

Concepto RD 2018-00454-00

procuraduria judicial <procuraduriajudicial203@gmail.com>

Mar 8/06/2021 9:48 AM

Para: Juzgado 03 Administrativo - Magdalena - Santa Marta

Concepto RD 2018-00454-00 ...

337 KB



Señores
JUZGADO TERCERO ADMINISTRATIVO DE SANTA MARTA
E. S. D.

Enviamos concepto de Reparación Directa de proceso 2018-00454-00 para su conocimiento y fines pertinentes.

Cordialmente,

MICAEL COTES DODINO
Procurador Judicial 203

Responder

Reenviar

PROCURADURIA GENERAL DE LA NACION



PROCURADURIA 203 JUDICIAL I PARA ASUNTOS ADMINISTRATIVOS DE
SANTA MARTA

Señora
Juez Tercero Administrativo de Santa Marta
Doctora MARTHA LUCIA MOGOLLON SAKER
E. S. D.

Demandante: NEREIDA ESTHER MERCADO CARDENAS Y OTROS
Demandado: MINISTERIO DE DEFENSA-POICIA NACIONAL-EJERCITO-
FISCALIA GENERAL DE LA NACION
Medio de Control: REPARACION DIRECTA
Radicación No. 47-001-3333-003-2018-00454-00

En mi condición de Procurador 203 Judicial I Delegado para Asuntos Administrativos, encontrándome dentro del término legal que para este efecto me confiere la ley, me permito presentar ante ese despacho judicial el presente concepto.

1. ANTECEDENTES

1.1. Demanda

La señora NEREIDA ESTHER MRCADO CARDENAS, en su propio nombre y en representación de sus menores hijas Alexa Michel Rojas Mercado y Mirleidys Andrea Rojas Mercado y el señor Julio Cesar Mercado Quintero, en su propio nombre y en representación de sus menores hijas Yuliana Esther Mercado Ortiz y Sarith Saray Mercado Ortiz, demandaron al MINISTERIO DE DEFENSA-POICIA NACIONAL-EJERCITO-FISCALIA GENERAL DE LA NACION, por el medio control Reparación Directa, por la falla en el servicio o daños antijurídicos que produjeron el desplazamiento forzado de los demandantes, “quienes injustamente tuvieron que salir de su hogar por las constantes amenazas y situaciones de violencia que se produjeron en el Corregimiento de Perico Aguado-Guayaca, situado en las estribaciones de la Sierra Nevada, por parte de grupos al margen de la ley, quienes los obligaron a emigrar de su hogar dejando todo, ante la OMISION Y NEGLIGENCIA DE LA FUERZA PUBLICA y los ORGANISMOS DE JUSTICIA, quienes aun de conocer las situación que se venía presentando en su seguridad, no realizaron lo tendiente para evitar que la familia de mis poderdantes, tuviera que huir de hogar y desplazarse forzosamente, lo que se constituye en un caso que atenta contra os derechos humanos (LESA HUMANIDAD). En hechos en los cuales fueron víctimas de la desaparición Forzada el señor JOSE NICOMEDES MERCADO CARDENAS quien nació el 11 de octubre de 1975 y la Muerte violenta –HOMICIDIO- del señor ESTEBAN DE JESUS MERCADO CARDENAS quien nació el 24 de julio de 1970, el día 15 de julio de 2000, hermanos de los demandantes, quienes injustamente perdieron sus vidas a manos del Bloque Resistencia Tayrona (autodefensa) en la Vereda Pericoaguado, Corregimiento de Guachaca, Sierra Nevada de Santa Mara, Departamento del Magdalena, en hechos ocurridos el

día 15 de julio de 2000. Los cuales fueron reconocido por la Unidad de víctimas y los postulados NORBERTO QUIROGA POVEA y DANIEL GIRALDO ex militantes del BLOQUE RESISTENCIA TAYRONA, en diligencia de versión libre rendida el 16 de septiembre de 2015, notificada en respuesta solicitud de fecha 11 de 2018, donde aceptaron los reportados por el núcleo familiar convocante y se reportó las AMENAZAS, DESPLAZAMIENTO, HOMICIDIO Y DESAPARICION FORZADA ante la Unidad Nacional de Fiscalía para la Justicia y la Paz Despacho nueve (9); cuyo expediente a la fecha se encuentra activo registrado en el sistema de información registrados dentro del Registro Único de Víctimas (RUV).

