

Por Amerigo Incalcaterra

Director(e) de la Oficina en Colombia del Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Derechos Humanos Los Estados tienen no solo el derecho sino también la obligación de combatir los actos terroristas y la violencia armada en el marco del respeto de la legalidad, de los derechos humanos y del estado democrático de derecho. No todas las limitaciones a los derechos humanos constituyen por lo tanto una violación a los mismos. No obstante, es menester recordar que debe existir un justo equilibrio entre el goce de las libertades individuales y el interés general en torno a la seguridad nacional.

La Corte Interamericana ha sido clara al respecto al manifestar que “... 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 la sociedad padece por las infracciones a su orden jurídico. Pero por graves que puedan ser ciertas acciones y por culpables que puedan resultar 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. Existe un amplio reconocimiento de la primacía de los derechos humanos que el Estado no puede desconocer sin violentar”[1].

Las mismas preocupaciones son compartidas por el Comité de Derechos Humanos. Podemos citar, entre otros ejemplos, sus observaciones sobre las restricciones a los derechos de circulación o residencia, al afirmar sobre el artículo 12 del Pacto que “La disposición autoriza al Estado a restringir esos derechos sólo para proteger la seguridad nacional, el orden público, la salud o la moral públicas y los derechos y libertades de terceros. Para ser permisibles, las restricciones deben ser previstas por la ley, deben ser necesarias en una sociedad democrática para proteger los fines mencionados y deben ser compatibles con todos los demás derechos reconocidos en el Pacto. (...) La propia ley tiene que determinar las condiciones en que pueden limitarse esos derechos”[2].

El Derecho Internacional de los Derechos Humanos permite la suspensión del ejercicio de algunos derechos en situaciones de emergencia, pero con una serie de exigencias y con la prohibición de afectar varios derechos fundamentales, considerados intangibles.

El artículo 4 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, describe la facultad de suspensión de algunas de las disposiciones del tratado, de la siguiente manera:

“En situaciones excepcionales que pongan en peligro la vida de la nación y cuya existencia sea proclamada oficialmente, los Estados Partes en el presente Pacto podrán adoptar disposiciones que, en la medida estrictamente limitada a las exigencias de la situación, suspendan las obligaciones contraídas en virtud de este Pacto, siempre que tales disposiciones no sean incompatibles con las demás obligaciones que les impone el derecho internacional y no entrañen discriminación alguna fundada únicamente en motivos de raza, color, sexo, idioma, religión u origen social”.

En el marco de esta normativa, las exigencias para recurrir a un Estado de excepción, así como para la adopción de las medidas en ejercicio de esos poderes excepcionales, son muy estrictas, dada la gravedad que representa la restricción de derechos y libertades fundamentales.

Las normas internacionales relativas a los estados de excepción identifican los derechos reconocidos en las disposiciones cuya suspensión no está autorizada: entre los cuales figuran el derecho a la vida, la prohibición de la tortura (Art.7), el principio de legalidad y de no retroactividad, la libertad de pensamiento, de conciencia y religión, los derechos políticos, así como garantías judiciales indispensables para la protección de tales derechos.

Estos instrumentos exigen para la aplicación de los poderes de suspensión en relación con los demás derechos ceñirse a determinados principios, cuyos requisitos fundamentales son:

- Que las situaciones excepcionales constituyan una amenaza para la vida de la nación o para la independencia o seguridad del Estado;
- Que la existencia de la situación excepcional haya sido proclamada oficialmente;
- Que las medidas adoptadas sean estrictamente proporcionales a las exigencias de la situación;
- Que las disposiciones que se adopten no entrañen discriminación;
- Que las suspensiones no sean incompatibles con las demás obligaciones impuestas al Estado por el derecho internacional,
- Que las medidas sean necesarias en una sociedad democrática

- Que el Estado informe de inmediato a los demás Estados Partes por conducto del Secretario General de las Naciones Unidas de las disposiciones cuya aplicación se haya suspendido y de los motivos que hayan suscitado la suspensión. El Estado también está obligado a informar por el mismo conducto la fecha en que haya dado por terminada la suspensión.

