

Intervención del señor Michael Frühling,
Director de la Oficina en Colombia del Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los
Derechos Humanos

Ante la Comisión Primera de la Honorable Cámara de Representantes

Señor Presidente
Señores Representantes:

En nombre de la Oficina del Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Derechos Humanos agradezco profundamente la invitación que se me ha formulado para concurrir ante la Comisión Primera de la Cámara de Representantes con el fin de transmitirles, con el mayor comedimiento, algunas observaciones sobre el Proyecto de Acto Legislativo No. 223-Cámara y 015-Senado, “por el cual se modifican los artículos 15, 24, 28 y 250 de la Constitución Política de Colombia”.

Esta invitación permite a la Oficina bajo mi dirección cumplir otra vez ante el Congreso de Colombia las funciones que su mandato le impone en materia de asesoría y de promoción de las normas y principios internacionales de derechos humanos y de derecho internacional humanitario.

Sea lo primero reiterar que la Oficina mira como algo justo y necesario las acciones legítimas emprendidas por el Estado colombiano para prevenir la ejecución de actos de terrorismo y para llevar ante la justicia a los responsables de planearlos, financiarlos, mandarlos cometer y ejecutarlos. Para la Organización de las Naciones Unidas todo acto de terrorismo “constituye una amenaza a la paz y la seguridad” , y es injustificable en toda circunstancia, independientemente de las consideraciones políticas, filosóficas, ideológicas, raciales, étnicas, religiosas o de cualquier otra índole que se hagan valer en el empeño de justificarlo .

A la vez, la Oficina también cree conveniente reiterar que la lucha contra el terrorismo debe siempre desarrollarse en el marco del Estado de derecho y con plena sujeción a los compromisos internacionales contraídos al suscribir y ratificar los instrumentos del derecho internacional de los derechos humanos y del derecho internacional humanitario. Lo que caracteriza la vida y la actividad del Estado democrático y de derecho es su permanente voluntad de defenderse, de manera exclusiva, con los métodos propios de una autoridad sujeta a los principios y valores cuya vigencia garantiza el imperio del orden justo y el logro de la pacífica convivencia.

A continuación resumo ante ustedes las observaciones de la Oficina sobre el citado proyecto de reforma constitucional. Al final haré algunas sugerencias sobre la forma como Colombia podría seguir combatiendo el terrorismo sin poner en riesgo los postulados característicos del Estado de derecho.

I. Observaciones sobre el artículo 4º del Proyecto.- Participación de miembros de las fuerzas militares en actividades de policía judicial

El artículo 4º del Proyecto prevé que la Fiscalía General de la Nación, por solicitud del Gobierno nacional, “podrá conformar unidades especiales de policía judicial con miembros de las Fuerzas Militares, quienes bajo su dirección y coordinación cumplirán funciones operativas de apoyo, de protección y auxiliares, en aquellos sitios del territorio nacional en los que no exista una autoridad judicial a la que se pueda recurrir en forma inmediata, o donde no sea posible el acceso de los funcionarios de policía judicial por excepcionales circunstancias de orden público”.

La Oficina toma nota de que el artículo, sobre cuyo primer texto hizo observaciones, tiene una nueva redacción. La norma incluye ahora para el Gobierno nacional la obligación de rendir informe al Congreso de la República sobre el uso que se haya hecho de la facultad allí conferida.

Sin embargo, la Oficina considera necesario advertir que, aun limitando la actuación de miembros de las fuerzas militares a “funciones operativas de apoyo, de protección y auxiliares”, el artículo 4º no parece excluir la posibilidad de que ellos puedan ejercer competencias de policía judicial. Si esto no es lo que se pretende, parecería innecesario reformar la Constitución para asignar a los integrantes de los cuerpos castrenses funciones que ya cumplen bajo la normativa fundamental vigente, como son las de apoyar, proteger y auxiliar a otras autoridades.

La Oficina estima conveniente recordar que, para los órganos internacionales de protección de los derechos humanos, el ejercicio de funciones de policía judicial por parte de personas de carácter militar se opone a los principios de independencia e imparcialidad de la administración de justicia, enunciados en el artículo 14 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos y en el artículo 8º de la Convención Americana sobre Derechos Humanos, instrumentos internacionales ratificados por Colombia.

