

ISSN: 0212-0747

ANUARIO ESPAÑOL DE DERECHO INTERNACIONAL

Nº 28
2012

REVISTA DEL
DEPARTAMENTO DE DERECHO
INTERNACIONAL PÚBLICO /
FACULTAD DE DERECHO /
UNIVERSIDAD DE NAVARRA /
PAMPLONA, ESPAÑA



Universidad
de Navarra

ANUARIO ESPAÑOL DE DERECHO INTERNACIONAL

REVISTA DE LA FACULTAD DE DERECHO
FUNDADA EN 1974
UNIVERSIDAD DE NAVARRA
PAMPLONA, ESPAÑA / ISSN: 0212-0747
2012 / VOLUMEN 28

DIRECTORES / EDITORS

Romualdo Bermejo García
Cesáreo Gutiérrez Espada

SECRETARIA / SECRETARY

Eugenia López-Jacoiste Díaz
UNIVERSIDAD DE NAVARRA
ejacoiste@unav.es

CONSEJO DE REDACCIÓN / ADVISORY BOARD

Georges Abi-Saab (SUIZA)
PROFESOR DEL INSTITUTO UNIVERSITARIO
DE ALTOS ESTUDIOS INTERNACIONALES
(GINEBRA)
MIEMBRO DEL ÓRGANO DE APELACIÓN DE LA
ORGANIZACIÓN MUNDIAL DEL COMERCIO

José Juste Ruiz (ESPAÑA)
CATEDRÁTICO DE DERECHO INTERNACIONAL
PÚBLICO DE LA UNIVERSIDAD DE VALENCIA

José A. Pastor Ridruejo (ESPAÑA)
CATEDRÁTICO DE DERECHO INTERNACIONAL
PÚBLICO DE LA UNIVERSIDAD COMPLUTENSE
DE MADRID
EX-JUEZ EN EL TRIBUNAL EUROPEO
DE DERECHOS HUMANOS

Lucius Cafilisch (SUIZA)
PROFESOR DEL INSTITUTO UNIVERSITARIO DE
ALTOS ESTUDIOS INTERNACIONALES (GINEBRA)
JUEZ EN EL TRIBUNAL EUROPEO
DE DERECHOS HUMANOS

Alberto Herrero de la Fuente
(ESPAÑA)
CATEDRÁTICO DE DERECHO INTERNACIONAL
PÚBLICO DE LA UNIVERSIDAD DE VALLADOLID

Jean-Pierre Quéneudec (FRANCIA)
PROFESOR DE DERECHO INTERNACIONAL
PÚBLICO DE LA UNIVERSIDAD DE PARÍS I
(SORBONA)

Tullio Scovazzi (ITALIA)

PROFESOR DE DERECHO INTERNACIONAL
PÚBLICO DE LA UNIVERSIDAD «DEGLI STUDI
DI MILANO-BICOCCA»

Francisco Aldecoa Lizarraga
(ESPAÑA)

CATEDRÁTICO DE RELACIONES INTERNACIONALES
UNIVERSIDAD COMPLUTENSE DE MADRID

Armin von Bogdandy (ALEMANIA)
DIRECTOR DEL MAX PLANCK INSTITUT FÜR
AUSLÄNDISCHES UND ÖFFENTLICHES RECHT
UND VÖLKERRECHT, HEIDEBERG

**Dirección, redacción y
correspondencia:**
«Anuario Español de Derecho
Internacional»
Departamento de Derecho
Internacional Público
Edificio de Bibliotecas
Universidad de Navarra.
31080 Pamplona (España)
Teléfono: 948 425 600
(ext. 2839/2487)
Fax: 948 425 636
e-mail: ejacoiste@unav.es

Edita:
Servicio de Publicaciones
de la Universidad
de Navarra, S.A.
Campus Universitario
31080 Pamplona (España)
T. 948 425 600

Precios 2012:
España: 90 €
Países iberoamericanos: 72 €

Maquetación:
pretexto@pretexto.es

Impresión:
GraphyCems

Tirada: 250 ejemplares

Tamaño: 170 x 240 mm

Fecha impresión:
19-diciembre-2012

DL: NA 816-1975
SP ISSN: 0212-0747

Las opiniones expuestas en los trabajos publicados en la revista son de la exclusiva responsabilidad de sus autores. // Se autoriza la reproducción total o parcial de los originales publicados en la revista, citando la fuente. Se ruega notificar las republicaciones a la Redacción de la Revista. // El Comité Editorial no mantiene correspondencia con los autores de originales no solicitados por la Redacción, si éstos no son aceptados para publicación.

The author(s) of the articles that appear in this journal is/are solely responsible for the content thereof. // The journal grants permission to all users to reproduce, partially or as a whole, the articles in the review. Any uses and/or copies of this journal in whole or in part must include the customary bibliographic citations. Any republication of the material herein should be communicated to the Publishers of the journal. // The Editorial Committee does not maintain correspondence with the authors of articles that are not accepted for publication, unless otherwise requested by the Publishers.

ANUARIO ESPAÑOL DE DERECHO INTERNACIONAL

2012 / VOLUMEN 28
ISSN: 0212-0747

ESTUDIOS DOCTRINALES

- Romualdo BERMEJO GARCÍA**
Los Derechos Humanos en África 7-58
[African Human Rights]
- Cástor Miguel DÍAZ BARRADO**
Nuevas perspectivas de las instituciones económicas en el espacio africano:
avances políticos y normativos 59-104
[New Perspectives of the Economic Institutions in the African Space:
Political and Legal Advances]
- Ana MANERO SALVADOR**
Colombia y la responsabilidad internacional por desapariciones forzadas 105-141
[Colombia and the International Responsibility for enforced Disappearances]
- Florabel QUISPE REMÓN**
Las normas de *ius cogens*: ausencia de catálogo 143-183
[The rules of *ius cogens*: Absence of Catalog]
- Pablo ZAPATERO MIGUEL**
Políticas globales sobre patentes farmacéuticas y salud pública:
hechos y ficciones 185-231
[Global Policies on Pharmaceutical Patent Protection and Public Health:
Facts and Fictions]
- Miguel A. ACOSTA SÁNCHEZ**
Encuentros y desencuentros hispano-británicos en las aguas en torno a Gibraltar:
¿son posibles acuerdos de cooperación práctica? 233-275
[Agreements and Disagreements between Spain and United Kingdom in the Waters around Gibraltar
(2009-2012): practice cooperation agreements are possible?]

NOTAS

Antonio BLANC ALTEMIR

La posición energética de China en Asia Central ante la pérdida progresiva de influencia de Rusia: consecuencias para los intereses de la UE 279-303
[The energy approach of China in Central Asia before the progressive lack of influence of Rusia: consequences for the interest of the EU]

María OROZCO SÁENZ

Una organización mundial para el espacio ultraterrestre: reflexiones jurídicas relativas a su creación 305-334
[An International Organisation for Outer Space: legal reflection on its creation]

Eimys ORTIZ HERNÁNDEZ

La oportunidad de Turquía de posicionarse como líder regional ante la UE: la Primavera Árabe 335-354
[The opportunity of Turkey to assert itself as a Regional Leader before the EU: the Arab Spring]

Francisco RUBIO DAMIAN

Condicionantes de las intervenciones exteriores de seguridad de la Unión Europea 355-396
[Limits and Conditions on the EU External Security Missions]

Jesús VERDÚ BAEZA

El medio ambiente como instrumento de cooperación transfronteriza: la Reserva de la Biosfera Intercontinental del Mediterráneo entre Andalucía y Marruecos 397-416
[The Environment as an Instrument of Trans-border Cooperation: the Intercontinental Biosphere Reserve of the Mediterranean between Andalucía and Morocco]

DECISIONES DE LOS ÓRGANOS JUDICIALES

419-457

RECENSIONES

DÍAZ BARRADO, C. M. La cultura en la Comunidad Iberoamericana de Naciones. La necesaria instauración de un entramado jurídico [Carlos R. Fernández Liesa] 461

FERNÁNDEZ DE CASADEVANTE ROMANÍ, C.; MAYORDOMO RODRIGO, V. Código de normas internacionales relativas a las víctimas [Eugenia López-Jacoiste] 463

GUTIÉRREZ ESPADA, C.; CERVELL HORTAL, M.J. El Derecho Internacional en la encrucijada. Curso General de Derecho Internacional Público [Antonio Blanc Altemir] 465

GUTIÉRREZ ESPADA, C. (dir.); CERVELL HORTAL, M.J. (coord.) Darfur, el conflicto inacabable [Xavier Pons Rafols] 466

POZO SERRANO, P. La guerra de Af-Pakistán y el uso de la fuerza en las relaciones internacionales [Valentín Bou Franch] 472

Normas para envío de originales 477

Colombia y la responsabilidad internacional por desapariciones forzadas

Colombia and the international responsibility for enforced disappearances

RECIBIDO EL 13 DE JULIO 2012 / ACEPTADO EL 5 DE SEPTIEMBRE DE 2012

Ana MANERO SALVADOR

Profesora Titular de Derecho Internacional Público
Universidad Carlos III de Madrid
ana.manero@uc3m.es

Resumen: El largo conflicto colombiano ha dado lugar a terribles formas de violación de derechos humanos, entre las cuales ha destacado la práctica de la desaparición forzada de personas. Dada la variedad de actores implicados, el presente artículo tiene por objeto analizar bajo qué circunstancias es el Estado responsable de conformidad con el Derecho Internacional, así cómo qué medidas de reparación está desarrollando y si éstas son adecuadas.

Palabras clave: Colombia; desapariciones forzadas; agentes estatales; grupos paramilitares; grupos guerrilleros; leyes de reparación.

Abstract: The long conflict in Colombia has led to terrible forms of violation of human rights, among which the practice of enforced disappearance can be highlighted. Given the variety of actors involved in this practice, this paper aims to analyze under what circumstances the State is responsible in accordance with international law, as well as what reparation measures have been developed and if they are adequate.

Key words: Colombia; enforced disappearances; state agents; paramilitary groups; guerrilla groups; reparation laws.

Résumé: Le long conflit en Colombie a conduit à des formes terribles de violation des droits de l'homme, parmi lesquelles est mise en évidence la pratique des disparitions forcées. En fonction de l'importance et la variété des acteurs impliqués dans cette pratique, cet article a pour objet celui d'analyser dans quelles circonstances l'État est responsable, d'accord au droit international, ainsi que l'examen des mesures de réparation et si elles sont adéquates.

Mots-clés: Colombie; disparitions forcées; agents de l'État; groupes paramilitaires; groupes de guérilla; lois de réparation.

Sumario: I. INTRODUCCIÓN. II. EL FENÓMENO DE LA DESAPARICIÓN FORZADA EN COLOMBIA. 1. La desaparición forzada de personas como violación de los derechos humanos. 2. Las fuerzas y cuerpos de seguridad colombianos y las desapariciones forzadas. 3. Los grupos paramilitares y las desapariciones forzadas. 4. La guerrilla y «las desapariciones forzadas». III. LA REPARACIÓN DE LAS VÍCTIMAS DE DESAPARICIÓN FORZADA EN COLOMBIA. IV. REFLEXIÓN FINAL.

«están en algún sitio / nube o tumba
están en algún sitio / estoy seguro
allá en el sur del alma
es posible que hayan extraviado la brújula
y hoy vaguen preguntando preguntando
dónde carajo queda el buen amor
porque vienen del odio.»

Desaparecidos, Mario Benedetti

I. INTRODUCCIÓN

Una de las formas más terribles de violación de los derechos humanos son las desapariciones forzadas de personas. Esta práctica, que tuvo sus inicios en los años 30 del siglo pasado en el marco de la Guerra Civil española y su continuación en el nazismo, sigue hoy, desgraciadamente, de enorme actualidad. No en vano, el Grupo de Trabajo sobre Desapariciones Forzadas (GTDF) indica que el total de casos transmitidos a este órgano desde su creación en 1980 asciende a 53.778, de los cuales 42.759 están pendientes de ser clarificados. Estos casos afectan a un total de 82 Estados¹, por lo que estamos ante un fenómeno global de enorme magnitud.

Por lo que respecta a Colombia, en noviembre de 2011 se estimaba la existencia 16.907² casos de desapariciones forzadas³. Esta enorme cantidad de personas desaparecidas es consecuencia de la situación de conflicto armado interno⁴ que ha vivido el país latinoamericano desde hace décadas,

¹ GTDF, Report of the Working Group on Enforced or Involuntary Disappearances, A/HRC/19/58/Rev.1, 2 March 2012, párr. 7

² Simplemente a efectos informativos, es obvio que no todos los casos de desapariciones forzadas en Colombia han sido llevados ante el GTDF, por lo que ambas cifras deben ser observadas en su contexto.

³ Mesa de trabajo sobre desapariciones forzadas, *Desapariciones forzadas en Colombia 2011-2012*, 2012, p. 1.
<http://justiciaypazcolombia.com/IMG/pdf/DesapaFor_-_Mesa_de_Trabajo_CCEEU_-_Documento_de_Cabildeo_.pdf>.

⁴ El calificar la situación de Colombia como de conflicto armado interno ha sido hasta la aprobación de la Ley de Víctimas y Restitución de tierras en 2011, controvertido. No en vano, el GTDF indicaba que: «oficialmente no existe conflicto armado interno alguno en Colombia y

en el que diversos grupos armados no estatales⁵ y el ejército del país, se han enfrentado. A pesar de los profundos esfuerzos que Colombia se encuentra realizando en aras de poner fin a la violencia y encauzar y consolidar el proceso de reconciliación nacional, muchos son los aspectos que aún están pendientes y deben ser subsanados. En este sentido, este trabajo pretende analizar cómo Colombia afronta sus obligaciones internacionales sobre el terrible fenómeno de las desapariciones forzadas, en relación a la comisión de estas violaciones por parte de los diferentes grupos armados, y por los agentes estatales, así como la responsabilidad del Estado en este ámbito, para, finalmente conocer de las medidas de reparación de víctimas que este país se encuentra desarrollando.

II. EL FENÓMENO DE LA DESAPARICIÓN FORZADA EN COLOMBIA

Colombia es probablemente el Estado de América Latina donde mayor número de actores han cometido desapariciones forzadas. Tanto los grupos armados no estatales, como las fuerzas y cuerpos de seguridad colombianos han incurrido en esta atroz práctica, de manera que estamos ante una multiplicidad de sujetos sometidos a responsabilidad, e, incluso, en ocasiones, no es

el problema de la violencia en Colombia se atribuye a las «actividades terroristas». Mientras que las autoridades de fuera de la capital y el Defensor del Pueblo reconocen como evidente la existencia de un conflicto armado interno, los funcionarios de la capital alegan que no existe un conflicto armado conforme al derecho internacional humanitario, por ejemplo, con arreglo al Protocolo Adicional de los Convenios de Ginebra de 12 de agosto de 1949 relativo a la protección de las víctimas de conflictos armados sin carácter internacional (Protocolo II).» Esto tiene como consecuencia el que «puede rechazarse toda distinción entre combatientes y no combatientes. La población civil queda reducida a la condición de rehén entre las diversas fuerzas beligerantes.» GTDF, Informe del Grupo de Trabajo sobre Desapariciones Forzadas o Involuntarias, Adición, Misión a Colombia, E/CN.4/2006/56/Add.1, párrs. 15 y 16. Sobre el conflicto colombiano, véase PECO YESTE, M. y PERAL FERNÁNDEZ, L., *El conflicto de Colombia*, Instituto de Estudios Internacionales y Europeos «Francisco de Vitoria», Escuela de Guerra del Ejército de Tierra, Ministerio de Defensa, 2005.