Sin embargo, lo más difícil o el desafío mayor radica en la implementación de las medidas excepcionales, así como en el control de esa legalidad de excepción, para asegurar el efectivo respeto de los derechos humanos.

La Corte Interamericana de Derechos Humanos ha afirmado reiteradamente que “el principio de legalidad, las instituciones democráticas y el Estado de Derecho son inseparables”[3], agregando que “el concepto de derechos y libertades y, por ende, el de sus garantías, es también inseparable del sistema de valores y principios que lo inspira. En una sociedad democrática los derechos y libertades inherentes a la persona, sus garantías y el Estado de Derecho constituyen una tríada, cada uno de cuyos componentes se define, completa y adquiere sentido en función de los otros”[4].

El 24 de julio de 2001, el Comité de Derechos Humanos de las Naciones Unidas aprobó la Observación General No 29, en la cual interpreta el artículo 4 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos. El Comité enfatizó, entre otros puntos, que en tiempos de conflicto armado son aplicables las normas del Derecho Internacional Humanitario, las cuales contribuyen, junto con las disposiciones del artículo 4 y del párrafo 1 del artículo 5[5], a impedir el abuso de las facultades excepcionales del Estado. Destacó además que, aun durante un conflicto armado, las disposiciones que suspendan la aplicación del Pacto solo estarán permitidas en la medida en que la situación constituya una amenaza para la vida de la nación[6].

Adicionalmente, en opinión del Comité, los Estados Partes no podrán, bajo ninguna circunstancia, invocar el artículo 4 del Pacto para justificar la comisión de actos violatorios del derecho internacional humanitario o de normas imperativas del derecho internacional, como podría ser, por ejemplo, la toma de rehenes, la imposición de penas colectivas, la privación arbitraria de la libertad o el desconocimiento de principios fundamentales, tales como el derecho a un juicio imparcial o la presunción de inocencia. A juicio del Comité, hay elementos contenidos en otras disposiciones diferentes del artículo 4 del Pacto que no pueden ser objeto de suspensión legítima, tales como: (a) toda persona privada de la libertad será tratada humanamente y con el respeto debido a la dignidad inherente

al ser humano; (b) las prohibiciones a las tomas de rehenes, los secuestros o la detención no reconocida; (c) elementos de la protección internacional de los derechos de las personas pertenecientes a las minorías (prohibición del genocidio y la cláusula de no discriminación); (d) la deportación o el traslado forzoso de la población sin motivos autorizados por el derecho internacional; (e) la prohibición de la propaganda en favor de la guerra o la apología del odio nacional, racial o religioso que constituya incitación a la discriminación, la hostilidad o la violencia.

En la misma Observación General, el Comité de Derechos humanos también resaltó que los principios de legalidad y el Estado de Derecho exigen el respeto al derecho a un juicio imparcial durante la vigencia del estado de excepción. Solo un tribunal de derecho puede enjuiciar y condenar a una persona por la comisión de un delito. Debe respetarse la presunción de inocencia. Con el objeto de proteger los derechos que no deben ser objeto de suspensión, el derecho de acceder a los tribunales para que decidan sin demora sobre la legalidad de la detención no debe ser afectado por la decisión del Estado Parte de suspender la vigencia de ciertas garantías del Pacto.

En varias de sus disposiciones y bajo determinadas circunstancias, el Pacto contempla también la limitación de derechos, pero siempre bajo las exigencias de estar previstas en la ley, ser necesarias en una sociedad democrática, para proteger los fines previstos, y siempre y cuando las restricciones sean compatibles con los demás derechos reconocidos en el Pacto.

En repetidas oportunidades, el Comité de Derechos Humanos ha hecho hincapié en que solamente podrán imponerse, respecto de los derechos consagrados en el Pacto, las restricciones que sean necesarias y proporcionales.[7] El Derecho Internacional de los Derechos Humanos exige que el alcance de estas restricciones no sea interpretado de tal modo que comprometa la esencia misma del derecho. Las disposiciones deberán además ser interpretadas de manera favorable a los derechos. Las restricciones deben además ser compatibles con el objeto y el fin del Pacto, y no deben ser aplicadas en forma arbitraria. Corresponde al Estado la carga de justificar la legitimidad de las restricciones a los derechos.