A esto debe añadirse que en el caso concreto de Colombia los militares actúan en defensa del Estado dentro del conflicto armado sin carácter internacional librado en el país. Esta situación podría dificultar en muchos casos a los miembros de los cuerpos castrenses un

ejercicio sereno e imparcial de competencias relacionadas con el análisis de información, la celebración de interrogatorios, la práctica de pruebas y la realización de diligencias tendientes al esclarecimiento de los hechos.

Adicionalmente, la Oficina cree oportuno reiterar que existen importantes recomendaciones de carácter internacional por las cuales, tanto en el marco de la Organización de las Naciones Unidas como en el de la Organización de los Estados Americanos, se ha señalado a Colombia la incompatibilidad existente entre los tratados internacionales y el otorgamiento a los miembros de las fuerzas militares de funciones relacionadas con la policía judicial .

La Oficina recuerda también que el Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Derechos Humanos, en su informe sobre la situación de los derechos humanos en Colombia (2002), instó al Gobierno y al Congreso de la República a que “al adoptar políticas y al elaborar normas presten la debida atención a las obligaciones asumidas por Colombia como Estado Parte en los instrumentos internacionales de derechos humanos y derecho internacional humanitario”, y “a no introducir en el ordenamiento jurídico colombiano normas que faculten a los miembros de las fuerzas militares para ejercer funciones de policía judicial, ni otras que sean incompatibles con la independencia de la justicia” .

Asimismo, en la Declaración sobre Colombia de la Presidenta de la Comisión de Derechos Humanos de las Naciones Unidas, en el curso de su 59° período de sesiones, adoptada en consenso con el Gobierno nacional en el mes de abril de este año, se ha subrayado que las medidas del Estado colombiano para luchar contra la violencia, el terrorismo y el narcotráfico “deben ser respetuosas de los derechos humanos, el derecho humanitario y los principios democráticos”. También ha instado al Gobierno a que no intente dar carácter permanente, mediante ley, a las facultades de policía judicial concedidas a la fuerza pública por el Decreto Legislativo 2002 de 2002, declaradas inexecutable por la Corte Constitucional, en el mes de noviembre del año pasado. Por último lo ha exhortado “a no adoptar ninguna medida que pueda debilitar los mecanismos constitucionales para la protección de los derechos humanos, la justicia y los defensores del pueblo, o que pueda socavar la independencia del poder judicial” .

II. Observaciones sobre el artículo 1º del Proyecto.- Restricción del derecho a la intimidad personal sin previa orden judicial

El artículo 1º del Proyecto prevé: “Exclusivamente para prevenir casos de terrorismo, una ley estatutaria reglamentará la forma y condiciones en que las autoridades que ella señale, sin previa orden judicial, puedan interceptar o registrar la correspondencia y demás formas de comunicación privada, de personas sobre las cuales haya información de que están

realizando conductas tendientes a la preparación o realización de dichos actos, con aviso inmediato al juez que ejerza las funciones de control de garantías y control judicial posterior dentro de las treinta y seis (36) horas siguientes”.

A juicio de la Oficina, esta previsión legislativa se dirige a facultar a las autoridades del ramo administrativo para que puedan, sin previa orden judicial, restringir el derecho a la intimidad personal y familiar.

La Oficina hace notar —de conformidad con la doctrina y la jurisprudencia de los órganos internacionales, y tomando en consideración los requisitos previstos para la restricción legítima de derechos garantizados por el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos y por la Convención Americana sobre Derechos Humanos— que la interceptación de las comunicaciones y el registro de la correspondencia de personas no privadas de su libertad sólo resultan lícitos cuando se dan dentro de la órbita judicial.

A la luz de los instrumentos internacionales y de sus interpretaciones autorizadas cabe afirmar que el derecho al secreto de las comunicaciones sólo puede ser limitado por efecto de un mandamiento judicial suficientemente motivado que autorice la intervención, siempre que al ejecutarse ésta se dé estricta observancia a los principios de necesidad y razonabilidad. Por lo tanto, la ausencia de autorización judicial o la falta de motivación determinan, de manera irremediable, la lesión de ese derecho.

