

Sentencia C-317/02

DESAPARICION FORZADA-Origen, evolución y regulación en el ámbito del derecho internacional/**DESAPARICION FORZADA**-Normas internacionales como parámetro mínimo de protección

DESAPARICION FORZADA-Antecedentes

DESAPARICION FORZADA-Excepcional intensidad en América Latina

DESAPARICION FORZADA-Método de control político y social acompañado de impunidad y transgresión de leyes

ASAMBLEA GENERAL DE LA ORGANIZACION DE LAS NACIONES UNIDAS EN MATERIA DE DESAPARICION FORZADA/DECLARACION SOBRE LA PROTECCION DE TODAS LAS PERSONAS CONTRA DESAPARICIONES FORZADAS-Elementos para configuración

Según esta declaración, se configura la desaparición forzada cuando concurren los siguientes elementos: la privación de la libertad de una persona por agentes gubernamentales, por grupos organizados o por particulares que actúan a nombre del gobierno o con su apoyo, autorización o asentimiento, y la negativa a revelar su suerte o paradero o a reconocer que ella está privada de la libertad sustrayéndola así a toda protección legal.

DECLARACION SOBRE LA PROTECCION DE TODAS LAS PERSONAS CONTRA DESAPARICIONES FORZADAS-Derechos vulnerados

DESAPARICION FORZADA EN EL SISTEMA DE NACIONES UNIDAS

DESAPARICION FORZADA EN EL ESTATUTO DE LA CORTE PENAL INTERNACIONAL-Involucra también como sujeto activo a organizaciones políticas

DESAPARICION FORZADA EN EL SISTEMA INTERAMERICANO DE DERECHOS HUMANOS/ORGANIZACION DE LOS ESTADOS AMERICANOS EN MATERIA DE DESAPARICION FORZADA

CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS EN MATERIA DE DESAPARICION FORZADA-Descripción exhaustiva

DESAPARICION FORZADA-Responsabilidad internacional del Estado por falta de debida diligencia para prevenirla o tratarla

CONVENCION INTERAMERICANA SOBRE DESAPARICION FORZADA-Definición y realización por cualquier persona

DESAPARICION FORZADA-Consideración como crimen de lesa humanidad para la comunidad internacional

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

DESAPARICION FORZADA EN COLOMBIA-Ratificación de instrumentos internacionales que la proscriben

DERECHO INTERNACIONAL HUMANITARIO-Sujeción de contenidos de normas legales internas/**DERECHO INTERNACIONAL HUMANITARIO**-Operancia como parámetro del control constitucional/**NORMAS HUMANITARIAS EN EL BLOQUE DE CONSTITUCIONALIDAD**-Adaptación de normas de inferior jerarquía del orden jurídico interno

DESAPARICION FORZADA-Tratamiento en el concierto internacional/**DESAPARICION FORZADA**-Delito de Estado en el concierto internacional

El tratamiento que se le ha dado en el concierto internacional a la desaparición forzada es el de un delito de Estado que acarrea su responsabilidad cuando quiera que dicho comportamiento ha tenido lugar con el apoyo o tolerancia del poder público o cuando aquél ha actuado impunemente o sin tomar las previsiones para evitar su consumación.

DESAPARICION FORZADA-Determinaciones adoptadas en el ámbito internacional constituyen parámetro mínimo de protección

DESAPARICION FORZADA-Antecedentes constitucionales y desarrollo en legislación interna

DESAPARICION FORZADA-Determinación del sujeto pasivo establecida por el Constituyente

DESAPARICION FORZADA-No cualificación de sujeto activo/**DESAPARICION FORZADA**-Prohibición de carácter universal establecida por el Constituyente/**DESAPARICION FORZADA EN COLOMBIA**-Prohibición constitucional más amplia que la de instrumentos internacionales

DESAPARICION FORZADA-Paso importante en la protección y vigencia de derechos fundamentales/**DESAPARICION FORZADA**-Medidas efectivas para prevención, control y sanción

LIBERTAD DE CONFIGURACION LEGISLATIVA EN MATERIA PENAL-Efectividad de derechos fundamentales como parámetro

ESTADO SOCIAL DE DERECHO-Fin de garantizar efectividad de principios, derechos y deberes constitucionales

AUTORIDADES DE LA REPUBLICA-Objetivo de asegurar cumplimiento de deberes sociales del Estado y de particulares/**AUTORIDADES DE LA REPUBLICA**-Protección de vida, honra, bienes, creencias y demás derechos y libertades

DERECHOS, GARANTIAS Y DEBERES-No implica sólo deberes de abstención sino que demanda labor efectiva de protección

DERECHO PENAL-Protección y vigencia de derechos fundamentales

DIGNIDAD HUMANA EN EL ESTADO SOCIAL DE DERECHO-Derechos fundamentales como límite sustancial del poder punitivo del Estado

LIBERTAD DE CONFIGURACION LEGISLATIVA EN MATERIA PENAL-Límites

LIBERTAD DE CONFIGURACION LEGISLATIVA EN MATERIA PENAL-Respeto del principio de igualdad

LIBERTAD DE CONFIGURACION LEGISLATIVA EN MATERIA PUNITIVA-Ponderación de aptitud de medidas mediante la proporcionalidad

LIBERTAD DE CONFIGURACION LEGISLATIVA EN MATERIA PENAL-Protección de derechos fundamentales/**LIBERTAD DE CONFIGURACION LEGISLATIVA EN TIPIFICACION DE CONDUCTA DELICTIVA**-Verificación por juez constitucional para protección de derechos fundamentales

La facultad del legislador para configurar la legislación penal siempre debe estar orientada hacia la eficaz protección de los derechos fundamentales; y el juez constitucional puede verificar si la tipificación de una conducta delictiva constituye la respuesta adecuada para proteger los derechos fundamentales tutelados por el Ordenamiento Superior y la legislación internacional que, según se precisó anteriormente, constituye el parámetro mínimo de protección a partir del cual el Estado debe orientar su política criminal en esta materia.

UNIDAD NORMATIVA-Integración

UNIDAD NORMATIVA EN DESAPARICION FORZADA-Integración

DESAPARICION FORZADA POR AGENTES DEL ESTADO

DESAPARICION FORZADA-Delito de Estado

DESAPARICION FORZADA POR SERVIDOR PUBLICO/DESAPARICION FORZADA-No exclusión de miembros de las Fuerzas Armadas como sujetos activos

DESAPARICION FORZADA-Inconstitucionalidad de expresión por reducción significativa del sentido y alcance de la protección general

DESAPARICION FORZADA-Sujeto activo excluye a otros que pueden realizar el supuesto fáctico penalizado

DESAPARICION FORZADA-Particular que no pertenezca a ningún grupo

DESAPARICION FORZADA-Particular que pertenezca a un grupo pero que éste no sea armado

DESAPARICION FORZADA-Particular que pertenezca a un grupo armado que no se encuentre al margen de la ley

DESAPARICION FORZADA-Personas o grupos de personas que pueden cometer este delito

DESAPARICION FORZADA-Tipificación penal en correspondencia con amplitud de mandato constitucional/**DESAPARICION FORZADA**-Sujeto activo cubre a todas las personas sin importar pertenencia a grupo armado al margen de la ley

ESTADO-Responsable de efectividad de derechos constitucionales fundamentales

DELITO-Tipificación en consonancia con la Constitución

TIPO PENAL-Incumplimiento deber del Estado por no sanción de comportamientos de otros sujetos

ESTADO EN MATERIA PENAL-Incumplimiento de deberes por no sanción de comportamientos de otros sujetos

TIPO PENAL-Límites en facultad legislativa de señalar el sujeto activo

DESAPARICION FORZADA-Calificación de sujeto activo resulta inconstitucional

DESAPARICION FORZADA Y SECUESTRO-Distinción

DESAPARICION FORZADA-Realización por cualquier particular sin ninguna calificación

DESAPARICION FORZADA-Falta de información sobre paradero

Referencia: expediente D-3744

Demanda de inconstitucionalidad contra el artículo 165 (parcial) de la Ley 599 de 2000 *“por la cual se expide el Código Penal”*

Actora: Marcela Patricia Jiménez Arango

Magistrada Ponente
Dra. CLARA INES VARGAS HERNÁNDEZ

Bogotá D.C., dos (2) de mayo de dos mil dos (2002)

La Sala Plena de la Corte Constitucional, en ejercicio de sus atribuciones constitucionales y legales y cumplidos los requisitos y trámites contemplados en el Decreto 2067 de 1991, profiere la siguiente

SENTENCIA

I. ANTECEDENTES

La ciudadana Marcela Patricia Jiménez Arango, en ejercicio del derecho consagrado en los artículos 40-6, 241-4 y 242-1 de la Carta Política, demandó ante esta Corporación la inconstitucionalidad del segmento normativo "*perteneciendo a un grupo armado al margen de la ley*" contenido en el artículo 165 de la Ley 599 de 2000 "*por la cual se expide el Código Penal*".

Mediante auto del 10 de octubre de 2001 se admitió la demanda, y ordenó fijarla en lista. Así mismo, se dispuso el traslado al señor Jefe del Ministerio Público para lo de su competencia, al tiempo que se ordenó comunicar la iniciación del proceso al Señor Presidente de la República, al señor Ministro de Justicia y del Derecho, al señor Fiscal General de la Nación, a la Asociación Nacional de Abogados Penalistas, y al Defensor del Pueblo.

Cumplidos los trámites constitucionales y legales, propios de los procesos de constitucionalidad, y previo el concepto del Procurador General de la Nación, la Corte Constitucional procede a decidir en relación con la demanda de la referencia.

II. TEXTO DE LA NORMA DEMANDADA

A continuación se transcribe el texto de la disposición demandada, y se subraya el segmento acusado, conforme a su publicación en el Diario Oficial No. 44.097 de 24 de Julio de 2000.

LEY 599 DE 2000
(julio 24)

Por la cual se expide el Código Penal

EL CONGRESO DE COLOMBIA

DECRETA

TITULO III.

DELITOS CONTRA LA LIBERTAD INDIVIDUAL Y OTRAS GARANTIAS

CAPITULO I.