En virtud del Derecho Internacional de los Derechos Humanos, las medidas legislativas, de política u operacionales para combatir el terrorismo, así como las que surgen en aplicación de los poderes de excepción, deben basarse en los siguientes principios:

a) Las restricciones legítimas a los derechos deberán:

- ser permitidas a la luz de las disposiciones respectivas del tratado;
- estar previstas en la ley, la cual debe establecer claramente qué restricciones pueden hacerse, bajo qué condiciones y por medio de qué autoridades;
- ser estrictamente necesarias en una sociedad democrática y cumplir con los requisitos señalados en los párrafos anteriores;
- no menoscabar la esencia del derecho, es decir que esas restricciones no comporten la supresión del derecho mismo;
- ser interpretadas en favor de los derechos cuestionados, por aplicación del principio pro homine que impone una interpretación amplia de los derechos y una estricta y restrictiva de las limitaciones a éstos;
- ajustarse al principio de proporcionalidad y razonabilidad de las medidas con las circunstancias y necesidades específicas;
- ser compatibles con el objeto y el fin de los tratados de derechos humanos, es decir, con la protección y garantía de los derechos humanos y del Estado de derecho;
- respetar el principio de no discriminación;
- no ser aplicadas en forma arbitraria;
- ser compatibles con los principios de legalidad y del estado democrático de derecho;
- someterse al control judicial para determinar la legalidad y legitimidad de las medidas adoptadas.

b) Al establecer los límites de los derechos y las libertades, las leyes que autorizan las restricciones deberán:

- emplear criterios precisos, que indiquen claramente el marco de la actuación del Estado, los límites de esa actuación y las obligaciones impuestas a los ciudadanos;
- no conferir una discrecionalidad irrestricta a quienes están a cargo de su aplicación;

- prever los controles necesarios para garantizar la legalidad y legitimidad de las medidas que se adopten en aplicación de dichas leyes o decretos.

La Corte Interamericana ha subrayado que “ resulta ilegal toda actuación de los poderes públicos que desborde aquellos límites que deben estar precisamente señalados en las disposiciones que decretan el estado de excepción...” [8] ya que “en un Estado de Derecho, el ejercicio del control de legalidad de tales medidas por parte de un órgano judicial autónomo e independiente que verifique, por ejemplo, si una detención, basada en la suspensión de la libertad personal, se adecua a los términos en el estado de excepción lo autoriza”[9]. Por esta razón, los procedimientos judiciales inherentes a la forma democrática representativa de gobierno, así como los principios del debido proceso deben permanecer vigentes para controlar la legalidad y combatir el abuso de poder.

El principio de legalidad implica igualmente el respeto de las atribuciones que tienen los poderes del Estado, en particular, el legislativo. La Corte Interamericana destacó al respecto que “la protección de los derechos humanos requiere que los actos estatales que los afecten de manera fundamental no queden al arbitrio del poder público, sino que estén rodeados de un conjunto de garantías enderezadas a asegurar que no se vulneren los atributos inviolables de la persona, dentro de las cuales, acaso la más relevante tenga que ser que las limitaciones se establezcan por una ley adoptada por el Poder Legislativo, de acuerdo con lo establecido por la Constitución.”[10]

Todas estas observaciones nos muestran los grandes desafíos que plantean las políticas de seguridad en la defensa de los derechos humanos, la vigencia del Estado democrático de Derecho y la protección de la población y de las minorías. Por una parte, los Estados deben asumir el compromiso de combatir el terrorismo y los actos de violencia contra la población, y por la otra, para cumplir con ese objetivo, deben respetar los derechos de las personas a quienes pretenden proteger.

La Alta Comisionada ha destacado que la normativa de derechos humanos establece un justo equilibrio entre las legítimas preocupaciones por la seguridad nacional y las libertades fundamentales en cada caso.

