

Manual de calificación de conductas violatorias

Derechos humanos y derecho internacional humanitario

Volumen I



Oficina en Colombia
del Alto Comisionado de las
Naciones Unidas para los
Derechos Humanos



DEFENSORÍA
DEL PUEBLO
COLOMBIA



Unión Europea

Manual de calificación de conductas violatorias

**Derechos humanos y
derecho internacional humanitario**

Volumen I



Oficina en Colombia del
Alto Comisionado de las Naciones Unidas
para los Derechos Humanos



DEFENSORÍA
DEL PUEBLO
COLOMBIA

Presentación	II
Nota del editor	13
Abreviaturas utilizadas en este manual	15
Capítulo I	
El derecho internacional de los derechos humanos	17
1. Introducción	17
2. Origen de los derechos humanos, la Declaración Universal de los Derechos Humanos y su influencia en la Constitución Política de 1991	19
3. El derecho de los tratados: características del derecho internacional de los derechos humanos	25
3.1. El principio <i>pacta sunt servanda</i>	25
3.2. El principio de interpretación “de buena fe”: regla <i>pro homine</i>	27
3.3. Fuentes del derecho internacional de los derechos humanos	30
3.4. Principio de “no reciprocidad”	34
4. Diferencias entre el derecho internacional de los derechos humanos y el derecho internacional humanitario	34
5. Restricciones legítimas a los derechos humanos	36
5.1. Previsión normativa	37
5.2. Necesidad	38
5.3. Fines legítimos	38
5.4. Proporcionalidad	39
5.5. Razonabilidad y no arbitrariedad	39
5.6. No discriminación	40
6. Suspensión de derechos humanos en estados de emergencia	41
7. La obligatoriedad del derecho internacional de los derechos humanos y el derecho internacional humanitario	47

Capítulo II	
Autoría y responsabilidad en la violación de derechos humanos	49
1. Introducción	49
2. Responsabilidad estatal en la violación de los derechos humanos	51
3. Criterios generales para la admisión de quejas	
Tipología de las violaciones	58
Capítulo III	
El deber del Estado de respetar y garantizar los derechos humanos	61
1. Introducción	61
2. Obligación de <i>respetar</i> los derechos humanos	64
3. Obligación de <i>garantizar</i> los derechos humanos	66
3.1. Obligación de garantizar el pleno y libre ejercicio de los derechos y las libertades reconocidos sin discriminación alguna	69
3.2. Deber del Estado de prevenir las violaciones de los derechos humanos	70
3.3. Deber del Estado de investigar y sancionar las violaciones de los derechos humanos	71
3.4. Deber del Estado de reparar, cuando no sea posible restaurar el derecho violado	77
4. Derecho a un recurso efectivo y a la tutela judicial	83
4.1. La inderogabilidad del derecho a un recurso efectivo en el marco de los estados de excepción	89
Tipología de las violaciones	92
Capítulo IV	
El derecho a la vida	97
1. Introducción	97
2. Dimensión y alcance del derecho a la vida	97

3. El derecho a la vida y la abolición de la pena de muerte	103
4. El derecho a la vida no puede ser objeto de suspensión o derogación	104
5. Deber de prevenir e investigar las ejecuciones extralegales, arbitrarias o sumarias	106
6. Violaciones del derecho a la vida	111
6.1. Privación ilegítima de la vida: ejecuciones sumarias, extrajudiciales o arbitrarias	111
6.2. Masacres	114
6.3. Tentativa de ejecución extrajudicial o extralegal	118
6.4. Amenazas de muerte	119
6.5. Crímenes de lesa humanidad	120
6.6. Genocidio	124
 Tipología de las violaciones	 130

Capítulo V

El derecho a la integridad personal

El derecho a la integridad personal	131
1. Introducción	131
2. Alcance del derecho a la integridad personal	132
3. Prohibición de suspensión o derogación	135
4. Inaplicabilidad de alegar circunstancias excepcionales o de obediencia debida	136
5. Tortura y otros tratos o penas crueles, inhumanos o degradantes	138
5.1. Tortura	140
5.2. Tratos o penas crueles, inhumanos o degradantes	150
6. Obligación de <i>non refoulement</i> o de no extraditar, no expulsar, no devolver	153
7. Obligación del Estado de investigar las violaciones de este derecho	156
 Tipología de las violaciones	 159

Capítulo VI	
El derecho a la libertad y seguridad personales	161
1. Introducción	161
2. La privación de la libertad debe realizarse conforme a las causas fijadas por la ley, con arreglo al procedimiento establecido en ésta y por mandato de autoridad competente (art. 9.1 PIDCP y arts. 7.2 y 7.3 de la Convención Americana)	164
2.1. Mandamiento de autoridad judicial competente	168
2.2. Excepciones a la captura realizada en virtud de mandamiento judicial	170
3. El derecho del detenido a ser informado inmediatamente de los motivos de la detención y el derecho a ser informado sin demora de los cargos que se le imputan (arts. 9.2 del PIDCP y 7.4 Convención Americana)	177
4. El derecho de toda persona detenida a comparecer sin demora ante un juez u otro funcionario autorizado por la ley para ejercer funciones judiciales, y a ser juzgada en un plazo razonable o a ser puesta en libertad (art. 9.3 PIDCP y 7.5 de la Convención Americana)	178
4.1. La prisión preventiva	180
5. El derecho de las personas privadas de libertad a que se respete su integridad y a recibir un trato humano	187
5.1. Separación de los procesados de aquellos que han sido condenados	190
5.2. Menores de edad	190
5.3. La finalidad del régimen penitenciario: la reforma y la readaptación social	191
5.4. Normas adicionales a tener en cuenta respecto de las personas privadas de libertad	192
6. El derecho al hábeas corpus (art. 9.4 PIDCP y art. 7.6 Convención Americana)	193
6.1. La inderogabilidad del recurso de hábeas corpus en estados de emergencia	199
Tipología de las violaciones	203

Capítulo VII

El derecho a no ser desaparecido 207

1. Introducción 207
2. El reconocimiento expreso del derecho a no ser desaparecido,
contenido en los instrumentos internacionales y nacionales 210
3. Crimen de lesa humanidad 217
4. Violación múltiple y continuada 219
 - 4.1. Violación del derecho a la vida 220
 - 4.2. Violación del derecho a la integridad personal 221
 - 4.3. Violación del derecho a la libertad y seguridad personales 222
 - 4.4. Violación del derecho a un recurso efectivo 222
 - 4.5. Violaciones de los derechos de los familiares
de la persona desaparecida 223
 - 4.6. Violación continuada 223
 - 4.7. Delito permanente 224
5. Deber del Estado de prevenir, investigar y sancionar
la desaparición forzada de personas 225
6. Carga de la prueba 229
7. Criterios de valoración de la prueba indiciaria o presuntiva 230

Tipología de las violaciones 232

Capítulo VIII

El derecho al debido proceso legal 233

1. Introducción 233
2. El derecho al debido proceso legal en situaciones de excepción 235
3. Garantías que conforman el debido proceso legal 237
 - 3.1. Garantías que se aplican a todo tipo de procedimientos 239
 - 3.2. Garantías procesales mínimas de los procesos penales 268
 - 3.3. Otras garantías aplicables a los procesos penales 299

Tipología de las violaciones 314

Capítulo IX	
El derecho a la intimidad	325
1. Introducción	325
2. El derecho a no ser objeto de injerencias arbitrarias o ilegales en la correspondencia y en las comunicaciones	328
2.1. Personas privadas de libertad	333
3. El derecho a no ser objeto de injerencias o ataques arbitrarios o ilegales en el domicilio	335
4. El derecho a no ser objeto de injerencias arbitrarias en la vida privada	339
5. El derecho a no ser objeto de injerencias arbitrarias en la vida familiar	344
6. El derecho a la honra y la reputación	350
7. El recurso de hábeas data	353
Tipología de las violaciones	361

Capítulo X	
El derecho a la libertad de opinión, expresión y a buscar información	367
1. Introducción	367
2. El derecho a la libertad de opinión	368
3. El derecho a la libertad de expresión	370
4. El derecho de todo individuo de acceder a la información que sobre su persona se encuentre en bases de datos o registros públicos	377
5. Restricciones legítimas a la libertad de expresión	379
5.1. Asegurar el respeto o la reputación de los demás	382
5.2. Proteger la seguridad nacional	388
5.3. Protección del orden público	390
5.4. Protección de la salud pública	392
5.5. Protección de la moral pública	392
Tipología de las violaciones	394

Capítulo XI

El principio de igualdad ante la ley y no discriminación 397

1. Introducción 397
 2. Igualdad y no discriminación 401
 - 2.1. Discriminación positiva 406
 - 2.2. Acciones afirmativas 408
 - 2.3. El “test de razonabilidad” 412
 - 2.4. Casos sobre igualdad y no discriminación 415
 - 2.5. Casos de discriminación negativa relevantes en Colombia 419
 3. Grupos especialmente vulnerables 422
 - 3.1. Sujetos especiales de protección en la Constitución Política 424
- Tipología de las violaciones 428**

Capítulo XII

El derecho a la libertad de reunión, asociación y a la libertad sindical 431

1. Introducción 431
 2. El derecho de reunión 433
 3. El derecho a la libertad de asociación 437
 4. La libertad sindical 439
- Tipología de las violaciones 447**

Capítulo XIII

Los derechos políticos 451

1. Introducción 451
2. El derecho a votar y a ser elegido 456
 - 2.1. El derecho a votar 458
 - 2.2. El derecho a ser elegido 464
3. El derecho de acceder en condiciones de igualdad a cargos públicos 465

4. El derecho a participar en la dirección de los asuntos públicos	468
5. Amenazas por parte de grupos armados irregulares contra candidatos y autoridades elegidas	471

Tipología de las violaciones 474

Capítulo XIV
Los derechos de la niñez 477

1. Introducción	477
2. La Convención sobre los derechos del niño	479
3. Otros instrumentos internacionales que tratan el tema de la niñez	480
4. El Código del Menor	482
5. Los derechos de los niños	485
5.1. Los niños y el derecho a la libertad personal	485
5.2. La niñez y la administración de justicia	493
5.3. Derechos del menor trabajador	504
5.4. La prohibición de explotación sexual	511
6. Los niños de la calle	512

Tipología de las violaciones 519

El presente Manual pretende ser una herramienta de fácil consulta sobre los estándares nacionales e internacionales de las principales violaciones de derechos humanos e infracciones al derecho internacional humanitario. En veinticinco capítulos se ofrece un examen básico de los derechos civiles, políticos, económicos, sociales y culturales de mayor importancia. A partir del reconocimiento internacional y de la consagración constitucional de cada derecho, se presenta un análisis del mismo teniendo en cuenta los desarrollos jurisprudenciales y doctrinales de los organismos intergubernamentales de derechos humanos y la jurisprudencia de la Corte Constitucional. Cada capítulo finaliza con un listado, a modo de ejemplo, de algunas violaciones que pueden desconocer cada derecho en concreto. Al final de esta publicación se incluye como anexo un listado de los principales tratados de derechos humanos y de derecho humanitario que actualmente se encuentran en vigor en Colombia, así como una bibliografía básica.