Los demandantes solicitan le sean reconocidos los perjuicios objetivos y subjetivos, de lo cual son responsables solidariamente la Nación-Ministerio de Defensa-Ejercito Nacional-Policía Nacional-Fiscalía General dela Nación-, por la falla en servicio o daños antijurídicos que produjeron el DESPLAZAMIENTO FORZADO del núcleo familiar.

1.2. Pruebas

Copia de la respuesta solicitud hechos confesados de la Dirección de justicia transicional de la Fiscalía General de Nación

Copia de los Registros Únicos de Víctimas (RUV) de los núcleos familiares de la señor NEREIDA MERCADO CARDENAS y JULIO CESAR MERCADO QUINTERO

Registro Civil de nacimiento de los convocantes

Registro Civil de Nacimiento de las victimas hermanos ESTEBAN DE JESUS MERCADO y JOSE NICOMEDES MERCADO CARDENAS

Copia de formato único de noticia criminal Fiscalía General de la Nación y constancia

Actas de declaración juramentada que dan fe de los hechos ocurridos

Acta y constancia de solicitud de Conciliación de la Procuraduría 204 Judicial I para Asuntos Administrativos de Santa Marta

Se admite (10-diciembre-2018).

1.3. Contestación de la demanda

Nación-Fiscalía General de la Nación. Frente a los: HECHOS 1-2: Son afirmaciones subjetivas. HECHOS 3 al 7: No le constan. HECHOS 8-9: Son afirmaciones subjetivas. HECHO 10 al 12: Es cierto del material probatorio aportado con la demanda. HECHOS 13-14 Son afirmaciones subjetivas.

Frente a las pretensiones de la demanda, se opone a cada una de las declaraciones y condenas solicitadas en el escrito de la demanda.

Propone las siguientes excepciones:

FALTA DE LEGITIMACION EN LA CAUSA POR PASIVA
CADUCIDAD DEL MEDIO DE CONTROL
INEXISTENCIA DE NEXO DE CAUSALIDAD

INEXISTENCIA FALLA EN EL SERVICIO DE LAS FUNCIONES A CARGO DE LA FISCALIA GENERAL DE LA NACION
 INEPTITUD SUSTANTIVA DE LA DEMANDA CON OCASIÓN DE AUSENCIA DEL NEXO CAUSAL ENTRE EL DAÑO ALEGADO Y LA RESPONSABILIDAD DE LA FISCALIA GENERAL DE LA NACION
 FALTA DE LEGITIMACION POR ACTIVA

POLICIA NACION. “Me opongo, puesto como bien lo manifiesta el mismo actor, la muerte fue ocasionada por parte de miembros de un grupo armado al margen de la ley (A.U.C.), por lo cual se configura la eximente de responsabilidad consistente en el hecho exclusivo y determinante de un tercero.”

A los hechos de la demanda

DEL HECO 1 AL 8. NO ME CONSTA
 HECHO 9. ME OPONGO.

DEL HECHO 10 AL 11. ES CIERTO de acuerdo a la certificación obrante en el proceso, la cual fue asignada por parte de la Fiscalía 65 Delegada ante los Jueces Penales del Circuito Especializado.

AL HECHO 12. ES CIERTO de acuerdo a la certificación obrante en el proceso de fecha 18 de abril de 2018, la cual fue asignada por parte de la Directora de Registro y Gestión de la Información de la Unidad para las Víctimas.

DEL HECO 13 AL 14. NO LE CONSTA, ya que no existe antecedente o soporte que permita evidenciar algún tipo de denuncia o conocimiento que colocara en conocimiento a la Policía Nacional sobre la situación que fue imposible de anticipar.

Propone excepciones:

CADUCIDAD DE LA ACCION
 CULPA EXCLUSIV Y DETERMINANTE DE UN TERCERO
 ECEPCION GENERICA

El Juzgado mediante providencia de calenda 16 de mayo de 2019 convoca a las parte a la Audiencia Inicial para el día 26 de agosto de 2019.