DE LA DESAPARICION FORZADA

ARTICULO 165. DESAPARICION FORZADA. *El particular que perteneciendo a un grupo armado al margen de la ley someta a otra persona a privación de su libertad cualquiera que sea la forma, seguida de su ocultamiento y de la negativa a reconocer dicha privación o de dar información sobre su paradero, sustrayéndola del amparo de la ley, incurrirá en prisión de veinte (20) a treinta (30) años, multa de mil (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.

III. LA DEMANDA

Considera la accionante que la expresión acusada infringe los principios de justicia, igualdad, racionalidad y razonabilidad que como valores fundamentan el Estado Social y Democrático de Derecho -Preámbulo y artículos 1° y 13 de la Carta Política-. La demanda está sustentada en los siguientes cargos:

Sostiene que la Constitución Política es límite y fundamento de la acción penal, esto es, de la estructuración de los tipos penales, de tal forma que no cualquier comportamiento se puede elevar a la categoría de delito y su redacción además debe consultar la lógica, la razonabilidad y la racionalidad fijados en la Carta Fundamental.

Explica que el segmento demandado en cuanto exige como requisito *sine qua non* para la configuración del delito de desaparición forzada que el particular o el servidor público autor del punible debe pertenecer a un grupo armado al margen de la ley, deja de tipificar la conducta del particular o del servidor público que actúa individualmente o que pertenece a un grupo que no tiene la particularidad de ser armado o que ni siquiera está por fuera o al margen de la ley. En tales casos, la norma no está conforme a la Constitución Política.

Afirma que tal discriminación es odiosa y atenta, por lo mismo, contra los principios y valores fijados en la Carta Fundamental, tales como los de propender por un orden justo, respetar la dignidad humana y la prevalencia del interés general. En su parecer, no es admisible que sólo se penalice al particular o al servidor público que ejecuta la desaparición forzada cuando pertenece a un grupo que además sea armado, y que tal grupo armado esté por fuera de la ley. Es decir, que si es un grupo no armado, no hay tipicidad, o si no se pertenece a ningún grupo no hay delito, o si el grupo es armado pero dentro de la ley, igualmente la conducta es atípica.

Concluye que la disposición legal que se impugna tal como está redactada deja por fuera al servidor público que pertenece a las Fuerzas Armadas, las que por esencia son cuerpos armados legales. Cuestión que en su parecer es absolutamente ilógica, irrazonable y discriminatoria.

IV. INTERVENCIONES

1. Fiscal General de la Nación

El doctor Luis Camilo Osorio Isaza, Fiscal General de la Nación, intervino en este proceso en defensa de la constitucionalidad del artículo parcialmente demandado.

Manifiesta que los reparos y objeciones presentados contra la norma acusada no constituyen un argumento sólido que haga procedente la declaración de inexecutable, toda vez que parten de un entendimiento equivocado del análisis dogmático del delito de desaparición forzada.

El Fiscal realiza una exposición sobre el origen histórico del tipo penal bajo estudio, para lo cual transcribe concepto y declaraciones de organismos internacionales sobre la protección de los derechos humanos y hace mención al contexto normativo internacional del delito de desaparición forzada.

Se refiere luego a la naturaleza del delito y a su sujeto activo para explicar que la confusión de la demandante radica en suponer que la pertenencia a un grupo armado por fuera de la ley hace parte de la descripción de la conducta, cuando es claro que la misma es elemento integrante del sujeto activo del delito, como es el particular que actúa como miembro del grupo armado al margen de la ley.

Señala que las interpretaciones de la demandante sobre la norma acusada no consultan la naturaleza del delito de desaparición forzada, pues no es cierto que de su descripción típica se concluya que el servidor público tenga que pertenecer a un grupo armado al margen de la ley, o que no pueda adecuarse típicamente el hipotético caso de un sujeto activo cualificado perteneciente a las Fuerzas Armadas. Por ello, insiste en que la descripción de la conducta regula dos supuestos diferentes derivados no sólo de los antecedentes de carácter internacional sino también de las especiales connotaciones de la delincuencia que afronta nuestro país.

Expresa que no se advierte la tacha de inconstitucionalidad aducida por la actora, pues la redacción del tipo penal es clara y no se incurre en desconocimiento de norma constitucional alguna. Por el contrario, ella resulta conforme a las disposiciones de la Carta Política que reconocen la dignidad de la persona humana y la primacía de sus derechos inalienables y atiende los postulados constitucionales que protegen la vida, la integridad y la libertad personal, bienes jurídicos que se vulneran con la comisión del tipo penal en comento.

Afirma que la tipificación de la desaparición forzada antes que vulnerar derechos fundamentales de las personas, los reafirma y protege, puesto que con su elevada penalización se cumple la misión preventiva y persuasiva propia de esta clase de normas. Igualmente expresa que quien atenta contra el objeto jurídico que se pretende garantizar con la norma, es sancionado severamente siendo ésta la respuesta punitiva adecuada a un comportamiento

grave que lesiona profundamente los intereses de la sociedad. Por ello no puede decirse que el citado tipo penal no consulte la lógica, la razonabilidad y la racionalidad exigidas por la Carta Política como límite material del *ius puniendi*.

Por último considera el Fiscal General de la Nación que tampoco se vulnera el principio de igualdad, consagrado en el artículo 13 constitucional, toda vez que la respuesta de protección del Estado frente a las conductas de desaparición forzada debe ser diferente, como también lo es la sanción para quienes cometen estos graves atentados contra los derechos humanos. Lo anterior, por cuanto la gravedad del hecho punible, la considerable afectación del bien jurídico tutelado y la caracterización de la conducta, justifican la consagración de la figura tal y como quedó plasmada en el artículo 165 parcialmente demandado.

Con fundamento en los anteriores planteamientos, el señor Fiscal solicita a la Corte Constitucional declarar la exequibilidad de la norma parcialmente acusada.

2. Defensoría del Pueblo

La Defensoría del Pueblo intervino en este proceso a través de apoderada especial, para solicitar a la Corte que declare inexecutable el segmento demandado por ser contrario al Ordenamiento Constitucional y en especial a los artículos 1, 2, 9 y 12, con fundamento en los argumentos que a continuación se indican:

En primer lugar, se remite a los antecedentes normativos del orden internacional que han regulado la materia como son la Declaración de las Naciones Unidas sobre Protección de todas las personas contra las Desapariciones Forzadas, adoptada por la Asamblea General, mediante Resolución 47/133 y el Estatuto de la Corte Penal Internacional, para concluir que desde la génesis de la normatividad que regula el delito bajo estudio éste ha tenido como objeto penalizar la conducta desplegada por el Estado a través de sus agentes o por particulares que obren bajo su determinación o aquiescencia.

Señala que el tipo penal demandado contempla tan solo como sujeto activo al particular que forme parte de un grupo al margen de la ley, al particular que obre bajo la determinación o aquiescencia de un grupo armado al margen de la ley, y al servidor público que obre bajo la determinación o aquiescencia de un grupo armado al margen de la ley, por lo que se desprende claramente que la legislación penal actual deja de lado la penalización del delito en aquellos eventos en los cuales: i) el (los) sujeto (s) activo (s) es (son) particular (es), ii) servidor (es) público (s) que obren *motu proprio*, es decir con independencia de los grupos al margen de la ley o con autorización, apoyo o aquiescencia del Estado.

Resalta la importancia de recordar que el Constituyente consagró a través del artículo 12 Superior el derecho absoluto y universal a no ser sometido “a desaparición forzada, a torturas ni tratos o penas crueles, inhumanos o degradantes”, que como se aprecia va dirigido a cualquier persona independientemente de la calidad que ostente, valga decir, sea agente público o particular lo que *per se* implica el reconocimiento y protección del derecho constitucional fundamental de la dignidad humana, fuente de todos los derechos.

Finalmente, considera la Defensoría del Pueblo que “*el derecho a no ser objeto de desaparición forzada, no se anula por la actuación del Estado o de los particulares que obren motu proprio o bajo su determinación o aquiescencia, por el contrario, este derecho y lo demás contemplados en el precitado artículo 12, son susceptibles de violación tanto por el Estado como por los particulares. En consecuencia, resulta contrario al ordenamiento constitucional la exigencia hecha por el legislador al sujeto activo del delito en comento*”.

3. Academia Colombiana de Jurisprudencia

El ciudadano Horacio Gómez Aristizabal, en representación de la Academia Colombiana de Jurisprudencia, intervino en el presente proceso para solicitar a la Corte que declare la inconstitucionalidad del aparte demandado, con base en los argumentos que se resumen a continuación.

Señala que el tipo penal de desaparición forzada no existía en nuestra legislación penal y que atendiendo al derecho del ser humano a la vida y la integridad personal, el artículo 12 de la Carta Política incluyó como fundamental el derecho a no ser sometido por nadie a desaparición forzada, a torturas ni a tratos o penas crueles, inhumanos o degradantes. De esta manera quedó incorporada esta protección dentro de nuestra Norma de normas, lo cual, en

materia de derechos humanos, corresponde al cumplimiento de convenios y tratados internacionales.

Explica que el delito de desaparición forzada sólo permite sancionar al particular cuando pertenezca a un grupo armado al margen de la ley, razón por la cual se está frente a un tipo penal que para su configuración requiere de esa cualificación del sujeto activo o de lo contrario queda exonerado de responsabilidad por la ejecución de la conducta allí descrita.

Sostiene que además de quedar excluidos de responsabilidad penal los servidores públicos pertenecientes a las Fuerzas Armadas, que son cuerpos armados instituidos legalmente, tal como lo hace ver la accionante, también se excluye a los particulares que ejecuten la desaparición forzada cuando no se puede establecer que pertenezcan a grupos al margen de la ley o que sin pertenecer a ellos incurren en este repudiable comportamiento.

Con fundamento en lo anterior el interviniente propone la inconstitucionalidad de las expresiones “*el particular que perteneciendo a un grupo armado al margen de la ley*”, de modo que el texto del artículo 165 del C.P. que tipifica la desaparición forzada debe quedar así: “El que 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”.

Concluye que de esa manera se protege indiscriminadamente este derecho fundamental y se haría efectiva, por lo menos en teoría, la sanción a quienes ejecuten la conducta así descrita.