La publicación hace parte del proyecto conjunto de cooperación y asistencia técnica que la Oficina del Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Derechos Humanos ejecuta con la Defensoría del Pueblo. El Manual nace como una necesidad de los funcionarios que atienden y tramitan quejas en la Defensoría del Pueblo, de contar con un instrumento que permita calificar las quejas conforme a los parámetros nacionales e internacionales de los derechos humanos y del derecho internacional humanitario. La adecuada calificación, y su inclusión en una base de datos, permitirá a la Defensoría del Pueblo contar con estadísticas confiables y precisas de las violaciones de derechos humanos y de las infracciones al derecho internacional humanitario.

Adicionalmente el Manual será de utilidad para operadores de justicia, funcionarios públicos, miembros de organizaciones no gubernamentales, abogados, periodistas, estudiantes y la comunidad en general.

El Manual fue elaborado en dos etapas. En una primera etapa, Nerea Aparicio, consultora internacional de la Oficina del Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Derechos Humanos, redactó cada capítulo con la colaboración de un grupo de funcionarios de la Defensoría coordinados por Olga Lucía Gaitán García, coordinadora del macroproceso de atención. Por parte de la Defensoría participaron Juan Carlos Botero, director de Atención y Trámite de

Quejas; Beatriz Linares, delegada para la Mujer y la Niñez; Yamile Salinas Abdalá, delegada para los Derechos Colectivos y del Ambiente; Gabriel Muyuy, delegado para los Indígenas y las Minorías Étnicas; Luis Eduardo Pérez, delegado de Políticas Públicas; Ricardo Forero, Esteban Reyes y Martha Mireya Moreno, funcionarios de la Dirección de Recursos y Acciones Judiciales. En una segunda etapa, el documento fue revisado, corregido y editado por Alejandro Valencia Villa, consultor nacional de la Oficina del Alto Comisionado. Ambas instituciones reconocen de manera expresa la dedicación y el trabajo realizado por ellos.

Defensoría del Pueblo

Oficina en Colombia del Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Derechos Humanos

En las citas textuales se han utilizado puntos suspensivos entre paréntesis para indicar que se ha suprimido una parte de un documento; no se ha efectuado ninguna modificación o sustracción en los textos sin señalarlo en la forma mencionada. A fin de presentar los materiales de manera homogénea, se utiliza bastardilla para indicar énfasis en los textos reproducidos, sea cual sea el estilo del documento original (subrayado, bastardilla o negrillas). Las notas de pie de página señaladas con asteriscos corresponden a los documentos originales que se citan.

El presente informe se elaboró en el marco de la cooperación técnica entre el Gobierno de Chile y el Gobierno de Colombia, a través del Programa de Cooperación Técnica de Chile en Colombia, financiado por el Gobierno de Chile y el Gobierno de Colombia. El informe fue elaborado por el equipo de expertos de la Dirección de Asesoría y Apoyo Técnico del Ministerio de Educación de Chile, en colaboración con el equipo de expertos de la Dirección de Asesoría y Apoyo Técnico del Ministerio de Educación de Colombia.

La presente investigación se realizó en el marco de un convenio de cooperación técnica entre el Gobierno de Chile y el Gobierno de Colombia, a través del Programa de Cooperación Técnica de Chile en Colombia, financiado por el Gobierno de Chile y el Gobierno de Colombia. El informe fue elaborado por el equipo de expertos de la Dirección de Asesoría y Apoyo Técnico del Ministerio de Educación de Chile, en colaboración con el equipo de expertos de la Dirección de Asesoría y Apoyo Técnico del Ministerio de Educación de Colombia.

El presente informe se elaboró en el marco de la cooperación técnica entre el Gobierno de Chile y el Gobierno de Colombia, a través del Programa de Cooperación Técnica de Chile en Colombia, financiado por el Gobierno de Chile y el Gobierno de Colombia.

- Comisión Europea de Derechos Humanos (Comisión Europea)
- Comisión Interamericana de Derechos Humanos (CIDH)
- Comité de Derechos Humanos de las Naciones Unidas (Comité de Derechos Humanos)
- Comité contra la Tortura de las Naciones Unidas (Comité contra la Tortura)
- Comité de Derechos del Niño de las Naciones Unidas (Comité de Derechos del Niño)
- Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales de las Naciones Unidas (Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales)
- Consejo Económico y Social de las Naciones Unidas (Ecosoc)
- Constitución Política de Colombia (CP)
- Convención Americana sobre Derechos Humanos (Convención Americana)
- Convención de las Naciones Unidas contra la Tortura y otros Tratos Crueles, Inhumanos y Degradantes (Convención contra la Tortura)
- Convención Europea de Derechos Humanos (Convención Europea)
- Convención Interamericana para Prevenir y Sancionar la Tortura (Convención Interamericana contra la Tortura)
- Convención para la eliminación de la discriminación de la mujer (Convención de la Mujer)
- Convenios de Ginebra del 12 de agosto de 1949 (Convenios de Ginebra)
- Corte Europea de Derechos Humanos (Corte Europea)
- Corte Interamericana de Derechos Humanos (Corte Interamericana)
- Corte Interamericana de Justicia (CIJ)
- Corte Penal Internacional (CPI)
- Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre (Declaración Americana)
- Derecho Internacional de los Derechos Humanos (DIDH)
- Derecho Internacional Humanitario (DIH)
- Organización Internacional del Trabajo (OIT)
- Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos (PIDCP)

- Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales (PIDESC)
- Protocolo Adicional a la Convención Americana sobre Derechos Humanos en materia de Derechos Económicos, Sociales y Culturales (Protocolo de San Salvador)
- Protocolo I del 8 de junio de 1977 adicional a los Convenios de Ginebra del 12 de agosto de 1949 relativo a la protección de las víctimas de los conflictos armados internacionales (Protocolo I)
- Protocolo II del 8 de junio de 1977 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)

1. Introducción

Desde una perspectiva jurídica, el derecho internacional puede definirse “como el conjunto de normas positivadas por los poderes normativos peculiares de la Comunidad Internacional”.¹

Si se hace una apreciación de conjunto del derecho internacional y su evolución a lo largo de las décadas, se puede afirmar que el tránsito del derecho internacional clásico al derecho internacional contemporáneo se produjo en 1945, tras la finalización de la Segunda Guerra Mundial, ya que a partir de esta fecha la cooperación internacional de los Estados, desconocida hasta esta época, tomó un fuerte impulso.

Si bien en el derecho internacional clásico ya existían normas que se preocupaban por el trato a los extranjeros en general, y por la protección de la persona humana contra las prácticas de la esclavitud o la trata de blancas, el derecho internacional contemporáneo y su acusado proceso de humanización, ha hecho que aumente el número de normas que tienen como beneficiarios directos a los individuos, especialmente en el ámbito del respeto y la protección de sus derechos y libertades fundamentales.

La evolución del derecho internacional relacionado con la protección de los derechos humanos, a partir de la Segunda Guerra Mundial, se materializó en la aprobación de importantes instrumentos internacionales en esta materia, que completan los principios básicos de la Declaración Universal de Derechos Humanos de 1948.²

El derecho internacional de los derechos humanos (DIDH) y el derecho internacional humanitario (DIH) alcanzan un importante desarrollo, a partir de la Segunda Guerra Mundial, como una rama del derecho internacional público, y ambas comparten la misma filosofía: la protección de la persona humana y su dignidad. La diferencia consiste en que el DIH regula la situación particular de los derechos humanos en tiempo de conflicto armado.³

José A. Pastor Ridruejo, *Curso de derecho internacional público y organizaciones internacionales*, 6ª edición, Madrid, Editorial Tecnos, 1996, p. 49.

Oficina en Colombia del Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Derechos Humanos (OACNUDH), Hoja Informativa No. 6, p. 2.

1

2

El DIDH, al igual que el derecho internacional público, es creado por los Estados pero, a diferencia de este último, sus beneficiarios son los individuos o toda persona, en su calidad de humana.⁴ Por este motivo, el DIDH comparte algunos de los principios del derecho internacional público, pero además contiene otros específicos de esta rama del derecho.

En definitiva, la creación del DIDH produjo un cambio sustancial en la concepción del derecho internacional, ya que el objetivo último del DIDH no es regular o regir las relaciones entre los Estados, sino establecer un orden público internacional en beneficio de la humanidad.

Dentro de esa nueva corriente del derecho internacional contemporáneo, Colombia no fue ajena a ese fenómeno de humanización. A pesar de hacer parte de ese movimiento con la ratificación en 1945 de la Carta de la Organización de las Naciones Unidas (ONU)⁵ y de la Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre en 1948,⁶ así como de numerosos tratados internacionales de derechos humanos ratificados desde la década de los años sesenta, tales como algunos Convenios de la OIT, los Pactos Internacionales de las Naciones Unidas⁷ y la Convención Americana,⁸ entre otros, el ordenamiento jurídico interno no les confirió a esos instrumentos internacionales valor constitucional alguno, ni mucho menos fuerza supralegal.

Ello significó que las normas internacionales de derechos humanos y de derecho internacional humanitario tuvieron poca aplicación práctica en Colombia durante la vigencia de la Constitución Política de 1886.⁹

Con la entrada en vigencia de la Carta Política de 1991, se confiere una fuerza jurídica interna clara a los instrumentos internacionales de derechos humanos.

3 Ibid.

4 Ibid.

5 Colombia es miembro originario de la organización desde 1945. Mediante Ley 13 de 1945 se aprobó su ingreso, y se depositó el instrumento de ratificación ante el gobierno de Estados Unidos el 5 de noviembre del mismo año. La Carta entró en vigor el 25 de octubre de 1945.

6 La IX Conferencia Panamericana (Bogotá, 1948) creó la organización con base en los principios de Chapultepec. La Carta de Bogotá, firmada el 2 de mayo de 1948, entró en vigor desde el 13 de diciembre de 1951. La Tercera Conferencia Interamericana extraordinaria (Buenos Aires, febrero de 1967) aprobó el Protocolo de Reforma de Buenos Aires, en vigor desde el 27 de febrero de 1970.

7 Los pactos internacionales de derechos civiles y políticos y de derechos económicos, sociales y culturales, fueron aprobados por el Congreso de Colombia mediante Ley 74 de 1968, y entraron en vigor en Colombia el 23 de marzo de 1976.

8 La Convención Americana sobre Derechos Humanos o Pacto de San José de Costa Rica, fue aprobada por el Congreso de Colombia mediante Ley 16 de 1972, y entró en vigor en Colombia el 18 de julio de 1978.

9 Véase Rodrigo Uprimny, "El bloque de constitucionalidad en Colombia. Un análisis jurisprudencial y un ensayo de sistematización doctrinal", en *Compilación de jurisprudencia y doctrina nacional e internacional*, volumen I, Oficina en Colombia del Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Derechos Humanos, Bogotá, 2001, pp. 112 y ss.