Realizada la Audiencia Inicial (26-ago-2019). CONTROL DE LEGALIDAD. DECISION: otorga 10 días a la parte actora para que aporte Registros Civiles.

El Juzgado mediante proveído de fecha 12 de noviembre de 2019, admite la reforma de la demanda.

El día 26 de agosto de 2019 se lleva a cabo la Audiencia Inicial. CONTRO DE LEGALIDAD. DECISION: otorga 10 días a la parte actora para que aporte Registros Civiles.

La doctora ANA CABRERA MARTINEZ como apoderada de la Nación. Ministerio de Defensa Nacional-Fuerzas Militares, contesto la demanda.

Se oponen a las pretensiones de la demanda en consideración:

-No se le puede atribuir responsabilidad alguna al Ministerio de Defensa Nacional por los hechos narrados en la demanda, por carecer de material

probatorio que permita endilgar la falla en el servicio por parte de mi representada.

Se configura el eximiendo de responsabilidad HECHO DE UN TERCERO, por la presunta desaparición forzada

Propone como excepciones:

Caducidad de la acción

Pleito pendiente

2. CONSIDERACIONES DEL MINISTERIO PÚBLICO

PRESUPUESTOS PROCESALES DE LA ACCIÓN

CADUCIDAD

De conformidad con lo previsto en el artículo 136 del C.C.A., la acción de reparación directa deberá instaurarse dentro de los dos años contados a partir “del día siguiente del acaecimiento del hecho, omisión u operación administrativa o de ocurrida la ocupación temporal o permanente del inmueble de propiedad ajena por causa de trabajo público o por cualquiera otra causa”, para el caso, los hermanos JOSE NICOMEDES MERCADO CARDENAS y ESTEBAN DE JESUS MERCADO CARDENAS, perdieron injustamente sus vidas a manos del Bloque Resistencia Tayrona (autodefensa) en la Vereda Pericoaguado, Corregimiento de Guachaca, Sierra Nevada de Santa Mara, Departamento del Magdalena, en hechos ocurridos el día 15 de julio de 2000, la demanda se presentó el 5 de diciembre de 2018.

El alcance y la determinación de la caducidad en el ejercicio de la acción contencioso administrativa de reparación directa.

La caducidad de la acción contenciosa administrativa como instituto procesal tiene fundamento y sustento en el artículo 228 de la Constitución Política. Con base en el sustrato constitucional se determina la aplicación de los términos procesales en el ordenamiento jurídico, buscando ante todo la protección material de los derechos y la resolución definitiva de los conflictos que surgen a diario en el complejo tejido social⁸⁻⁹, garantizando el derecho de acceso a la administración de justicia¹⁰ dentro de los límites de su ejercicio razonable y proporcional.

Conforme a la estructuración conceptual de nuestra legislación, la figura de la caducidad de la acción es de estricto orden público y de obligatorio cumplimiento, innegociable e irrenunciable en cuanto implica el reconocimiento normativo de un término habilitador para el ejercicio de ciertas acciones judiciales. En esta perspectiva el legislador ha considerado que la no materialización del término límite establecido para la correspondiente caducidad constituye otro de los presupuestos para el debido ejercicio de las acciones contencioso administrativas que estuvieren condicionadas para estos efectos por el elemento temporal.

Desde este punto de vista, la caducidad se institucionaliza como un concepto temporal, perentorio y preclusivo de orden, estabilidad, interés general y seguridad jurídica para los asociados y la administración desde la perspectiva procesal, generando certidumbre y materializando el ejercicio razonable y proporcional que toda persona tiene para hacer valer sus derechos ante las autoridades judiciales¹⁵. En este sentido, las consecuencias del acaecimiento del elemento temporal que es manifiesto en toda caducidad implica la pérdida de oportunidad para reclamar por la vía judicial los

derechos que se consideren vulnerados por causa de la actividad de la administración pública.

De manera concreta, en relación con la caducidad de la acción de reparación directa dispone el inciso primero del numeral 8º del artículo 136 del Código Contencioso Administrativo (Decreto 01 de 1984, modificado por la ley 446 de 1998¹⁷), que respecto de dicho medio de control opera el mencionado fenómeno procesal al vencerse el plazo de 2 años, computados “a partir del día siguiente del acaecimiento del hecho, omisión u operación administrativa o de ocurrida la ocupación temporal o permanente del inmueble de propiedad ajena por causa de trabajo público o por cualquier otra causa”.