V. CONCEPTO DEL PROCURADOR GENERAL DE LA NACIÓN

En concepto No. 2739 del 26 de noviembre de 2001, el Procurador General de la Nación solicita a la Corte que la expresión “*perteneciendo a un grupo armado al margen de la ley*”, contenida en el artículo 165 de la Ley 599 de 2000, sea declarada inexecutable.

El Ministerio Público explica que en el delito de desaparición forzada, tres pueden ser los sujetos activos a saber:

- a. El particular que pertenezca a un grupo armado al margen de la ley (inciso primero);
- b. El servidor público (inciso segundo); y
- c. El particular que aunque no pertenezca a un grupo armado al margen de la ley, actúe bajo la determinación o la aquiescencia de un servidor público (inciso segundo).

De este modo, considera que no es válida la argumentación de la demandante en el sentido que a los miembros de las Fuerzas Armadas de Colombia se les haya excluido como destinatarios de la prohibición penal examinada, pues es claro que ostentando la calidad de servidores públicos como cualquier otro funcionario y empleado de las distintas ramas del poder público, los organismos de control y otras entidades del Estado, pueden ser sancionados como autores o partícipes del reato de desaparición forzada, en virtud de lo dispuesto en el inciso 2° del artículo 165 del Código Penal.

No obstante lo anterior, para la Vista Fiscal la norma sometida a estudio sí resulta inconstitucional pues no incluye como eventuales sujetos activos de la conducta penal a distintos grupos de personas que igualmente pueden realizar el supuesto fáctico penalizado en la norma, pero que podrían ser declarados no responsables de desaparición forzada por carecer de la cualificación que exige el tipo para el sujeto activo, tales como los particulares que sin obrar bajo la determinación o la aquiescencia del servidor público como lo exige el inciso segundo de la norma acusada, cometerían el delito así:

- a. Que no pertenezca a ningún grupo, sea o no armado al margen de la ley, es decir, que realicen la desaparición en coautoría con otros sin que se consoliden como un grupo.
- b. Que pertenezcan a un grupo al margen de la ley pero no armado; o
- c. Que pertenezcan a un grupo armado que no se encuentre al margen de la ley, como pueden ser los grupos de escoltas.

Sostiene que si bien no se desconoce que tanto en su génesis universal, como en el derecho internacional el reato de desaparición forzada está vinculado a los actos de agentes del Estado o de particulares y grupos que obran con la aquiescencia de aquellos, la experiencia nacional ha demostrado que no siempre el autor o partícipe en este atroz delito es un servidor público o un particular que actúa bajo la protección de éste y cita como ejemplos de este aserto a los grupos de autodefensas o paramilitares, los grupos de limpieza social, etc.

Considera que justamente por ello el legislador atendiendo la realidad social señaló en primera instancia como sujeto activo del delito al particular, sin vincularlo esencialmente con la actividad de autoridades y agentes estatales, aún cuando desafortunadamente erró al cualificar a este sujeto de modo que sólo resultan penalizados los que pertenezcan a un grupo armado al margen de la ley, excluyendo de reproche penal a otro inmenso grupo de particulares que igualmente pueden realizar la conducta típica descrita en el artículo 165 del Código Penal, privando de su libertad a una persona de cualquier manera y ocultándola, negando dicha privación o a dar información sobre su paradero, sustrayéndola de esta manera del amparo de la ley.

Agrega que otro aspecto que fortalece la inconstitucionalidad parcial de la norma consiste en que según el artículo 12 constitucional la protección contra la desaparición forzada es absoluta, por manera que en coherencia con este mandato es deber del Estado sancionar los actos de desaparición forzada sea cual fuere la naturaleza del grupo dentro del cual actúe quien los ejecute.

Por lo anterior, concluye que la expresión “*perteneciendo a un grupo armado al margen de la ley*”, del artículo 165 del Código Penal debe ser declarada inexecutable.

VI. CONSIDERACIONES Y FUNDAMENTOS DE LA CORTE

1. Competencia

En virtud de lo dispuesto por el artículo 241-4 de la Carta Política, la Corte Constitucional es competente para conocer de demandas de inconstitucionalidad contra normas de rango legal, como la que se acusa parcialmente en esta oportunidad.

2. Planteamiento del problema

Corresponde a la Corte establecer si el inciso primero del artículo 165 del Código Penal al exigir para la tipificación del delito de desaparición forzada que el sujeto activo -particular- debe pertenecer a un grupo armado al margen de la ley, vulnera el preámbulo y los artículos 1° y 13 de la Carta Política, en la medida en que no penaliza la conducta del particular o del servidor público que actúan individualmente, o que pertenece a un grupo no armado al margen de la ley o a un grupo armado que no está al margen de la ley.

En criterio de la ciudadana demandante el segmento impugnado “*que perteneciendo a un grupo armado al margen de la ley*” del artículo 165 del Código Penal es inconstitucional, puesto que “*no es admisible que sólo se penalice al particular o al servidor público que ejecuta la desaparición forzada cuando pertenece, primero, a un grupo, segundo que éste sea grupo armado; y tercero, que esté por fuera de la ley. Es decir, que si es un grupo no armado, no hay tipicidad. O bien, que si no se pertenece a ningún grupo, no hay delito. O que si el grupo es armado, pero dentro de la ley, hay entonces atipicidad de la conducta. De tal disposición legal, tal como está redactada, queda el servidor público que, en principio, pertenece a las Fuerzas Armadas las que, por esencia, son cuerpos armados legales. Cuestión absolutamente ilógica e irrazonable*”.

Las tesis expuestas por los intervinientes pueden reducirse a dos. La primera es expuesta por el Fiscal General de la Nación, quien considera que en el caso bajo análisis el sujeto activo está cualificado lo cual se ajusta a los tratados y pactos internacionales que consagran un parámetro mínimo de protección de modo que nada se opone a que los Estados contemplen un ámbito mayor de protección, siempre y cuando se conserve la esencia de este crimen.

En criterio del Fiscal la confusión de la demandante radica en suponer que la pertenencia a un grupo armado fuera de la ley hace parte de la descripción de la conducta, cuando es claro que la misma es elemento integrante del sujeto activo del delito señalado en el inciso primero de la norma demandada. Por lo que considera que no es cierto que de la descripción típica se

concluya que el servidor publico tenga que pertenecer a un grupo armado al margen de la ley, o que no pueda adecuarse típicamente el hipotético caso de un sujeto activo cualificado perteneciente a las Fuerzas Armadas, puesto que la tipificación de la desaparición forzada antes que vulnerar derechos fundamentales de las personas los reafirma y protege con su elevada penalización cumpliendo así el Estado la misión preventiva y persuasiva propia de esta clase de normas pues quien transgrede el objeto jurídico que se pretende garantizar con el precepto legal es sancionado severamente como respuesta adecuada a un comportamiento grave que lesiona los intereses de la sociedad.

En este orden de ideas, solicita la exequibilidad de la disposición acusada, por resultar conforme a las disposiciones de la Constitución Política que reconocen la dignidad de la persona humana y la primacía de sus derechos inalienables.

Quienes prohíjan la segunda tesis solicitan la inexecutable de la expresión “*perteneciendo a un grupo armado al margen de la ley*” contenida en la norma acusada, porque a su juicio la prohibición constitucional de que nadie puede ser sometido a desaparición forzada, a torturas ni a tratos o penas crueles, inhumanos o degradantes -que implica el reconocimiento y protección del derecho constitucional fundamental de la dignidad humana-, tiene carácter universal pues va dirigida a todas las personas independientemente de su calidad y pertenencia a u grupo. Por tanto, lo acusado al exigir que el sujeto activo pertenezca a un grupo armado al margen de la ley está reduciendo el ámbito de protección constitucional y, por ende, exonerando de responsabilidad penal al particular que actúe *motu proprio*, como miembro de un grupo ilegal no armado o como integrante de un grupo armado reconocido legalmente.

Teniendo en cuenta las anteriores apreciaciones y con el fin de resolver el cuestionamiento de la demanda, la Corte considera pertinente analizar previamente aspectos tales como el tratamiento que se le ha dado en el derecho internacional a la desaparición forzada y sus implicaciones en el ámbito interno, los antecedentes constitucionales de esta figura, su desarrollo en la legislación colombiana, y también se referirá a la potestad de configuración legislativa en materia penal.

3. La desaparición forzada de personas, origen, evolución y su regulación en el ámbito del derecho internacional. Las normas internacionales como parámetro mínimo de protección en esta materia

En la historia de la violación de los derechos humanos, las desapariciones forzadas no son una novedad. Pero su carácter sistemático y reiterado, y su utilización como una técnica destinada a lograr no sólo la desaparición momentánea o permanente de determinadas personas, sino también un estado generalizado de angustia, inseguridad y temor, ha sido relativamente reciente.

En el plano universal se considera que la desaparición forzada tiene como antecedente el decreto “*Nacht und Nebel*” (noche y niebla) promulgado en Alemania el 7 de diciembre de 1941, en virtud del cual las personas bajo sospecha de poner en peligro la seguridad del Tercer Reich eran arrestadas al amparo de la noche y en secreto, para luego ser torturadas y desaparecidas sin dejar rastro y sin la posibilidad de obtener información sobre su paradero.

Aunque este fenómeno tiene carácter universal, en América Latina ha presentado en los últimos años una excepcional intensidad. En efecto, este oprobioso comportamiento, que tiene antecedentes en las desapariciones ocurridas en El Salvador hacia comienzos de la tercera década del siglo pasado, se extendió a Guatemala a partir de 1963, luego a Chile en 1973 y posteriormente a Argentina en 1976, época desde la cual comenzó a utilizarse la expresión “*desaparecidos*” para incorporarla al vocabulario del terrorismo represivo. Además, entre 1960 y 1990 muchas personas también fueron víctimas de esta aberrante práctica en Uruguay, Brasil, Colombia, Perú, Honduras, Bolivia, Haití y México.

Las desapariciones forzadas no son rasgos exclusivos de las dictaduras militares pues países como México, Colombia y Perú, con gobiernos democráticos, han sido y son escenarios de este reprobable comportamiento. Así mismo, dicho fenómeno puede afectar a quienes desarrollan una labor política, social o cultural a favor o en contra de los gobiernos, lo cual pone de presente que constituye un método de control político y social acompañado de impunidad y absoluta transgresión de las leyes más elementales de convivencia humana.