Es importante tomar en cuenta las preocupaciones de los órganos internacionales por las prácticas de los Estados en materia de seguridad que afectan de manera incompatible los derechos humanos. Así, el Comité de Derechos Humanos

manifestó su preocupación en reiteradas ocasiones por la tendencia de los Estados a ampliar y prorrogar las facultades de arresto y detención. El Comité contra la Tortura señala asimismo que entre las medidas que comunmente contribuyen a la práctica de la tortura figuran el amplio alcance de las facultades de arresto y detención concedidas a la policía.

En relación con Colombia, merece destacarse que la problemática en torno a los estados de excepción no es nueva y que los órganos internacionales recogieron con amplia preocupación esas experiencias. El Comité de Derechos Humanos, por ejemplo, al examinar en 1997 el informe presentado por el Estado colombiano[11], expresó su profunda preocupación por propuestas de reforma constitucional que estaban destinadas a “suprimir los límites de tiempo para los Estados de excepción, otorgar funciones de policía judicial a las autoridades militares...” Extendió su preocupación porque integrantes de las fuerzas militares y de seguridad u otras fuerzas supuestamente seguían ejerciendo poderes especiales sobre la población y las autoridades civiles, incluidas las autoridades judiciales, poderes que se les otorgaron mediante el establecimiento de zonas especiales de orden público por decretos que ya no estaban en vigor. El Comité estaba especialmente preocupado por el hecho de que los militares ejercían las funciones de investigación, arresto, detención e interrogatorio. En el mismo sentido se pronunció la Comisión Interamericana de Derechos Humanos.[12]

La Comisión señaló igualmente su preocupación “con respecto a las disposiciones que permiten a los militares realizar investigaciones y arrestos, inclusive en situaciones de emergencia. Lo que corresponde es que esas funciones estén en manos de fuerzas policiales regulares o de la policía judicial especial bajo la supervisión del Poder Judicial. La movilización de las Fuerzas Militares para combatir el delito supone poner tropas entrenadas para el combate a un enemigo armado en situaciones que requieren capacitación especial en seguridad pública e interrelación con civiles. Además, esta situación crea grave confusión con respecto al equilibrio de poderes y a la independencia del Poder Judicial. Las facultades generalmente otorgadas a los órganos judiciales para ordenar o denegar allanamientos, disponer y realizar arrestos o liberar personas detenidas se transfieren a autoridades que forman parte del Poder Ejecutivo. Esta preocupación suscita otro motivo de inquietud con respecto a la disposición que permite que esas detenciones realizadas por autoridades militares se mantengan sin ningún control judicial durante un período de 36 horas.”[13]

Otro elemento de preocupación destacado por los diversos órganos internacionales



ha sido el hecho de que en Colombia la legislación de excepción se transforme en legislación permanente contraviniendo los principios de temporalidad y proporcionalidad.

En el contexto de esas preocupaciones señaladas en el pasado sobre Colombia, así como sobre el impacto de los estados de excepciones y los abusos a los que ha dado lugar esta medidas excepcionales en varios países, en particular del hemisferio, es importante analizar la situación actual en Colombia.

En este sentido, debe tomarse en cuenta que, como lo observa el Comité de Derechos Humanos, “el solo hecho de que una suspensión permisible de la aplicación de una determinada disposición pueda de por sí justificarse por las exigencias de la situación no elimina el requisito de que deba mostrarse que las medidas concretas adoptadas como consecuencia de esa suspensión son necesarias en razón de las exigencias de la situación.”[14]

Para evaluar esas medidas la Corte Interamericana señaló que la juridicidad y legitimidad de las mismas dependerá “del carácter, intensidad, profundidad y particular contexto de la emergencia, así como la proporcionalidad, y razonabilidad que guarden”[15] dichas medidas; así como de que “subsistan medios idóneos de control de las disposiciones que se dicten a fin de que ellas se adecúen razonablemente a las necesidades de la situación y no excedan de los límites estrictos impuestos por la Convención o derivados de ella”[16].