La fórmula de reforma constitucional contenida en el artículo 1º del Proyecto establece que las interceptaciones de carácter administrativo allí previstas estarán sometidas a control judicial posterior dentro de las 36 horas siguientes. El establecimiento de este control a posteriori no satisface, empero, las exigencias que en materia de prevención de las violaciones de los derechos humanos formulan al Estado colombiano las cláusulas de respeto y garantía recogidas en el artículo 2º del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos y en el artículo 1º de la Convención Americana sobre Derechos Humanos. Con arreglo a lo estipulado en estos pactos, el Estado no debe introducir en su ordenamiento interno disposiciones que supriman la valoración judicial previa de la legalidad, razonabilidad y necesidad de las actuaciones cuya realización incide sobre el secreto y la libertad de las comunicaciones privadas.

Cabe agregar que la ley estatutaria por la cual se reglamentará la forma y las condiciones para llevar a cabo las interceptaciones y registros allí regulados, habrá de tomar en consideración los principios de legalidad, necesidad, razonabilidad y proporcionalidad. Ella deberá tomar en cuenta, igualmente, la exigencia de que las normas sean lo suficientemente claras e inequívocas para dejar sentado cuál es el marco exacto de lo permitido, cuáles son

los límites de la actuación de la autoridad y en qué casos específicos se autoriza. La expresión “para prevenir casos de terrorismo” por sí misma es insuficiente para establecer con claridad dicho marco.

III. Observaciones sobre el artículo 3º del Proyecto.- Detenciones administrativas y registros domiciliarios sin previa orden judicial

El artículo 3º del Proyecto prevé: “Exclusivamente para prevenir casos de terrorismo, una ley estatutaria reglamentará la forma y las autoridades que podrán realizar detenciones y registros domiciliarios, con aviso inmediato al juez que ejerza las funciones de control de garantías y control judicial posterior dentro de las treinta y seis horas (36) siguientes, y establecerá drásticas sanciones a quienes abusen de esta medida”.

A juicio de la Oficina esta previsión legislativa se dirige a facultar a las autoridades de carácter administrativo para que puedan realizar detenciones y registros domiciliarios sin previa orden judicial.

La Oficina se permite poner de presente que los tratados internacionales sobre derechos humanos (artículo 9º,1. del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos y artículo 7º,1., 2. y 3. de la Convención Americana sobre Derechos Humanos) sólo admiten la detención administrativa —la privación de la libertad ordenada por servidores públicos del orden ejecutivo— en casos excepcionalísimos, como son los de situaciones en las cuales se da un grave, claro, e inminente peligro para la sociedad que no puede evitarse efectivamente de otro modo.

Siendo ello así, resulta incompatible con las normas internacionales facultar permanentemente a las autoridades administrativas para aprehender y retener, hasta por 36 horas, a personas que ni están en flagrancia ni tienen en su contra una orden judicial de captura.

Por lo demás, la Oficina se permite hacer notar que, según la jurisprudencia y la doctrina internacionales, la detención administrativa:

1º No debe constituirse en medio para evitar las salvaguardias derivadas de la aplicación del principio de reserva judicial de la libertad individual.

2º Debe cumplir los requisitos exigidos por la normativa internacional para cualquier tipo de privación de la libertad. Por lo tanto:

a. No ha de ser arbitraria, sino fundarse en indicios necesarios (nunca en meras sospechas).

- b. Ha de tener una causa precisa e inequívoca establecida en la ley.
- c. Su ejecución deberá ceñirse al procedimiento legal para llevarla a cabo.
- d. Su aplicación no podrá implicar retraso alguno en la entrega de la persona aprehendida a la autoridad judicial.
- e. Estará siempre sometida a control de legalidad inmediato, a través del ejercicio del hábeas corpus.
- f. No podrá prolongarse por tiempo indefinido.

Como lo ha indicado la Corte Interamericana, el artículo 7º de la Convención Americana sobre Derechos Humanos “contiene como garantías específicas, descritas en sus incisos 2 y 3, la prohibición de detenciones o arrestos ilegales o arbitrarios, respectivamente”. Según el primero de tales supuestos normativos “nadie puede verse privado de la libertad personal sino por las causas, casos o circunstancias expresamente tipificadas en la ley (aspecto material), pero, además, con estricta sujeción a los procedimientos objetivamente definidos por la misma (aspecto formal)”. Con arreglo al segundo de esos supuestos, “nadie puede ser sometido a detención o encarcelamiento por causas y métodos que —aun calificados de legales— puedan reputarse como incompatibles con el respeto a los derechos fundamentales del individuo por ser, entre otras cosas, irrazonables, imprevisibles, o faltos de proporcionalidad.” En este sentido, la Corte aclara que la Constitución Política o las leyes de un Estado deben ser “compatibles con las ideas de razonabilidad, previsibilidad y proporcionalidad que deben caracterizar a toda detención o retención legal a fin de que no se les considere arbitrarias”.