El tratamiento legislativo dado a la caducidad de la acción de reparación directa es clara: el legislador ha establecido una evidente e inobjetable regla general en la materia, permitiéndole a quien alegue ser víctima de daños antijurídicos imputables al Estado, hacer uso de la acción dentro de los 2 años siguientes (Día siguiente) de la ocurrencia del hecho, omisión, operación administrativa u ocupación temporal por obra pública o por cualquier otra causa de la propiedad ajena, o también, según el caso y las circunstancias, es procedente su invocación a partir del día siguiente a aquel en que la persona interesada tenga conocimiento¹⁹ del hecho, operación, omisión u ocupación, etc.

Por otra parte, el segundo evento de cómputo de la caducidad ha sido estructurado a partir de un criterio de cognoscibilidad, y tiene lugar cuando el hecho dañoso pudo haberse presentado en un momento determinado, pero sus repercusiones se manifestaron de manera externa y perceptible para el afectado solamente hasta una ulterior oportunidad, de modo que el término de caducidad se computa desde cuando el daño se hizo cognoscible para quien lo padeció.

Dentro del análisis de la caducidad de la acción de reparación directa se advierte que de los supuestos a considerar por el juez contencioso administrativo está aquel de la acción encaminada a establecer la responsabilidad patrimonial del Estado por acciones, omisiones o inactividad constitutivas de actos de lesa humanidad. En el concepto de actos de lesa humanidad, ya el legislador colombiano determinó el alcance de la caducidad de la acción de reparación directa para el supuesto específico de la desaparición forzada, (que para su calificación como crimen de lesa humanidad debe cumplir con los siguientes elementos: debe tratarse de un ataque sistemático o generalizado dirigido a una población civil), tal como se desprende del inciso segundo del numeral 8º del artículo 136 del Código Contencioso Administrativo (Decreto 01 de 1984), adicionado por el artículo 7º de la ley 589 de 2000, y de cuyo tenor se deriva que el cómputo de la caducidad será “a partir de la fecha en que aparezca la víctima o en su defecto desde la ejecutoria del fallo definitivo adoptado en el proceso penal, sin perjuicio de que tal acción pueda intentarse desde el momento en que ocurrieron los hechos que dieron lugar a la desaparición”.

En este sentido, el término de caducidad, para el específico supuesto de la desaparición forzada, tiene tres posibles alternativas de cómputo: a) a partir del día de aparición de la víctima, lo cual se convierte en un dato histórico cierto y objetivo, del cual se puede predicar los postulados generales para la caducidad de la simple acción de reparación directa; b) a partir de la firmeza, por ejecutoria, del fallo penal que declare la desaparición forzosa, caso en el cual podría aplicarse las reglas jurisprudenciales que para el cómputo de la caducidad operan con ocasión de daños debidos a detención arbitraria (privación injusta de la libertad); y, por último, c) a partir del momento de ocurrencia de los hechos, que en la práctica constituye también una fecha cierta (y es la regla general).

La Sub-sección C mediante el auto de 9 de mayo de 2011 (expediente 40324) argumentó que “considerando que la caducidad implica la pérdida de oportunidad para reclamar por vía judicial los derechos que se consideren vulnerados por causa de la

actividad del Estado, solo se debe proceder a su declaración cuando existan elementos de juicio que generen certeza en el juez respecto de su acaecimiento; por lo que ante la duda se deberá dar trámite al proceso a fin de que en el mismo se determine, sin asomo de dudas, la configuración o no de la caducidad”.

Como se observa del anterior análisis, el legislador no incorpora regla alguna para establecer el cómputo de la caducidad cuando se trata de actos de lesa humanidad, lo que plantea, ab initio, que sin perjuicio de las reglas general y especial (desaparición forzada), que establecen la caducidad de los dos (2) años, (explicada en el párrafo anterior), el Juez Contencioso Administrativo está llamado, en virtud del artículo 93 de la Carta Política²⁶, a considerar las normas jurídicas de protección de los Derechos Humanos, del Derecho Internacional Humanitario, los principios de Derecho Internacional Público, del jus cogens y humanidad, así como el criterio de universalidad que se desprende de tal normativa para, de esta forma, encontrar una regla de cómputo de la caducidad diferenciada, haciendo primar la materialidad de estos derechos y de la tutela judicial efectiva (acceso a la administración de justicia).