Mediante la Resolución 33/173 de 1978, la Asamblea General de las Naciones Unidas abordó la problemática de los desaparecidos teniendo en cuenta que en la Declaración Universal de Derechos Humanos, adoptada y proclamada por la Asamblea General de las Naciones Unidas el 10 de diciembre de 1948, así como en el Pacto Internacional de derechos civiles y políticos de 1966 y en la Convención Americana sobre Derechos Humanos de 1969, se reconocen para todos los individuos, entre otros, el derecho a la vida, a la libertad y a la seguridad de su persona, se prohíben los tratos crueles, inhumanos o degradantes, se reconoce el derecho a no ser arbitrariamente detenido, preso ni desterrado, así como el derecho a un juicio imparcial, el derecho al reconocimiento de su personalidad jurídica ante la ley y el derecho a un tratamiento humano de detención.

Posteriormente el Grupo de Trabajo sobre Desapariciones Forzadas o Involuntarias de la Comisión de Derechos Humanos mediante Resolución 20 (XXXVI) de 1980, se pronunció sobre la censura y repudio generalizados a dicho comportamiento que ya había sido objeto de atención en el ámbito universal por la Asamblea General (Resolución 33/173 de 20 de diciembre de 1978) por el Consejo Económico y Social (Resolución 1979/38 de 10 de mayo de 1979) y por la Subcomisión de Prevención de Discriminaciones y Protección a las Minorías (resolución 5 B (XXXII) de 5 de septiembre de 1979).

Mediante Resolución 47/133 de 1992 la Asamblea General de la Organización de Naciones Unidas -ONU- adoptó la Declaración sobre la Protección de todas las Personas contra las Desapariciones Forzadas, en la que se estableció que se presenta este comportamiento cuando *“se arreste, detenga o traslade contra su voluntad a las personas, o que éstas resulten privadas de su libertad de alguna u otra forma por agentes gubernamentales de cualquier sector o nivel, por grupos organizados o 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, sustrayéndola así a la protección de la ley”*.

Según esta declaración, se configura la desaparición forzada cuando concurren los siguientes elementos: la privación de la libertad de una persona por agentes gubernamentales, por grupos organizados o por particulares que actúan a nombre del gobierno o con su apoyo, autorización o asentimiento, y la negativa a revelar su suerte o paradero o a reconocer que ella está privada de la libertad sustrayéndola así a toda protección legal.

El artículo primero de dicha declaración determina claramente que entre los derechos vulnerados con un acto de desaparición forzada están el derecho a la vida, la dignidad humana, el derecho al reconocimiento de la personalidad jurídica, el derecho a la libertad y a la seguridad, y el derecho a no ser objeto de torturas ni a otras penas o tratos crueles inhumanos o degradantes.

En el sistema de las Naciones Unidas, la desaparición forzada es concebida como un típico crimen de Estado, cuando éste actúe a través de sus agentes o de particulares que obran en su nombre o con su apoyo directo e indirecto, sin introducir distinción alguna entre la privación de la libertad de naturaleza legítima o arbitraria.

Recientemente las Naciones Unidas en la Conferencia de Roma celebrada en julio de 1998, al adoptar el Estatuto de la Corte Penal Internacional, y con el objeto de proteger los bienes jurídicos mencionados, incluyó dentro de los crímenes de lesa humanidad la desaparición forzada en el artículo 7.2 literal i) definiéndola como *“la aprehensión, la detención o el secuestro de personas por un Estado o una organización política, o con su autorización, apoyo o aquiescencia, seguido de la negativa a 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”*. Se observa entonces que este instrumento le da un tratamiento diferente a la materia, puesto que involucra también como sujeto activo de delito a las organizaciones políticas que lo cometan directa o indirectamente.

En el Sistema Interamericano de Derechos Humanos, la Asamblea General de la Organización de los Estados Americanos -OEA- en la Resolución AG/RES. 666 (XII-0/83) declaró *“que la desaparición forzada de personas en América es una afrenta a la conciencia del Hemisferio y constituye un crimen de lesa humanidad*. Este pronunciamiento se originó en consideración a que la calificación de la desaparición forzada de personas, como crimen internacional de lesa

humanidad, es una condición importante y necesaria para su prevención y represión efectivas, para lo cual se debe promover la investigación de tales situaciones.¹

Por su parte, la Corte Interamericana de Derechos Humanos al resolver en 1989 los casos hondureños de Velásquez Rodríguez y Godínez Cruz, efectuó la primera descripción exhaustiva del crimen de desapariciones señalando que se trata de un delito de lesa humanidad que constituye una violación múltiple a distintos derechos consagrados en la Convención como la vida, la libertad y la dignidad humana. Sobre el particular dicha Corte en memorable fallo sentó la siguiente doctrina:

"161. Si bien no existe ningún texto convencional en vigencia, aplicable a los Estados Partes en la Convención, que emplee esta denominación, la doctrina y la práctica internacionales han calificado muchas veces las desapariciones como un delito contra la humanidad (Anuario Interamericano de Derechos Humanos, 1985, págs. 369, 687 y 1103). La Asamblea de la OEA ha afirmado que "es una afrenta a la conciencia del Hemisferio y constituye un crimen de lesa humanidad" (AG/RES.666, supra). También la ha calificado como "un cruel e inhumano procedimiento con el propósito de evadir la ley, en detrimento de las normas que garantizan la protección contra la detención arbitraria y el derecho a la seguridad e integridad personal" (AG/Res. 742, supra).

"162. Está más allá de toda duda que el Estado tiene el derecho y el deber de garantizar su propia seguridad. Tampoco puede discutirse que toda sociedad padece por las infracciones a su orden jurídico. Pero, por graves que puedan ser ciertas acciones y por culpables que puedan ser los reos de determinados delitos, no cabe admitir que el poder pueda ejercerse sin límite alguno o que el Estado pueda valerse de cualquier procedimiento para alcanzar sus objetivos, sin sujeción al derecho o a la moral. Ninguna actividad del Estado puede fundarse sobre el desprecio a la dignidad humana.

"163. La desaparición forzada de seres humanos constituye una violación múltiple y continuada de numerosos derechos reconocidos en la Convención y que los Estados Partes están obligados a respetar y garantizar. El secuestro de la persona es un caso de privación arbitraria de libertad que conculca, además, el derecho del detenido a ser llevado sin demora ante un juez y a interponer los recursos adecuados para controlar la legalidad de su arresto, que infringe el artículo 7 de la Convención que reconoce el derecho a la libertad personal en cuanto dispone: 1. Toda persona tiene derecho a la libertad y a la seguridad personales. 2. Nadie puede ser privado de su libertad física, salvo por las causas y en las condiciones fijadas de antemano por las Constituciones Políticas de los Estados Partes o por las leyes dictadas conforme a ellas. 3. Nadie puede ser sometido a detención o encarcelamiento arbitrarios. 4. Toda persona detenida o retenida debe ser informada de las razones de su detención y notificada, sin demora, del cargo o cargos formulados contra ella. 5. Toda persona detenida o retenida debe ser llevada, sin demora, ante un juez u otro funcionario autorizado por la ley para ejercer funciones judiciales y tendrá derecho a ser juzgada dentro de un plazo razonable o a ser puesta en libertad, sin perjuicio de que continúe el proceso. Su libertad podrá estar condicionada a garantías que aseguren su comparecencia en el juicio."

"164. Además, el aislamiento prolongado y la incomunicación coactiva a los que se ve sometida la víctima representan, por sí mismos, formas de tratamiento cruel e inhumano, lesivas de la libertad psíquica y moral de la persona y del derecho de todo detenido al respeto debido a la dignidad inherente al ser humano, lo que constituye, por su lado, la violación de las disposiciones del artículo 5 de la

¹ En el ámbito regional americano la Asamblea General de la Organización de los Estados Americanos - OEA- y la Comisión se han referido reiteradamente a la cuestión de las desapariciones para promover la investigación de tales situaciones, para calificarlas y para exigir que se les ponga fin (AG/RES. 443 (IX-0/79) de 31 de octubre de 1979); AG/RES. 510 (X-0/80) de 27 de noviembre de 1980, AG/RES. 618 (XII-0/82) de 20 de noviembre de 1982; AG/RES. 742 (XIV-0/84) del 17 de noviembre de 1984 y AG/RES. 890 (XVII-0/87) del 14 de noviembre de 1987, Comisión Interamericana de Derechos Humanos Informe Anual, 1978, págs. 22-42; Informe Anual, 1980-1981, págs. 113-114; Informe Anual, 1982-1983, págs. 49-51; Informe Anual, 1985-1986, págs. 40-42, Informe Anual, 1986-1987, págs. 299-304 y en muchos de sus informes especiales por países como OEA/Ser.L/V/II.49, doc. 19, 1980 (Argentina); OEA/Ser.L/V/II.66, doc. 17, 1985 (Chile) y OEA/Ser.L/V/II.66. doc. 16, 1985 (Guatemala).

Convención que reconocen el derecho a la integridad personal como sigue: 1. Toda persona tiene derecho a que se respete su integridad física, psíquica y moral. 2. Nadie debe ser sometido a torturas ni a penas o tratos crueles, inhumanos o degradantes. Toda persona privada de libertad será tratada con el respeto debido a la dignidad inherente al ser humano.

“Por lo demás, las investigaciones que se han verificado donde ha existido la práctica de desapariciones y los testimonios de las víctimas que han recuperado su libertad demuestran que ella incluye el trato despiadado a los detenidos, quienes se ven sometidos a todo tipo de vejámenes, torturas y demás tratamientos crueles, inhumanos y degradantes, en violación también al derecho de la integridad física reconocido en el mismo artículo 5 de la Convención.