2. Origen de los derechos humanos, la Declaración Universal de los Derechos Humanos y su influencia en la Constitución Política de 1991

A pesar de que distintos documentos de la historia constitucional británica del siglo XVII reconocieron determinados derechos y libertades fundamentales de los ciudadanos ingleses, sólo hasta el siglo XVIII se proclamaron los derechos del hombre con carácter general y no sólo para sus ciudadanos, en la Declaración de Derechos (Bill of Rights) de Virginia, Estados Unidos, el 12 de junio de 1776, y en la Declaración de los Derechos del Hombre y del Ciudadano, adoptada por la Asamblea constituyente francesa el 12 de junio de 1789.¹⁰ Desde entonces, la mayor parte de las constituciones de los Estados enuncian en su parte dogmática una serie de derechos humanos y libertades fundamentales, y en su parte orgánica y procesal establecen los medios para el control y respeto de tales derechos y libertades.

A partir de la ratificación de la Carta de las Naciones Unidas por la mayor parte de los países del mundo, la protección de los derechos humanos ha pasado a ser objeto de interés de la sociedad internacional y del derecho de gentes, ya que los Estados se comprometieron en la misma a “respetar los derechos humanos”, por lo que no pueden alegar la excepción de jurisdicción interior (art. 7.2 de la Carta de las Naciones Unidas).

Sobre la base de esta obligación asumida por los Estados, la Corte Internacional de Justicia (CIJ), en su dictamen de 21 de junio de 1971 en el asunto Namibia señaló que:

Conforme a la Carta de las Naciones Unidas, el exmandatario se había comprometido a observar y respetar los derechos humanos y libertades fundamentales sin distinción de razas, en un territorio que posee un estatus internacional. El hecho de establecer y aplicar (...) distinciones, exclusiones, restricciones y limitaciones basadas exclusivamente en motivos de raza, color, ascendencia, u origen nacional o étnico, que son una negación de los derechos humanos fundamentales, constituye una flagrante violación de los propósitos y principios de la Carta.¹¹

Como la Carta de las Naciones Unidas no contiene una enumeración y una definición de los derechos y las libertades fundamentales, el Consejo Económi-

Jurisprudencia
Corte Internacional
de Justicia

J. Oraa, *Human Rights in States of Emergency in International Law*, Oxford, 1992.

10

Corte Internacional de Justicia (CIJ), *Recueil*, 1971, p. 45.

11

co y Social de las Naciones Unidas (Ecosoc) creó, por medio de sus resoluciones 5 (I) de 16 de febrero de 1946 y 9 (II) y 12 (II) de 21 de junio del mismo año, un órgano auxiliar (la Comisión de Derechos Humanos), a la que encomendó, entre otras cosas, la preparación del proyecto sobre una declaración de derechos humanos. Este proyecto fue finalmente sometido a la Asamblea General, que aprobó el día 10 de diciembre de 1948, por 48 votos a favor y 8 abstenciones, la Declaración Universal de los Derechos Humanos.

Por primera vez en la historia, la comunidad internacional adoptaba un documento cuyo contenido constituía un “ideal común por el que todos los pueblos y naciones deben esforzarse”. En el Preámbulo de la Declaración se reconoce la importancia que para el mantenimiento de la paz y la seguridad internacionales tiene la creación de un marco jurídico de los derechos humanos, es decir, se afirma que el reconocimiento de la dignidad intrínseca y de los derechos iguales de todas las personas es la base de la libertad, la justicia y la paz en el mundo. Ampliando el propósito declarado en la Carta de las Naciones Unidas de promover el progreso social y elevar el nivel de vida “dentro de un concepto más amplio de la libertad”, la Declaración asigna la misma importancia a los derechos económicos, sociales y culturales y a las libertades civiles y políticas, y les adjudica el mismo grado de protección. La Declaración ha inspirado más de 60 instrumentos internacionales de derechos humanos, que constituyen un sistema amplio de tratados de obligatoriedad jurídica para la promoción y protección de dichos derechos.

La Declaración Universal abarca toda la gama de derechos humanos en 30 artículos claros y concisos. Los dos primeros sientan la base universal de los derechos humanos: los seres humanos son iguales porque comparten la misma dignidad humana esencial; los derechos humanos son universales, no a causa de un Estado u organización internacional, sino porque le pertenecen a la humanidad entera. Los dos artículos garantizan que los derechos humanos sean patrimonio de todos y no privilegio de un grupo selecto, o privilegio que pueda concederse o denegarse. El artículo 1 declara que “todos los seres humanos nacen libres e iguales en dignidad y derechos y dotados, como están de razón y conciencia, deben comportarse fraternalmente los unos con los otros”. El artículo 2 reconoce la dignidad universal de una vida libre de discriminación: “Toda persona tiene los derechos y libertades proclamados en esta Declaración, sin distinción alguna de raza, color, sexo, idioma, religión, opinión política o de cualquier otra índole, origen nacional o social, posición económica, nacimiento o cualquier otra condición”.

El primer grupo de artículos (3 a 21) establece los derechos civiles y políticos a los que tiene derecho toda persona. El derecho a la vida, la libertad y la

seguridad de la persona, reconocido en el artículo 3, es la base de todos los derechos políticos y las libertades civiles que se establecen a continuación, incluido el de no ser sometido a la esclavitud, la tortura y la detención arbitraria.

El segundo grupo de artículos (22 a 27) establece los derechos económicos, sociales y culturales a los que tienen derecho todos los seres humanos. La piedra angular de éstos es el artículo 22, donde se reconoce que, como miembro de la sociedad, a toda persona se le debe garantizar la seguridad social y la satisfacción de los derechos económicos, sociales y culturales “indispensables” a su dignidad y al libre desarrollo de su personalidad. Los artículos detallan los derechos necesarios para el disfrute del derecho fundamental a la seguridad social, incluidos los económicos relacionados con el trabajo, la remuneración equitativa y el disfrute del tiempo libre, los sociales relacionados con un nivel de vida adecuado que asegure la salud, el bienestar y la educación, y el derecho a participar en la vida cultural de la comunidad.

El tercer y último grupo de artículos (28 a 30) amplía el marco de protecciones necesarias para el disfrute universal de los derechos humanos. El artículo 28 reconoce el derecho a un orden social e internacional en el que los derechos humanos y las libertades fundamentales se hagan plenamente efectivos. El artículo 29 reconoce que, además de derechos, toda persona tiene también deberes respecto a la comunidad, puesto que sólo en ella puede desarrollar libre y plenamente su personalidad. Por último, el artículo 30 protege la interpretación de los artículos de la Declaración de toda injerencia externa contraria a los propósitos y principios de las Naciones Unidas. Este artículo afirma explícitamente que ningún Estado, grupo o persona tiene derecho a emprender y desarrollar actividades o realizar actos tendientes a la supresión de cualquiera de los derechos y las libertades proclamados en la Declaración.

En ese orden de ideas, mientras que bajo el ámbito universal del derecho público internacional la comunidad mundial formuló un catálogo de derechos destinados a la humanidad entera, denominados derechos humanos, la actual Constitución Política de Colombia, inspirada en esos mismos principios, consagró uno similar para la comunidad nacional, que dentro del ámbito del derecho público interno, se reconocen como derechos fundamentales, garantías y deberes.¹²

El primer grupo de artículos (Capítulo I: 11 a 41), consagra los derechos fundamentales propiamente dichos, definidos como los deberes de abstención a que el Estado está comprometido con sus nacionales. Son los derechos de las libertades públicas integrados por los derechos civiles y políticos.

El segundo grupo de artículos (Capítulo II: 42 a 77) establece los derechos económicos, sociales y culturales que la doctrina define como los derechos asistenciales o de la igualdad, en los que se impone una carga y obligación prestacional al Estado, a través de su aparato político y administrativo.

El tercer grupo de artículos (Capítulo III: 78 a 82) regula los derechos colectivos y del ambiente, también denominados como derechos solidarios, consagrados por el derecho internacional público por medio de tratados, convenios y conferencias, que persiguen garantías para la humanidad considerada globalmente: derecho a la paz, al entorno, al patrimonio común de la humanidad, y el derecho al desarrollo.¹³

El cuarto grupo de artículos (Capítulo IV: 83 a 94) aparte de consagrar los principios de la buena fe de la administración pública (art. 83, CP), el de la potestad reglamentaria de la administración pública (art. 84, CP), el principio de la aplicación inmediata de ciertos derechos fundamentales sin necesidad de desarrollo legal (art. 85, CP), el principio de la responsabilidad patrimonial extracontractual del Estado por el daño antijurídico (art. 90, CP), el principio de la obediencia debida (art. 91, CP), el principio de la responsabilidad penal y administrativa de las autoridades públicas por conducta irregular (art. 92, CP), así como de las normas de remisión que dan fuerza vinculante a los tratados y convenios internacionales sobre derechos humanos (arts. 93 y 94, CP), contempla además los mecanismos constitucionales de protección de cada uno de esos grupos de derechos.

En primer término se consagra la acción de tutela, encaminada a la protección de derechos fundamentales;¹⁴ la acción de cumplimiento, dirigida a hacer efectivo el cumplimiento de una ley o acto administrativo,¹⁵ y las acciones populares y de grupo, destinadas a la protección de los derechos e intereses colectivos.¹⁶ Aparte de ello, se regulan otras acciones de desarrollo legal, referidas a la reglamentación del Legislador para la protección de derechos individuales, de grupo o colectivos, entre otros.¹⁷

El quinto grupo (Capítulo V: art. 95) consagra los deberes de la solidaridad social y el respeto a que están obligados todos los colombianos, denominados deberes constitucionales específicos, en el sentido de que toda persona

13 Corte Constitucional, sentencia T-008 de 1992.
 14 Artículo 86, CP, reglamentado por el Decreto 2591 de 1991.
 15 Artículo 87, CP, reglamentado por la Ley 393 de 1997.
 16 Artículo 88, CP, reglamentado por la Ley 472 de 1998.
 17 Artículo 89, CP.

tiene deberes respecto a la comunidad, como complemento del deber genérico de obediencia al orden jurídico,¹⁸ regulado por el artículo 4° de la Carta Política.

Es importante señalar que, a pesar de que la Declaración Universal de los Derechos Humanos enumera y define los más importantes derechos civiles, políticos, económicos, sociales y culturales, no instaure ningún derecho de reclamación por parte de los particulares ante instancias internacionales, ni establece ningún mecanismo jurídico de control, ya que desde el punto de vista político, no hubiera sido aceptable en aquel entonces. Sin embargo, su peso político-jurídico y su significado moral son grandes. Además de haber inspirado numerosos tratados intencionales, su influencia ha sido muy importante en las constituciones nacionales y las leyes internas.¹⁹ Por ejemplo, según el artículo 10.2 de la vigente Constitución Española: “Las normas relativas a los derechos fundamentales y a las libertades que la Constitución reconoce, se interpretarán de conformidad con la Declaración Universal de los Derechos Humanos y los tratados y acuerdos internacionales sobre las mismas materias ratificados por España.”