De otra parte, esta Procuraduría debe precisar que el derecho a la tutela judicial efectiva (acceso a la administración de justicia), en la que está inmersa la consideración del término de caducidad, no puede dar lugar a considerar que se ampare la “inacción o negligencia del titular” de la acción de reparación directa. El ejercicio de la acción de reparación directa dentro de los términos fijados por el numeral 8º del artículo 136 del Código Contencioso Administrativo (Decreto 01 de 1984), representa una manifestación clara del principio de seguridad jurídica y de la prevalencia del interés general, por lo que la jurisprudencia constitucional considera que la caducidad se constituye en el “(...) límite dentro del cual el ciudadano debe reclamar del Estado determinado derecho; por ende, la actitud negligente de quien estuvo legitimado en la causa no puede ser objeto de protección, pues es un hecho cierto que quien, dentro de las oportunidades procesales fijadas por la ley ejerce sus derechos, no se verá expuesto a perderlos por la ocurrencia del fenómeno indicado”.

Sin perjuicio de lo anterior, la Sub-sección C de la Sección Tercera ha considerado que adicional “a las normas procedimentales que rigen el trámite de los procedimientos contenciosos administrativos, el Despacho precisa que al momento de su interpretación y aplicación el funcionario judicial no sólo debe remitirse a ellas sino que en su razonamiento debe acudir a las normas constitucionales y de orden supraconstitucional, donde se enfatiza en la Convención Americana de Derechos Humanos y la doctrina desarrollada a partir de ella por la Corte Interamericana de Derechos Humanos. Lo anterior en razón a que ya es un lugar común sostener que el Juez Administrativo no es un mero ejecutor formal de las normas legales sino que en razón al rol funcional que desempeña dentro del Estado Social de Derecho, es su obligación, antes que nada, ser garante de la corrección constitucional en la interpretación y aplicación de las normas legales, al igual que ejercer, ex officio, el control de convencionalidad que se le impone en razón a la fuerza vinculante de los tratados de Derechos Humanos y su doctrina. Esto se trae a colación en razón a la naturaleza fundamental que ostenta el acceso a la administración de justicia, derivado en nuestro ordenamiento constitucional a partir de los artículos 29, 228 y 229 y en el orden internacional en los artículos 830 y 2531 de la Convención, el cual no se agota en una perspectiva formal, como es la creación de recursos judiciales y un aparato institucional encargado de su conocimiento, sino que también incluye una connotación sustantiva³², que lleva a este Despacho a precisar que en materia de aplicación de normas procedimentales que impliquen cargas o actuaciones procesales a las partes, estas deben ser interpretadas con carácter restrictivo teniendo en consideración la finalidad objetiva que con ellas se persigue, en términos de la jurisprudencia constitucional:

“Las particularidades de los procesos deben estar dirigidas a asegurar la prevalencia del derecho sustancial, el principio de eficacia de los derechos y la protección judicial efectiva. De allí, que sean entendidas como constitucionales justamente, las normas

procesales que tienen “como propósito garantizar la efectividad de los derechos” y su eficacia material, y que además propendan por la optimización de los medios de defensa de las personas. Tal efectividad resulta ser entonces un principio y una garantía que debe ser asegurada por las disposiciones procesales fijadas por el legislador”.

Y por parte de la Corte Interamericana de Derechos Humanos ha sostenido que la exigencia de garantías judiciales en un proceso se materializa siempre que “se observen todos los requisitos que “sirvan para proteger, asegurar o hacer valer la titularidad o el ejercicio de un derecho”, es decir, las “condiciones que deben cumplirse para asegurar la adecuada defensa de aquéllos cuyos derechos u obligaciones están bajo consideración judicial”. y comentando el artículo 25 de la Convención señaló que “La existencia de esta garantía “constituye uno de los pilares básicos, no sólo de la Convención Americana, sino del propio Estado de Derecho en una sociedad democrática en el sentido de la Convención”; se trata de un campo fértil para la incorporación de los estándares de la jurisprudencia interamericana en materia de Derecho .