“165. La práctica de desapariciones, en fin, ha implicado con frecuencia la ejecución de los detenidos, en secreto y sin fórmula de juicio, seguida del ocultamiento del cadáver con el objeto de borrar toda huella material del crimen y de procurar la impunidad de quienes lo cometieron, lo que significa una brutal violación del derecho a la vida, reconocido en el artículo 4 de la Convención cuyo inciso primero reza: 1. Toda persona tiene derecho a que se respete su vida. Este derecho estará protegido por la ley y, en general, a partir del momento de la concepción. Nadie puede ser privado de la vida arbitrariamente.

“166. La práctica de desapariciones, a más de violar directamente numerosas disposiciones de la Convención, como las señaladas, significa una ruptura radical de este tratado, en cuanto implica el craso abandono de los valores que emanan de la dignidad humana y de los principios que más profundamente fundamentan el sistema interamericano y la misma Convención. La existencia de esa práctica, además, supone el desconocimiento del deber de organizar el aparato del Estado de modo que se garanticen los derechos reconocidos en la Convención, como se expone a continuación.

“167. Además, la práctica de desapariciones por sí sola crea un clima incompatible con la garantía debida a los derechos humanos por los Estados partes en la Convención, en cuanto relaja las normas mínimas de conducta que deben regir los cuerpos de seguridad a los que asegura impunidad para violar esos derechos”.²

Es de resaltar que en este pronunciamiento la Corte Interamericana de Derechos Humanos dejó en claro que, en principio, es imputable al Estado toda violación a los derechos reconocidos por la Convención cumplida por un acto del poder público o de personas que actúan prevalidas de los poderes que ostentan por su carácter oficial, y que aún así no se agotan allí las situaciones en las cuales un Estado está obligado a prevenir, investigar y sancionar las violaciones a los derechos humanos, ni los supuestos en que su responsabilidad puede verse comprometida por efecto de una lesión a esos derechos. En efecto, un hecho ilícito, como violatorio de los derechos humanos que inicialmente no resulte atribuible directamente a un Estado, por ejemplo, por ser obra de un particular o por no haberse identificado al autor de la transgresión, sin embargo puede acarrear su responsabilidad internacional, 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.

El 9 de junio de 1994, los Estados miembros de la Organización de Estados Americanos -OEA- suscriben la Convención Interamericana sobre Desaparición Forzada, hecha en Belém do Pará, cuyo artículo II define la desaparición forzada en los siguientes términos: “Para los efectos de la presente Convención, se considera desaparición forzada la privación de la libertad a una o más personas, cualquiera que fuere su forma, cometida por agentes del Estado o por personas o grupos de personas que actúen con la autorización, el apoyo o la aquiescencia del Estado, seguida de la falta de información o de la negativa a reconocer dicha privación de libertad o de

² Caso Godínez Cruz, Sentencia de 20 de enero de 1989, Corte Interamericana de Derechos Humanos. (Ser. C) No. 5 (1989).

informar sobre el paradero de la persona, con lo cual se impide el ejercicio de los recursos legales y demás garantías procesales pertinentes”.

Según esta Convención, la desaparición forzada puede cometerla cualquier persona siempre que actúe *“con la autorización, el apoyo y la aquiescencia del Estado”*. En dicho instrumento no se la considera como delito político para los efectos de la extradición, ni la acción penal ni la pena estarán sujetas a prescripción. Tampoco se admite la eximente de la obediencia debida a órdenes o instrucciones superiores que dispongan, autoricen o alienten la desaparición forzada. Así mismo los presuntos responsables sólo podrán ser juzgados por las jurisdicciones de derecho común competentes en cada Estado, con exclusión de toda jurisdicción especial, en particular la militar.³

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

Finalmente, conviene poner de presente en este acápite que el Gobierno colombiano ha ratificado varios instrumentos internacionales que proscriben la desaparición forzada y llaman a que los Estados Partes consagren esta conducta como delito en su legislación interna. Es así como mediante la Ley 171 del 16 de diciembre de 1994⁴ se aprobó el Protocolo adicional a los Convenios de Ginebra del 12 de agosto de 1949, relativo a la protección de las víctimas de los conflictos armados sin carácter internacional (Protocolo II) hecho en Ginebra el 8 de junio de 1977; también el Protocolo Adicional a los Convenios de Ginebra del 12 de Agosto de 1949 (Protocolo I) que no improbo la Comisión Especial Legislativa el 4 de Septiembre de 1991⁵ y se refiere a la protección de las víctimas de los conflictos armados internacionales.

Al respecto, es de advertir que conforme a lo dispuesto en el artículo 93 de la Carta Política *“Los tratados y convenios internacionales ratificados por el Congreso, que reconocen los derechos humanos y que prohíben su limitación en los estados de excepción, prevalecen en el orden interno”*, mandato que para la Corte conlleva la sujeción de los contenidos de las normas legales internas a las disposiciones y principios del derecho internacional humanitario que en tal virtud entran a operar como parámetros del control de constitucionalidad, por cuanto han sido normativamente integrados a la Constitución por diversas vías y por mandato de la propia Carta Política. En este sentido se ha dicho, y ahora se reafirma, que *“la imperatividad de las normas humanitarias y su integración en el bloque de constitucionalidad implica el Estado colombiano debe adaptar las normas de inferior jerarquía del orden jurídico interno a los contenidos del derecho internacional humanitario, con el fin de potenciar la realización material de tales valores”*.⁶

En resumen, el tratamiento que se le ha dado en el concierto internacional a la desaparición forzada es el de un delito de Estado que acarrea su responsabilidad cuando quiera que dicho comportamiento ha tenido lugar con el apoyo o tolerancia del poder público o cuando aquél ha actuado impunemente o sin tomar las previsiones para evitar su consumación.

También puede concluirse de lo visto y analizado, que el conjunto de determinaciones que se han adoptado en el ámbito internacional en relación con los derechos humanos, y particularmente en lo que corresponde a la desaparición forzada, constituyen el parámetro mínimo de protección a partir del cual los Estados deben orientar su legislación a fin de prevenir razonablemente e investigar las violaciones a los derechos humanos, identificando a los responsables e imponiéndoles las sanciones pertinentes, asegurando a la víctima la adecuada reparación.

³ Es de anotar que el Congreso de la República expidió la Ley 707 de 2001 *“Por medio de la cual se aprueba la Convención Interamericana sobre Desaparición Forzada de Personas”*, hecha en Belém de Pará, el 9 de junio de 1994, que se encuentra actualmente en revisión de la Corte Constitucional.

⁴ Sentencia C-225/95 M.P. Alejandro Martínez Caballero

⁵ Sentencia C-574/92 M.P. Ciro Angarita Barón

⁶ Sentencia C-225 de 1995.

4. Antecedentes constitucionales de la desaparición forzada y su desarrollo en la legislación interna

Es una realidad incontrovertible que Colombia no ha sido ajena a la práctica de la desaparición forzada, de ahí que se haya dispuesto en el artículo 12 de la Carta Política que **"nadie será sometido a desaparición forzada, a torturas ni a tratos o penas crueles, inhumanos o degradantes"** (negritas fuera del texto), recogiendo de esta forma en lo sustancial lo dispuesto en el artículo 5° de la Declaración Universal de los Derechos Humanos y en la Convención Americana sobre Derechos Humanos.

Remontándonos a los antecedentes de la norma superior, cabe recordar que el Gobierno Nacional presentó ante la Asamblea Nacional Constituyente de 1991 un proyecto de norma constitucional que decía:

"La integridad física y mental de la persona es inviolable. Se prohíbe la tortura y las penas o tratos crueles, inhumanos o degradantes. Será nula toda declaración obtenida mediante la violación de este derecho".

La Subcomisión Segunda de la Comisión Primera de la Asamblea Nacional Constituyente propuso a la Comisión un texto del siguiente tenor:

" El Estado garantiza el derecho a la vida. No hay pena de muerte. La tortura en todas sus formas al igual que los tratos inhumanos y degradantes y la desaparición forzada son delitos."

A su vez, la Comisión Primera presentó para primer debate el siguiente texto:

"El derecho a la vida es inviolable. No habrá pena de muerte. Nadie será sometido a desaparición forzada, a torturas ni a tratos o penas crueles, inhumanos o degradantes"

Finalmente, la plenaria aprobó un texto prácticamente idéntico pero en la Comisión Codificadora se separó lo relativo al derecho a la vida y la pena de muerte para ubicarlo en otro artículo, con lo cual el texto del artículo 12 de la Carta quedó tal y como se le conoce actualmente.

Para la Corte los antecedentes del artículo 12 de la Carta ponen de manifiesto que para el Constituyente era importante dejar determinado el sujeto pasivo de la desaparición forzada, dada la necesidad de amparar los derechos fundamentales que con tal comportamiento se vulneran y que son inherentes a todas las personas sin importar su condición. Esto explica el que la norma haya sido ubicada dentro del Título III, capítulo 1° *"De los Derechos Fundamentales"* de la Constitución Política.

Además, al no haber cualificado el sujeto activo que comete la desaparición el constituyente estableció una prohibición de carácter universal que se dirige a todas las personas independientemente de la calidad que ostenten, sea agente público o particular, que resulta ser más amplia que la consignada en los instrumentos internacionales tal como lo reconoció la Corte al revisar el artículo 279 de la Ley 100 de 1980 que tipificaba el delito de tortura. En aquella oportunidad dijo:

"El Artículo 12 de la Constitución Nacional es más amplio que los instrumentos internacionales suscritos por Colombia sobre el tema, pues como se dijo anteriormente, la Carta colombiana prohíbe la desaparición forzada y la tortura en los casos en que su práctica sea por un particular. De ahí que el artículo 279 del Código Penal sea, en un todo, acorde con la Constitución.

"(...)