En lo que hace a la práctica de los registros domiciliarios administrativos, también previstos en el artículo 3º del Proyecto, ella tampoco se ajusta al ordenamiento internacional. Con arreglo a las estipulaciones del artículo 17 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos y del artículo 11 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos, en el terreno penal la irrupción de las autoridades en un recinto resguardado por la inviolabilidad domiciliaria sólo puede darse sin mandamiento judicial cuando en aquel lugar hay una situación de flagrancia o es inminente la consumación de una conducta punible. De no darse cualquiera de esas dos hipótesis el allanamiento extrajudicial constituye una de las injerencias arbitrarias prohibidas por uno y otro instrumento.

En relación con el artículo que estamos comentando es importante reiterar que caben aquí las observaciones ya formuladas sobre la expresión “para prevenir casos de terrorismo”.

Esta cláusula, por su redacción demasiado amplia y vaga, no se conforma a la exigencia de que las normas se formulen de manera precisa e inequívoca.

La Oficina toma nota de la obligación del Gobierno nacional de rendir informe al Congreso de la República sobre el uso que se haya hecho de las facultades otorgadas en el artículo 3º del Proyecto.

Las privaciones de la libertad y los registros domiciliarios son hechos en los cuales se materializa una severa injerencia del Estado en el ámbito de la autonomía de las personas. Por ello los instrumentos internacionales exigen para la aprehensión y el allanamiento, por regla general, la intervención antecedente de servidores públicos facultados por la ley para administrar justicia en materia penal. Las aprehensiones y los allanamientos deben ser autorizados en forma previa por fiscales o jueces, y solo en casos extremos y excepcionales pueden las autoridades administrativas prescindir de tal autorización.

IV. Observaciones sobre el artículo 2º del Proyecto.- Informe de residencia de los habitantes

El artículo 2º del Proyecto prevé: “El Gobierno Nacional podrá establecer la necesidad de llevar un informe de residencia de los habitantes de algunas partes del territorio nacional, quienes tendrán la obligación de proporcionar esta información. Una ley estatutaria regulará esta medida, señalando las obligaciones de los ciudadanos, los límites de las actuaciones de las autoridades, las condiciones y la forma en que esas actuaciones se autorizarán, los controles y recursos previstos para el examen de la legalidad y la no arbitrariedad de la actuación, así como drásticas sanciones a quienes abusen de la misma”.

En sus observaciones del 13 de mayo del año en curso sobre la propuesta de reforma constitucional contenida en el Proyecto de Acto Legislativo al cual me refiero, la Oficina hizo notar que, con arreglo a lo dispuesto en los instrumentos internacionales (artículo 12,1. y 3. del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos y en el artículo 22,1. y 3. de la Convención Americana sobre Derechos Humanos), el ejercicio del derecho de toda persona que se halle legalmente en el territorio de un Estado a escoger libremente en él su residencia y a residir en él con sujeción a las disposiciones legales, sólo puede ser objeto de restricciones previstas y fijadas en la ley. Así, pues, de conformidad con los ya mencionados pactos, corresponde de modo exclusivo al legislador colombiano señalar los casos en que la autoridad estatal podrá interferir en el ámbito de la libertad garantizada por el artículo 24 de la Constitución.

La Oficina toma nota de las enmiendas introducidas al artículo 2º del Proyecto, que tienen en debida cuenta sus observaciones.

El artículo 2° del Proyecto también establece: “Esta información será recolectada, conservada y administrada por los alcaldes municipales u otras autoridades que disponga el Gobierno Nacional, en aquellos sitios en que este lo solicite por razones de orden público, y podrá ser consultada para desarrollar funciones de policía judicial bajo la vigilancia de quien haga las veces de Ministerio Público en la respectiva entidad territorial”. La Oficina confía en que la ley estatutaria que llegue a adoptarse para regular las competencias en este campo señalará, de modo taxativo, los términos de ejercicio de las facultades en ella previstas.

La Oficina toma igualmente, con interés, nota de que en su nueva redacción el artículo 2° del Proyecto impone al Gobierno la obligación de rendir informe al Congreso de la República sobre el uso que haya hecho de la facultad conferida por la reforma constitucional.