En ese mismo sentido, la Carta Política de Colombia de 1991 incorporó expresamente normas constitucionales que han permitido al Estado fijar pautas para constitucionalizar los instrumentos internacionales de los derechos humanos y de derecho internacional humanitario ratificados por Colombia, así como establecer parámetros para llevar a cabo el control de constitucionalidad de la legislación e interpretar y fijar el alcance de instituciones jurídicas que hacen parte de la actual Constitución Política (CP).

Las disposiciones constitucionales que confieren fuerza jurídica interna a los instrumentos internacionales de derechos humanos son cuatro:

- De un lado, las *cláusulas normativas expresas*, según las cuales “los convenios internacionales de trabajo debidamente ratificados hacen parte de la legislación interna” (inciso 4°, art. 53, CP) y aquella en la que se regula que en los estados de excepción “no podrán suspenderse los derechos humanos ni las libertades fundamentales. En todo caso se respetarán las reglas del derecho internacional humanitario” (numeral 2°, art. 214, CP).
- De otro lado, las *cláusulas de remisión*, según las cuales ciertos tratados de derechos humanos tienen rango constitucional o prevalecen en el

Artículo 4, CP: “Es deber de los nacionales y de los extranjeros en Colombia, acatar la Constitución y las leyes, y respetar y obedecer a las autoridades”.

18

United Nations Action in the Field of Human Rights, UN, New York, 1980, pp. 14 ss.

19

orden interno (art. 93, CP),²⁰ y en las que se indica que el reconocimiento de ciertos derechos en la constitución no puede ser interpretado como negación de otros que, siendo inherentes a la persona humana, no figuren expresamente en ella (art. 9, CP),²¹ conocida como cláusula abierta de los derechos innominados o no enumerados.

Sobre esas pautas constitucionales normativas, metodológicas e interpretativas se ha venido construyendo una dogmática constitucional sobre la materia, que ha permitido la incorporación del DIDH y del DIH al ordenamiento jurídico interno.

Para ello, el orden jurídico interno se ha valido de la noción de “bloque de constitucionalidad”, desarrollada por la jurisprudencia de la Corte Constitucional desde el año de 1992,²² concepto que ha permitido que los tratados y convenios que reconocen derechos humanos tengan fuerza material constitucional aunque no aparezcan literalmente en el texto de la Constitución.

Lo anterior en razón de que “las constituciones no son códigos totalmente cerrados, ya que los textos constitucionales pueden hacer remisiones, expresas o tácitas, a otras reglas o principios, que sin estar en la constitución, tienen relevancia en la práctica constitucional en la medida en que la misma constitución establece que esas normas tienen una suerte de valor constitucional.”²³

20 Artículo 93, Constitución Política de Colombia (CP): “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. Los derechos y deberes consagrados en esta Carta, se interpretarán de conformidad con los tratados internacionales sobre derechos humanos ratificados por Colombia”.

21 Artículo 94, Constitución Política de Colombia: “La enunciación de los derechos y garantías contenidos en la Constitución y en los convenios internacionales vigentes, no deben entenderse como negación de otros que, siendo inherentes a la persona humana, no figuren expresamente en ellos”.

22 Corte Constitucional, sentencias: T-002/92, M. P. Alejandro Martínez Caballero; T-409/92, M. P. José Gregorio Hernández Galindo; C-574/92, M. P. Ciro Angarita Barón; T-426/92, M. P. Eduardo Cifuentes Muñoz; C-225/95, M. P. Alejandro Martínez Caballero; T-477/95, M. P. Alejandro Martínez Caballero; C-578/95, M. P. Eduardo Cifuentes Muñoz; C-358/97, M. P. Eduardo Cifuentes Muñoz; C-191/98, M. P. Eduardo Cifuentes Muñoz; C-400/98, M. P. Alejandro Martínez Caballero; C-483/99, T-568/99, M. P. Carlos Gaviria Díaz; C-582/99, M. P. Alejandro Martínez Caballero; C-708/99, M. P. Alvaro Tafir Galvis; C-1022/99, M. P. Alejandro Martínez Caballero; C-010/00, M. P. Alejandro Martínez Caballero; C-567/00, M. P. Alfredo Beltrán Sierra; T-1635/00, M. P. José Gregorio Hernández Galindo; T-327/01, M. P. Marco Gerardo Monroy Cabra y T-1319/01, M. P.(e) Rodrigo Uprimny Yepes, entre otras.

23 Rodrigo Uprimny, ob. cit., p. 100.

3. El derecho de los tratados: características del derecho internacional de los derechos humanos

Las reglas del derecho internacional relativas a los tratados fueron codificadas por la Comisión de Derecho Internacional de las Naciones Unidas en la Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados de 1969.²⁴

Según su artículo 2.1.a): “Se entiende por tratado un acuerdo internacional celebrado por escrito entre Estados y regido por el Derecho Internacional, ya conste en un instrumento único o en dos o más instrumentos y cualquiera que sea su denominación particular”. Luego el término tratado es genérico y comprende instrumentos con diversos nombres, como Pacto (ej., Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos), Convenio (ej., Convenios de Ginebra sobre el Derecho Internacional Humanitario) y Convención (ej., Convención Americana sobre Derechos Humanos). El término Protocolo puede considerarse un tanto ambiguo, aunque normalmente se refiere “a un instrumento de carácter contractual que establece obligaciones adicionales a las consagradas en un tratado, que los Estados partes en dicho tratado pueden o no asumir”.²⁵ En este sentido, las obligaciones contenidas en un Protocolo pueden ser de carácter procesal (ej., Protocolo Facultativo al Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos que otorga al Comité de Derechos Humanos competencia para conocer denuncias presentadas por presuntas víctimas de los derechos contenidos en dicho Pacto) o sustantivo (ej., Segundo Protocolo Facultativo al Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, destinado a abolir la pena de muerte).

En Colombia, los criterios que rigen las relaciones exteriores e internacionales del Estado se fundamentan en la soberanía nacional, en el respeto a la autodeterminación de los pueblos y en el reconocimiento de los principios del derecho internacional (art. 9, CP).

3.1. El principio *pacta sunt servanda*

La regla fundamental de la Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados es el “principio *pacta sunt servanda*” (artículo 26 de la Convención) que reza: “Todo tratado en vigor obliga a las partes y debe ser cumplido de buena

Entró en vigor en Colombia el 10 de mayo de 1985, en virtud de la Ley 32 de 1985.
Daniel O’Donnell, “Introducción al derecho internacional de los derechos humanos”, en *Compilación de jurisprudencia y doctrina nacional e internacional*, vol. I, OACNUDH, Bogotá, 2001, p. 58.

24

25

fe”. Además, el artículo 27 de la Convención de Viena señala específicamente que: “Una parte no podrá invocar las disposiciones de su derecho interno como justificación del incumplimiento de un tratado” (regla de primacía del derecho internacional sobre el derecho interno de los países).

Como consecuencia del principio *pacta sunt servanda*, se puede afirmar que si bien un tratado sobre derechos humanos establece una serie de obligaciones que los Estados Partes tienen que cumplir, el hecho de que se sobrepongan distintas obligaciones, en virtud de distintos tratados internacionales, no disminuye la obligatoriedad de cada una de las normas en cuestión.

La Corte Interamericana de Derechos Humanos (en adelante Corte Interamericana) en la sentencia sobre excepciones preliminares del caso colombiano Las Palmeras, el juez A. A. Cançado Trindade, en su voto razonado, señaló que:

Jurisprudencia
Corte Interamericana
de Derechos Humanos

(...) la interacción interpretativa entre distintos instrumentos internacionales de protección internacional de los derechos de la persona humana es convalidada en el artículo 29 (b) de la Convención Americana (referente a normas de interpretación). En efecto, tal ejercicio de interpretación es perfectamente viable, y conducente a la afirmación del derecho a “no ser privado de la vida arbitrariamente” (un derecho inderogable, bajo el artículo 4 (1) de la Convención Americana) en cualesquiera circunstancias, tanto en tiempo de paz como de conflicto armado no internacional (en los términos del artículo 3 común a las Convenciones de Ginebra de 1949).²⁶

Por otra parte, los principales tratados sobre derechos humanos reconocen en forma expresa que la normativa internacional en derechos humanos se encuentra constituida por normas mínimas reconocidas por el consenso de la comunidad internacional o regional, según el caso. El segundo párrafo del artículo 5 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos (PIDCP) dispone que:

Artículo 5.
Pacto Internacional
de Derechos Civiles
y Políticos

No podrá admitirse restricción o menoscabo de ninguno de los derechos humanos fundamentales reconocidos o vigentes en un Estado Parte en virtud de leyes, convenciones, reglamentos o costumbres, so pretexto de que el presente Pacto no los reconoce o los reconoce en menor grado.

26
27

Corte Interamericana de Derechos Humanos (Corte Interamericana), sentencia de 4 de febrero de 2000, Serie C. Daniel O’Donnell, ob. cit., p. 59.

En este sentido, las decisiones del Comité de Derechos Humanos han sido categóricas al sostener que la escasez de recursos no exonera a un Estado del cumplimiento del PIDCP. Al respecto, a pesar de que en el caso *Mukunto c. Zambia*, el Estado Parte sostuvo que no se le podía responsabilizar por las condiciones de detención inadecuadas, ya que dichas condiciones no obedecían a una política deliberada del Estado sino a la falta de recursos, este Comité, al rechazar el argumento del Estado, señaló que los “derechos establecidos en el Pacto constituyen normas mínimas que todos los Estados Partes han aceptado cumplir”.²⁷

3.2. El principio de interpretación “de buena fe”: regla *pro homine*

Respecto a los principios sobre la interpretación de los tratados, el párrafo 1 del artículo 31 de la Convención de Viena de 1969 establece que: “Un tratado deberá interpretarse de buena fe conforme al sentido corriente que haya de atribuirse a los términos del tratado en el contexto de éstos y teniendo en cuenta su objeto y fin”.

Como consecuencia de este artículo, se puede afirmar que el principio interpretativo de los tratados está conformado por tres elementos: 1) la interpretación de un tratado debe realizarse de buena fe; 2) se debe respetar el sentido corriente de sus términos; 3) se debe tener en cuenta su objeto y fin.

En el sistema interamericano de protección de los derechos humanos, este principio ha sido desarrollado por la Corte Interamericana por medio de distintas opiniones consultivas y sentencias, como una regla de interpretación conocida como *pro homine*.

La Corte destacó, por primera vez, la naturaleza especial de los tratados sobre derechos humanos en su Opinión Consultiva OC-2/82 sobre el efecto de las reservas en la entrada en vigencia de la Convención Americana (arts. 74 y 75). En esta opinión, la Corte enfatizó la diferencia entre los tratados multilaterales de tipo tradicional (concluidos en función de un intercambio recíproco de derechos para el beneficio mutuo de los Estados contratantes), y los tratados modernos sobre derechos humanos en general, y la Convención Americana en particular.