⁵ Dentro de los grupos armados no estatales en Colombia hay que referirse a los movimientos guerrilleros. Las FARC son las más conocidas, Fuerzas Armadas Revolucionarias de Colombia. Junto a éste, otros grupos guerrilleros son el Ejército de Liberación Nacional (ELN) y el Ejército Popular de Liberación (EPL). Ya integrado en la vida política colombiana está el Movimiento 19 de abril, conocido como M19.

Además, hay que aludir a los grupos paramilitares de extrema derecha, entre los que destacan las conocidas Autodefensas Unidas de Colombia (AUC).

sencillo distinguir y por tanto, atribuir la violación a un actor concreto⁶, asimismo, al margen de la responsabilidad individual por la violación, es posible determinar la responsabilidad internacional del Estado por desapariciones. En este sentido, el presente trabajo tiene por objeto analizar la responsabilidad internacional de Colombia por desapariciones forzadas, no sin antes dedicar un breve espacio a la figura de la desaparición forzada en el contexto colombiano.

1. *La desaparición forzada de personas como violación de los derechos humanos*

No ha sido hasta recientemente cuando la desaparición forzada de personas se ha considerado como una violación específica de derechos humanos. Tradicionalmente la jurisprudencia ha considerado que esta práctica suponía la violación de una serie de derechos, pero, como dice Taxil «la disparition

⁶ El GTDF ha indicado que «desde 1981 el Grupo de Trabajo ha recibido cada año información sobre casos de desapariciones forzadas de Colombia. [...] Pueden observarse dos períodos distintos. El primero se inicia con el primer caso recibido por el Grupo de Trabajo en 1973, y se prolonga hasta fines del decenio de 1990. Durante ese período, los presuntos perpetradores de desapariciones fueron principalmente la policía, las fuerzas militares y los servicios de seguridad. Durante este período, las fuerzas paramilitares respaldaban según parece a las fuerzas oficiales en estas operaciones, aunque algunas veces actuaban por cuenta propia. Las principales víctimas seleccionadas de estas desapariciones eran personas activas en asociaciones (de defensa de los derechos humanos, de defensa de los agricultores, de los desplazados internos y de los sindicatos), personas acusadas de pertenecer o de apoyar a las guerrillas o a partidos de izquierda, o agricultores. Durante el segundo período, que se inicia alrededor de 1998, hasta el momento de la redacción del presente documento (2006), las características de los perpetradores y de las víctimas parecen haber cambiado. Los informes recibidos indican un menor número de casos de participación directa de fuerzas oficiales y muchos más casos en que las desapariciones pueden atribuirse directamente a fuerzas paramilitares. Aunque todavía siguen desapareciendo muchas personas acusadas de simpatizar con la izquierda, parece que ha aumentado el número de desapariciones de «personas normales», especialmente agricultores.

Las posibles razones de estos cambios son múltiples. Se ha dicho que el ejército está menos implicado en los casos de desapariciones. Sin embargo, está demostrado que algunas veces un soldado puede pertenecer también a un grupo paramilitar, y no tiene más que cambiar su brazalete para encubrir su posición oficial. También se ha informado de que ciertas facciones del ejército pueden usar a grupos paramilitares para hacer el «trabajo sucio» que no pueden hacer abiertamente. En cuanto al aumento del número de agricultores, campesinos o personas del medio rural raptados, parece que la posesión de la tierra ha pasado a ser uno de los objetivos de las fuerzas paramilitares. Según diversas fuentes las desapariciones perpetradas contra la población civil en zonas rurales pueden estar destinadas a provocar el terror y el desplazamiento, y la apropiación ilícita de tierras y otros bienes. Esto coincide con la información recibida según la cual los grupos paramilitares están influyendo cada vez más en la economía colombiana». GTDF, Informe del Grupo de Trabajo sobre Desapariciones Forzadas o Involuntarias, Adición, Misión a Colombia, E/CN.4/2006/56/Add.1, 17 de enero de 2006, párrs. 54, 55 y 56

forcée n'est pas une violation des droits de l'homme parmi d'autres; ce n'est pas seulement un enlèvement, un acte de torture, une détention arbitraire ou une exécution extrajudiciaire. Elle est tout cela et plus encore: il s'agit d'un acte spécifique, global, et qui doit être appréhendé comme tel par le droit⁷.

Así pues, considerando la especificidad de la desaparición forzada, ¿cuáles son los elementos que la conforman? De acuerdo con los instrumentos internacionales que definen el fenómeno, tres son los elementos comunes y un cuarto no lo es⁸. Por lo que respecta a los tres comunes, hay que señalar

⁷ TAXIL, B., «À la confluence des droits: la Convention Internationale pour la protection de toutes les personnes contre les disparitions forcées», *AFDI* (2007), p. 129.

No obstante, esta especificidad de la desaparición forzada no ha sido tenida en cuenta por el Derecho Internacional hasta muy recientemente, dado que se ha considerado que estábamos ante la violación de una serie de derechos, por lo que el derecho a no ser sometido a desaparición forzada supone un enorme avance (art. 1.1 de la *Convención Internacional para la protección de todas las personas contra las desapariciones forzadas*). Además, la gravedad del ilícito ha conducido a que se considere que la desaparición forzada de personas constituye la violación de una norma *ius cogens*. A tal efecto, véanse PÉREZ-LEÓN ACEVEDO, J. P., «Las desapariciones forzadas de personas en el Derecho Internacional contemporáneo», *AEDI* (2007), p. 357 y AGUILAR CAVALLÓ, G., «El reconocimiento jurisprudencial de la tortura y de la desaparición forzada de personas como normas imperativas de derecho internacional público», *Ius et praxis* (2006) (1).

⁸ Varios son los instrumentos que aluden a la desaparición forzada de personas. En primer lugar, la *Declaración sobre la protección de todas las personas contra las desapariciones forzadas*, adoptada por consenso, establece que una desaparición forzada consiste en que «se arreste, detenga o traslade contra su voluntad a las personas, o que éstas resulten privadas de su libertad de alguna otra forma por agentes gubernamentales de cualquier sector o nivel, por grupos organizados o por particulares que actúan en nombre del gobierno o con su apoyo directo o indirecto, su autorización o su asentimiento, y que luego se niegan a revelar la suerte o el paradero de esas personas o a reconocer que están privadas de la libertad, sustrayéndolas así a la protección de la ley».

Parecida es la definición de la *Convención Interamericana sobre desaparición forzada de personas* de 9 de abril de 1994, en virtud de la cual la desaparición forzada consiste en «la privación de la libertad a una o más personas, cualquiera que fuere su forma, cometida por agentes del Estado o por personas o grupos de personas que actúen con la autorización, el apoyo o la aquiescencia del Estado, seguida de la falta de información o de la negativa a reconocer dicha privación de libertad o de informar sobre el paradero de la persona, con lo cual se impide el ejercicio de los recursos legales y de las garantías procesales pertinentes.»

Una novedad representa el *Estatuto de Roma del Tribunal Penal Internacional* de 18 de julio de 1998, para el que la desaparición forzada consiste en «la aprehensión, la detención o el secuestro de personas por un Estado o una organización política, o con su autorización, apoyo o aquiescencia, seguido de la negativa a informar sobre la privación de libertad o dar información sobre la suerte o el paradero de esas personas, con la intención de dejarlas fuera del amparo de la ley por un período prolongado»

Finalmente, el instrumento más reciente, la *Convención Internacional para la protección de todas las personas contra las desapariciones forzadas* de 20 de diciembre de 2006, define desaparición forzada como «el arresto, la detención, el secuestro o cualquier otra forma de privación de libertad que sean obra de agentes del Estado o por personas o grupos de personas que actúan con la autoriza-

que las cuatro definiciones coinciden en señalar que la *privación de libertad*, *la denegación de información* y *la sustracción de la protección de la ley* son la base de esta violación, de manera que si concurren, nos encontraremos ante una desaparición forzada. El cuarto elemento alude al *elemento subjetivo*, esto es, al *sujeto* que comete la violación. Para la Declaración, la Convención Interamericana y para la Convención Internacional, la comisión se realiza por parte de agentes del Estado/gubernamentales o por personas o grupos que actúen «con la autorización, el apoyo o la aquiescencia del Estado», o «en su nombre o con su apoyo directo o indirecto, su autorización o su asentimiento», mientras que el Estatuto del Tribunal Penal Internacional también señala la comisión por parte de una *organización política*⁹. En cierta medida, la Convención Internacional puede seguir este camino, en tanto que, una vez definido el crimen de desaparición forzada en su artículo 2, en el artículo 3 señala que:

«Los Estados Partes tomarán las medidas apropiadas para investigar sobre las conductas definidas en el artículo 2 que sean obra de personas o grupos de personas que actúen sin la autorización, el apoyo o la aquiescencia del Estado, y para procesar a los responsables»¹⁰.

De esta manera, se abre el marco de la responsabilidad, de acuerdo con las tendencias más avanzadas en la materia y superando, por tanto, el literal de

ción, el apoyo o la aquiescencia del Estado, seguida de la negativa a reconocer dicha privación de libertad o del ocultamiento de la suerte o el paradero de la persona desaparecida, sustrayéndola a la protección de la ley.»

⁹ Como dice Linghammar «the term political organization raises a lot of interesting questions. Political organization is usually referred to as national liberation movements, guerrilla groups, political parties and it can even include terrorists? By using the term «political» some groups are excluded, such as mafia or narcotic cartels, or other forms of organized crime with a focus on economics rather than politics. But what happens when organized crime as economic rather than political organization begins to have political interests. If for example a mafia commits enforced disappearance against individuals of political parties with the purpose of gaining power that means a non-political group acts to gain political power. This is a question that will be very interesting to see how the ICC handle.» LINGHAMMAR, P., «Time for Enforced Disappearance to Disappear. A Study of the International Legal Instruments Addressing Enforced Disappearance», 2nd Term Paper, Human Rights Studies, Autumn 2008, p. 15

¹⁰ Colombia ha ratificado la Convención Internacional el 11 de julio de 2012. A tal efecto, véase la Ley 418, de 1 de diciembre de 2010, por la que se aprueba la Convención y la sentencia de la Corte Constitucional C-620/1 por la que la Convención fue declarada inexecutable. La Convención Interamericana fue ratificada el 4 de enero de 2005 y se depositó el instrumento de ratificación el 4 de diciembre de 2005. Finalmente, Colombia ratificó el Estatuto de Roma el 5 de agosto de 2002.

la Declaración. Dada la variedad de actores implicados en la realidad colombiana, no estamos ante una cuestión baladí, y es que tras la reforma del Código Penal en 2000, la desaparición forzada se tipificaba como:

«El particular (*que perteneciendo a un grupo armado al margen de la ley*)¹¹ someta a otra persona a privación de su libertad cualquiera que sea la forma, seguida de su ocultamiento y de la negativa a reconocer dicha privación o de dar información sobre su paradero, sustrayéndola del amparo de la ley, incurrirá en prisión de veinte (20) a treinta (30) años, multa de mil (1.000) a tres mil (3.000) salarios mínimos legales mensuales vigentes y en interdicción de derechos y funciones públicas de diez (10) a veinte (20) años. A la misma pena quedará sometido, el servidor público, o el particular que actúe bajo la determinación o la aquiescencia de aquél, y realice la conducta descrita en el inciso anterior» (artículo 165 del Código Penal colombiano)¹².

Con todo, para el GTDF, la desaparición forzada es un «delito de Estado» por lo que esta ampliación en relación al sujeto activo no es deseable, ni se atiene al concepto estricto de desaparición forzada¹³. Esta afirmación

¹¹ La cursiva ha sido declarada inexecutable por la Corte constitucional colombiana en la sentencia C-317/02.

¹² Sobre la problemática redacción de esta disposición, véase SANDOVAL MESA, J. A., «El Desarrollo de la Desaparición Forzada y sus Elementos Especiales de Configuración en Colombia», *Revista Virtual Via Inveniendi Et Iudicandi* (2012) (7-1), en especial p. 18 y ss.

¹³ El GTDF afirma que «aunque la inclusión de agentes no estatales que actúan en nombre del Gobierno o con su apoyo o consentimiento puede parecer a primera vista un progreso de la ley, en el sentido de que ofrece más protección que la definición limitada de la Declaración, el Grupo de Trabajo opina que la desaparición forzada es un «delito de Estado» (en oposición al secuestro). Aunque en otros casos de violaciones de los derechos humanos la inclusión de agentes no estatales ofrece de hecho más protección a las víctimas (por ejemplo, en el caso de la discriminación o de derechos humanos laborales o ambientales), en el caso de la desaparición forzada dicha inclusión diluye la responsabilidad del Estado.

[...] Por la misma razón, el Grupo de Trabajo se niega a aceptar la actitud oficial colombiana respecto de las «desapariciones», que vincula la definición del fenómeno con los «secuestros», o lo equipara incluso a éstos. La aceptación de esta definición equivaldría a diluir o suprimir la responsabilidad del Estado por los actos de «desapariciones». El Grupo de Trabajo se empeña en recalcar que las «desapariciones» son responsabilidad del Estado, en tanto que los «secuestros» se atribuyen a individuos no estatales, pandillas o redes criminales. El Grupo de Trabajo también se esmeró en condenar tanto las «desapariciones» como los «secuestros», indistintamente de sus perpetradores, como actos reprobables.» Informe del Grupo de Trabajo sobre Desapariciones Forzadas o Involuntarias, Adición, Misión a Colombia, E/CN.4/2006/56/Add.1, párrs. 48 y 49 No obstante, sí toma en consideración determinadas violaciones cometidas por grupos paramilitares, ya que como dicen Scovazzi y Citroni, «the United Nations Working Group on Enforced or Involuntary Disappearances did not accept, for over eighteen years, cases where members

es enormemente relevante, en tanto que las privaciones de libertad llevadas a cabo por los movimientos guerrilleros no van a ser consideradas, en principio, como desapariciones forzadas, sino que serían calificadas como *secuestros*¹⁴.

No obstante, esta aparente disparidad de criterios no tiene por qué serlo, en tanto que en relación a la responsabilidad del Estado, le serán imputables los actos cometidos por sus agentes o por agentes no estatales con lo que exista cierta vinculación, sin entrar a analizar la responsabilidad individual. Por otro lado, la alusión a los grupos políticos que no tengan vinculación con el Estado, se refiere, esencialmente, a la responsabilidad individual.