"La misma norma internacional establece, sin embargo, que esa noción de tortura se debe entender sin perjuicio de cualquier instrumento internacional o legislación nacional que contenga o pueda contener disposiciones de mayor alcance. Exactamente eso es lo que ha hecho la Constitución Nacional al prohibir la tortura no sólo cuando esta proviene

de un funcionario público o con su consentimiento o aquiescencia, sino cuando proviene también de un particular, como quedo visto en el anterior numeral de esta providencia. De ahí que el artículo 279 del Código Penal esté, también por este aspecto, ajustado en un todo a la Constitución.”⁷. (Subrayas fuera de texto)

En cuanto hace al desarrollo legislativo del artículo 12 Fundamental, es de recordar que en el año de 1992 ante el Congreso se presentó el Proyecto de Ley 152 de 1992, que pretendía tipificar como delito la desaparición forzada de personas. Al sustentar esta iniciativa el ponente, con base en un documento preparado por la Consejería Presidencial para los Derechos Humanos, consideró que pese a que en la literatura sobre el tema el sujeto activo de este delito es generalmente un representante de la autoridad, el caso colombiano ofrece especiales características pues los particulares también pueden cometerlo, como es el caso de la guerrilla cuando hace desaparecer personas por conflictos internos o por tener desercciones o por problemas de mando y seguridad; el narcotráfico cuando utiliza este sistema para saldar cuentas o vengar anteriores ofensas de excolaboradores en el negocio; y los paramilitares que tampoco han sido ajenos a esta abominable práctica ⁸.

El 6 de julio de 1994 el entonces Presidente Cesar Gaviria Trujillo objetó el proyecto de Ley No. 152/92, Senado, 331/93, Cámara, *“por la cual se tipifica como delito de lesa humanidad la desaparición forzada de personas y se desarrollan los artículos 12 y 14 de la Constitución Política”*⁹.

Los reproches del Ejecutivo se dirigieron contra el artículo 8° del proyecto, en sus incisos tercero y cuarto que prescribían que *“en ningún caso podrá aducirse que las conductas previstas en la presente ley han sido cometidas en relación con el servicio, cuando se atribuyan a miembros de la fuerza pública en servicio activo”* y que *“Tampoco podrá alegarse como eximente de responsabilidad la obediencia debida. En todo caso quien recibiera la orden podría incurrir en alguna de las conductas previstas en la presente ley, teniendo el derecho y el deber de no obedecerla”*. A criterio del Gobierno estas disposiciones eran contrarias a los artículos 91 y 221 de la Constitución Política.¹⁰

En 1997 los Ministros de Relaciones Exteriores y de Justicia y del Derecho presentaron ante el Senado de la República el Proyecto de Ley No. 129 de 1997, Senado, 222 de 1998, Cámara, *“por medio de la cual se tipifica la desaparición forzada de persona y genocidio, se modifica y aumenta la pena para el delito de tortura y se dictan otras disposiciones”*¹¹. El 14 de abril de 1998 el Gobierno Nacional solicitó al Congreso que le diera al proyecto trámite de urgencia¹².

El 30 de diciembre de 1999 el Gobierno objetó el proyecto. El 22 de marzo el Senado de la República aceptó las objeciones presidenciales y la Cámara terminó por acoger el texto aprobado por el Senado, convirtiéndose el proyecto en la Ley 589 de 2000 *“por medio de la cual se tipifica el genocidio, la desaparición forzada, el desaparecimiento y la tortura; y se dictan otras disposiciones”*. El artículo 1° de la Ley 589 de 2000, que adicionó el artículo 268 del Código penal de 1980, tipificó el delito de desaparición forzada en los siguientes términos:

“ARTICULO 268-A. Desaparición forzada. El particular que perteneciendo a un grupo armado al margen de la ley someta a otra persona a privación de su libertad

⁷ Corte Constitucional, Sentencia C- 587 de 1992, MP., Ciro Angarita Barón

⁸ Gaceta del Congreso No. 171, junio 3 de 1993, ponencia para segundo debate del senador Luis Guillermo Giraldo Hurtado.

⁹ Gaceta del Congreso No. 96, julio 22 de 1994.

¹⁰ Artículo 91 de la C.P. “En caso de infracción manifiesta de un precepto constitucional en detrimento de alguna persona, el mandato superior no exime de responsabilidad al agente que lo ejecuta. Los militares en servicio quedan exceptuados de esta disposición. Respecto de ellos, la responsabilidad recaerá únicamente en el superior que da la orden”. Art. 221 de la C.P., modificado por el Acto Legislativo 02 de 1995: “De los delitos cometidos por los miembros de la fuerza pública en servicio activo, y en relación con el mismo servicio, conocerán las cortes marciales o tribunales militares, con arreglo a las prescripciones del Código Penal Militar. Tales cortes o tribunales estarán integradas por miembros de la fuerza pública en servicio activo o en retiro”.

¹¹ Publicado en la Gaceta del Congreso No. 573 de 1997.

¹² Informe de ponencia presentado el 27 de abril de 1998 publicado en la Gaceta del Congreso No. 55 del 7 de mayo de 1998.

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 veinticinco (25) a cuarenta (40) años, multa de quinientos (500) a dos mil (2.000) salarios mínimos legales vigentes y en interdicción de derechos y funciones públicas de cinco (5) a diez (10) años.

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

En esa oportunidad, dada la trascendencia de actualizar la legislación penal colombiana en esta materia, el legislador enfatizó en la exposición de motivos lo siguiente:

“El Gobierno en su empeño por lograr la plena vigencia de los Derechos Humanos en nuestro país y de adecuar nuestra normatividad a los postulados del Derecho Internacional de los Derechos Humanos (...) pretende tipificar conductas proscritas por la humanidad entera (...)

“El contenido del proyecto se centra en la tipificación de la desaparición forzada de personas, del genocidio y de la ampliación típica de la tortura, incorporando estos tres delitos como un capítulo nuevo del Código Penal que los agrupe como delitos de lesa humanidad, respondiendo a los requerimientos de carácter internacional y a la realidad de nuestro país.

“La conciencia jurídica universal ha repudiado la comisión individual o masiva de las desapariciones forzadas y de genocidios como unas de las conductas más lesivas contra las personas y contra el género humano, por lo cual la Comisión de Derecho Internacional de las Naciones Unidas, lo mismo que la Organización de Estados Americanos, las han calificado como delitos de lesa humanidad.

“Este proyecto sugiere una serie de normas cada una con un propósito particular, pero todas ellas orientadas al mismo fin: el logro de la protección de los derechos fundamentales de las personas en nuestro país”.

El 20 de julio de 1998 el señor Fiscal General de la Nación presentó ante el Senado de la República el proyecto de ley *“por medio del cual se reforma el Código Penal”*, donde se consagró el delito de desaparición forzada en términos similares a los del artículo 1° de la Ley 589 de 2000.

El 30 de diciembre de 2000 el Presidente de la República objetó el proyecto por inconveniencia solicitando, entre otras cosas, la eliminación de las expresiones *“particular”* y *“perteneciendo a un grupo armado al margen de la Ley”*, argumentando que el tipo penal como estaba establecido sólo tenía como sujeto activo al particular que pertenezca a un grupo armado al margen de la ley, excluyendo a otros posibles infractores de la norma penal, lo que consideraba inconveniente teniendo en cuenta el compromiso de este Gobierno en la defensa de los derechos humanos¹³.

La Comisión Accidental designada en el Senado de la República para estudiar las objeciones presentadas por el ejecutivo al proyecto de ley, expresó que no era inconveniente que en la tipificación del delito de desaparición forzada el autor fuera un particular sin relación alguna con el Estado. Dijo entonces:

*“(...)en materia de derechos humanos, los tratados internacionales establecen estándares mínimos de protección, lo que significa en manera alguna excluye para que los países, dentro de su legislación interna, consagren regulaciones más rigurosas. Así tenemos por ejemplo, que internacionalmente se considera el delito de tortura, como un comportamiento realizado por agentes del Estado, y en nuestra legislación se consagra como sujeto activo indeterminado, lo que significa que puede ser realizado tanto por particulares como por agentes del Estado; **igual sucede dentro del mismo proyecto objetado, con relación al delito de desaparición forzada en donde, de acuerdo con los tratados internacionales correspondientes, se limita a que sea realizado por***

¹³ Gaceta del Congreso No. 65 del 17 de marzo de 2000.

agentes del estado o por particulares que actúan a nombre del Estado, pues bien, en el proyecto objeto de este estudio, se consagra la desaparición forzada por parte de particulares sin relación alguna con el Estado, y por esas circunstancias, ni nosotros ni el Gobierno considera que esa tipificación sea inconveniente. (...)

“En primer lugar queremos manifestar que el proyecto de ley número 20 de 1998 Senado tuvo como autor al Gobierno Nacional anterior, y en el mismo no le ponía limitante alguno al autor particular de la desaparición forzada. Decía el artículo:

“El que prive o mantenga privado de la libertad a una persona...”.

“Igual descripción se daba en el informe de ponencia para primer debate.

“Fue sólo a raíz, de la discusión en la Comisión Primera de senado y posteriormente en la subcomisión, con la participación del señor Ministro de Justicia y del Derecho, doctor Parmenio Cuellar Bastidas, en donde se propuso que el sujeto activo de la desaparición forzada, esto es, el particular, debe pertenecer a una organización criminal o a un grupo político armado, además de que prive de la libertad y oculte a la persona; porque de no ser así el particular estaría incurso en un comportamiento diferente, como el secuestro, por ejemplo”. (Se resalta)

El proyecto de ley que se convirtió en la Ley 599 de 2000, en su artículo 165 tipifica el delito desaparición forzada de personas dentro del Capítulo I del Título III, *Delitos contra la libertad individual y otras garantías*¹⁴, conservando la misma descripción que está prevista en la Ley 589 de 2000. Asimismo, la descripción típica del delito de desaparición forzada es muy similar a la definición contenida en el artículo II de la Convención Interamericana sobre Desaparición Forzada de Personas y con el texto de la Declaración de la Asamblea General de Naciones Unidas, Resolución 44/162 de 15 de diciembre de 1989.

Para la Corte es indudable que con la adopción de estas leyes el Estado Colombiano dio un paso importante en la protección y vigencia de los derechos fundamentales, pues aparte de tipificar el delito de desaparición forzada de personas ha establecido una serie de medidas efectivas para prevenir, controlar y sancionar este crimen de lesa humanidad, cumpliendo así con el deber internacional de prevenir y castigar cualquier acto de desaparición forzada.