La Corte Interamericana sostuvo que los Estados, al aprobar tratados sobre derechos humanos, “se someten a un orden legal dentro del cual ellos, por el bien común, asumen varias obligaciones, no en relación con otros Estados, sino a los individuos bajo su jurisdicción”.²⁸ A diferencia de los tratados multilaterales

Corte Interamericana de Derechos Humanos (Corte Interamericana), Opinión Consultiva OC-2/82 de 24 de septiembre de 1982, El efecto de las reservas sobre la entrada en vigencia de la Convención Americana sobre Derechos Humanos, párr. 29.

de tipo tradicional, el objeto y fin de los tratados sobre derechos humanos es “la protección de los derechos fundamentales de los seres humanos, independientemente de su nacionalidad, tanto frente a su propio Estado como frente a los otros Estados contratantes”.²⁹ En relación con la Convención Americana, la Corte señaló que “la Convención no puede ser vista sino como lo que aquella es en realidad: un instrumento o marco jurídico multilateral que capacita a los Estados para comprometerse, unilateralmente, a no violar los derechos humanos de los individuos bajo su jurisdicción”.³⁰

En este mismo sentido, la Corte Internacional de Justicia señaló en 1951, al referirse a la Convención para la Prevención y Represión del Delito de Genocidio, que:

En tal Convención los Estados contratantes no tienen intereses propios, tienen solamente, todos y cada uno de ellos, un interés común, que es el de preservar los fines superiores que son la razón de ser de la Convención. En consecuencia, en una convención de este tipo no puede hablarse de ventajas o desventajas individuales de los Estados, ni mantener un equilibrio contractual exacto entre derechos y deberes. La consideración de los fines superiores de la Convención es, en virtud de la voluntad común de las partes, el fundamento y medida de todas las disposiciones.³¹

La Corte Interamericana precisó en la Opinión Consultiva OC-4/84,³² que la referencia del artículo 31.1 al “sentido corriente de los términos no puede ser una regla por sí misma sino que debe involucrarse dentro del contexto, y, en especial, dentro del objeto y fin del tratado”.³³ Así, la Corte apoyó su interpretación en la Opinión Consultiva de la Corte Internacional de Justicia sobre “la Competencia de la Asamblea General para la Admisión de un Estado en las Naciones Unidas”, donde se indica que la función del intérprete se debe orientar “a dar eficacia a las disposiciones (de un tratado) en su sentido natural u ordinario en el contexto en el que ocurren”,³⁴ el que, según la Corte Interame-

29 Ibid., párr. 29.

30 Ibid., párr. 33.

31 Reservas a la Convención sobre Genocidio, Opinión Consultiva, CIJ, Recueil, 1951, p. 23.

32 Corte Interamericana, Opinión Consultiva OC-4/84 del 19 de enero de 1984, Propuesta de modificación a la Constitución Política de Costa Rica relacionada con la naturalización.

33 Ibid., párr. 23.

34 Competence of the General Assembly for the Admission of a State to the United Nations, Advisory Opinion, ICJ Reports, 1950, p. 8.

ricana, “naturalmente, incluye el objeto y fin, de alguna manera expresado en el contexto”.³⁵

En definitiva, la aplicación práctica de la regla *pro homine*, desarrollada por la Corte Interamericana, implica que si al interpretar la Convención Americana nos encontramos con dos posibles interpretaciones de una misma norma, “se presume que la interpretación más garantista es la más idónea, por ser más fiel al objeto y fin del instrumento sobre derechos humanos y al sistema mismo de protección”.³⁶

Además, juntamente con el contexto de los tratados, según el párrafo 3 del artículo 31 de la Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados (1969), se debe tener en cuenta como principio interpretativo “toda práctica ulteriormente seguida en la aplicación del tratado”. En este sentido, la Corte Interamericana ha hecho una interpretación evolutiva y dinámica de la Convención:

Tal interpretación evolutiva es consecuente con las reglas generales de interpretación de los tratados consagradas en la Convención de Viena de 1969. Tanto esta Corte (...) como la Corte Europea (...), han señalado que los tratados de derechos humanos son instrumentos vivos, cuya interpretación tiene que acompañar la evolución de los tiempos y las condiciones de vida actuales.³⁷

Además de las reglas interpretativas de los tratados contenidas en el artículo 31 de la Convención de Viena, en el sistema interamericano de protección de los derechos humanos se debe tener en cuenta el artículo 29 de su Convención, que amplía el contenido de esta regla de interpretación, extendiéndola no sólo a tratados sino también a los derechos inherentes a la persona, y a los reconocidos en las grandes declaraciones sobre derechos humanos:

Ninguna disposición de la presente Convención puede ser interpretada en el sentido de: (...)
b. limitar el goce y ejercicio de cualquier derecho o libertad que pueda estar reconocido de acuerdo con las leyes de cualquiera de los Estados partes o de acuerdo con otra Convención en que sea parte uno de dichos Estados;

Opinión Consultiva
Corte Interamericana
de Derechos
Humanos

Artículo 29.
Convención Americana
sobre Derechos
Humanos

Corte Interamericana, Opinión Consultiva OC-4/84 del 19 de enero de 1984, ob. cit., párr. 23.

Daniel O'Donnell, ob. cit., p. 6.

Corte Interamericana, Opinión Consultiva OC-16/99 del 1º de octubre de 1999, “El Derecho a la información sobre la Asistencia Consular”, párr. 114.

35

36

37

Artículo 94.
Constitución Política

- c. excluir otros derechos y garantías que son inherentes al ser humano o que se derivan de la forma democrática representativa del gobierno, y
- d. excluir o limitar el efecto que puedan producir la Declaración Americana de Derechos y Deberes del Hombre y otros actos internacionales de la misma naturaleza.

Esta interpretación ha sido recogida en la CP que establece en su artículo 94:

La enunciación de los derechos y garantías contenidas en la Constitución y en los convenios internacionales vigentes, no debe entenderse como negación de otros que, siendo inherentes a la persona humana, no figuren expresamente en ellos.

3.3. Fuentes del derecho internacional de los derechos humanos

Según el artículo 38.1 del Estatuto de la Corte Internacional de Justicia:

1. El Tribunal, cuya función es decidir conforme al derecho internacional las controversias que le sean sometidas, deberá aplicar:

- a) Las convenciones internacionales, sean generales o particulares, que establecen reglas expresamente reconocidas por los Estados litigantes.
- b) La costumbre internacional como prueba de una práctica generalmente aceptada como derecho.
- c) Los principios generales del derecho reconocidos por las naciones civilizadas.
- d) Las decisiones judiciales y las doctrinas de los publicistas de mayor competencia de las distintas naciones como medio auxiliar para la determinación de las reglas de Derecho sin perjuicio de lo dispuesto en el artículo 59.

Si bien se pudiera pensar que el anterior artículo se limita a señalar un orden jerárquico o sucesivo de aplicación de las distintas fuentes del derecho internacional, cabe indicar que este artículo únicamente establece un orden de consulta natural o lógico entre las distintas fuentes.³⁸

Un ejemplo de la aplicación de este criterio de interpretación de las fuentes del derecho internacional lo realizó la Corte Interamericana en su sentencia *Aloeboetoe y otros c. Suriname*,³⁹ al identificar a las personas que debían beneficiarse de las reparaciones que el Estado estaba obligado a pagar a raíz de violaciones del derecho a la vida. Dado que existía un vacío tanto en el derecho internacional positivo como en el consuetudinario, la Corte decidió, con referencia expresa al artículo 38 del Estatuto de la Corte Internacional de Justicia, que se debían aplicar los principios generales del derecho.

3.3.1 La costumbre internacional

El artículo 38.1.b) del Estatuto de la Corte Internacional de Justicia se refiere a la costumbre internacional “como prueba de una práctica generalmente aceptada como Derecho”. Por tanto, en esta definición existen dos elementos fundamentales de la costumbre: 1) el elemento material o uso constante y uniforme; 2) el elemento espiritual y *opinio iuris*, o convicción de la obligatoriedad de la práctica.

La práctica debe ser constante y uniforme (elemento material). Al respecto, la Corte Internacional de Justicia, en su sentencia de 27 de junio de 1986 (caso relativo a las actividades militares y paramilitares en y contra Nicaragua), dice que no considera necesario que “para que una regla sea establecida consuetudinariamente, la práctica correspondiente deba ser rigurosa conforme a esa regla”. A juicio de esta Corte, para deducir la existencia de normas consuetudinarias, es suficiente que los Estados ajusten a ellas su conducta de una manera general, y que ellos mismos traten los comportamientos no conformes a la regla en cuestión como violaciones de ésta.

En relación con la generalidad de la práctica, se plantea la cuestión de si la costumbre obliga a todos los Estados de la sociedad internacional o si tan sólo a aquellos que con su conducta hayan contribuido a la formación de la norma consuetudinaria. En este sentido, la jurisprudencia de la Corte Internacional de Justicia ha señalado que, tratándose de costumbres generales, obligan a todos los Estados hayan o no contribuido a su formación, mientras no se establezca que éstos la han rechazado de modo expreso en su periodo de gestación.⁴⁰

Corte Interamericana, caso *Aloeboetoe y otros*, sentencia del 10 de septiembre de 1993 (reparaciones), párrs. 61-62.
José A. Pastor Ridruejo, ob. cit., pp. 94-95.

39
40

En cuanto a la *opinio iuris* o convicción de la obligatoriedad de la práctica (elemento espiritual), la jurisprudencia de la Corte Internacional de Justicia no ha podido ser más explícita en cuanto a su necesidad, sobre todo “rehusándose a dar por vigente una costumbre si en la práctica de los Estados no aparece aquella convicción”.⁴¹

3.3.2. *El ius cogens internacional*

Según el artículo 53 de la Convención de Viena sobre Derecho de los Tratados (1969):

Es nulo todo tratado que en el momento de su celebración esté en oposición con una norma imperativa de Derecho Internacional General. Para los efectos de la presente Convención, una norma imperativa de Derecho Internacional general es una norma aceptada y reconocida por la Comunidad Internacional de Estados en su conjunto como norma que no admite acuerdo en contrario, y que sólo puede ser modificada por una norma ulterior de Derecho Internacional General que tenga el mismo carácter.

Como ni la Convención de Viena ni ningún otro tratado convencional señalan cuáles son las normas de *ius cogens* (o normas imperativas), corresponde a la práctica y la jurisprudencia internacional su definición. Una excelente orientación para precisar cuáles pueden ser las normas de *ius cogens* internacional la suministra la Corte Internacional de Justicia en su sentencia de 5 de febrero de 1970 en el caso español de la Barcelona Traction, cuando se refiere a las “obligaciones que los Estados tienen hacia la comunidad internacional en su conjunto”, para caracterizar las obligaciones *erga omnes*, las cuales, según el profesor Miaja de la Muela, son en realidad derivadas del *ius cogens*.⁴²

La institución del *ius cogens* es abierta y dinámica, y de ahí se desprende que la práctica internacional, particularmente la convencional o por vía de tratados, atribuya de manera expresa el carácter imperativo a otras normas generales de derecho internacional dentro del desarrollo progresivo de éste.⁴³

41 Ibid., pp. 96-97.

42 Miaja de La Muela, “Aportación de la sentencia del Tribunal de La Haya en el caso Barcelona Traction (5 de febrero de 1970) a la jurisprudencia internacional”, *Cuadernos de la Cátedra “Brown Scott”*, Valladolid, 1970, pp. 73-74.