A continuación se tratará el fenómeno de la desaparición forzada y qué responsabilidad genera, en función del elemento subjetivo del ilícito, esto es, en virtud de quién comete la violación. En este sentido, hay que recordar que no se va a tratar la cuestión de la responsabilidad individual de las personas que cometen la violación¹⁵, sino si es posible la atribución de responsabilidad al Estado. En esta línea, como adelanto, la atribución de responsabilidad al Estado de las violaciones cometidas por la policía y el

of paramilitary groups were reported as being responsible. It changed the interpretation of its mandate in 2004. At present, the Working Group admits cases of enforced disappearance allegedly carried out by State agents or by paramilitary.» SCOVAZZI, T. y CITRONI, G., *The Struggle against Enforced Disappearances and the 2007 United Nations Convention*, Martinus Nijhoff Publishers, 2007, p. 163

¹⁴ En este sentido, «la desaparición forzada debe ser diferenciada del secuestro por varias razones. La desaparición, además de la libertad personal, vulnera otros bienes jurídicos. Además, su estructura típica es diferente, porque se configura no sólo por la privación de libertad, sino también por la denegación de información. En la desaparición la conducta de privación de libertad puede ser legal en su inicio, a diferencia del secuestro. Finalmente, según la teoría dominante, la desaparición tiene un sujeto activo especial, a diferencia del secuestro, que puede ser cometido por cualquier persona.» SFERAZZA TAIBI, P. *La responsabilidad internacional del Estado por la desaparición forzada de personas*, Tesina de máster en estudios avanzados en derechos humanos, uc3m, 2011, p. 52

¹⁵ Esta responsabilidad se va a dirimir ante los tribunales internos del país, y, en su caso, ante la jurisdicción del Tribunal Penal Internacional que sólo tiene carácter complementario. La realidad colombiana ha sido objeto de análisis por el Tribunal Penal Internacional. Sobre esta cuestión, véanse AMBOS, K. y HUBER, F., «The Colombian Peace Process and the Principle of Complementarity of the International Criminal Court: Is there sufficient willingness and ability on the part of the Colombian authorities or should the Prosecutor open an investigation now?», *Institute for Criminal Law and Justice, Department of Foreign and International Criminal Law*, George-August Universität Göttingen, 2010. Disponible en <<http://www.icc-cpi.int/NR/rdonlyres/2770C2C8-309A-408E-A41B-0E69F098F421/282850/civil1.pdf>> así, como EASTERDAY, J., «Deciding the Fate of Complementarity: A Colombian Case Study», *Arizona Journal of International & Comparative Law* (2009), 26(1), p. 50 y ss.

ejército colombianos, como agentes estatales, no presenta gran dificultad. Más esfuerzo requiere el caso de los paramilitares. Sin embargo, por lo que respecta a la actuación de la guerrilla, estamos ante ilícitos que generan responsabilidad individual.

2. *Las fuerzas y cuerpos de seguridad colombianos y las desapariciones forzadas*

La primera desaparición forzada probada en Colombia fue la de Omaira Montoya Henao, cometida el 9 de septiembre de 1977 en Barranquilla por la policía nacional colombiana¹⁶. Estas desapariciones, cometidas a partir de los años 70 se acompañaban de desarrollos normativos que tenían por objeto «[inmunizar] la acción de la justicia penal por ese cuadro de [...] violación de los derechos humanos.» Así, «se instituyó para los miembros de las fuerzas armadas (ejército, marina y fuerza aérea), e incluso para los miembros de la policía –que es un cuerpo armado de naturaleza civil, no castrense– una jurisdicción especial regida por procedimientos privilegiados, la justicia penal militar, siendo de su competencia investigar y juzgar: i) los delitos que por su naturaleza solo pueden ser cometidos por militares [...], ii) los delitos comunes [...]; y iii) los delitos especiales cometidos por militares y que nunca pueden calificarse como actos propios del servicio porque son una crasa violación de los derechos humanos [...]»¹⁷. No es esta una cuestión baladí. Así,

¹⁶ Véase GALLEGO GARCÍA, G. M. y FERNÁNDEZ SOLÁ, N., «Guerra y desaparición forzada en Colombia (I)», *Jueces para la democracia*, 2003, p. 91

Para estas autoras, las personas víctimas de desaparición forzada fueron consideradas como «enemigas» del *establishment* colombiano. Así, señalan que «la desaparición forzada de los enemigos forma parte de un código de exterminio que ha resultado doblemente funcional a los sectores más reaccionarios del aparato estatal y de la sociedad». *Idem*, p. 95.

¹⁷ *Idem*, p. 96

El modo de operar de la jurisdicción militar era el siguiente: «si se investigaba un delito en donde aparecía vinculado un oficial, el juez de primera instancia era el general que comandaba la brigada respectiva, según disponía el artículo 331 del Código de Justicia Militar, de este modo el subalterno era juzgado por su superior, que con mucha probabilidad había dictado la orden de actuar ilícitamente o era el responsable por las maniobras realizadas, lo cual rompe con el principio de imparcialidad del juez, que nunca puede ser, a su vez, parte interesada en la causa. A esto se [añadía] que quienes [ejercían] como fiscales y miembros de los tribunales [...] [eran] militares que se [regían] por los criterios de autoridad, jerarquía y deber de obediencia total propios del cuerpo en el cual [habían] sido formados y esto se [veía] reflejado en su proceder caracterizado por una especie de espíritu y solidaridad de cuerpo que [hacía] imposible emprender una acción penal o dictar una condena contra miembros de las fuerzas armadas [...]». *Idem*, p. 96

ya el artículo IX de la *Convención Interamericana sobre desaparición forzada de personas* ya señalaba que:

«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».

Ahora bien, el hecho de que en el ámbito interno colombiano estos ilícitos se derivaran a la jurisdicción militar, fue considerado inconstitucional por la Corte constitucional¹⁸, lo que abría paso al fin de la impunidad en el ámbito interno.

Por lo que respecta al ámbito de la responsabilidad internacional del Estado, las desapariciones forzadas llevadas a cabo por las fuerzas y cuerpos de seguridad colombianos, se van a imputar a Colombia, como es obvio. En este sentido, el artículo 4 del *Proyecto de artículos sobre responsabilidad del Estado por hechos internacionalmente ilícitos, adoptado por la Comisión de Derecho Internacional (CDI) en su 53º período de sesiones (A/56/10) y anexoado por la Asamblea General en su Resolución 56/83, de 12 de diciembre de 2001* (de ahora en adelante, Proyecto de la CDI) dispone que:

«1. Se considerará hecho del Estado según el derecho internacional el *comportamiento de todo órgano del Estado*¹⁹, ya sea que ejerza funciones legislativas, ejecutivas, judiciales o de otra índole, cualquiera que sea su posición en la organización del Estado y tanto si pertenece al gobierno central como a una división territorial del Estado.

2. Se entenderá que el órgano incluye toda persona o entidad que tenga esa condición según el derecho interno del Estado».

Así, como indican los comentarios, el primer párrafo del artículo 4 enuncia el principio básico de atribución de la responsabilidad internacional a un

¹⁸ Véanse sentencias C-358 de 1997 y C-141 de 1995. Sobre la falta de garantías en la jurisdicción militar, véase la sentencia de la Corte Interamericana en el asunto *19 comerciantes c. Colombia*, Corte Interamericana de Derechos Humanos, Caso 19 Comerciantes c. Colombia, Sentencia de 5 de julio de 2004 (Fondo, Reparaciones y Costas), Serie C, N° 109, párr.164 y ss.

¹⁹ Cursiva añadida

Estado en Derecho Internacional, el *principio de unidad del Estado*, esto es, el comportamiento de un *órgano del Estado* –interpretado de manera extensiva, en tanto que incluye a todas las personas y entidades que forman parte de la organización del Estado y actúan en su nombre, independientemente de que se trate de órganos del poder ejecutivo, legislativo o judicial, superiores jerárquicos o subordinados, entidades centrales, regionales o locales, federales o autónomas²⁰– es atribuible a ese Estado, por tanto, las acciones y omisiones de todos los órganos del Estado son imputables a éste.

El segundo párrafo, por su parte, alude al relevante papel del derecho interno en la determinación de «órgano del Estado», ahora bien, en determinados sistemas, el estatuto y las funciones de las diversas entidades están establecidas no solo por la ley, sino también por la práctica por lo que remitirse únicamente al derecho interno, puede conducir a error. Además, la ley interna puede ser vaga en relación a qué entidades pueden tener el estatus de *órganos*. Por todo ello, un Estado no podrá sustraerse de su responsabilidad por el hecho de que una entidad que ha actuado en tanto que órgano no figure como tal en su derecho interno.²¹

En consecuencia, aquellas desapariciones perpetradas por las fuerzas y cuerpos de seguridad colombianos, son atribuibles al Estado, que es, pues, internacionalmente responsable. Pero, ¿qué ocurre con aquellas desapariciones cometidas por agentes estatales pero que se realizan extralimitándose en sus competencias o actuando en contra de órdenes? En este sentido, el artículo 7 del Proyecto de la CDI dispone:

«El comportamiento de un órgano del Estado o de una persona o entidad facultada para ejercer atribuciones del poder público se considerará hecho del Estado según el derecho internacional si tal órgano, persona o entidad actúa en esa condición, aunque se exceda en su competencia o contravenga sus instrucciones».

²⁰ Sobre estas cuestiones, véanse los comentarios 6 a 10 al artículo 4, *Projet d'articles sur la responsabilité de l'Etat pour fait internationalement illicite et commentaires y relatifs*, Texte adopté par la Commission à sa cinquante-troisième session, en 2001, et soumis à l'Assemblée générale dans le cadre de son rapport sur les travaux de ladite session, *Annuaire de la Commission du droit international*, vol. II (2) (2001).

²¹ Comentario 11 al artículo 4, *idem*.

Así, el Estado no puede esconderse detrás de la consideración según la cual las disposiciones de su derecho interno o las instrucciones que pudieron ser dadas a sus órganos o a sus agentes y las acciones u omisiones de estas últimas no se hubieran producido o se hubieran desarrollado de forma diferente. Además, también se considera responsable a pesar de que el órgano o entidad en cuestión hubiera traspasado manifiestamente sus competencias, o si los órganos del Estado hubieran rechazado tal comportamiento.²² Se plantea también el problema de si la conducta no autorizada se realizó en el marco de su actuación oficial. Por ello, hay que diferenciar a los agentes del Estado que actuaron como tales y aquellos que lo hacen como particulares, en cuyo caso, el comportamiento no es atribuible al Estado²³. En consecuencia, establecer la frontera entre el comportamiento no autorizado pero público y un comportamiento privado puede hacerse en función de si ese comportamiento es sistemático o recurrente, de manera que si el Estado podía tener conocimiento y haber tomado las medidas precisas para evitarlo²⁴.

Sobre este particular, en materia de desapariciones forzadas, la cuestión fue analizada por la Corte Interamericana en el asunto *Velásquez Rodríguez c. Honduras*:

«Conforme al artículo 1.1 es ilícita toda forma de ejercicio del poder público que viole los derechos reconocidos por la Convención. En tal sentido, en toda circunstancia en la cual un órgano o funcionario del Estado o de una institución de carácter público lesione indebidamente uno de tales derechos, se está ante un supuesto de inobservancia del deber de respeto consagrado en ese artículo. Esa conclusión es independiente de que el órgano o funcionario haya actuado en contravención de disposiciones del derecho interno o desbordado los límites de su propia competencia, puesto que es un principio de Derecho internacional que el Estado responde por los actos de sus agentes realizados al amparo de su carácter oficial y por las omisiones de los mismos aun si actúan fuera de los límites de su competencia o en violación del derecho interno»²⁵.

²² Comentario 2 al artículo 7, *idem*.

²³ Comentario 6 al artículo 7, *idem*.

²⁴ Comentario 8 al artículo 7, *idem*.

²⁵ Corte Interamericana de Derechos Humanos, Caso Velásquez Rodríguez c. Honduras, Sentencia de 29 de julio de 1988 (Fondo), párr. 169 y 170

Por todo ello, es evidente que existe responsabilidad del Estado colombiano por las desapariciones forzadas cometidas por sus agentes estatales²⁶.

²⁶ En esta línea se ha pronunciado el Comité de Derechos Humanos sobre las desapariciones llevadas a cabo por la policía en la comunicación individual 181/1084 presentada el 3 de noviembre de 1989 por *Elcida Arévalo Pérez en nombre de sus hijos desaparecidos Alfredo Rafael y Samuel Humberto Sanjuán Arévalo*. Los padres «habían recibido en agosto de 1982 indicaciones del Jefe del Departamento Administrativo de Seguridad (DAS) de que sus hijos habían sido detenidos por agentes de la ‘F-2’», que es una sección de la policía colombiana.

Sobre este asunto el Comité afirma que «ha examinado la presente comunicación a la luz de toda la información que le han presentado por escrito las partes de conformidad con el párrafo 1 del artículo 5 del Protocolo Facultativo. Al aprobar su dictamen, el Comité destaca que no formula conclusiones sobre la culpabilidad o inocencia de los oficiales colombianos sujetos actualmente a investigación por su posible participación en la desaparición de los hermanos Sanjuán. El Comité se limita a expresar sus opiniones sobre la cuestión de si el Estado Parte ha violado alguno de los derechos de los hermanos Sanjuán establecidos en el Pacto, en especial los artículos 6 y 9. A este respecto, el Comité se remite a su Observación general N° 16 relativa al artículo 6 del Pacto, el cual, entre otras cosas, dispone que los Estados Partes deberán adoptar medidas concretas y efectivas para impedir la desaparición de personas y establecer servicios y procedimientos eficaces para investigar exhaustivamente, y mediante un órgano imparcial adecuado, los casos de personas que estén en paradero desconocido o hayan desaparecido en circunstancias que puedan entrañar la violación del derecho a la vida. El Comité ha tomado debida nota de las comunicaciones del Estado Parte relativas a las investigaciones efectuadas hasta ahora en este caso.» Además, «El Comité de Derechos Humanos observa que los padres de los hermanos Sanjuán recibieron indicaciones de que sus hijos habían sido detenidos por agentes de la «F-2». El Comité observa, además, que en ninguna de las investigaciones ordenadas por el Gobierno se ha sugerido que la desaparición de los hermanos Sanjuán fuera causada por personas que no fuesen funcionarios gubernamentales. Por lo tanto, en todas esas circunstancias, el Comité, actuando con arreglo al párrafo 4 del artículo 5 del Protocolo Facultativo del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, determina que el derecho a la vida consagrado en el artículo 6 del Pacto y el derecho a la libertad y a la seguridad personales establecido en el artículo 9 del Pacto no han sido efectivamente protegidos por el Estado de Colombia.» *Selección de decisiones del Comité de Derechos Humanos adoptadas con arreglo al Protocolo Facultativo*, vol. 3, CCPR/C/OP/3, p. 101, párr. 10 y 11

Asimismo, véanse las *Observaciones formuladas por el Comité de Derechos Humanos en su 37° período de sesiones de conformidad con el párrafo 4 del artículo 5 del Protocolo Facultativo del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos en relación con la Comunicación No 181/1984, CCPR/C/37/D/181/1984 de 22 de noviembre de 1989*.