5. La efectividad de los derechos fundamentales como parámetro a la libertad de configuración del legislador en materia penal

Uno de los fines del Estado Social de Derecho que pregona la Carta Política es el de garantizar la efectividad de los principios, derechos y deberes consagrados en la Constitución. Además, por mandato superior las autoridades de la República están instituidas, entre otros objetivos, para asegurar el cumplimiento de los deberes sociales del Estado y de los particulares así como para proteger a todas las personas residentes en Colombia en su vida, honra, bienes, creencias y demás derechos y libertades (C.P. Preámbulo y arts. 1º, 2º y 5º)

Para la Corte el Título II de la Carta Política relativo a los derechos, las garantías y los deberes, -del cual forma parte el artículo 12 Superior que prohíbe la desaparición forzada-, no implica

¹⁴ ARTICULO 165.- Desaparición forzada. El particular que perteneciendo a un grupo armado al margen de la ley someta a otra persona a privación de su libertad cualquiera que sea la forma, seguida de su ocultamiento y de la negativa a reconocer dicha privación o de dar información sobre su paradero, sustrayéndola del amparo de la ley, incurrirá en prisión de veinte (20) a treinta (30) años, multa de mil (1000) a tres mil (3000) salarios mínimos legales 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.

únicamente deberes de abstención a cargo del Estado sino que fundamentalmente demanda una labor efectiva de parte suya orientada hacia su protección, garantía, respeto y promoción.

Precisamente el Derecho Penal es uno de esos instrumentos que permite asegurar la protección y vigencia de los derechos fundamentales. Así lo ha reconocido la Corte Constitucional al señalar que *“una de las formas en que el Estado cumple su deber de proteger los derechos constitucionales fundamentales es tipificando como delitos, conductas en que los particulares o los agentes del estado pueden vulnerar dichos derechos”*¹⁵, toda vez que *“los derechos fundamentales consagrados en la Constitución y en los tratados internacionales suscritos por Colombia, corresponden justamente a esas condiciones básicas de la vida individual y colectiva, cuya tutela reforzada asumen las leyes penales, pues en ellos se traducen y proyectan con toda su intensidad la igualdad, la libertad y la dignidad de la persona humana, objeto y fin del derecho (...) El derecho penal se justifica y se torna imperioso como una de las formas más importantes de protección de todas las personas residentes en Colombia, en su vida, honra, bienes, creencias, derechos y libertades (C:P., art. 2°)* ¹⁶.

Así mismo, la jurisprudencia ha señalado con especial énfasis que en el Estado Social de derecho, donde la dignidad humana ocupa un lugar de primer orden *“El Constituyente erigió los derechos fundamentales en límites sustantivos del poder punitivo del Estado, racionalizando su ejercicio. Sólo la utilización medida, justa y ponderada de la coerción estatal, destinada a proteger los derechos y libertades, es compatible con los valores y fines del ordenamiento”*.¹⁷

La Corte también ha sido constante en afirmar que mientras en el cumplimiento de la función legislativa no resulten contrariados los preceptos fundamentales *“bien puede el legislador crear o suprimir figuras delictivas, introducir clasificaciones entre ellas, establecer modalidades punitivas, graduar las penas aplicables, fijar la clase y magnitud de éstas con arreglo a criterios de agravación o atenuación de los comportamientos penalizados, todo de acuerdo con la apreciación, análisis y ponderación que efectúe acerca de los fenómenos de la vida social y del mayor o menor daño que ciertos comportamientos puedan estar causando o llegar a causar en el conglomerado”*¹⁸. Por lo anterior, solamente *“en los casos de manifiesta e innegable desproporción o de palmaria irrazonabilidad,”* ¹⁹ correspondería al juez Constitucional declarar la inexecutable de la disposición normativa que sea objeto de análisis.

Igualmente esta Corporación ha expresado que en materia penal el legislador debe ser respetuoso del principio de igualdad, de modo que *“puede consagrar regímenes diferenciados para el juzgamiento y tratamiento de delitos y contravenciones, pudiendo, incluso, realizar diferenciaciones dentro de cada uno de estos grupos, en la medida en que unos y otros se fundamenten en criterios de razonabilidad y proporcionalidad que atiendan una valoración objetiva de elementos tales como, la mayor o menor gravedad de la conducta ilícita, la mayor o menor repercusión que la afectación del bien jurídico lesionado tenga en el interés general y en el orden social, entre otros. La consecuencia obvia y lógica de lo anterior, es que el tratamiento procesal y punitivo previsto para los delitos de mayor entidad y gravedad, sea más severo que el dado a los hechos punibles de menor gravedad”*.²⁰

Finalmente la Corte ha dicho que pese a esta libertad de configuración del legislador en materia punitiva, mediante el criterio de la proporcionalidad el juez constitucional puede ponderar la aptitud de las medidas legislativas a través de las cuales persigue la efectividad de los derechos fundamentales:

“El principio de proporcionalidad presupone la ponderación de bienes jurídicos constitucionales. Este sopesamiento asume la forma de un juicio de proporcionalidad de los medios. Como principio para la delimitación y concretización de los derechos constitucionales, la proporcionalidad exhibe una naturaleza diferencial, o sea, que admite una diversa libertad de configuración legislativa dependiendo de la materia. Así, por ejemplo, en el ejercicio de la reserva legal establecida para la reglamentación de derechos constitucionales (CP arts. 15, 23, 24, 26, 28, 31, 37 y 39), sólo la restricción excesiva e imprevisible de los mismos implica la ilegitimidad del medio escogido para la realización de los

¹⁵ Sentencia C- 587 de 1992, MP., Ciro Angarita Barón

¹⁶ Sentencia C- 459 de 1995, M.P., Eduardo Cifuentes Muñoz

¹⁷ Sentencia C-070 de 1996

¹⁸ Sentencia C-013/1997 M. P. José Gregorio Hernández Galindo

¹⁹ Ibidem

²⁰ Sentencia C-840 de 2000

*finés constitucionales. En términos generales, entre mayor sea la intensidad de la restricción a la libertad mayor será la urgencia y la necesidad exigidas como condición para el ejercicio legítimo de la facultad legal. **En materia penal, la potestad legislativa de tipificación está sometida al control constitucional de las medidas, según la aptitud para la protección del bien jurídico tutelado, la necesidad de esa protección específica en contraste con otros medios preventivos igualmente idóneos y menos restrictivos de la libertad - medidas civiles, administrativas, laborales -, y el mayor beneficio neto en protección de los bienes jurídicos que debe comportar la exclusión de ciertas conductas del ámbito de lo legalmente permitido.***²¹

De lo anterior se desprenden dos conclusiones importantes: la primera, que la facultad del legislador para configurar la legislación penal siempre debe estar orientada hacia la eficaz protección de los derechos fundamentales; y la segunda, que el juez constitucional puede verificar si la tipificación de una conducta delictiva constituye la respuesta adecuada para proteger los derechos fundamentales tutelados por el Ordenamiento Superior y la legislación internacional que, según se precisó anteriormente, constituye el parámetro mínimo de protección a partir del cual el Estado debe orientar su política criminal en esta materia.

Bajo estas consideraciones, a continuación la Corte entra a analizar la validez constitucional del artículo 165 de la Ley 599 de 2000 que tipifica el delito de desaparición forzada.

6. El caso concreto

Antes de abordar el problema jurídico planteado en la demanda y aplicando la facultad excepcional prevista en el artículo 6° del Decreto 2067 de 1991²², la Corte en el caso bajo estudio procede a integrar la unidad normativa del segmento demandado con la totalidad del artículo 165 de la Ley 599 de 2000, no sólo porque guardan estrecha e íntima conexión sino porque además los efectos de la decisión que se adopte inciden en la manera como debe ser entendido y aplicado el delito de desaparición forzada regulado en la citada disposición legal.

Hecha esta observación preliminar, esta Corporación realiza el siguiente análisis:

El artículo 165 de la Ley 599 de 2000, bajo revisión, tipifica el delito de desaparición forzada de la siguiente manera:

“El particular que perteneciendo a un grupo armado al margen de la ley someta a otra persona a privación de su libertad cualquiera que sea la forma, seguida de su ocultamiento y de la negativa a reconocer dicha privación o de dar información sobre su paradero, sustrayéndola del amparo de la ley, incurrirá en prisión de veinte (20) a treinta (30) años, multa de mil (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.

El inciso segundo de la norma en revisión señala como sujetos activos del delito de desaparición forzada al servidor público o al particular que actué bajo su determinación o aquiescencia con arreglo a la tipificación de la conducta y la sanción descritas en el inciso primero; es decir, que la norma consagra el delito de desaparición forzada cometido por un agente del Estado que actué directa o indirectamente, y también el cometido por un particular siempre que actué con su apoyo o tolerancia.

Con base en lo anterior, concluye la Corte que tratándose de la desaparición forzada cometida por agentes del estado -servidores públicos-, en forma directa o indirectamente a través de un particular que actué bajo su determinación o aquiescencia, la descripción de la conducta exige que se someta a una persona a privación de su libertad, bien sea en forma legal o ilegal; que luego la víctima sea ocultada y sus familiares no puedan conocer su paradero; y que ocultada la víctima, el sujeto agente se abstenga de brindar información sobre su paradero sustrayéndola

²¹ Sentencia C-070 de 1996

²² Sentencias C-173 de 2001. M.P. Álvaro Tafur Gálvis y C-320/97 M.P. Alejandro Martínez Caballero.

del amparo de la ley, imposibilitándola de esta manera para ejercer cualquiera de los recursos legales establecidos para su protección. Es decir, que no es necesario requerimiento alguno pues basta la falta de información.

Sin duda, la consagración de este inciso está en consonancia con el mínimo de protección establecida en los instrumentos internacionales que consagran la desaparición forzada como un delito de Estado.

En este sentido no es válida la afirmación de la accionante de que los miembros de las Fuerzas Armadas están excluidos de ser sujetos activos de la desaparición forzada, pues es claro que ostentando la calidad de servidores públicos, como cualquier otro funcionario o empleado de las distintas ramas del poder público, los organismos de control y otras entidades del Estado, pueden ser sancionados como autores o partícipes de dicho reato en virtud del inciso 2° del artículo 165 del Código Penal.

Por lo tanto, la Corte declarará la exequibilidad del inciso segundo del artículo 165 del Código Penal, por cuanto se ajusta a lo previsto en las disposiciones constitucionales.