43 José A. Pastor Ridruejo, ob. cit., p. 69.

Sin embargo, se puede afirmar que desde 1945 los derechos humanos han pasado a integrar las exigencias más fundamentales de la convivencia de la sociedad internacional, hasta el punto que actualmente se considera que las normas internacionales sobre protección de los derechos humanos “forman parte en sus aspectos básicos y no esenciales –por tanto no en todos– del *ius cogens* internacional”. La Corte Internacional de Justicia señaló en el caso Barcelona Traction que:

(...)”los principios y las reglas relativas a los derechos fundamentales de la persona humana” representan “obligaciones de los Estados hacia la comunidad internacional en su conjunto”.⁴⁴

En el sistema interamericano de protección de los derechos humanos también se ha hecho referencia a las normas de *ius cogens* y a las obligaciones *erga omnes*, tal y como lo expresó el juez A. A. Cançado Trindade en su voto razonado, en la sentencia de la Corte Interamericana de excepciones preliminares del caso colombiano de Las Palmeras, cuando indica que:

(...) la prohibición absoluta de violaciones graves de derechos humanos fundamentales –empezando por el derecho fundamental a la vida– se extiende en efecto, a mi juicio, más allá del derecho de los tratados, incorporada, como se encuentra, igualmente en el derecho internacional consuetudinario contemporáneo. Tal prohibición da realidad a las obligaciones *erga omnes*, debidas a la comunidad internacional como un todo. Estas últimas trascienden claramente el consentimiento individual de los Estados, sepultando en definitiva la concepción positivista voluntarista del Derecho Internacional, y anunciando el advenimiento de un nuevo ordenamiento jurídico internacional comprometido con la prevalencia de valores comunes superiores y de imperativos morales y jurídicos, tal como el de la protección del ser humano en cualesquiera circunstancias, en tiempos tanto de paz como de conflicto armado.⁴⁵

Jurisprudencia
Corte
Internacional
de Justicia

Jurisprudencia
Corte Interamericana
de Derechos
Humanos

CIJ, Recueil, 1970, p. 31.
Corte Interamericana, caso Las Palmeras, sentencia del 4 de febrero de 2000, voto razonado del juez A. A. Cançado Trindade, párr. 15.

44
45

Artículo 60.
Convención de
Viena sobre
el Derecho de
los Tratados

3.4. Principio de “no reciprocidad”

Según el artículo 60 de la Convención de Viena sobre el derecho de los tratados se puede “terminar” o “suspender” la aplicación de un tratado como consecuencia de su violación. Existe sin embargo una excepción a este principio en el párrafo 5 del mencionado artículo al señalar que:

Lo previsto en los párrafos 1. a 3. no se aplicará a las disposiciones relativas a la protección de la persona humana contenidas en tratados de carácter humanitario, en particular a las disposiciones que prohíben toda forma de represalias con respecto a las personas protegidas por tales tratados.

Por tanto, el incumplimiento o irrespeto de una norma de derechos humanos o de derecho internacional humanitario, no autoriza o libera de la obligación a la otra parte.

Tal y como señaló la Oficina en Colombia del Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Derechos Humanos: “La explicación de este principio se basa en que tanto el DIH como el DIDH, no buscan concertar intereses recíprocos de las partes si no la protección de las personas independientemente de su condición nacional, racial, religiosa (...) etc.”⁴⁶

4 Diferencias entre el derecho internacional de los derechos humanos y el derecho internacional humanitario

Como se ha señalado, el derecho internacional de los derechos humanos y el derecho internacional humanitario forman parte del derecho internacional público, y tienen en común la protección de las personas, sus vidas, integridad y dignidad.

Tras la Segunda Guerra Mundial, la Carta de las Naciones Unidas tiene como objetivo principal velar por el mantenimiento de la paz y seguridad internacionales. Por este motivo, el recurso a la amenaza o el uso de la fuerza están expresamente condenados en las relaciones internacionales entre los Estados miembros (artículo 2.4 de la Carta). Se exceptúan de esta prohibición general:

las guerras de legítima defensa, las de liberación nacional, y las que se desprenden de la adopción de medidas colectivas de seguridad, previstas en los mecanismos del capítulo VII de la Carta. Con todo, los Estados siguen siendo soberanos dentro de los límites de su territorio y, por tanto, no se prohíben las guerras civiles como tales.

Además, según el artículo 2.7 de la Carta:

Ninguna disposición de esta Carta autorizará a las Naciones Unidas a intervenir en los asuntos que son esencialmente de la jurisdicción interna de los Estados, ni obligará a los Miembros a someter dichos asuntos a procedimientos de arreglo conforme a la presente Carta.

Como consecuencia de este artículo, un Estado puede recurrir a la fuerza para restablecer el orden público en su territorio sin ser condenado por la Organización de las Naciones Unidas, siempre y cuando cumpla con las obligaciones internacionales asumidas mediante la ratificación de tratados internacionales, tanto de derechos humanos como de DIH.

En general, aunque se puede afirmar que DIDH y el DIH tienen una misma finalidad que es la protección de los derechos fundamentales de la persona, existen tres diferencias fundamentales entre los mismos.⁴⁷

1. Mientras que el beneficiario de los derechos humanos es, en general, toda persona humana, los principales beneficiarios del derecho humanitario son las llamadas “personas protegidas”. Dentro de esta categoría se encuentran: a) la población civil; b) las personas que siendo partícipes de las hostilidades han quedado fuera de combate por enfermedad, herida, detención o por cualquier otra causa; c) ciertos integrantes de las fuerzas armadas cuyas funciones son de carácter humanitario o religioso, como el personal sanitario y los capellanes.
2. Respecto al ámbito de aplicación, cabe señalar que mientras el DIDH se aplica en toda circunstancia y tiempo, el DIH se aplica únicamente en circunstancia de conflicto armado (internacional o interno).
3. La tercera distinción fundamental se refiere a los sujetos de obligaciones, ya que el DIDH sólo vincula a los Estados, y el DIH vincula a todas las partes en conflicto, sean unidades de las fuerzas armadas en rebeldía, fuer-

Artículo 2.7.
Carta de las
Naciones Unidas

zas insurgentes o milicias organizadas, sean éstas independientes o subordinadas a una u otra de las partes por una alianza táctica.

Igualmente, el DIH comparte los fundamentos del DIDH, señalados anteriormente (véase el Capítulo II):

- Supremacía del derecho internacional.
- Principio *pro homine*.
- Principio de “no reciprocidad”.
- Obligaciones *erga omnes*.
- Principio de “no discriminación”

Sin embargo, el DIH posee otros específicos,⁴⁸ como son: a) los Principios de distinción, limitación y proporcionalidad; b) la Inmunidad de la población civil; c) la protección de enfermos, heridos y personas fuera de combate; d) la protección de los bienes civiles; e) la protección del personal médico, sanitario y religioso, y f) la prohibición de determinadas armas o la restricción de su empleo.⁴⁹ (Véase el Capítulo XVII.)

5 Restricciones legítimas a los derechos humanos

Tal y como señaló la Oficina en Colombia del Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Derechos Humanos,⁵⁰ los instrumentos internacionales permiten ciertas restricciones específicas respecto de derechos determinados, limitando su ejercicio o, en situaciones excepcionales, suspendiendo determinadas obligaciones consagradas en los tratados o en la constitución. No obstante, estas limitaciones deben: 1) estar previstas por la ley; 2) responder al principio de necesidad, y c) aplicarse en cumplimiento de los fines establecidos por la norma.

Además, es importante tener en cuenta que la permisibilidad de las restricciones, que se realiza expresamente en determinados artículos tanto del PIDCP como de la Convención Americana sobre Derechos Humanos, es independiente de la suspensión.⁵¹

48 Oficina en Colombia del Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Derechos Humanos, Hoja Informativa No. 4.

49 Sin embargo, se debe tener en cuenta que según el principio de limitación, otro de los principios básicos del derecho internacional humanitario, los medios y métodos de combate no son ilimitados. Esto significa que quienes participen directa e inmediatamente en las hostilidades no pueden usar o utilizar cualquier tipo de armas (véase el Capítulo XVII, p. 18).

50 Oficina en Colombia del Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Derechos Humanos, Hoja Informativa No. 6.

51 Comité de Derechos Humanos, Observación General No. 29, “Los estados de emergencia”, párr. 7.

Antes de entrar a desarrollar estos parámetros, conviene precisar que entre los principios esenciales del DIDH se encuentran: el principio de sociedad democrática y el Estado de derecho y legalidad. En este sentido, la Corte Interamericana ha señalado que:

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.⁵²

5.1. Previsión normativa

Las restricciones o limitaciones a los derechos deben estar expresamente previstas por la ley. En relación con cada derecho se aplicarán principios generales desarrollados a continuación, y los específicos a cada derecho previstos explícitamente por las disposiciones correspondientes.

Por ejemplo, es posible restringir la libertad individual de las personas, pero solamente a través de normas internas que sean compatibles con los parámetros establecidos en los artículos 9 del PIDCP y 7 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos. Ahora bien, las condiciones previstas en estas disposiciones no pueden aplicarse por analogía a otros derechos que no contemplen esta posibilidad, como el derecho a la vida, el recurso al hábeas corpus o las garantías judiciales, por ejemplo.

Adicionalmente, la ley que prevea la posibilidad de limitar el ejercicio de un derecho debe ser una norma de interés general, que sea compatible con el respeto del principio de igualdad y no discriminación, y no debe ser redactada en términos tan ambiguos que permitan la arbitrariedad.

El Comité de Derechos Humanos se ha referido a la necesidad de interpretar, por ejemplo, la legitimidad de restricciones para proteger la seguridad nacional en relación con “la democracia pluralista, los principios democráticos y los derechos humanos”, los cuales a su vez no deben verse atentados por estas medidas.⁵³

Corte Interamericana, Opinión Consultiva OC-8/87 del 30 de enero de 1987, “El hábeas corpus bajo suspensión de garantías”, párr. 26.

52

Comité de Derechos Humanos, caso Albert Womah Mokong v. Camerún, comunicación No. 458/1991.

53

5.2. Necesidad

La jurisprudencia de los órganos internacionales de protección de los derechos humanos advirtió sobre la utilización abusiva del principio de necesidad y definió con cierto rigor las condiciones para interpretar “la necesidad que legitima” una restricción a un derecho fundamental.

Los tratados hablan de restricciones “necesarias en una sociedad democrática”. Siguiendo la jurisprudencia de la Corte Europea, retomada por los órganos interamericanos y de las Naciones Unidas, se entiende que “necesario” no significa “útil”, “razonable” o “deseable”, sino que implica la existencia de una “necesidad social imperiosa”, esto es, que no pueda lograrse el mismo resultado sin esa restricción. Así, para ser legítima la medida debe ser considerada “estrictamente necesaria”.⁵⁴

5.3. Fines legítimos

No es suficiente que una restricción esté prevista en una ley y sea considerada necesaria, para que sea considerada conforme a los tratados internacionales. Debe además responder a los fines legítimos previstos expresamente en la norma.