En relación a las desapariciones perpetradas por el ejército, el Comité sobre la comunicación 563/1993 presentada el 27 de octubre de 1995 por *Federico Andreu (en representación de la familia de la Sra. Nydia Erika Bautista de Arellana)*, persona desaparecida y encontrada ejecutada. «El 22 de febrero de 1991, un sargento de la Vigésima Brigada de Inteligencia y Contrainteligencia del Ejército, Bernardo Alfonso Garzón Garzón, prestó declaración testimonial ante el jefe de la División de Investigaciones Especiales y afirmó que miembros de la Vigésima Brigada habían secuestrado a Nydia Bautista y que lo habían hecho con la anuencia o por orden del jefe supremo, el entonces coronel Alvaro Velandia Hurtado. Dio a conocer asimismo que el sargento Ortega Araque había conducido el jeep con el que se había secuestrado a Nydia Bautista y añadió que la habían tenido secuestrada durante dos días en una granja antes de trasladarla a Quebradablanca,

3. *Los grupos paramilitares y las desapariciones forzadas*

Si un Estado ha sufrido la lacra de las desapariciones forzadas llevadas a cabo por grupos paramilitares, éste ha sido Colombia²⁷. En este sentido,

donde fue asesinada.» En este sentido, el Comité afirma: «En su comunicación de 14 de julio de 1995, el Estado Parte señala que mediante la resolución 13 de 5 de julio de 1995 se dictaron sanciones disciplinarias contra los Sres. Velandia Hurtado y Ortega Araque y que la sentencia del Tribunal Administrativo de Cundinamarca de 22 de junio de 1995 concedió la demanda de indemnización presentada por la familia de Nydia Bautista. El Estado Parte reitera asimismo su deseo de garantizar plenamente el ejercicio de los derechos humanos y las libertades fundamentales. Estas observaciones parecerían indicar que, según la apreciación del Estado Parte, las decisiones antes mencionadas constituyen un recurso efectivo para la familia de Nydia Bautista. El Comité no comparte esta opinión porque los recursos de carácter puramente administrativo y disciplinario no pueden considerarse recursos efectivos y adecuados a tenor del párrafo 3 del artículo 2 del Pacto en caso de violaciones particularmente graves de los derechos humanos, en particular cuando se alega la violación del derecho a la vida. En lo que respecta a la supuesta violación del párrafo 1 del artículo 6, el Comité recuerda su Observación General 6 sobre el artículo 6, en la cual se establece, entre otras cosas, que los Estados Partes deben tomar medidas concretas y eficaces para evitar la desaparición de individuos y establecer servicios y procedimientos eficaces para investigar a fondo, por medio de un órgano competente e imparcial, los casos de personas desaparecidas en circunstancias que puedan implicar una violación del derecho a la vida. En el presente caso, el Comité observa que tanto la resolución 13 de la Procuraduría Delegada para la Defensa de los Derechos Humanos de 5 de julio de 1995 como la sentencia del Tribunal Administrativo de Cundinamarca de 22 de junio de 1995 establecen claramente la responsabilidad de agentes del Estado por la desaparición y consiguiente muerte de Nydia Bautista. El Comité, en consecuencia, concluye que, en las circunstancias del caso, el Estado Parte es directamente responsable de la desaparición y posterior asesinato de Nydia E. Bautista de Arellana. En lo que respecta a la reclamación en virtud del artículo 7, el Comité ha tomado nota de las conclusiones contenidas en la resolución 13 de 5 de julio de 1995 y en la sentencia del Tribunal Administrativo de Cundinamarca de 22 de junio de 1995, en el sentido de que Nydia Bautista fue sometida a torturas antes de ser asesinada. Teniendo en cuenta las conclusiones de estas decisiones y las circunstancias del secuestro de la Sra. Bautista, el Comité concluye que Nydia Bautista fue torturada después de su desaparición, en violación del artículo 7. El autor ha alegado la violación del artículo 9. En las decisiones mencionadas anteriormente se llegó a la conclusión de que el secuestro y la posterior detención fueron «ilegales» (véanse los párrafos 6.6 y 6.8 supra), ya que no existía orden de captura en su contra ni existía contra ella ninguna acusación formal. Por consiguiente, ha habido una violación del párrafo 1 del artículo 9.» *Federico Andreu v. Colombia, Comunicación No. 563/1993*, U.N. Doc. CCPR/C/55/D/563/1993 (1995), párr. 2.8 y 8.2 y ss.

En la misma línea, véanse las comunicaciones 612/1995 (*Arbuacos c. Colombia*) del 29 de julio de 1997 y 778/1997 (*José Antonio Coronel y otros c. Colombia*) del 29 de noviembre de 2002.

Por otro lado, y en relación a la jurisprudencia de la Corte Interamericana, conviene aludir al asunto *Caballero Delgado y Santana contra Colombia*, Serie C, N° 22, sentencia de 8 de diciembre de 1995.

²⁷ Así, «cuando en la década del 90 se expandió el fenómeno paramilitar, también aumentaron los casos de desapariciones a manos de paramilitares –grupos armados ilegales de derecha que recibían la colaboración de integrantes de las fuerzas armadas de Colombia–. Los paramilitares solían destruir los cuerpos de sus víctimas, enterrarlos en fosas comunes o arrojarlos a los ríos.

señalan Scovazzi y Citroni que «to new offenders correspond new victims: besides the usual victims such as guerrillas and political opponents, paramilitary groups also target farmers and peasants, to pursue the private aim of taking possession of their land, and, more generally, the most vulnerable people, to achieve a sort of social cleansing»²⁸.

La diferencia esencial entre las desapariciones forzadas llevadas a cabo por los grupos guerrilleros y por los paramilitares radica en la connivencia o tolerancia del Estado. Así lo ha señalado el GTDF, cuando ha indicado que: «las desapariciones no han disminuido, sino que han continuado y se han mantenido constantes o incluso podrían haber aumentado desde 1996. En la mayoría de los casos de que se ha informado al Grupo de Trabajo, *se ha señalado como principales culpables de los casos de desapariciones a los paramilitares, que actúan presuntamente con el consentimiento de ciertos elementos del ejército y de las fuerzas de seguridad del Estado*²⁹. Las desapariciones tampoco se han detenido tras las negociaciones y los acuerdos de cese del fuego y de desmovilización concertados entre los paramilitares y el Gobierno. En las entrevistas con funcionarios del Estado se ha negado con frecuencia la implicación del Estado o su connivencia en las desapariciones. Con todo, las entrevistas con ciudadanos comunes víctimas de violencia generalizada en su vida diaria han proporcionado testimonios abundantes y convincentes de la participación directa del Estado y de su complicidad en las desapariciones forzadas o involuntarias en muchas partes del país»³⁰.

Entrando de lleno en las desapariciones cometidas por grupos paramilitares, y la posible responsabilidad del Estado, es preciso aludir al artículo 8 del Proyecto de la CDI que señala:

«Se considerará hecho del Estado según el derecho internacional el comportamiento de una persona o de un grupo de personas si esa persona o ese

Entre el 2004 y 2005, diferentes organizaciones colombianas de derechos humanos comenzaron a denunciar casos de soldados que detenían personas, que luego eran desaparecidas y que más tarde eran encontradas muertas y registradas como guerrilleros muertos en combate. A 2010, hay más de 3000 casos de ejecuciones de civiles cometidas por las fuerzas armadas que están siendo investigados por la justicia civil.» HAUGAARD, L. y NICHOLS, K. *Rompiendo el silencio en la búsqueda de los desaparecidos de Colombia*, Latin America Working Group Education Fund, 2010, p. 3.

²⁸ SCOVAZZI, T. y CITRONI, G. *The Struggle against...*, op. cit., p. 21.

²⁹ Cursiva añadida

³⁰ GTDF, Informe del Grupo de Trabajo sobre Desapariciones Forzadas o Involuntarias, Adición, Misión a Colombia, E/CN.4/2006/56/Add.1, 17 de enero de 2006, párr. 21

grupo de personas actúa de hecho *por instrucciones o bajo la dirección o control*³¹ de ese Estado al observar ese comportamiento».

Así, los actos cometidos por particulares no son, en principio, imputables al Estado (principio de no atribución de actos de agentes no estatales), salvo en el caso de que ese particular actúe «por instrucciones o bajo la dirección o control» del Estado, lo que va a llevar a éste a ser internacionalmente responsable³².

Estamos ante dos tipos de circunstancias: «la première est celle où des personnes privées agissent sur les instructions de l'État lorsqu'elles mènent le comportement illicite. La seconde est une situation à caractère plus général, où des personnes privées agissent sur les directives ou sous le contrôle de l'État»³³, o, como señala Moreno «el Estado es responsable por el comportamiento de los particulares que actúan en su nombre o «de facto», i) si esas personas tienen instrucciones precisas de lo que deben hacer o ii) si esas personas al llevar a cabo el comportamiento han sido dirigidos o controlados por el Estado, aunque este no le haya dado instrucciones precisas»³⁴.

En relación a las *instrucciones*, esta cuestión no parece demasiado problemática, «primero porque ha sido una figura constante a lo largo de la regula-

³¹ Cursiva añadida

³² Como señala Jiménez García «existen distintos supuestos de atribución al Estado de comportamientos de particulares bien porque resulten *de facto* asimilados a órganos del Estado (art. 4 del Proyecto), bien porque se puedan imputar al Estado en virtud de la existencia de instrucciones, control o dirección de tales comportamientos (art. 8 del Proyecto). Respecto del primero, se exige la existencia de una «total dependencia» entre la actuación de los particulares o grupo de particulares y la autoridad del Estado correspondiente hasta tal punto que aquellos serían un mero instrumento de la actuación estatal, pues otra solución permitiría a los Estados eludir su responsabilidad internacional mediante la interposición de personas o entidades cuya autonomía sería pura ficción. En cuanto al segundo, se trata de la doctrina del control o dirección del Estado sobre los actos llevados a cabo por las personas o grupos de personas que hayan cometido la conducta criminal.» JIMÉNEZ GARCÍA, F., «La responsabilidad directa por omisión del Estado más allá de la diligencia debida. Reflexiones a raíz de los crímenes «feminicidas» de Ciudad Juárez», *REDI*, 2 (2011), p. 26.

³³ Comentario 1 al artículo 8, Projet d'articles sur la responsabilité de l'Etat pour fait internationalement illicite et commentaires y relatifs, Texte adopté par la Commission à sa cinquante-troisième session, en 2001, et soumis à l'Assemblée générale dans le cadre de son rapport sur les travaux de ladite session, *Annuaire de la Commission du droit international* (2001), vol. II(2).

³⁴ MORENO FERNÁNDEZ, A., «La atribución al Estado de responsabilidad internacional por los hechos ilícitos de los particulares e intentos de flexibilización», *REEI* (2006) (12), p. 21

ción de esta norma de atribución y segundo, porque responde a la idea general de responsabilidad internacional»³⁵.

En relación a la *dirección o control* del Estado, y tal y como recoge Jiménez García, hay que aludir a las dos teorías existentes en materia de control: «la del *control efectivo*³⁶ sobre la conducta ilícita y la del *control global*³⁷ sobre las circunstancias en las que esa conducta tiene lugar». Por lo que respecta a la primera, ésta «exige la individualización del comportamiento ilícito de que se trate y la prueba de la existencia de una relación directa entre la violación perpetrada y la actuación del Estado [-vinculación ésta establecida por el Tribunal Internacional de Justicia en el asunto de las *Actividades militares y paramilitares en y en contra Nicaragua*³⁸-]. Por el contrario, la segunda se centra en la contextualización de los ilícitos en el marco o conjunto de las acciones realizadas por las personas o grupo de personas autores de la violación de que se trate y el establecimiento de vínculos efectivos de dirección del Estado respecto a tales personas o al grupo en cuestión, sin necesidad de exigir el control sobre todos y cada uno de los actos que integran el ilícito [-vinculación ésta para cuya determinación fue clave el *asunto Tadic*³⁹ ante el Tribunal Penal Internacional para la antigua Yugoslavia-]»⁴⁰. Ahora bien, parece que la balanza se va a inclinar definitivamente de la primera de las opciones, tal y como se deriva de la sentencia relativa al *Asunto sobre la aplicación de la Convención para la prevención y represión del crimen de genocidio*⁴¹, que va a retomar la teoría del *control efectivo*, ya que entiende «que el criterio del control global presenta el grave inconveniente de ampliar el ámbito de responsabilidad del Estado bastante más allá

³⁵ *Idem*, p. 21

³⁶ Cursiva añadida.

³⁷ Cursiva añadida.

³⁸ A tal efecto, el Tribunal Internacional de Justicia indica que «toutes les modalités de participation des Etats-Unis qui viennent d'être mentionnées, et même le contrôle général exercé par eux sur une force extrêmement dépendante à leur égard, ne signifieraient pas par eux-mêmes, sans preuve complémentaire, que les États-Unis aient ordonné ou imposé la perpétration des actes contraires aux droits de l'homme et au droit humanitaire allégués par l'Etat demandeur. Ces actes auraient fort bien pu être commis par des membres de la force contra en dehors du contrôle des Etats-Unis. Pour que la responsabilité juridique de ces derniers soit engagée, il devrait en principe être établi qu'ils avaient le contrôle effectif des opérations militaires ou paramilitaires au cours desquelles les violations en question se seraient produites», *Affaire des activités militaires et paramilitaires au Nicaragua et contre celui-ci (Nicaragua c. Etats-Unis)*, Fond, Arrêt de 27 Juin 1986, párr. 115

³⁹ *Prosecutor vs. Dusko Tadic*, IT-94-1

⁴⁰ JIMÉNEZ GARCÍA, F., «La responsabilidad directa...», *op. cit.*, pp. 26 y 27

⁴¹ *Affaire relative à l'application de la Convention pour la prévention et la répression du crime de génocide (Bosnie-Herzégovine c. Serbie et Monténégro)*, Arrêt du 26 février 2007

del principio fundamental que gobierna el derecho de la responsabilidad internacional, a saber, que un Estado únicamente es responsable de su propio comportamiento, es decir, del de las personas que, por cualquier concepto actúen en su nombre. Para el principal órgano judicial de las Naciones Unidas, el criterio del «control global» es inadecuado ya que distiende demasiado, casi hasta la ruptura, el nexa que ha de existir entre el comportamiento de los órganos del Estado y la responsabilidad internacional de éste último»⁴².

Por otro lado, no debe olvidarse que si finalmente no se considera la imputación del comportamiento de particulares al Estado, sí puede imputarse a éste el ilícito por no haber impedido la violación, esto es, por no haber cumplido con su deber de debida diligencia⁴³. En este sentido, conviene recordar que cualquier Estado de la Comunidad Internacional, en materia de derechos hu-

⁴² JIMÉNEZ GARCÍA, F., «La responsabilidad directa...», *op. cit.*, pp. 27 y 28.

Ahora bien, como señala Remiro: «Sin embargo, no hay que ser alarmista. En el caso citado el giro interpretativo puede explicarse por el hecho de que el TPIY, a diferencia de la CIJ, trataba de establecer la aplicación de las normas del DI humanitario en un supuesto de responsabilidad penal individual; además, cabe sugerir que las decisiones de un tribunal especializado pueden incentivar posteriores cambios progresivos de la CIJ, siendo en ese sentido muy constructivas.» REMIRO BROTONS, A. *et. al. Derecho Internacional*, Tirant lo Blanch, 2007, p. 86.