En el análisis de los decretos y de las medidas adoptados por el Estado colombiano en el ejercicio del derecho de suspensión debe, en primer lugar, preguntarse si las disposiciones establecen de manera fehaciente y clara el límite de la actuación de las autoridades frente a los derechos fundamentales de las personas. Cuando, en el decreto 2002, se utilizan formulaciones como “urgencia insuperable y necesidad de proteger un derecho fundamental en grave o inminente peligro” para autorizar la captura del “sospechoso” con o sin orden judicial; y se prevé la posibilidad de intercepciones telefónicas, registros domiciliarios o allanamientos con el fin de prevenir la comisión de delitos”, no se está respondiendo adecuadamente al principio de legalidad.

Tratándose además de restricciones a derechos fundamentales, tampoco se adecúa a las exigencias de que éstas solo pueden ser impuestas por una ley previa. La Corte Interamericana afirmó que la expresión “leyes” no debe ser utilizada como sinónimo de cualquier norma jurídica[17], concluyendo que dicha expresión, “no



puede tener otro sentido que el de ley formal, es decir, norma jurídica adoptada por el órgano legislativo y promulgada por el Poder Ejecutivo, según el procedimiento requerido por el derecho interno de cada Estado”.[18]

Por otra parte, según las normas y principios internacionales, la privación de libertad que no está basada en la existencia de indicios que permitan inferir la comisión de un delito, ya sea en flagrancia o en el curso de una investigación penal, constituye una privación arbitraria de esa libertad y es incompatible aún en estados de excepción. Las autoridades no puede presumir la culpabilidad de las personas, sino respetar la presunción de inocencia, razón por la cual no puede privarse de libertad a las personas en aplicación de principios subjetivos como que la persona parezca “sospechosas”, o con el fin genérico e hipotético de prevenir delitos, sin que la privación de libertad esté vinculada a una relación directa del detenido con la comisión de un delito previsto en la legislación como tal y para el cual se otorga dichas facultades a las autoridades.

Asimismo, la necesidad de proteger un derecho fundamental amenazado no implica automáticamente que la autoridad pueda restringir legítimamente la libertad personal u otros derechos o libertades fundamentales. Las restricciones posibles deben estar específicamente establecidas y no toda amenaza da lugar a una restricción. Por lo tanto, una formulación semejante es igualmente incompatible con los principios internacionales.

Cuando, además, el decreto plantea el otorgamiento de funciones de captura, registro, allanamientos e interceptaciones telefónicas a las fuerzas militares, con o sin autorización judicial, funciones que normalmente pertenecen a la policía judicial, se están trasladando poderes que deben ejercer órganos judiciales y desvirtuando los principios de independencia y control judicial. Al mismo tiempo, no se está atendiendo adecuadamente a las observaciones y recomendaciones internacionales ya señaladas previamente.

Por otra parte, la justificación del decreto 2002, en su considerando 3°, parte de la existencia de “la mimetización de sus integrantes dentro de la población civil” y del “constante abastecimiento que funciona en los lugares en que permanecen”. Estas consideraciones resultan de gravedad, ya que impiden el ejercicio del principio de distinción entre población civil y combatientes, impuesto por las reglas humanitarias, y pueden dar un justificativo a los grupos armados ilegales para el explicar el no respeto de dicho principio.

Es fundamental, frente a todas estas medidas, examinar si existen en las medidas previstas medios idóneos de control para asegurar el respeto de la legalidad y de los límites a la actuación del Estado, así como para prevenir abusos y sancionarlos.

Cabe recordar, como lo señaló recientemente la Alta Comisionada,[19] que los valores democráticos, la responsabilidad pública y el sistema de equilibrio de poderes que integran el sistema de gobierno deben mantenerse incólumes, aun en tiempos difíciles. El Congreso y el poder judicial tienen un papel importante que desempeñar en el cumplimiento de las obligaciones internacionales contraídas por los Estados. El apoyo a un poder judicial independiente es una parte importante de la estrategia que tiene por objeto aboradar las causas fundamentales de la violencia. Un poder judicial independiente es transparente y no solo garantiza que haya justicia sino que se asegura de que ésta se aplique.