El Comité de Derechos Humanos ha señalado que “no se permiten limitaciones por motivos que no estén especificados en la disposición” pertinente, “aún cuando se permitan como limitaciones de otros derechos protegidos en el Pacto.”⁵⁵

Sin embargo, es necesario reconocer que algunos fines previstos se presentan por medio de conceptos indeterminados o ambiguos, que dificultan profundamente la interpretación de su legitimidad. Es ahí donde toma importancia una interpretación integral, aplicando estos principios y estableciendo su conformidad con el objeto y fin del tratado (véase supra p. 25).

Los fines contemplados en las normas internacionales que permiten restricciones, aluden a la protección de la moral, la salud, el orden público, el bien común, los derechos y las libertades de los demás, o la reputación de terceros, según se trate.

54 Comité de Derechos Humanos, Observación General No. 22, “El derecho a la libertad de pensamiento, de conciencia y de religión”, párr. 8.
55 *Ibid.*, párr. 8. Aquí el Comité se refiere a los fines perseguidos para limitar el derecho a la libertad de pensamiento, conciencia y religión, donde no se prevé como razón para su restricción la seguridad nacional, por ejemplo, prevista en otros derechos.

Las limitaciones sólo podrán imponerse “para los fines con que fueron prescritas y deberán estar relacionadas directamente y guardar la debida proporción con la necesidad específica de que dependen”.⁵⁶

Si bien internamente los Estados y las autoridades nacionales determinan la mejor manera de proteger los derechos y las necesidades concretas para limitar algunos de ellos con el objeto de proteger fines legítimos, varias de esas nociones ambiguas –cuyo contenido es definido internamente– deben, sin embargo, ajustarse a las pautas internacionales, y quedan sometidas al control posterior que realizan los órganos de supervisión de los tratados, quienes pueden determinar la compatibilidad o incompatibilidad de esas medidas con los tratados internacionales.

5.4. Proporcionalidad

El principio o regla *pro homine* (véase supra p. 27) es la clave para examinar la proporcionalidad de una medida restrictiva. Una restricción prevista por la ley, considerada necesaria y que persiga fines legítimos, debe ceñirse al estricto criterio de proporcionalidad. Esto significa que la medida a adoptarse debe ser la menos restrictiva para alcanzar los objetivos de protección de esos fines legítimos. Asimismo, la restricción debe ser proporcional a las necesidades concretas, al tiempo y a la dimensión estrictamente necesarios.

Así, el Comité de Derechos Humanos destaca, por ejemplo, que ante una restricción “debe demostrarse que su gestión y aplicación es necesaria y proporcionada en relación con el objetivo en cuestión”.⁵⁷

5.5. Razonabilidad y no arbitrariedad

El parámetro de la razonabilidad está directamente vinculado a evitar la arbitrariedad en la adopción de medidas restrictivas previstas por la ley, así como estrechamente relacionado con el principio de proporcionalidad.

El Comité de Derechos Humanos considera que la arbitrariedad se aplica tanto a la adopción de una medida concreta como a la previsión de la ley. “Con la introducción del concepto de arbitrariedad se pretende garantizar que incluso

ibíd. 56
Comité de Derechos Humanos, comunicación 633/1995, Canadá, 5 de mayo de 1999, CCPR/C/65/D/633/1995. 57

cualquier injerencia prevista en la ley esté en consonancia con las disposiciones, los propósitos y los objetivos del Pacto y sea, en todo caso, razonable en las circunstancias particulares”.⁵⁸

La restricción puede considerarse arbitraria cuando las causas y los métodos destinados a la restricción de un derecho, “aún 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”.⁵⁹

5.6. No discriminación

Una restricción con previsión legal, sustentada en una necesidad real y en fines compatibles, pierde su legitimidad si, ya sea en la disposición legal o en su aplicación práctica, se detecta una discriminación. Si ante una situación determinada que requiera razonablemente de la restricción de un derecho fundamental, la aplicación es discriminatoria, haciendo soportar arbitrariamente a una parte de la población, por razón de su sexo, color, raza, religión, origen social, nacional u otro el peso de la restricción, es abiertamente ilegítima.

No obstante, cabe aclarar que no toda distinción en función de sexo, religión, etc., implica una discriminación de conformidad con las normas internacionales, pues éstas exigen una serie de pautas para determinar si un hecho o una norma es efectivamente discriminatorio. El Comité de Derechos Humanos destaca que una diferenciación basada en criterios razonables y objetivos no constituye discriminación. Siguiendo las normas de otros tratados sobre discriminación racial y contra la mujer, retoma la definición de éstos y destaca los siguientes elementos para que se configure una discriminación, tanto en una disposición legal como en una medida adoptada en la práctica:

- Existencia de una distinción o exclusión.
- Que esté basada en motivos de raza, sexo, etc.
- Que se realice con el objeto o resultado del menoscabo o la anulación del reconocimiento, goce o ejercicio, en condiciones de igualdad, de los derechos humanos.

58 Comité de Derechos Humanos, Observación General No. 16, “El derecho al respeto a la vida privada, la familia, el domicilio y la correspondencia, y la protección de la honra y la reputación”, párr. 4.

59 Corte Interamericana, caso Gangaram Panday, sentencia del 21 de enero de 1994, párr. 47.

Como conclusión de los anteriores principios se puede señalar que toda restricción debe justificarse en cada caso concreto. Tal y como señaló la Oficina en Colombia del Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Derechos Humanos, lo anterior significa que no es suficiente que una norma general reúna los parámetros de legitimidad, sino que es necesario examinarlos en cada aplicación concreta.⁶⁰

6. Suspensión de derechos humanos en estados de emergencia

Conviene tener presente que tanto el PIDCP como la Convención Americana sobre Derechos Humanos permiten la suspensión, de forma unilateral y con carácter temporal, de determinados derechos “en situaciones excepcionales que pongan en peligro la vida de la nación y cuya existencia haya sido proclamada oficialmente”, o “en caso de guerra de peligro público o de otra emergencia que amenace la independencia o seguridad del Estado parte”. Sin embargo, el objeto primordial del Estado que suspende algunas de las obligaciones del Pacto debe ser el restablecimiento de un estado de normalidad en que se pueda asegurar el pleno respeto de todas las obligaciones asumidas internacionalmente.⁶¹

Conforme al artículo 4 del PIDCP:

1. En situaciones excepcionales que pongan en peligro la vida de la nación y cuya existencia haya sido 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.

2. La disposición precedente no autoriza suspensión alguna de los artículos 6 [derecho a la vida], 7 [derecho a la integridad personal], 8 (párrafos 1 y 2) [prohibición de servidumbre y esclavitud], 11 [prohibición de ser encarcelado por incumplimiento de una obligación con-

Artículo 4º.
Pacto Internacional
de Derechos Civiles
y Políticos

Oficina en Colombia del Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Derechos Humanos, Hoja Informativa No. 6.
Comité de Derechos Humanos, Observación General No. 29, “Los estados de emergencia”, párr. 1.

60
61

tractual], 15 [Principio *non pena sine legem*], 16 [derecho al reconocimiento de la personalidad jurídica] y 18 [derecho a la libertad de pensamiento, conciencia y religión].

3. Todo Estado Parte en el presente Pacto que haga uso del derecho de suspensión deberá informar inmediatamente a los demás Estados Partes en el presente Pacto, por conducto del Secretario General de las Naciones Unidas, de las disposiciones cuya aplicación haya suspendido y de los motivos que hayan suscitado la suspensión.

Igualmente, con base en el artículo 27 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos:

1. En caso de guerra, de peligro público o de otra emergencia que amenace la independencia o seguridad del Estado parte, éste podrá adoptar disposiciones que, en la medida y por el tiempo estrictamente limitados a las exigencias de la situación, suspendan las obligaciones contraídas en virtud de esta Convención, siempre que tales disposiciones no sean incompatibles con las demás obligaciones que les impone el derecho internacional y no entrañen discriminación alguna fundada en motivos de raza, color, sexo, idioma, religión u origen social.

2. La disposición precedente no autoriza la suspensión de los derechos determinados en los siguientes artículos: 3 (Derecho al Reconocimiento de la Personalidad Jurídica); 4 (Derecho a la Vida); 5 (Derecho a la Integridad Personal); 6 (Prohibición de la Esclavitud y Servidumbre); 9 (Principio de Legalidad y de Retroactividad); 12 (Libertad de Conciencia y de Religión); 17 (Protección a la Familia); 18 (Derecho al Nombre); 19 (Derechos del Niño); 20 (Derecho a la Nacionalidad), y 23 (Derechos Políticos), ni de las garantías judiciales indispensables para la protección de tales derechos.

3. Todo Estado parte que haga uso del derecho de suspensión deberá informar inmediatamente a los demás Estados Partes en la presente Convención, por conducto del Secretario General de la Organización de los Estados Americanos, de las disposiciones cuya aplicación haya suspendido, de los motivos que hayan suscitado la suspensión y de la fecha en que haya dado por terminada tal suspensión.

En relación con los derechos que no pueden suspenderse bajo ninguna circunstancia, enumerados en el artículo 4.2 del PIDCP y 27.2 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos, conviene precisar que estos listados no son taxativos, tal y como ha señalado el Comité de Derechos Humanos:

(...) 11. La enumeración contenida en el artículo 4 de las disposiciones cuya aplicación no puede suspenderse guarda relación, aunque no sea lo mismo, con la cuestión de si ciertas obligaciones en materia de derechos humanos tienen el carácter de normas imperativas de derecho internacional. El hecho de que en el párrafo 2 del artículo 4 se declare que la aplicación de ciertas disposiciones del Pacto no puede suspenderse debe considerarse en parte como el reconocimiento del carácter de norma imperativa de ciertos derechos fundamentales garantizados por el Pacto en la forma de un tratado (por ejemplo, los artículos 6 y 7). Sin embargo, es evidente que en la lista de disposiciones cuya aplicación no puede suspenderse se incluyeron algunas otras disposiciones del Pacto porque nunca será necesario suspender la vigencia de esos derechos durante un estado de excepción (por ejemplo, los artículos 11 y 18). Además, la categoría de normas imperativas va más allá de la lista de disposiciones cuya aplicación no puede suspenderse, que figura en el párrafo 2 del artículo 4. Los Estados Partes no pueden en ningún caso invocar el artículo 4 del Pacto como justificación de actos que violan el derecho humanitario o normas imperativas de derecho internacional, por ejemplo, la toma de rehenes, la imposición de castigos colectivos, la privación arbitraria de la libertad o la inobservancia de los principios fundamentales de juicio imparcial, en particular la presunción de inocencia.