⁴³ Mariño alude al asunto de referencia sobre esta cuestión en los siguientes términos: «en el *asunto del personal diplomático y consular de la Embajada de EEUU en Teherán*, el TIJ señaló respecto de los hechos ocurridos el 4 de noviembre de 1979 en la indicada Embajada: «... que (las autoridades iraníes) no adoptaron al parecer ninguna medida, ni para impedir a los militantes que invadieran la Embajada, ni para persuadirlos u obligarles a que se retiraran. Más aún, después de que los militantes hubieron forzado la entrada en los locales de la Embajada, las autoridades iraníes nada hicieron para forzarlos o persuadirlos a evacuarla y liberar a los miembros del personal diplomático y consular que habían hecho prisioneros... Esta inacción del Gobierno de Irán constituyó en sí misma una violación grave y manifiesta de las obligaciones de Irán para con los Estados Unidos...». En ciertos casos, una situación puede evolucionar de tal modo que si en un principio no fuera determinable ninguna conducta atribuible al Estado, posteriormente, debido a la inacción de éste, los particulares pasen de hecho a actuar por cuenta del Estado «permisivo». En estos casos se considera que el Estado reconoce y adopta como propio el comportamiento de los particulares. A esa situación se refirió también el TIJ en su citada sentencia en el *asunto del personal diplomático y consular de la Embajada de EEUU en Teherán*. Al respecto de la política anunciada por el ayatollah Jomeini de mantener la ocupación de la Embajada y la detención de los rehenes para presionar a los EEUU, también aplicada y apoyada en diversas ocasiones por otras autoridades iraníes, el Tribunal indicó: «... Esta política ha tenido por efecto transformar radicalmente la naturaleza jurídica de la situación creada por ocupación de la embajada y de la detención de miembros de su personal diplomático y consular como rehenes. La aprobación dada a estos hechos por el ayatollah Jomeini y otros órganos del Estado de Irán, junto con la decisión de perpetuarlos, convirtieron la ocupación permanente de la Embajada y la detención persistente de los rehenes, en actos de ese Estado. Los militantes...devinieron así agentes del Estado de Irán, por cuyos actos el propio Estado era internacionalmente responsable». MARINO MENÉNDEZ, F. M. *Derecho Internacional Público. Parte General*, Trotta, 2005, p. 482 y 483

manos, tiene el deber de respeto –no puede violar derechos humanos– y el de garantía –debe desarrollar las medidas necesarias que satisfagan la realización de los derechos–. En relación a la segunda obligación se plantea la cuestión de la debida diligencia⁴⁴.

Estamos, pues, ante diversas situaciones en virtud de las cuales las desapariciones forzadas perpetradas por grupos paramilitares pueden ser imputadas a Colombia, que sería internacionalmente responsable. En primer lugar, siguiendo el tenor del artículo 8, lo serían si los grupos paramilitares hubieran actuado «por instrucciones o bajo la dirección o control» de Colombia. Y, en segundo lugar, si Colombia no hubiera prestado la debida diligencia para evitar la violación.

Una vez analizado el marco jurídico, considero de interés entrar a examinar cómo desde jurisdicciones internacionales, más concretamente desde la Corte Interamericana de Derechos Humanos, se han analizado las desapariciones forzadas cometidas por los grupos paramilitares y su conexión con el Estado colombiano⁴⁵, si bien explícitamente no se alude al artículo 8 del Proyecto de la CDI, sí se establece la vinculación en virtud del principio de debida diligencia y se apunta a *otras formas de conexión*, basadas, fundamentalmente, en la especialidad que supone el derecho internacional de los derechos humanos. La Corte Interamericana no desarrolla la atribución de responsabilidad del artículo 8, no obstante si ha utilizado el concepto de debida diligencia en varios asuntos, como *19 comerciantes c. Colombia*⁴⁶, que por vez primera vincula la actuación de los grupos paramilitares con el Estado colombiano, que va a

⁴⁴ SFERAZZA TAIBI, P. *La responsabilidad internacional...*, op. cit., pp. 165 y ss.

⁴⁵ Además de las sentencias citadas, hay que mencionar los asuntos Valle Jaramillo y otros c. Colombia. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 27 de noviembre de 2008. Serie C, N° 192 y la Masacre de Ituango c. Colombia. Excepción Preliminar, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 1 de julio de 2006. Serie C, N° 148.

⁴⁶ Corte Interamericana de Derechos Humanos, Caso 19 Comerciantes c. Colombia, Sentencia de 5 de julio de 2004 (Fondo, Reparaciones y Costas). Serie C, N° 109.

El presente asunto alude a la desaparición de 19 comerciantes. 17 de ellos portaban el 3 de octubre de 1987 mercancía comprada en Venezuela con la intención de venderla en Colombia, en la región del Magdalena medio, cuando un control militar de carreteras les detuvo para examinar su documentación y mercancía. Varios kilómetros después, fueron aprehendidos por el grupo paramilitar ACDEGAM, que los torturó, asesinó y desmembró, tirando sus restos a un río. Más tarde, dos familiares que investigaban la cuestión de los 17 comerciantes, sufrieron la misma suerte. La actuación de la justicia colombiana fue claramente deficiente, tras largos años de procedimientos. Finalmente, la Comisión decide llevar el asunto a la Corte con base en la violación de una serie de derechos de la Convención Interamericana de Derechos Humanos, entre ellos el derecho a la vida y a la libertad personal.

ser considerado, en consecuencia, responsable, en tanto que no cumplió con el deber debida diligencia⁴⁷.

A pesar de que en ocasiones no es fácil establecer la vinculación entre el ejército y los paramilitares, el recurso a la debida diligencia permite concluir la responsabilidad internacional del Estado, como ocurre en el asunto de la *Masacre de Pueblo Bello c. Colombia*⁴⁸.

⁴⁷ Señala la Corte: «Es un principio básico del derecho de la responsabilidad internacional del Estado, recogido por el Derecho Internacional de los Derechos Humanos, que tal responsabilidad puede generarse por actos u omisiones de cualquier poder, órgano o agente estatal, independientemente de su jerarquía, que violen los derechos internacionalmente consagrados. Además, la Corte ha considerado que «un hecho ilícito violatorio de los derechos humanos que inicialmente no resulte imputable directamente a un Estado, por ejemplo, por ser obra de un particular o por no haberse identificado al autor de la transgresión, puede acarrear la responsabilidad internacional del Estado, no por ese hecho en sí mismo, sino por falta de la debida diligencia para prevenir la violación o para tratarla en los términos requeridos por la Convención. Para establecer que se ha producido una violación de los derechos consagrados en la Convención no se requiere determinar, como ocurre en el derecho penal interno, la culpabilidad de sus autores o su intencionalidad, y tampoco es preciso identificar individualmente a los agentes a los cuales se atribuyen los hechos violatorios. Es suficiente la demostración de que ha habido apoyo o tolerancia del poder público en la infracción de los derechos reconocidos en la Convención», párr. 140 y 141.

Véanse asimismo, los párrafos 155 y siguientes de la Sentencia Caso de la Masacre de La Roche-la c. Colombia, de 11 de mayo de 2007 (Fondo, Reparaciones y Costas), Serie C, N° 163.

⁴⁸ Corte Interamericana de Derechos Humanos, Caso de la Masacre de Pueblo Bello c. Colombia (Fondo, Reparaciones y Costas), Sentencia de 31 de enero de 2006, Serie C, N° 140.

El asunto Masacre de Pueblo Bello se refiere a la matanza perpetrada por paramilitares en el municipio de Pueblo Bello, departamento de Antioquia, el 14 de enero de 1990. Decenas de paramilitares pertenecientes a «Los Tangueros» entraron de noche en la localidad, sacando a los habitantes de sus viviendas. Seleccionaron a más de 40 campesinos, que fueron desaparecidos. El grupo pasó por varios retenes militares que no hicieron nada por evitar la acción.

Indica la Corte que está «claro que un Estado no puede ser responsable por cualquier violación de derechos humanos cometida entre particulares dentro de su jurisdicción. En efecto, el carácter *erga omnes* de las obligaciones convencionales de garantía a cargo de los Estados no implica una responsabilidad ilimitada de los Estados frente a cualquier acto o hecho de particulares, pues sus deberes de adoptar medidas de prevención y protección de los particulares en sus relaciones entre sí se encuentran condicionados al conocimiento de una situación de riesgo real e inmediato para un individuo o grupo de individuos determinado y a las posibilidades razonables de prevenir o evitar ese riesgo. Es decir, aunque un acto, omisión o hecho de un particular tenga como consecuencia jurídica la violación de determinados derechos humanos de otro particular, aquél no es automáticamente atribuible al Estado, pues debe atenderse a las circunstancias particulares del caso y la concreción de dichas obligaciones de garantía». Ídem, párr. 123.

Ello no impide volver a la debida diligencia, como dice la Corte al señalar: «el Estado no adoptó, con la debida diligencia, todas aquellas medidas necesarias para evitar que operaciones de esta envergadura pudiesen llevarse a cabo en una zona declarada «de emergencia y de operaciones militares», situación esta última que coloca al Estado en una posición especial de garante, debido a la situación del conflicto armado que imperaba en esa zona y que habría llevado al propio

Yendo más allá de la debida diligencia y pudiendo haber entrado en la vinculación «por instrucciones, o bajo la dirección o control», el asunto *Masacre de Mapiripán c. Colombia*⁴⁹ constituye un paso esencial en la proximidad – estrecha– entre el ejército colombiano y los paramilitares, en este caso, con las tristemente conocidas AUC. Al determinar la responsabilidad de Colombia, la Corte afirma que:

«el origen de la responsabilidad internacional del Estado se encuentra en «actos u omisiones de cualquier poder u órgano de éste, independientemente de su jerarquía, que violen la Convención Americana», y se genera en forma inmediata con el ilícito internacional atribuido al Estado. Para establecer que se ha producido una violación de los derechos consagrados en la Convención no se requiere determinar, como ocurre en el derecho penal interno, la culpabilidad de sus autores o su intencionalidad, y tampoco es preciso identificar individualmente a los agentes a los cuales se atribuyen los hechos violatorios. Es suficiente la demostración de que ha habido apoyo o tolerancia del poder público en la infracción de los derechos reconocidos en la Convención, u omisiones que hayan permitido la perpetración de esas violaciones. [...] Dicha responsabilidad internacional puede generarse también por actos de particulares en principio no atribuibles al Estado. Los Estados Partes en la Convención tienen obligaciones *erga omnes* de respetar y hacer respetar las normas de protección y de asegurar la efectividad de los derechos allí consagrados en toda circunstancia y respecto de toda persona. Esas obligaciones del Estado

Estado a adoptar medidas particulares. La Corte observa que si bien la masacre de Pueblo Bello ocurrida en enero de 1990 fue organizada y perpetrada por miembros de grupos paramilitares, aquella no habría podido ejecutarse si hubiere existido protección efectiva de la población civil en una situación de riesgo razonablemente previsible por parte de miembros de las Fuerzas Armadas o de seguridad del Estado. Ciertamente no existen pruebas ante este Tribunal que demuestren que el Estado dirigiera directamente la ejecución de la masacre o que existiese un nexo entre miembros del Ejército y los grupos paramilitares o una delegación de funciones públicas de aquél a éstos. No obstante, la responsabilidad por los actos de los miembros del grupo paramilitar en este caso en particular es atribuible al Estado en la medida en que éste no adoptó diligentemente las medidas necesarias para proteger a la población civil en función de las circunstancias descritas». Párr 139 y 140.

⁴⁹ Corte Interamericana de Derechos Humanos, Caso de la Masacre de Mapiripán c. Colombia, Sentencia de 15 de septiembre de 2005 (Fondo, Reparaciones y Costas), Serie C, N° 134. El 12 de junio de 1997 un centenar de miembros de las AUC aterrizaron en vuelos irregulares en un aeropuerto del departamento de Meta y fueron recogidos por miembros del ejército regular colombiano, que los condujo al pueblo de Mapiripán. Esta localidad fue sitiada por hombres armados el 15 de junio que aislaron la localidad hasta el 20. Durante el sitio fueron torturadas y asesinadas casi cinco decenas de personas y sus restos fueron arrojados al río Guaviare.

proyectan sus efectos más allá de la relación entre sus agentes y las personas sometidas a su jurisdicción, pues se manifiestan también en la obligación positiva del Estado de adoptar las medidas necesarias para asegurar la efectiva protección de los derechos humanos en las relaciones inter-individuales. La atribución de responsabilidad al Estado por actos de particulares puede darse en casos en que el Estado incumple, por acción u omisión de sus agentes cuando se encuentren en posición de garantes [...]»⁵⁰.

Es más:

«La Corte observa que, si bien los hechos ocurridos entre el 15 y el 20 de julio de 1997 en Mapiripán fueron cometidos por miembros de grupos paramilitares, la preparación y ejecución de la masacre no habría podido perpetrarse sin la colaboración, aquiescencia y tolerancia, manifestadas en varias acciones y omisiones, de miembros de las Fuerzas Armadas del Estado, inclusive de altos funcionarios de éstas de las zonas. Ciertamente no existen pruebas documentales ante este Tribunal que demuestren que el Estado dirigiera directamente la ejecución de la masacre o que existiese una relación de dependencia entre el Ejército y los grupos paramilitares o una delegación de funciones públicas de aquél a éstos. No obstante, al analizar los hechos reconocidos por el Estado, surge claramente que tanto las conductas de sus propios agentes como las de los miembros de grupos paramilitares son atribuibles a Colombia en la medida en que éstos actuaron de hecho en una situación y en zonas que estaban bajo el control del Estado. *En efecto, la incursión de los paramilitares en Mapiripán fue un acto planeado desde varios meses antes de julio de 1997, ejecutado con pleno conocimiento, previsiones logísticas y la colaboración de las Fuerzas Armadas, quienes facilitaron la salida de los paramilitares desde Apartadó y Necoclí y su traslado hasta Mapiripán*

⁵⁰ La Corte se refiere de esta forma a la relevancia del Derecho Internacional Humanitario en Colombia: «Asimismo, al proceder a determinar la responsabilidad internacional del Estado en el presente caso, la Corte no puede obviar la existencia de deberes generales y especiales de protección de la población civil a cargo del Estado, derivados del Derecho Internacional Humanitario, en particular del artículo 3 común de los Convenios de Ginebra de 12 de agosto de 1949 y las normas del Protocolo adicional a los Convenios de Ginebra relativo a la protección de las víctimas de los conflictos armados de carácter no internacional (Protocolo II). El respeto debido a las personas protegidas implica obligaciones de carácter pasivo (no matar, no violar la integridad física, etc), mientras que la protección debida implica obligaciones positivas de impedir que terceros perpetren violaciones contra dichas personas. La observancia de dichas obligaciones resulta de relevancia en el presente caso, en la medida en que la masacre fue cometida en una situación de evidente desprotección de civiles en un conflicto armado de carácter no internacional». Caso de la Masacre de Mapiripán c. Colombia, párr. 114.

*en zonas que se encontraban bajo su control y dejaron desprotegida a la población civil durante los días de la masacre mediante el traslado injustificado de las tropas a otras localidades*⁵¹». ⁵²

Así, la Corte concluye:

«Una vez establecida la *vinculación*⁵³ de las Fuerzas Armadas con ese grupo de paramilitares al perpetrar la masacre cometida con base en el reconocimiento estatal de los hechos y en el conjunto de pruebas allegadas al expediente, la Corte ha llegado a la conclusión de que la responsabilidad internacional del Estado se ha generado por un conjunto de acciones y omisiones de agentes estatales y de particulares realizadas en forma coordinada, paralela o concatenada con el propósito de perpetrar la masacre. En primer lugar, dichos agentes colaboraron en forma directa e indirecta en los actos cometidos por los paramilitares y, en segundo lugar, incurrieron en omisiones en su deber de protección de las víctimas contra dichos actos y en su deber de investigar éstos efectivamente, todo lo cual ha desembocado en violaciones de derechos humanos consagrados en la Convención. Es decir, puesto que los actos cometidos por los paramilitares contra las víctimas del presente caso *no pueden ser caracterizados como meros hechos entre particulares, por estar vinculados con conductas activas y omisivas de funcionarios estatales*⁵⁴, la atribución de responsabilidad al Estado por dichos actos radica en el incumplimiento de sus obligaciones convencionales *erga omnes* de asegurar la efectividad de los derechos humanos en dichas relaciones inter-individuales»⁵⁵.