El inciso primero del artículo 165 del Código Penal, por su parte, involucra como sujeto activo del delito de desaparición forzada al particular "*que pertenezca a un grupo armado al margen de la ley*". Para la Corte esta expresión es inconstitucional, porque reduce significativamente el sentido y alcance de la protección general contenida en el artículo 12 de la Carta Política.

En efecto, el sujeto activo allí determinado excluye a otros que potencialmente también pueden realizar el supuesto fáctico penalizado en la norma, a saber:

- a- El particular que no pertenezca a ningún grupo. Es decir, quien realiza el hecho punible individualmente o *motu proprio*.
- b- El particular que pertenezca a un grupo pero que éste no sea armado
- c- El particular que pertenezca a un grupo armado pero que no se encuentre al margen de la ley.

En verdad, al dejar por fuera las hipótesis citadas se desconoce el artículo 12 Superior que, como ya quedó dicho, consagra una protección más amplia que la regulada en los instrumentos internacionales, según los cuales la desaparición forzada sólo puede ser cometida por un agente estatal, una organización política o un particular con la autorización, tolerancia o aquiescencia de estos, resultando de esta manera la consagración constitucional más garantista que la legislación internacional, lo cual es perfectamente posible y le permite a Colombia colocarse a la vanguardia en materia de responsabilidad ante los organismos encargados de la protección de los derechos humanos, toda vez que conforme a la jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos citada anteriormente la simple omisión de los Estados de prevenir la desaparición forzada cometida por particulares o de controlar a los grupos armados irregulares que ejecutan dichos actos, implica que el Estado respectivo no ha cumplido con su obligación de prevenir y castigar a los responsables de tales actos siendo, en consecuencia, merecedor de las condignas sanciones.

Así mismo valga recordar que la determinación del constituyente plasmada en el artículo 12 Superior recogió la realidad de nuestro país donde no siempre el sujeto activo o partícipe de la desaparición forzada es un servidor público o un particular que actúa bajo su protección o aquiescencia, pues también existen personas o grupos de personas que pueden cometer este delito como por ejemplo los grupos de limpieza social, la delincuencia común, los grupos de autodefensa o paramilitares, los narcotraficantes, la guerrilla, etc.

En suma, si según el artículo 12 constitucional nadie puede ser sometido a desaparición forzada, a torturas ni tratos o penas crueles inhumanos o degradantes -norma que no identificó al sujeto activo que pueda cometer una conducta que atente contra estos derechos-, fuerza concluir que su tipificación penal debe estar en correspondencia con la amplitud del mandato constitucional y por ello el señalamiento del sujeto activo del delito desaparición forzada debe cubrir a todas las personas sin importar si pertenecen a un grupo armado al margen de la ley.

Sobre el particular, cabe recordar que el Estado como responsable de la efectividad de los derechos constitucionales fundamentales, no sólo está comprometido a no vulnerarlos sino a hacer todo lo que esté a su alcance para respetarlos, garantizarlos, protegerlos y promoverlos, razón por la cual la tipificación de los delitos debe estar en consonancia con la Carta Política.

Por ello, el Estado no cumple con su deber de proteger los derechos constitucionales fundamentales, cuando al sancionar determinadas conductas violatorias de los derechos humanos deja de tipificar y sancionar los comportamientos de otros sujetos que potencialmente están en capacidad de afectar tales derechos fundamentales -bienes jurídicos tutelados con la norma penal-.

Además, según lo ha señalado la jurisprudencia, en el Estado Social de Derecho, donde la dignidad humana ocupa un lugar de privilegio, la facultad de señalar el sujeto activo en relación con los delitos que atenten contra derechos y garantías fundamentales se sustrae del amplio margen de libertad legislativa para la configuración del ordenamiento penal, de manera que *“sólo la utilización medida, justa y ponderada de la coerción estatal, destinada a proteger los derechos y libertades, es compatible con los valores y fines del ordenamiento”*.²³

Es pues evidente que la tipificación del delito de desaparición forzada en la norma impugnada, como instrumento para hacer efectiva la garantía consagrada en el artículo 12 Fundamental, resulta ser insuficiente en cuanto al sujeto activo pues el inciso primero del artículo 165 del Código Penal sólo penaliza al particular que pertenece a un grupo armado al margen de la ley, excluyendo injustificadamente de tipificación la conducta de otras personas que potencialmente pueden cometer dicho ilícito.

Por todo lo anterior, es claro que la calificación del sujeto activo que está consignada en el inciso primero de la norma bajo revisión para el delito de la desaparición forzada resulta a todas luces inconstitucional, y en consecuencia, la Corte procederá a declarar la inconstitucionalidad de las expresiones *“perteneciendo a un grupo armado al margen de la ley”* del inciso primero del artículo 165 del Código Penal. No considera, sin embargo, necesario extender tal pronunciamiento a la palabra *“particular”* del inciso primero del artículo en cuestión, por cuanto al hacerlo quedaría sin efectos la tipificación de la desaparición forzada contenida en el inciso segundo de la citada norma respecto de los particulares que actúen bajo determinación o aquiescencia de un servidor público.

En criterio de la Corte, la *“aquiescencia”* del servidor público para que se realice una desaparición forzada, adquiere una connotación especial al momento de regular las formas de intervención en el hecho punible, pues el legislador puede catalogar como autoría, conductas de favorecimiento que normalmente se ubican dentro de la complicidad.

Podría argumentarse que tal como está tipificada la desaparición forzada en el artículo 165 del C.P., no se presenta ninguna violación de la Constitución, puesto que los particulares que no quedan comprendidos dentro del supuesto fáctico regulado en el inciso primero del citado precepto en caso de cometer esta conducta, responderían penalmente por el delito de secuestro.

Sin embargo, tal apreciación carece de sustento por las siguientes razones:

En efecto, mientras la tipificación de la desaparición forzada busca la protección de una multiplicidad de bienes jurídicos -tales como el derecho a la vida, a la libertad y a la seguridad de su persona, la prohibición de tratos crueles, inhumanos o degradantes, el derecho a no ser arbitrariamente detenido, preso ni desterrado, el derecho a un juicio imparcial y un debido proceso, el derecho al reconocimiento de la personalidad jurídica ante la ley y el derecho a un tratamiento humano de detención, entre otros-, el secuestro solamente protege el bien jurídico de la libertad y autonomía personal. Además, mientras el delito de secuestro lo comete quien arrebate, sustraiga, retenga u oculte a una persona con los fines determinados en la legislación penal, la comisión de la desaparición forzada se consume en dos actos: la privación de la libertad de una persona -que puede ser, incluso *ab initio* legal y legítima-, seguida de su ocultamiento, y además la negativa a reconocer dicha privación o de dar información sobre su paradero sustrayéndola del amparo legal.

Aceptar como cierta tal apreciación no sólo es restringir el alcance de la garantía constitucional del artículo 12 Superior, sino que además con su aplicación también se violaría el principio de igualdad (art. 13 de la C.P.) pues los particulares que cometen el delito de desaparición forzada que no pertenezcan a un grupo, o que este grupo no sea armado o que sea un grupo armado que no esté al margen de la ley recibirían un castigo menor, toda vez que el secuestro está sancionado en el artículo 168 del Código Penal con una pena inferior a la prevista para el delito de desaparición forzada.

²³ Sentencia C-070 de 1996. M.P. Eduardo Cifuentes Muñoz

Así, pues, como consecuencia de la declaratoria de inexecutable de las expresiones “*perteneciendo a un grupo armado al margen de la ley*” el delito de desaparición forzada puede ser cometido por cualquier particular sin ninguna calificación. Sin embargo, la Corte considera necesario precisar que si bien este punible se comete cuando el particular somete a otra persona a privación de su libertad, *seguida de su ocultamiento y de la negativa a reconocer dicha privación o de dar información sobre su paradero, sustrayéndola del amparo de la ley*, debe entenderse que la conjunción “y” no exige que para cometer la infracción el particular deba ser requerido, sino que basta solamente la falta de información o de la negativa a reconocer la privación de la libertad, por cuanto según el artículo 33 Superior los particulares no están obligados a autoincriminarse.

Por lo tanto, la Corte condicionará la executable del inciso primero del artículo 165 del C.P., bajo el entendido que no es necesario el requerimiento para dar información o de la negativa a reconocer la privación de la libertad, sino que basta la falta de información sobre el paradero de la persona.

VII. DECISIÓN

En mérito de lo expuesto, la Corte Constitucional, en nombre del pueblo y por mandato de la Constitución,

RESUELVE:

Primero. Declarar **INEXECUTABLES** las expresiones “*perteneciendo a un grupo armado al margen de la ley*” del inciso primero del artículo 165 de la Ley 599 de 2000.

Segundo. Declarar **EXECUTABLES** las expresiones del inciso primero del artículo 165 de la Ley 599 de 2000 “*El particular que*”, “*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*” bajo el entendido que no es necesario el requerimiento para dar información o de la negativa a reconocer la privación de la libertad, sino que basta la falta de información sobre el paradero de la persona.

Tercero. Declarar **EXECUTABLE** el inciso segundo del artículo 165 de la Ley 599 de 2000.

Cópiese, notifíquese, publíquese, insértese en la Gaceta de la Corte Constitucional y archívese el expediente.

MARCO GERARDO MONROY CABRA
Presidente

JAIME ARAUJO RENTERIA
Magistrado

ALFREDO BELTRÁN SIERRA
Magistrado

MANUEL JOSE CEPEDA ESPINOSA
Magistrado

JAIME CORDOBA TRIVIÑO
Magistrado

RODRIGO ESCOBAR GIL
Magistrado

EDUARDO MONTEALEGRE LYNNET
Magistrado

ALVARO TAFUR GALVIS
Magistrado

CLARA INES VARGAS HERNANDEZ
Magistrada

MARTHA VICTORIA SACHICA MENDEZ
Secretaria General

LA SUSCRITA SECRETARIA GENERAL
DE LA CORTE CONSTITUCIONAL

HACE CONSTAR:

Que el H. Magistrado doctor Jaime Córdoba Triviño, no firma la presente sentencia por cuanto en la fecha le fue aceptado impedimento para intervenir en la presente decisión.

MARTHA VICTORIA SACHICA MENDEZ
Secretaria General