, la violación y actos de agresión sexual, y la mutilación, se debe señalar el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos y la Convención Interamericana de Derechos Civiles y Políticos, así como los Convenios de Ginebra, artículo 3 común y Protocolo II, artículo 4;; Finalmente sobre el Apartheid, debe mencionarse la Convención sobre la Represión y el castigo del crimen de Apartheid. (Ley 26 de 1987).

45 El mencionado artículo, demandado el los apartes subrayados, decía:

"La responsabilidad de toda orden militar recae en quien la emite y no en quien la ejecuta."

"Cuando el subalterno que la recibe advierta que de su ejecución puede derivarse manifiestamente la comisión de un delito, acto contra el honor militar o falta constitutiva de causal de mala conducta, debe exponerlo así al superior. Si este insiste, el subalterno está obligado a cumplirla previa confirmación por escrito"

46 Al respecto ha dicho: "b) que el vínculo entre el hecho delictivo y la actividad relacionada con el servicio se rompe cuando el delito adquiere una gravedad inusitada, tal como ocurre con los llamados delitos de lesa humanidad. En estas circunstancias, el caso debe ser atribuido a la justicia ordinaria, dada la total contradicción entre el delito y los cometidos constitucionales de la Fuerza Pública." Sentencia C-358/97 (M.P. Eduardo Cifuentes Muñoz)

47 En el mismo sentido, el artículo 3º del Código Penal Militar dispone: "Delitos no relacionados con el servicio. No obstante lo dispuesto en el artículo anterior, en ningún caso podrán considerarse como relacionados con el servicio los delitos de tortura, el genocidio y la desaparición forzada, entendidos en los términos definidos en convenios y tratados internacionales ratificados por Colombia." (resalta la Corte)

48 En este sentido, la Corte ha dicho: "No es concebible que el ejercicio de la jurisdicción, como función estatal, se desplace de manera permanente y general a los árbitros y conciliadores (CP art 113). Tampoco resulta admisible ampliar la materia arbitrable a

asuntos que trascienden la capacidad de disposición de las partes y respecto de los cuales no sea posible habilitación alguna." Sentencia T-057/95 (M.P. Eduardo Cifuentes Muñoz). En oportunidad más reciente lo reiteró afirmando: Dentro de este contexto, no es difícil arribar a la conclusión según la cual los particulares investidos de la facultad de administrar justicia no pueden pronunciarse sobre asuntos que involucren el orden público, la soberanía nacional o el orden constitucional, asuntos que en razón de su naturaleza, están reservados al Estado, a través de sus distintos órganos." (resaltado fuera de texto) Sentencia C-1436/00 (M.P. Alfredo Beltrán Sierra).

49 Al respecto la Corte ha dicho: "Esta Corporación estima que efectivamente el asignar el conocimiento de las contravenciones, esto es de verdaderos hechos punibles, a los jueces de paz, contraviene la naturaleza de su cargo y el carácter de sus responsabilidades." Sentencia C-536/95 (M.P. Vladimiro Naranjo Mesa).

50 En lo pertinente, el artículo dice: Artículo 4°. Derechos intangibles. De conformidad con el artículo 27 de la Convención Americana de Derechos Humanos, y los demás tratados sobre la materia ratificados por Colombia, durante los estados de excepción serán intangibles: el derecho a la vida y a la integridad personal; el derecho a no ser sometido a desaparición forzada, a torturas, ni a tratos o penas crueles, inhumanos o degradantes; el derecho al reconocimiento de la personalidad jurídica; (…) a la protección por parte de su familia, de la sociedad y del Estado; el derecho a no ser condenado a prisión por deudas civiles; el derecho al habeas corpus …

"Tampoco podrán ser suspendidas las garantías judiciales indispensables para la protección de tales derechos." (resalta la Corte)

51 Corte Constitucional, sentencia del 2 de agosto de 1995, demanda de inconstitucionalidad contra el artículo 82 del Decreto 100 de 1980, C- 345/95. M.P. Eduardo Cifuentes Muñoz.

53 Mir Puig, Santiago, El derecho penal en el Estado Social y Democrático de Derecho, Ed. Ariel derecho, Madrid, 1994, p. 45.