Como se señaló *supra*, la atribución de la responsabilidad a Colombia no desarrolla las reglas de imputación de Derecho Internacional General. Sobre este particular algunos autores opinan que estamos ante una postura adecuada, aunque «en las sentencias de la [Corte Interamericana de Derechos Humanos] la atribución se construye en base a una mezcla de obligaciones activas y omisivas y en base a las nociones algo vagas de apoyo o aquiescencia. El recurso al concepto de obligaciones *erga omnes* es útil, pero no logra explicar de modo acabado qué grado de conexión debe existir entre el Estado

⁵¹ Cursiva añadida.

⁵² Caso de la Masacre de Mapiripán c. Colombia, párr. 120.

⁵³ Cursiva añadida.

⁵⁴ Cursiva añadida

⁵⁵ Caso de la Masacre de Mapiripán c. Colombia, párr. 123

y el grupo de particulares, ni las condiciones o cualidades que deben revestir los hechos para satisfacer esa exigencia normativa de conexión.»⁵⁶ No puedo estar más de acuerdo, dado el extraordinario valor jurídico que hubiera tenido un pronunciamiento de la Corte desarrollando el artículo 8 del Proyecto de la CDI.

4. *La guerrilla y las «desapariciones forzadas»*

A pesar de que existen intentos por ampliar el alcance de las desapariciones forzadas a *organizaciones políticas* o «a personas o grupos de personas que actúen sin la autorización, el apoyo o la aquiescencia del Estado», según se siga la terminología utilizada por el Estatuto de Roma o por la Convención Internacional, respectivamente, aún no existe práctica suficiente como para dar por consolidada esta extensión. Ahora bien, esta situación tiene sus consecuencias. Por un lado, no se puede dejar de indicar que se abre una vía, aún por explorar, a través de estos instrumentos pero en tanto que esta vía aún está expedita, no es deseable realizar augurios aventurados acerca de su interpretación, aunque sin lugar a dudas constituye un avance que debe ser aplaudido, aunque recibido también con optimismo limitado debido a su carácter restringido. En este sentido, conviene señalar que los Estados han demostrado cierto rechazo a incluir a los actores no estatales en la definición de desaparición forzada, sobre todo por lo que respecta a la Convención Internacional, así en la negociación «numerosas delegaciones argumentaron que mencionar los actos de agentes no estatales en el instrumento de ningún modo debía entrañar la exoneración de responsabilidad del Estado y que no se trataba de crear en él una responsabilidad directa de esos agentes. La propuesta de ampliar la definición [...] para incluirlos desvirtuaría el instrumento y cambiaría su naturaleza. La definición de la desaparición sería, pues, demasiado abarcadora y podría incluir actos ya reprimidos en los ordenamientos nacionales como el secuestro. Se señaló que

⁵⁶ SFERAZZA TAIBI, P. *La responsabilidad internacional...*, *op. cit.*, p. 102.

En palabras de Jiménez García, los tribunales regionales de derechos humanos «han declarado la responsabilidad del Estado respecto de las violaciones cometidas por particulares en virtud de la teoría de las obligaciones positivas de prevención, garantía y sanción dimanantes o enunciadas [...] en los primeros artículos de las convenciones de derechos humanos ratificadas, otorgando una «dimensión horizontal» a la responsabilidad estatal que de ellos se deriva». JIMÉNEZ GARCÍA, F., «La responsabilidad directa...», *op. cit.*, pp. 32 y 33.

el mecanismo de control sólo tiene sentido en el caso de desapariciones forzadas cometidas por el Estado.»⁵⁷

Con todo, como señala Anderson «the delegations reached a compromise. It appears that the issue was partially resolved by adding art. 3⁵⁸, which places an obligation on states to investigate enforced disappearances ‘committed by persons or groups of persons acting without the authorization, support or acquiescence of the State and to bring those responsible to justice’. Thus, the Convention provides specifically for state responsibility over acts of enforced disappearance perpetrated by non state actors, but does not extend international criminality to acts of enforced disappearances by non state actors. As a result, non state actors will be held criminally responsible in international law only for acts of enforced disappearance that reach the

⁵⁷ Informe del Grupo de Trabajo entre períodos de sesiones, de composición abierta, encargado de elaborar un proyecto de instrumento normativo jurídicamente vinculante para la protección de todas las personas contra las desapariciones forzadas, los derechos civiles y políticos, en particular las cuestiones relacionadas con las desapariciones y las ejecuciones sumarias, E/CN.4/2005/66, 10 de marzo de 2005, párr. 31

⁵⁸ Sobre esta cuestión, Chinchón Álvarez afirma que «el marcado énfasis en la necesidad de atribución del comportamiento a un Estado da pie al tercer artículo de la Convención, que va dando paso a la segunda parte de la [Convención Internacional] [...]. Esta disposición, más allá de la polémica sobre quién puede ser o ha de ser considerado como posible sujeto activo en las violaciones a los derechos humanos, muestra el complejo equilibrio diplomático que muy a menudo preside la elaboración de textos como el que estamos comentando. En el proceso que llevó hasta el texto definitivo de la [Convención Internacional] no fue menor la pugna entre los representantes de algunos Estados [...] que defendían la necesidad de eliminar la mención absoluta al requisito de atribución estatal, mientras que, del otro lado, sobre todo algunos países iberoamericanos sostenían que tales comportamientos de particulares excedían la desaparición forzada en sentido estricto. Este debate se mantuvo abierto hasta el quinto período de sesiones del Grupo de Trabajo, y la solución de compromiso alcanzada, que pese a todo no evitó algún malestar final, se concretó en el artículo 3 de la Convención. [...] Desde una perspectiva técnico-formal, sin duda es una curiosa disposición, que finalmente impone a los Estados una serie, limitada, de obligaciones sobre unos comportamientos que, según el mismo artículo 2, no podrían ser calificados como desaparición forzada, y todo ello en un texto que, recordemos, fue bautizado como «Convención Internacional para la Protección de todas las Personas contra las Desapariciones Forzadas». [...] Ahora bien, aun en un ejercicio de extrema buena voluntad, lo anterior quizás podría enlazarse con el artículo 5 de la Convención, esto es, con la ratificación de la desaparición forzada como uno de los actos que pueden configurar un crimen contra la humanidad; pero lo cierto es que este mismo artículo, [...] lo que hace es remitir a la definición propia del Derecho internacional penal, en la que, como es bien conocido, no se requiere, *per se*, de atribución estatal.» CHINCHÓN ÁLVAREZ, J., «La Convención Internacional para la protección de todas las personas contra las desapariciones forzadas: Nunca es tarde si la dicha es ¿buena? Examen general y perspectivas en España tras la aprobación de la ‘Ley de Memoria Histórica’», *Foro, Nueva época* (2008) (7), pp. 23 y 24.

level of a *crime against humanity*⁵⁹, and not for acts of enforced disappearance per se.»⁶⁰

En definitiva, no parece sencillo determinar si grupos guerrilleros como las FARC o el ELN son sujetos activos de desapariciones forzadas. Como ya se ha indicado *supra*, el GTDF se ha mostrado renuente, así como parte de la doctrina⁶¹, mientras que Nowak, como experto independiente

⁵⁹ Cursiva añadida

⁶⁰ ANDERSON, K., «How Effective is the International Convention for the Protection of all Persons from Enforced Disappearance Likely to be in Holding Individuals Criminally Responsible for Acts of Enforced Disappearance?», *Melbourne Journal of International Law* (2006), 7(2), Disponible en <<http://www.austlii.edu.au/au/journals/MelbJIL/2006/11.html#Heading283>>.

⁶¹ Ambos y Bömh indican que «si bien compartimos esta idea para los otros crímenes contra la humanidad, consideramos que es cuestionable en el caso de desaparición forzada. En primer término por el carácter del bien jurídico protegido, que está directamente vinculado con el acceso a los recursos tendentes a esclarecer la situación de privación de la libertad; el Estado es el único actor en disposición de tales recursos y el único por tanto que puede ponerlos al alcance de quienes los requieran o, como sucede en la desaparición forzada, bloquearlos. Por ello, este bien jurídico de acceso a la administración de justicia únicamente podrá ser violado por una organización política si ella pone a la persona privada de la libertad fácticamente fuera del alcance de los recursos estatales. Es decir, el bien jurídico de acceso a la administración de justicia únicamente se verá afectado si esa organización mantiene privada de la libertad a una persona en un territorio al cual el Estado no tiene acceso y en el cual por tanto sus recursos no pueden ser movilizados, esto es, precisamente en el territorio que se encuentra bajo control de esa organización política. En este caso la organización estará impidiendo el acceso a la justicia no por la privación ilegítima de la libertad misma (que sería un secuestro ordinario), sino porque quita a la víctima del ámbito (territorial) de influencia y protección del Estado. Estas consideraciones producen, sin embargo, una segunda dificultad, relativa a la calidad especial del autor del crimen y por tanto, al deber de información que se desprende de él (y es plasmado en la descripción penal de la desaparición forzada como mandato del tipo penal mismo). Una organización política podrá ser asimilada al Estado, según el DIH, en cuanto al monopolio de la fuerza que ejerce sobre un determinado territorio y por tanto en cuanto a su posibilidad de bloquear el acceso a la administración de justicia en un caso de privación de la libertad; sin embargo, una organización política no puede ser asimilada al Estado en cuanto al deber de protección y de propiciar la seguridad que tienen sus agentes respecto de los derechos de los habitantes de ese Estado (por lo menos no en una concepción clásica del derecho público internacional, según la cual solamente el Estado es sujeto jurídico internacional y así destinatario de las obligaciones internacionales). Si una organización política priva de la libertad a una persona, por tanto, no tiene ningún deber de informar al respecto. Si se estipulase tal exigencia en el tipo penal, sería necesariamente artificial. El tipo penal respecto de las organizaciones políticas, por ende, no puede tener la misma estructura que tiene respecto del Estado o de los particulares que actúan con su autorización, apoyo o aquiescencia.» AMBOS, K. y BÖHM, M.L., «La desaparición forzada de personas como tipo penal autónomo. Análisis comparativo-internacional y propuesta legislativa», en AMBOS, K. (coord.), *Desaparición forzada de personas. Análisis comparado e internacional*, Themis, 2009, p. 246

no es de la misma opinión⁶². Ahora bien, no se puede dejar de afirmar que las actuaciones realizadas por estos movimientos guerrilleros que suponen privación de libertad no tengan tipificación penal y queden, por tanto, impunes. Lejos de ello, se ha considerado que cometen *secuestros*, tipificados en el código penal colombiano (artículos 268 y siguientes). Con todo, se debe dejar abierta la puerta a la posibilidad de imputar desapariciones forzadas a los grupos guerrilleros, sobre todo por lo que respecta a la definición dada por el Estatuto de Roma, en tanto que se pueda considerar que estamos ante crímenes de lesa humanidad⁶³, esto es, en el contexto de una situación de violación de derechos humanos *generalizada o sistemática*. Pero, en todo caso, hay que precisar que los secuestros cometidos por las guerrillas no generan responsabilidad internacional de Colombia, sino únicamente responsabilidad individual.

III. LA REPARACIÓN DE LAS VÍCTIMAS DE DESAPARICIÓN FORZADA EN COLOMBIA

Los mecanismos tradicionales para hacer efectiva la responsabilidad internacional de Estado son la cesación, la garantía de no repetición, y la reparación íntegra del perjuicio, tanto material como moral⁶⁴ (artículos 30 y

⁶² Nowak ha señalado que «la experiencia de muchos Estados, como Colombia, muestra que las desapariciones forzadas son cometidas por funcionarios del Gobierno, agentes indirectos del Estado tales como miembros de los escuadrones de la muerte o las denominadas fuerzas de autodefensa, movimientos guerrilleros y grupos paramilitares que combaten al Gobierno, así como por miembros de bandas del crimen organizado, con frecuencia por lo que respecta a los delitos relacionados con los estupefacientes. Dado que la ocultación de todos los hechos relacionados con este delito forma parte de la definición, suele ser sumamente difícil saber si los perpetradores actuaron con o sin 'la autorización, el apoyo o la aquiescencia del Estado'». Informe presentado por el Sr. Manfred Nowak, experto independiente encargado de examinar el marco internacional existente en materia penal y de derechos humanos para la protección de las personas contra las desapariciones forzadas o involuntarias, de conformidad con el párrafo 11 de la resolución 2001/46 de la Comisión, Los derechos civiles y políticos, en particular las cuestiones relacionadas con las desapariciones y las ejecuciones sumarias, E/CN.4/2002/71 de 8 de enero de 2002, párr. 73.

⁶³ Sobre la consideración de la desaparición forzada como crimen de lesa humanidad, véanse FERNÁNDEZ DE CASADEVANTE ROMANÍ, C., «Las víctimas y el derecho internacional», *AEDI* (2009), p. 31, y LINGHAMMAR, P., «Time for Enforced...», *op. cit.*, pp. 16 y ss.

⁶⁴ Como dice Fernández Solá, los daños morales incluyen «tanto los sufrimientos y las aflicciones causadas a la víctima directa y a sus allegados, o el menoscabo de valores muy significativos para

siguientes del Proyecto de la CDI). La reparación, de acuerdo con los artículos 34 y siguientes, puede adoptar la forma de restitución⁶⁵, indemnización⁶⁶ y satisfacción⁶⁷. Veamos si las normas en materia de reparación son adecuadas a este propósito. Ahora bien, no en vano hay que decir que en caso de desapariciones forzadas donde se ha acabado con la vida de la víctima, la restitución no es posible⁶⁸, por lo que habrá que ver si se prevén medidas indemnizatorias y satisfactorias. Para ello, hay que aludir brevemente a cuáles son los mecanismos desarrollados en el marco de los procesos de justicia transicional a efectos de proceder a la reparación. Como indica Bolívar, en Colombia, hay que aludir a tres tipos de medidas: «las comisiones de verdad⁶⁹, los programas

las personas, como las alteraciones, de carácter no pecuniario, en las condiciones de existencia de la víctima o su familia. Dado que no es posible asignar al daño inmaterial un equivalente monetario preciso, sólo puede ser objeto de compensación, mediante el pago de una cantidad de dinero o la entrega de bienes o servicios apreciables en dinero, que [se determine] en términos de equidad, así como mediante la realización de actos u obras de alcance o repercusión públicos, que tengan como efecto el reconocimiento de la dignidad de la víctima y evitar que vuelvan a ocurrir violaciones de los derechos humanos». FERNÁNDEZ SOLÁ, N., «El derecho a la reparación de las víctimas de desaparición forzada: hacia la justicia a través del Derecho Internacional», *REDI* (2008) (2), p. 411.

⁶⁵ El artículo 35 alude a la restitución en los siguientes términos: «El Estado responsable de un hecho internacionalmente ilícito está obligado a la restitución, es decir, a restablecer la situación que existía antes de la comisión del hecho ilícito, siempre que y en la medida en que esa restitución:

- a) No sea materialmente imposible;
- b) No entrañe una carga totalmente desproporcionada con relación al beneficio que derivaría de la restitución en vez de la indemnización.»

⁶⁶ El artículo 36 señala: «1. El Estado responsable de un hecho internacionalmente ilícito está obligado a indemnizar el daño causado por ese hecho en la medida en que dicho daño no sea reparado por la restitución.

2. La indemnización cubrirá todo daño susceptible de evaluación financiera, incluido el lucro cesante en la medida en que éste sea comprobado.»