Consideraciones finales

La Oficina estima oportuno no limitar su intervención a poner de presente las observaciones que acaban de formularse. Considera conveniente además, contribuir en forma propositiva al nuevo estudio del proyecto de reforma constitucional adelantado en este período de la legislatura ordinaria por el Congreso.

En este orden de ideas la Oficina desea recordar que:

1° La Policía Nacional cumple hoy una importante labor en materia de policía judicial. Por tener este cuerpo naturaleza civil en virtud de su definición constitucional, el ejercicio por sus integrantes de funciones de tal índole es plenamente compatible con los instrumentos internacionales de derechos humanos. Con el fin de prevenir más eficazmente la comisión del delito de terrorismo, el Estado colombiano debe apoyar y fortalecer esa labor, dotando a la institución policiva de los recursos técnicos y financieros necesarios para que pueda actuar en todos los casos con celeridad, oportunidad y eficiencia. Una policía judicial a cargo de servidores públicos civiles, altamente capacitados y provistos de todos los instrumentos necesarios para apoyar la tarea de los fiscales, puede contribuir a una mejora patente de la administración de justicia.

2° La Constitución colombiana en vigencia armoniza plenamente con los tratados internacionales al exigir, de ordinario, el mandamiento escrito de autoridad judicial competente para privar de la libertad, interceptar las comunicaciones y allanar el domicilio. La experiencia demuestra que la obtención de tal mandamiento no exige, por lo general, esfuerzos extraordinarios, ni está sometida a dilaciones entorpecedoras. Siendo ello así, en

el ordenamiento colombiano debe mantenerse el monopolio judicial de la decisiones que afectan el derecho a la libertad individual, el derecho a la intimidad y el derecho a la inviolabilidad domiciliaria.

Varias normas vigentes en materia de derecho procesal penal y derecho de policía facultan a las autoridades administrativas para prevenir el terrorismo mediante aprehensiones y allanamientos sin orden judicial. Ejemplo de tales normas son las contenidas en el inciso segundo del artículo 294 y en el artículo 345 del Código de Procedimiento Penal, y en los artículos 56, 71, 76, 81 y 83 del Código de Policía. Sin embargo, en ocasiones estas facultades se utilizan en circunstancias donde nada impedía obtener un mandamiento jurisdiccional. Es necesario que por ley estatutaria sean señaladas taxativamente aquellas hipótesis en que autoridades distintas a las de la rama judicial del poder público podrán disponer la privación de la libertad o la entrada en el domicilio. Es de recordar que el ejercicio de una y otra competencia sólo se justifica cuando la sociedad corre grave peligro y éste no es evitable de otra manera.

3º En lo que se refiere concretamente a las llamadas “detenciones administrativas”, es de recordar que según la Sentencia C-24 de 1994, proferida por la Sala Plena de la Corte Constitucional, el inciso segundo del artículo 29 de la Ley Fundamental vigente permite que “en determinadas circunstancias y con ciertas formalidades, autoridades no judiciales aprehendan materialmente a una persona sin contar con previa orden judicial”. Sin embargo, la misma sentencia señala que la detención administrativa:

- a. Procede únicamente para la verificación de ciertos hechos.
- b. Sólo puede aplicarse en situaciones de apremio dentro de las cuales deba procederse con urgencia, pues la demora implicaría un peligro inminente.
- c. Debe basarse en motivos fundados y no en meras sospechas.
- d. Está sometida a estrictas limitaciones temporales.
- e. Se sujeta al principio de proporcionalidad.
- f. Debe estar abierta al control judicial de legalidad mediante el ejercicio del hábeas corpus.
- g. No puede traducirse en violación del principio de igualdad de los ciudadanos.

En este orden de ideas, no parece necesario introducir reformas en el articulado constitucional para que las autoridades administrativas puedan privar de la libertad a

personas contra las cuales obran indicios graves relacionados con la autoría de hechos punibles.

La Oficina confía en que el Congreso de Colombia valorará constructivamente las observaciones que aquí he formulado, y adoptará las decisiones apropiadas para ajustar a las exigencias internacionales la lucha del Estado colombiano contra el terrorismo. Reitero ante esta honorable Comisión la permanente disponibilidad de la Oficina en Colombia del Alto Comisionado de las Naciones Unidas para prestar a las cámaras legislativas su asesoramiento en las materias propias del mandato que le ha sido otorgado.