Quisiera terminar diciendo que el reto está en que las medidas de excepción partan de normas claras y precisas que establezcan sin ambigüedad los límites de la actuación del poder público frente a los derechos y libertades fundamentales. Asimismo, la implementación de esas medidas debe realizarse bajo el más estricto apego a los principios de derechos humanos, así como bajo el control judicial independiente en su aplicación.

Finalmente, no debemos olvidar que el Estado tiene una obligación de prevención de las violaciones de derechos humanos y de garantía de los mismos. Por esta razón, el Estado debe tomar todos los recaudos necesarios para asegurarse que las medidas de excepción no afecten de manera arbitraria, desproporcional e incompatible con las normas internacionales los derechos y libertades fundamentales. La protección de estos últimos debe ser el objeto mismo de las medidas excepcionales.

Los Estados deben optar por la primacía de los derechos humanos de las personas mirando los problemas de manera integral y consecuente con las necesidades en una sociedad democrática.

Bogotá, 25 de septiembre de 2002

---

[1] De conformidad con el párrafo 204 de la sentencia N° 52 de 30 de mayo de 1999; Corte Interamericana de Derechos Humanos, Caso Castillo Petrucci y otros.

- [2] Comité de Derechos Humanos, observación general N° 27; interpretación del artículo 12 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos sobre libertad de circulación, párrafo 11
- [3] Corte Interamericana de Derechos Humanos, Opinión consultiva OC-8/87, del 30 de enero de 1987: El “Habeas Corpus” bajo suspensión de garantías (arts. 27.2. 25.1 u 7.6 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos, párrafo 24 (cf. La expresión “leyes” en el artículo 30 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos. Opinión Consultiva OC-6/86 del 9 de mayo de 1986, párrafo 32)
- [4] Ídem, párrafo 26
- [5] Relativo a la interpretación de las disposiciones del Pacto y de las restricciones a los derechos humanos. Artículo 5.1: “Ninguna disposición del presente Pacto podrá ser interpretada en el sentido de reconocer derecho alguno a un Estado, grupo o individuo para emprender actividades o realizar actos encaminados a la destrucción de cualquiera de los derechos o libertades reconocidos en el Pacto, a su limitación en medida mayor que la prevista en él.”
- [6] Comité de Derechos Humanos, Observación general N° 29, sobre el artículo 4 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, párrafo 3.
- [7] Véase la Observación General No. 29 citada, párrafo 4.
- [8] Corte Interamericana, Opinión Consultiva OC-8/87 citada, párrafo 38
- [9] Ídem párrafo 40
- [10] Véase la Opinión Consultiva OC-6/86 de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, sobre la expresión “leyes” en el artículo 30 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos”.
- [11] Véase las Observaciones finales del Comité de Derechos Humanos: Colombia. Documento ONU, CCPR/C/79/Add.76, párrafos 19, 23 y 25.
- [12] Véase por ejemplo OEA/Ser.L/V/II.84, Doc. 39 Rev. Conclusiones y recomendaciones, párrafos 1 y 2. OEA/Ser.L/V/II.102. Doc. 9 Rev. 1 capítulo II, G, Párrafos 6 y 7
- [13] Tercer informe sobre la situación de los derechos humanos en Colombia. OEA/Ser.L/V/II.102 Doc. 9 rev.1, 26 de febrero de 1999.
- [14] Observación general 29 (interpretación del artículo 4 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos) ya citada; párrafo 4.
- [15] Corte Interamericana de Derechos Humanos, Opinión Consultiva OC-8/87 citada, párrafo 22.
- [16] Corte Interamericana de Derechos Humanos, Opinión Consultiva OC-8/87 citada, párrafo 21.
- [17] Véase Corte Interamericana de Derechos Humanos, Opinión Consultiva OC-6/86 citada, párrafo 26.

[18] Ídem nota anterior, párrafo 27.

[19] Véase el documento ONU E/CN.4/2002/18, párrafo 57.