⁶⁷ El artículo 37 dispone: «1. El Estado responsable de un hecho internacionalmente ilícito está obligado a dar satisfacción por el perjuicio causado por ese hecho en la medida en que ese perjuicio no pueda ser reparado mediante restitución o indemnización.

2. La satisfacción puede consistir en un reconocimiento de la violación, una expresión de pesar, una disculpa formal o cualquier otra modalidad adecuada.

3. La satisfacción no será desproporcionada con relación al perjuicio y no podrá adoptar una forma humillante para el Estado responsable.»

⁶⁸ Véase PÉREZ-LEÓN ACEVEDO, J. P., «Las desapariciones forzadas de personas...», *op. cit.*, p. 383.

⁶⁹ Por lo que respecta a la comisiones de la verdad, «es importante señalar que si bien las comisiones no son en esencia un mecanismo de reparación, su importancia en la materia es innegable, por varios motivos. Primero, porque contribuyen a la búsqueda de la verdad y a la reconstrucción de la memoria histórica; segundo, porque permiten la recolección de datos relacionados con el número de víctimas, especificando su perfil –sexo, edad, profesión u ocupación, situación

masivos de reparación⁷⁰ y las medidas para la restitución de tierras⁷¹.»⁷² Las dos primeras se enmarcan en la *Ley de Justicia y Paz* (975 de 2005), mientras que la segunda, lo hace en la *Ley de Víctimas y Restitución de Tierras* (1448 de 2011), que destacan entre los intentos llevados a cabo por el Estado colombiano en el marco del proceso de justicia transicional en el que se encuentra inmerso.

La *Ley de Justicia y Paz*, y su desarrollo reglamentario, supone el colofón de un proceso que ha generado una enorme controversia en Colombia, llegando incluso a la Corte Constitucional. Bajo el mandato de Álvaro Uribe se comienza con el proceso de desmovilización fundamentalmente de paramilitares, aunque también se alude a los grupos guerrilleros (véase su artículo 10). Esta norma supone una importante reducción de las penas, siempre que los miembros de estos grupos confesaran su actividad, entregaran sus bienes y se comprometieran a acabar con actividades al margen de la ley, cuestión ésta bastante controvertida porque podría menoscabar o incluso anular el deber que tiene en Estado en relación a la investigación, persecución y castigo de los responsables con el fin de evitar la impunidad.⁷³

económica-, así como la identificación de las violaciones ocurridas y los daños ocasionados; tercero, porque promueven que los victimarios asuman su responsabilidad; y cuarto, porque algunas veces formulan recomendaciones en materia de justicia, reparación y reconciliación. En este sentido, el establecimiento de comisiones de verdad anteriores al diseño de un programa de reparaciones puede ser de gran utilidad a efectos de consolidar información de reparación útil en relación con los posibles beneficiarios del programa, así como de las posibles medidas a implementar». BOLÍVAR JAIME, A. P., «Mecanismos de reparación en perspectiva comparada», en VV.AA., *Reparar en Colombia: los dilemas en contextos de conflicto, pobreza y exclusión*, ICTJ, EU, DeJuSticia, 2009, p. 78.

⁷⁰ Los programas masivos de reparación «son políticas de orden estatal que tienen como propósito otorgar a las víctimas una reparación por los daños sufridos y las violaciones sistemáticas ocasionadas en el pasado. La procedencia de estos programas se ha derivado de recomendaciones formuladas por comisiones de verdad, de iniciativas legislativas o gubernamentales o de las demandas de las víctimas». *Idem*, p. 79

⁷¹ Especialmente relevante es esta cuestión en el contexto colombiano, sobre todo por lo que atañe al fenómeno de los desplazados internos. *Idem*, p. 79.

⁷² *Idem*, p. 78.

⁷³ En este sentido, Pérez-León Acevedo afirma que «la obligación de identificar a los responsables de violaciones graves al Derecho internacional, efectuadas por la comisión de desaparición forzada, implica el deber estatal de imponer sanciones a los perpetradores que sean identificados. La obligación se incumple cuando el Estado actúa de modo tal que la violación queda impune y no se restablece a la víctima en sus derechos, o cuando se tolera que particulares vulneren libremente y con impunidad los derechos humanos». PÉREZ-LEÓN ACEVEDO, J. P., «Las desapariciones forzadas de personas...», *op. cit.*, p. 376.

Por lo que respecta a las medidas de reparación, la *Ley de Justicia y Paz* alude al derecho de las víctimas a la reparación e implementa un catálogo de medidas sobre restitución, indemnización, satisfacción y garantías de no repetición. Para acceder a estas medidas, las víctimas disponen del «incidente de reparación integral dentro de los procesos penales especiales de Justicia y Paz y el programa administrativo de reparación individual creado por decreto presidencial. La primera vía tiene, a su vez, dos posibilidades: el trámite del incidente de reparación cuando se ha podido identificar al responsable individual, y el trámite del incidente cuando a pesar de no contarse con el responsable individual identificado, se puede demostrar el nexo causal del daño con la actividad del bloque o frente de un grupo armado ilegal beneficiario de la Ley 975»⁷⁴.

Ahora bien, la *Ley de Justicia y Paz* no abordaba importantes cuestiones⁷⁵, como por ejemplo, la actuación de los agentes estatales, no desarrollaba ade-

Junto con esta obligación, figuran la prohibición de las leyes de amnistía y el deber de reparar. *Idem*, pp. 379 y ss.

⁷⁴ DÍAZ GÓMEZ, C. y BERNAL SARMIENTO, C. E., «El diseño institucional de reparaciones en la Ley de Justicia y Paz: una evaluación preliminar», en VV.AA., *Reparar en Colombia: los dilemas en contextos de conflicto, pobreza y exclusión*, ICTJ, EU, DeJuSticia, 2009, p. 592

⁷⁵ La Oficina del Alto Comisionado de Naciones Unidas para los Derechos Humanos ha dicho que: «sigue de cerca la situación con respecto a la aplicación de la Ley de justicia y paz y sigue señalando las esferas que son motivo de preocupación y las dificultades y deficiencias que pueden obstaculizar la aplicación concreta de las disposiciones. La Oficina ha destacado como una de las deficiencias el hecho de que el Comité Nacional de Reparación y Reconciliación no es una comisión de la verdad y que quizás no tenga suficiente independencia puesto que todos sus miembros son nombrados por el Gobierno. Además, las posibilidades de establecer la verdad se ven seriamente obstaculizadas por el hecho de que la legislación no impone penas en caso de que el presunto culpable no revele todos los hechos. La ley no exige la confesión de los delitos cometidos como condición para obtener los beneficios judiciales. Sólo en caso de que el presunto culpable omita deliberadamente información puede aumentarse la pena. Preocupa también el hecho de que la ley no se refiera a la posible responsabilidad del Estado y sus funcionarios públicos con respecto a delitos cometidos por grupos armados al margen de la ley. También se plantean otras dificultades en relación con la protección de las víctimas y los testigos. La falta de recursos y la falta de eficacia de los programas de protección existentes no han permitido tradicionalmente estimular a las víctimas ni a los testigos para que proporcionen información y contribuyan al sistema de justicia. Por último, el Comité Nacional de Reparación y Reconciliación no es una comisión de la verdad propiamente dicha, puesto que no tiene un mandato directo para el establecimiento de la verdad en casos de violaciones de los derechos humanos e infracciones del derecho internacional humanitario.» Estudio de la Oficina del Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Derechos Humanos sobre actividades en materia de derechos humanos y justicia de transición realizadas por componentes de derechos humanos del sistema de las Naciones Unidas, E/CN.4/2006/93, 7 de febrero de 2006, párr. 40.

cuadramente, en su redacción original previa al fallo de la Corte, la reparación a las víctimas⁷⁶ y la condena a los paramilitares se convertía en simbólica⁷⁷,

⁷⁶ En este sentido, el Secretario General de Naciones Unidas señala: «El 18 de mayo de 2006, la Corte Constitucional decidió que debían modificarse algunos puntos fundamentales de la Ley N° 975/05, conocida como Ley de justicia y paz. La oficina del ACNUDH en Colombia presentó una carta *amicus curiae* ante el tribunal, en la que la Alta Comisionada exponía las obligaciones internacionales en materia de derechos humanos contraídas por Colombia, que garantizaban a las víctimas el derecho a la verdad, a la justicia y a una indemnización. El tribunal decidió que algunos aspectos de la ley señalados por la oficina del ACNUDH en Colombia debían modificarse». Informe del Secretario General, Impunidad, Aplicación de la resolución 60/251 de la Asamblea General, de 15 de marzo de 2006, titulada «Consejo de Derechos Humanos», A/HRC/4/84, 20 de febrero de 2007, párr. 17.

⁷⁷ Véase ICTJ, *Colombia, Antecedentes: desmovilización, Ley de Justicia y Paz y otras iniciativas*, disponible en <<http://ictj.org/es/our-work/regions-and-countries/colombia>>

Asimismo, Amnistía Internacional señaló en el Consejo de Derechos Humanos que: «Varios Estados expresaron reservas sobre la aplicación de la Ley de Justicia y Paz, que permite a algunos paramilitares que han depuesto las armas beneficiarse de penas de prisión reducidas a cambio de confesiones sobre violaciones de derechos humanos. Preocupaba que el proceso no estuviera respetando plenamente el derecho de las víctimas a la verdad, la justicia y la reparación. También se expresó preocupación por los elevados niveles de impunidad general que siguen existiendo en el país. En algunas intervenciones se pidió al gobierno de Colombia que se asegurara de que todas las leyes y programas relacionados con el proceso de Justicia y Paz se ajustasen a las normas internacionales, que los responsables de graves abusos o violaciones de derechos humanos no se beneficiaran de amnistías ni de disposiciones similares y que se ofreciera mayor protección a los testigos y las víctimas que participan en el proceso, así como a sus representantes.» *Declaración escrita de Amnistía Internacional sobre Colombia en relación con el examen periódico universal*, 13 de febrero de 2009, disponible en <<https://doc.es.amnesty.org/cgi-bin/ai/BRSCGI/DECLARACION%20SOBRE%20COLOMBIA%20EN%20RELACION%20CON%20EL%20EXAMEN%20PERIODICO%20UNIVERSAL?CMD=VEROBJ&MLKOB=27302501313>>.

Además, hay que destacar que «la Corte IDH decidió varios casos contra Colombia relativos a crímenes cometidos por algunos de los paramilitares que se desmovilizaron. En esos casos, y en especial en la sentencia sobre la Masacre de la Rochela, los representantes de las víctimas solicitaron a la Corte IDH que se pronunciara explícitamente acerca de si la Ley de Justicia y Paz se adecuaba o no a los estándares internacionales. La Corte IDH se abstuvo de analizar en forma específica la legitimidad de la ley, aduciendo motivos procesales razonables; pero en todo caso, en esa sentencia, el tribunal recordó su doctrina, establecida desde el caso Barrios Altos en 2001, según la cual es inadmisibles cualquier dispositivo legal –como amnistías o prescripciones– que pretenda impedir la investigación y sanción de los responsables de las violaciones graves de los derechos humanos, por considerar que contraviene «derechos inderogables reconocidos por el Derecho Internacional de los Derechos Humanos». Igualmente, en los párrafos 192 y siguientes de esa sentencia, la Corte IDH recordó el deber específico del Estado colombiano de investigar seriamente y sancionar proporcionalmente las violaciones graves de los derechos humanos, satisfaciendo además los derechos a la verdad y a la reparación de las víctimas.» GUZMÁN, D.R., SÁNCHEZ, N. C. y YEPES, R. U., «Colombia», en VV.AA., *Las víctimas y la justicia transicional. ¿Están cumpliendo los Estados latinoamericanos con los estándares internacionales?*, Fundación para el debido proceso legal, 2010, pp. 107 y 108.

y todo ello a pesar de la relevancia que el propio gobierno ha dado a esta norma⁷⁸.

Esta ley tampoco es satisfactoria en materia de desapariciones, ya que, como afirma el GTDF: «En la Ley N° 975 de 2005, denominada Ley de justicia y paz, se dispone la mitigación de las sentencias de quienes hayan sido o puedan ser imputados, acusados o condenados como autores o partícipes de hechos delictivos cometidos durante y con ocasión de la pertenencia a grupos paramilitares [...]. Por lo tanto, esta nueva ley podría beneficiar a los perpetradores de desapariciones forzadas, una vez desmovilizados colectiva o individualmente. [...] [Incluso], alguno de los beneficios mitigantes contemplados en esta ley podrían ser contrarios a la Declaración»⁷⁹.

⁷⁸ En el informe del Estado en el Examen Periódico Universal, Colombia afirma que: «La ley de Justicia y Paz tiene como objeto facilitar los procesos de paz y la reincorporación individual y colectiva a la vida civil de miembros de grupos armados ilegales, garantizando los derechos de las víctimas a la verdad, la justicia y la reparación. A quienes no hayan cometido crímenes de guerra o de lesa humanidad se les aplica la ley 782 de 2002 y otras normas reglamentarias. Dentro de los procesos de paz desarrollados en el mundo, esta es la ley más exigente. Este marco jurídico no permite amnistías o indultos a crímenes de guerra o de lesa humanidad. Por el contrario, otorga a los victimarios una reducción de la pena privativa de la libertad a cambio de verdad, justicia y reparación para las víctimas y el cumplimiento de compromisos de desarme y no reincidencia. Vale la pena precisar, que todos aquellos hechos que no sean esclarecidos de manera voluntaria, la justicia ordinaria estará obligada a conocerlos y proseguir su investigación.» Informe nacional presentado de conformidad con el párrafo 15.a) anexo a la resolución 5/1 del Consejo de Derechos Humanos, A/HRC/WG.6/3/COL/1 de 19 de septiembre de 2008, párr. 49 y 50

⁷⁹ GTDF, Informe del Grupo de Trabajo sobre Desapariciones Forzadas o Involuntarias, Adición, Misión a Colombia, E/CN.4/2006/56/Add.1, párr. 66.

Sobre el incumplimiento de la Declaración, el GTDF afirma: «67. Durante la reunión celebrada por los miembros del Grupo de Trabajo con el Ministro del Interior y Justicia, se analizaron los efectos de la aplicación de la Ley de justicia y paz a los perpetradores de desapariciones forzadas. El Ministro indicó que la Ley de justicia y paz solo era aplicable a los grupos armados al margen de la ley y que, en consecuencia, ninguno de los posibles beneficiarios incumpliría al mandato del Grupo de Trabajo, y que los agentes estatales que cometieran desapariciones forzadas serían enjuiciados y castigados severamente sin ningún tipo de beneficio judicial o circunstancia atenuante. Cuando los miembros del Grupo de Trabajo aclararon que su mandato incluía las desapariciones forzadas perpetradas por agentes no estatales con el apoyo, el consentimiento o la aprobación de agentes estatales, el Ministro reiteró con firmeza que esas personas no podían acogerse a los beneficios previstos en la Ley de justicia y paz.

68. El Grupo de Trabajo sigue preocupado, concretamente a) por el hecho de que la Ley de justicia y paz no excluya las desapariciones forzadas perpetradas por miembros de grupos paramilitares con el apoyo, el consentimiento o la aprobación de agentes estatales y b) por la información proporcionada por cada una de las organizaciones de familiares de víctimas de desapariciones forzadas con las que los miembros del Grupo de Trabajo se han reunido, de que varios dirigentes y otros miembros de grupos paramilitares, potencialmente elegibles con arreglo a la ley pertinente, eran culpables de desapariciones forzadas cometidas con la participación o aprobación

Por otro lado, la *Ley de víctimas y de restitución de tierras*, ha constituido un paso delante de enorme relevancia en materia de reparación en Colombia⁸⁰. Entre las mayores virtudes de esta norma destaca la reparación integral para

directa o indirecta de funcionarios gubernamentales, en particular de miembros de la policía o de las fuerzas armadas.