Las reglas jurídicas y principios anteriores deben, por garantía imperativa de los artículos 9.3, párrafo 3º, 53, 93, 94, 102, inciso 2º, 164 y 214, numeral 2º, de la Carta Política; de los artículos 8.1 y 25 de la Convención Americana de Derechos Humanos (incorporada al ordenamiento jurídico colombiano mediante la Ley 16 de 1972), y de los principios de derecho internacional público del a) “pacta sunt servanda”, b) buena fe, c) ius cogens, y d) humanidad deben armonizarse cuando se demanda la responsabilidad patrimonial del Estado por actos de lesa humanidad, ya que en estos eventos (en una perspectiva adjetiva, no individual) debe examinarse cómo en dichos supuestos no puede mantenerse un excesivo rigorismo procesal, que represente el incumplimiento de principios y mandatos normativos de derecho internacional público (de los derechos humanos y del derecho internacional humanitario) a los que está sujeto el Estado colombiano.

La sustentación jurídica de la imprescriptibilidad del crimen de lesa humanidad y su comunicabilidad al ámbito de la acción de reparación directa. La no caducidad de la acción frente a delitos de lesa humanidad.

Para el Despacho se precisa, pues, abordar el tema a partir de una hipótesis particular que tiene por fundamento el derecho a una tutela judicial efectiva, en aplicación de los artículos 228 y 229 constitucional, en armonía con el ordenamiento jurídico internacional público (reglas, principios y costumbre), que parten de la premisa según la cual, cuando se produce un daño antijurídico con ocasión de actos de lesa humanidad no puede afirmarse que opere la caducidad en cualquiera de las reglas ordinarias fijadas, y su tratamiento procesal no puede hacerse simplemente atendiendo a la rigidez y estrechez normativa que de este fenómeno se ofrece dentro del ordenamiento jurídico interno de los países, en cuanto entrañan la afectación de derechos humanos, y de principios estructurales como el de ius cogens, humanidad y seguridad jurídica, que lejos de excluirse o excepcionarse, deben armonizarse en aras de una adecuada ponderación, de tal manera que se favorezca la protección eficaz de los derechos e intereses que se puedan invocar como vulnerados con el acaecimiento de actos de lesa humanidad, por parte del Estado o de sus agentes.

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.

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 la 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 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 aun 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 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 estará 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.

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 1994 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 1991 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”*.

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.

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”*, 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.

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.”

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 deserciones 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.

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 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”.

Caso en concreto

Comoquiera que en el presente caso los actores pretenden la responsabilidad e indemnización subsiguiente por parte de las entidades demandadas, con ocasión de la muerte de los señores JOSE NICOMEDES MERCADO CARDENAS y ESTEBAN DE

JESUS MERCADO CARDENAS VARGAS por los hechos ocurridos el 15 de julio de 2000 en la Vereda Pericoaguado, Corregimiento de Guachaca, Sierra Nevada de Santa Mara, Departamento del Magdalena.

En el presente caso, y para efectos de imputar responsabilidad a las entidades demandadas, conforme al material probatorio existente en el expediente, se pudo comprobar que si existió la desaparición forzosa y muerte de JOSE NICOMEDES MERCADO CARDENAS y ESTEBAN DE JESUS MERCADO CARDENAS VARGAS, por las presuntas actuaciones de las Autodefensas Unidas de Colombia – grupos paramilitares, lo cual puede encuadrarse en un potencial asunto violatorio de derechos humanos.

En este sentido, esta Procuraduría indica que conforme a lo expuesto y comprobado dentro del trámite; se tiene que en el presente caso se verifican algunos elementos de juicio como que: se trató de i) un homicidio, ii) ejecutado en contra de miembros de la población civil, y iii) perpetrada por presuntos miembros de un grupo armado Bloque Resistencia Tayrona (autodefensa).

Tales referentes fácticos llevan a considerar que hay lugar a acceder a las pretensiones de la demanda

De la señora Jueza,



MICAEL ALFONSO COTES DÓMINO
Procurador 203 Judicial I, Asuntos Administrativos