69. Además, preocupa al Grupo de Trabajo el hecho de que la Ley de justicia y paz no cumpla con los requisitos de la Declaración porque en ella se dispone una reducción considerable de las penas aplicables a la perpetración de desapariciones forzadas. Ello no es compatible con la gravedad del delito.

70. De conformidad con las enmiendas al Código Penal adoptadas conforme a la Ley N° 589, la pena prevista para los condenados por desaparición forzada es de 25 a 40 años de prisión, en tanto que la Ley de justicia y paz permite un castigo alternativo de tan solo cinco a ocho años, y la libertad condicional por un período equivalente a la mitad de la pena impuesta. Esta reducción de la pena sólo puede considerarse si se reúnen las condiciones previstas en caso de desmovilización colectiva o individual. En el párrafo 2 del artículo 4 de la Declaración se estipula que 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.

71. En el artículo 10 de la Ley de justicia y paz se estipula que, en caso de desmovilización colectiva, un requisito para acceder a los beneficios de la ley es que se libere a las personas secuestradas, que se hallen en poder del grupo desmovilizado. Sin embargo, este artículo no exige que los miembros del grupo armado faciliten información que permita esclarecer los casos de desaparición cuando la persona desaparecida haya sido ejecutada o esté sometida al control de otros grupos de personas.

72. En el artículo 11 de la misma ley, que se refiere a las desmovilizaciones individuales, no se incluye en modo alguno el requisito establecido en el párrafo 2 del artículo 4 de la Declaración.

73. Además, en el artículo 17 de la ley sólo se hace referencia a una «versión libre» de los hechos, no una confesión completa. El Grupo de Trabajo reconoce el derecho fundamental a no confesar como materia de responsabilidad penal básica. Sin embargo, podría establecerse de hecho como condición para acogerse a beneficios judiciales una confesión cabal y la facilitación de información completa que permita esclarecer el caso. Conforme a este supuesto, el acusado no estaría obligado a confesar, pero de hallársele culpable, no podría acogerse a las circunstancias atenuantes sin proporcionar información completa sobre las circunstancias de la desaparición.

74. Aunque en la ley se estipula que con la colaboración de los desmovilizados, la policía judicial investigará el paradero de las personas secuestradas o desaparecidas (art. 15), esa colaboración no se establece como condición previa para acogerse a beneficios judiciales o circunstancias atenuantes. La ley sí incluye, como parte del concepto de reparación integral, un requisito de colaboración eficiente para encontrar a la persona desaparecida o a sus restos (art. 45.5). Sin embargo, también se dispone en la ley que la víctima debe ejercer concretamente su derecho a una reparación integral, y que, en su defecto, ello no constituiría un impedimento para que la persona responsable del delito acceda a los beneficios correspondientes previstos por la ley (último párrafo del artículo 23)». *Idem*.

⁸⁰ Como señala la Alta Comisionada de las Naciones Unidas para los derechos humanos: «Esta ley podría ser considerada como el instrumento más importante de los últimos años para facilitar la búsqueda de la paz y la reconciliación en Colombia, partiendo del reconocimiento, promoción, protección y respeto de los derechos de las víctimas.» Informe de la Alta Comisionada de las Naciones Unidas para los Derechos Humanos, Adición, A/HRC/19/21/Add.3, 31 de enero de 2012, párr. 49.

víctimas de violaciones de derechos humanos, así como la devolución de tierras a sus propietarios legítimos, víctimas de la actuación de paramilitares y guerrilla. Pero, esta ley adolece también de carencias, dado, que, por ejemplo, la definición de víctima es considerada restrictiva, en tanto que ignora que siguen operando grupos armados, que no serán calificados como tales, sino como *bandas criminales*⁸¹, cuyas víctimas no serán consideradas como tales a efectos de reparación (artículo 3.3)⁸², asimismo, tampoco alude a las niñas y niños víctimas de reclutamiento que no hayan abandonado el grupo armado antes de alcanzar la mayoría de edad⁸³.

Por lo que respecta a quiénes son considerados como víctimas, esta ley establece una prelación por lo que en función de cuándo sufrieron la violación tendrán reconocidas unas u otras formas de reparación. Así, las víctimas anteriores a 1985 sólo tendrán derecho a una reparación simbólica, por lo que no tendrán derecho a restitución de tierras ni a indemnización. En segundo lugar, las víctimas entre 1985 y 1991, sólo tendrán derecho a indemnización. Finalmente, aquellas que perdieron sus tierras como consecuencia de la violación de derechos humanos a partir de 1991 y antes de que termine la vigencia de la ley (10 años) podrán solicitar la restitución⁸⁴. Ahora bien, las medidas de reparación ya nacen limitadas al criterio de la sostenibilidad fiscal (artículo 9)⁸⁵ y por cuestiones fácticas que dificultan su realización⁸⁶.

⁸¹ Véase SUÁREZ LÓPEZ, B. E., «Los derechos a la verdad, justicia y reparación en la Ley de víctimas y restitución de tierras», en *Víctimas: miradas para la construcción de la paz* (2) (2012), p. 80.

⁸² Así, «en 2009, los paramilitares fueron responsables de la mayor parte de desplazamientos con autor identificado, un 32,9 por ciento. A este respecto, las cifras correspondientes a otras partes del conflicto son de un 26,8 por ciento para la guerrilla y de un 1,4 por ciento para miembros del ejército.» AMNISTÍA INTERNACIONAL, *Colombia: la Ley de víctimas y restitución de tierras. Análisis de Amnistía Internacional*, Amnistía Internacional, AMR 23/018/2012, 2012, pp. 5 y 6

⁸³ Informe de la Alta Comisionada de las Naciones Unidas para los Derechos Humanos, Adición, A/HRC/19/21/Add.3, 31 de enero de 2012, párr. 50.

⁸⁴ AMNISTÍA INTERNACIONAL, *Colombia: la Ley de víctimas...*, *op. cit.*, p. 6 y SUÁREZ LÓPEZ, B. E., «Los derechos a la verdad...», *op. cit.*, pp. 67 y ss.

⁸⁵ Señala Suárez López que estamos ante «un fantasma que ronda [la] aplicación [de la ley]». *Idem*, p. 79.

⁸⁶ Así, la Alta Comisionada indica que «la oficina en Colombia reitera la necesidad de adoptar medidas integrales de protección que incluyan sólidos análisis de riesgo, en los que puedan participar las víctimas. El esfuerzo de la Policía para ampliar los indicadores de los análisis de riesgo es reconocido y valorado. Sin embargo, las medidas de protección deberían mejorarse, por ejemplo, incluyendo en la práctica un enfoque diferencial y de género, así como fortale-

Finalmente, el Estado limita su responsabilidad, ya que a pesar de reconocer el derecho a la verdad, la justicia, la reparación y la garantía de no repetición, limita la responsabilidad del Estado por violaciones de derechos humanos. Así, el artículo 9 dispone que:

«El Estado reconoce que todo individuo que sea considerado víctima en los términos en la presente ley, tiene derecho a la verdad, justicia, reparación y a que la violación de sus derechos fundamentales no se vuelva a repetir, con independencia de quién sea el responsable de los delitos [...]. Por lo tanto, las medidas de atención, asistencia y reparación contenidas en la presente ley, así como todas aquellas que han sido o que serán implementadas por el Estado con el objetivo de reconocer los derechos de las víctimas a la verdad, justicia y reparación, *no implican reconocimiento ni podrán presumirse o interpretarse como reconocimiento de la responsabilidad del Estado, [...] como tampoco ningún otro tipo de responsabilidad para el Estado o sus agentes*»⁸⁷.

Así pues, estas leyes tienen aspectos positivos y negativos. Si bien la *Ley de Justicia y Paz* fue un primer paso que no cumplía las expectativas de reparación, sus críticas vinieron a subsanarse con la *Ley de Víctimas y Restitución*

ciendo las instituciones locales competentes. Es necesario además reforzar el apoyo político y público a las organizaciones comunitarias y de víctimas, así como fortalecer las investigaciones penales.» Informe de la Alta Comisionada de las Naciones Unidas para los Derechos Humanos, Adición, A/HRC/19/21/Add.3, 31 de enero de 2012, párr. 58

⁸⁷ Cursiva añadida.

A juicio de Amnistía Internacional «pese a que la Ley reconoce el derecho a la verdad, la justicia y la reparación, no tiene en cuenta que el Estado no ha establecido un marco jurídico adecuado que respete plenamente ese derecho. Siguen vigentes la Ley de Justicia y Paz (Ley 975 de 2005) y la legislación que la acompaña, aprobadas por el gobierno anterior. Esta legislación hacía posible la supuesta desmovilización de los paramilitares, pero no garantizaba los derechos de las víctimas ni disolvía de manera efectiva la infraestructura paramilitar. El actual gobierno ha promovido una legislación que consolida el marco jurídico de la Ley de Justicia y Paz y que puede poner en peligro el derecho a la verdad, a la justicia y a la reparación. Por ejemplo, en diciembre de 2010 entró en vigor la Ley 1424, que protege de manera efectiva a unos 25.000 paramilitares supuestamente desmovilizados frente al enjuiciamiento y garantiza que ninguna prueba que aporten en sus confesiones pueda ser utilizada como prueba de delito. En octubre de 2011, la Corte constitucional dictó que la información facilitada en las confesiones no podría utilizarse en procesos penales contra las personas que las hicieron o contra otros miembros del grupo del que dichas personas fueron desmovilizadas, aunque sí como prueba en otros procesos penales. A efectos prácticos, esto implica que muchos abusos y violaciones de derechos humanos no serán objeto de una investigación exhaustiva y que sus autores no serán identificados. A su vez, tal circunstancia hará más difícil que las víctimas de violaciones de los derechos humanos sean reconocidas oficialmente como tales y obtengan reparación.» AMNISTÍA INTERNACIONAL, *Colombia: la Ley de víctimas...*, *op. cit.*, p. 8.

de Tierras, que aún tiene grandes retos por acometer, por lo que su éxito o su fracaso se verá en los próximos años. Si bien ambas normas son susceptibles de ser aplicadas en casos de desaparición forzada, hay que aludir a la norma específica adoptada en esta materia, como es la *Ley por la cual se rinde homenaje a las víctimas del delito de desaparición forzada y se dictan medidas para su localización e identificación* (Ley 1408 de 2010).

Esta norma «tiene como objeto rendir homenaje a las víctimas del delito de desaparición forzada, adoptar medidas para su localización y plena identificación, y brindar asistencia a los familiares de las mismas durante el proceso de entrega de los cuerpos o restos exhumados (artículo 1)». Contiene una definición amplia de víctimas⁸⁸ (artículo 2), prevé la creación del Banco de perfiles genéticos de desaparecidos que colaborará con la Fiscalía (artículo 4), contempla medidas de ayuda económica y psicológica para las víctimas y sus familiares (artículos 7 y ss.), prevé la elaboración de mapas, la obligación de compartir información, y medidas sobre exhumaciones, inhumaciones y conservación de cuerpos y restos (artículos 9 y ss.), así como la creación de santuarios de la memoria (artículo 12 y ss.) y la celebración el 30 de agosto del día de los desaparecidos (artículo 14). Estamos pues ante una ley que debe ser bienvenida en materia de reparación de víctimas de desaparición forzada⁸⁹, pero a la que aún le queda un largo camino por recorrer, tal y como evidencian las palabras de la Alta Comisionada de Naciones Unidas para los derechos humanos⁹⁰.

⁸⁸ Sobre el concepto de víctima de desaparición forzada, véase FERNÁNDEZ DE CASADEVANTE ROMANÍ, C., «Las víctimas...», *op. cit.*, pp. 34 y ss.

⁸⁹ En este sentido, las medidas de reparación adoptadas son muy positivas y omnicomprendivas. Véase PÉREZ-LEÓN ACEVEDO, J. P., «Las desapariciones forzadas de personas...», *op. cit.*, pp. 383 y ss.

⁹⁰ Así, la Alta Comisionada ha afirmado: «62. A pesar de la existencia de un marco jurídico garantista y de protección contra la desaparición forzada, la magnitud de este fenómeno y la impunidad que le rodea son perturbadoras. [...]

63. A julio, la Fiscalía conocía más de 16.000 casos de desapariciones. La gran mayoría están en fase de indagación y casi la mitad están localizados en Antioquia y Meta. En los procesos de la Ley 975, a septiembre, de un total de 26.026 hechos confesados, 2.546 son desapariciones.

65. La entrega digna de cuerpos y restos de personas desaparecidas a sus familiares requiere esfuerzos adicionales. En el marco del Convenio celebrado en 2009 entre el Ministerio de Interior, el Instituto de Medicina Legal y la Registraduría, se identificaron 9.968 personas, pero sólo 49 cadáveres han sido entregados a sus familiares. La Fiscalía, por su parte, a octubre, había exhumado 4.703 cuerpos, de los cuales cerca de un 30% (1.442) ha sido identificado plenamente y entregado a los familiares.

66. La oficina en Colombia reconoce los esfuerzos de las autoridades locales para atender a las víctimas de la desaparición forzada. Sin embargo, recomienda mejorar su coordinación interins-

Con todo, Colombia debe mejorar sus obligaciones internacionales en la materia, dado que a pesar de haber ratificado la Convención internacional, no ha formulado la declaración para reconocer la competencia del Comité para recibir comunicaciones individuales, de acuerdo con el artículo 31.

IV. REFLEXIÓN FINAL

Como se ha podido constatar en este trabajo, la desaparición forzada de personas en Colombia constituye aún hoy en día un enorme reto para el país. La responsabilidad del Estado es una realidad, en virtud de la cual ha comenzado un decidido camino en aras de reparar a las víctimas y de proceder a la reconciliación nacional. Ahora bien, esta apuesta tiene carencias que deben ser subsanadas con el fin de que el proceso no se frustre. La existencia todavía de grupos paramilitares y el hecho de que aún cometan violaciones de derechos humanos, sumado a la falta de consideración como tales y valorar sus actuaciones como hechos del pasado, no constituye un panorama es alentador. Asimismo, distinguir el papel jugado por los grupos paramilitares y por los movimientos guerrilleros es esencial, así como el rol de los agentes estatales en la actuación de los primeros, tal y como ha evidenciado la Corte Interamericana en una interesantísima jurisprudencia, que a pesar de no desarrollar conceptos de Derecho Internacional General relativos a responsabilidad, ha concluido la responsabilidad del Estado.

En definitiva, Colombia debe saldar cuentas con su terrible pasado, para demostrar ante la Comunidad Internacional un compromiso real con los derechos humanos y con la superación de décadas de oscuridad. Porque aunque no es posible que «nos resuciten a los muertos que nos mataron», en palabras del Nobel colombiano Gabriel García Márquez en *La mala hora*, si es tiempo de afrontar la responsabilidad. El futuro en paz de Colombia está en juego.

titucional, la participación de las víctimas y sus organizaciones, así como ampliar el conocimiento de la normativa y de los protocolos de atención por las funcionarias y funcionarios locales.» Informe de la Alta Comisionada de las Naciones Unidas para los Derechos Humanos, Adición, A/HRC/19/21/Add.3, 31 de enero de 2012.