12. A fin de evaluar el alcance de una suspensión legítima de algunas disposiciones del Pacto, uno de los criterios puede ser el de definir ciertas violaciones de los derechos humanos como crímenes de lesa humanidad. Si un acto cometido dentro de la jurisdicción de un Estado es la base para establecer la responsabilidad penal individual por crimen de lesa humanidad de quienes hayan participado en él, el artículo 4 del Pacto no puede invocarse como justificación para alegar que el estado de excepción eximía al Estado de que se trate de su responsabilidad en relación con el mismo comportamiento. Por consiguiente, la reciente codificación de los crímenes de lesa humanidad a efectos ju-

risdictionales en el Estatuto de Roma de la Corte Penal Internacional es pertinente para la interpretación del artículo 4 del Pacto.*

13. En las disposiciones del Pacto que no figuran en el párrafo 2 del artículo 4, hay elementos que, a juicio del Comité, no pueden ser objeto de suspensión legítima con arreglo al artículo 4. A continuación figuran algunos casos ilustrativos.

a) **Toda persona privada de libertad será tratada humanamente y con el respeto debido a la dignidad inherente al ser humano. Aunque este derecho, reconocido en el artículo 10 del Pacto, no se mencione separadamente en la lista de derechos que no pueden ser suspendidos en virtud del párrafo 2 del artículo 4, el Comité estima que el Pacto expresa una norma de derecho internacional general cuya aplicación no puede ser objeto de suspensión. Esto se sustenta en la referencia que se hace en el preámbulo del Pacto a la dignidad inherente a los seres humanos y en la estrecha relación existente entre los artículos 7 y 10.**

b) **Las prohibiciones de la toma de rehenes, los secuestros o la detención no reconocida son disposiciones que no pueden ser objeto de suspensión. El carácter absoluto de estas prohibiciones, aun en situaciones excepcionales, se justifica por su condición de normas de derecho internacional general.**

c) **A juicio del Comité, la protección internacional de los derechos de las personas pertenecientes a minorías comprende elementos que deben respetarse en toda circunstancia. Esto se refleja en la prohibición del genocidio en el derecho internacional, en la inclusión de una cláusula de no discriminación en el propio artículo 4 (párr. 1) así como en el carácter de disposición cuya aplicación no puede suspenderse del artículo 18.**

* Véanse los artículos 6 (genocidio) y 7 (crímenes de lesa humanidad) del Estatuto de la Corte Penal Internacional (CPI), que al 1º de julio de 2001 había sido ratificado por 35 Estados. Si bien muchas de las formas específicas de comportamiento enunciadas en el artículo 7 del Estatuto se relacionan directamente con violaciones de los derechos humanos que figuran en el párrafo 2 del artículo 4 del Pacto, entre las disposiciones cuya aplicación no puede suspenderse, la categoría de crímenes de lesa humanidad, tal como se define en el artículo 7 del Estatuto, abarca también las relaciones de ciertas disposiciones del Pacto que no se han mencionado en el artículo antes señalado del mismo. Por ejemplo, ciertas violaciones graves del artículo 27 pueden al mismo tiempo constituir genocidio con arreglo al artículo 6 del Estatuto de Roma; a su vez el artículo 7 abarca prácticas que están relacionadas con los artículos 9, 12, 26 y 27, además de los artículos 6 a 8 del Pacto.

d) Como confirma el Estatuto de Roma de la Corte Penal Internacional, la deportación o el traslado forzoso de población sin motivos autorizados por el derecho internacional, en forma de desplazamiento forzado de las personas afectadas, por expulsión u otros actos coactivos, de la zona en que estén legítimamente presentes, constituye un crimen de lesa humanidad.^{*} El derecho legítimo a suspender la aplicación del artículo 12 del Pacto durante un estado de excepción no puede aceptarse jamás como justificación de esas medidas.

e) La proclamación de un estado de excepción de conformidad con el párrafo 1 del artículo 4 no podrá invocarse en caso alguno como justificación por un Estado Parte para incurrir, en violación del artículo 20, en propaganda en favor de la guerra o apología del odio nacional, racial o religioso que constituya incitación a la discriminación, la hostilidad o la violencia.

14. El párrafo 3 del artículo 2 del Pacto exige a los Estados Partes en el Pacto que proporcionen recursos para cualquier violación de las disposiciones del Pacto. Aunque esta cláusula no se mencione entre las disposiciones que no pueden ser objeto de suspensión enumeradas en el párrafo 2 del artículo 4, constituye una obligación inherente del Pacto en su conjunto. Incluso si los Estados Partes pueden, durante un estado de excepción y en la estricta medida que la situación exige, introducir ajustes en el funcionamiento práctico de los procedimientos relativos a los recursos judiciales o de otra índole, deben conformarse a la obligación fundamental de garantizar un recurso efectivo, en virtud del párrafo 3 del artículo 2 del Pacto.

15. Es inherente a la protección de los derechos expresamente reconocidos como no susceptibles de suspensión en el párrafo 2 del artículo 4, que han de ser garantizados mediante garantías procesales, generalmente de carácter judicial. Las disposiciones del Pacto que se refieran a las garantías procesales nunca podrán ser el objeto de medidas que de alguna forma socaven la protección de los derechos que no son susceptibles de suspensión; la revocación o utilización del artículo 4 nunca podrá realizarse de forma que produzca la suspensión de alguno

Véanse el apartado d) del párrafo 1 y el apartado d) del párrafo 2, artículo 7 del Estatuto de Roma.

*

de los derechos cuya suspensión no está autorizada. Más aún, al ser imposible la suspensión de la totalidad de las disposiciones del artículo 6 del Pacto, cualquier imposición de la pena de muerte durante un estado de emergencia no debe contradecir las disposiciones de Pacto y, consecuentemente, ha de cumplir *inter alia* con todos los requisitos de los artículos 14 y 15.

16. Las garantías relacionadas con la institución de la suspensión, según se definen en el artículo 4 del Pacto, se basan en los principios de legalidad y del Estado de derecho inherentes al Pacto en su conjunto. Como ciertos elementos del derecho a un juicio imparcial están explícitamente garantizados por el derecho humanitario internacional en tiempo de conflicto armado, el Comité no encuentra ninguna justificación para suspender dichas garantías durante cualquier otra situación de excepción. A juicio del Comité, dichos principios y la disposición sobre recursos efectivos exigen que los principios fundamentales del derecho a un juicio imparcial se respeten durante un estado de excepción. Sólo un tribunal de derecho puede enjuiciar y condenar a una persona por un delito, y se debe respetar la presunción de inocencia. Con el objeto de proteger los derechos que no pueden ser objeto de suspensión, se sigue de este mismo principio que el derecho de acceso a los tribunales, para que éstos decidan sin demora sobre la legalidad de cualquier clase de detención, no debe ser afectado por la decisión del Estado Parte de suspender ciertas garantías del Pacto.^{* 62}

Respecto a las medidas que los Estados pueden adoptar al suspender algunas disposiciones del PIDCP, el Comité de Derechos Humanos ha señalado que éstas “deben ser de carácter excepcional y temporal”.⁶³ En este sentido conviene tener en cuenta que:

* Véanse las observaciones finales del Comité sobre el informe de Israel (1998) (CCPR/C/79/Add.93, párr. 21): “El Comité considera que la aplicación actual de la detención administrativa es incompatible con los artículos 7 y 16 del Pacto, ninguno de los cuales se puede suspender en situaciones de emergencia pública [...]. Sin embargo, el Comité subraya que un Estado Parte no puede apartarse del requisito de una revisión judicial efectiva de la detención”. Véase también la recomendación que el Comité formula a la Subcomisión de Prevención de Discriminaciones y Protección a las Minorías acerca de un proyecto del tercer protocolo facultativo del Pacto: “El Comité tiene el convencimiento de que los Estados Partes entienden, por lo general, que no se debe restringir en situaciones de excepción el derecho al hábeas corpus y al amparo. Además, el Comité opina que los recursos a que se refieren los párrafos 3 y 4 del artículo 9, interpretados junto con el artículo 2, son inherentes al Pacto considerado en conjunto”. Documentos Oficiales de la Asamblea General, cuadragésimo noveno periodo de sesiones, Suplemento No. 40 (A/49/40), vol. I, anexo XI, párr. 2.

62 Comité de Derechos Humanos, Observación General No. 29, “Los estados de emergencia”, párrs. 11-16.

63 *Ibid.*, párr. 2.

(...) Durante un conflicto armado, ya sea internacional o no internacional, son aplicables las normas del derecho internacional humanitario, que contribuyen, junto con las disposiciones del artículo 4 y del párrafo 1 del artículo 5 del Pacto, a impedir el abuso de las facultades excepcionales del Estado. En virtud del Pacto, aun en un conflicto armado las disposiciones que suspendan la aplicación del Pacto se permitirán sólo en la medida en que la situación constituya un peligro para la vida de la nación (...).⁶⁴

Además, deben adoptarse en la medida estrictamente limitada a las exigencias de la situación:

4.(...) Este requisito guarda relación con la duración, el ámbito geográfico y el alcance material del estado de excepción y de cualesquiera disposiciones excepcionales aplicadas en razón de la emergencia. La suspensión de algunas de las obligaciones contraídas en virtud del Pacto en situaciones de excepción es claramente distinta de las restricciones o limitaciones permitidas aun en circunstancias normales conforme a diversas disposiciones del Pacto. Sin embargo, la obligación de limitar cualesquiera suspensiones a las estrictamente necesarias según las exigencias de la situación refleja un principio de proporcionalidad común a las facultades de suspensión y de limitación. Es más, 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. En la práctica, esto asegurará que ningún artículo del Pacto, por válida que sea su suspensión, sea completamente inaplicable al comportamiento de un Estado Parte (...).⁶⁵

7. La obligatoriedad del derecho internacional de los derechos humanos y el derecho internacional humanitario

A partir de la vigencia de la CP, la Corte Constitucional ha emitido un importante grupo de jurisprudencias en la que otorga un importante valor al derecho internacional de los derechos humanos y al derecho internacional hu-

Observación General
Comité de Derechos
Humanos

Observación General
Comité de Derechos
Humanos

Ibíd., párr. 3. 64
Ibíd., párr. 4. 65

manitario. En vista de que el artículo 93 de la CP establece la prevalencia en el orden interno de los instrumentos de derechos humanos, y de que el artículo 4 de la CP señala que la Constitución es norma de normas, a partir de 1995 la Corte Constitucional adopta la noción de “bloque de constitucionalidad”, para armonizar la aparente contradicción entre estos dos artículos.⁶⁶

La adopción de esta noción tiene como consecuencias que el derecho internacional de los derechos humanos y el derecho humanitario es de aplicación obligatoria en Colombia porque los tratados de derechos humanos forman, con el resto del texto constitucional, un bloque de constitucionalidad cuyo respeto se impone a la ley. En otras palabras, con el artículo 93, los instrumentos internacionales de derechos humanos y derecho humanitario han sido normativamente integrados a la Constitución.⁶⁷

Aunque este concepto de “bloque de constitucionalidad” ha venido evolucionando conforme a la jurisprudencia de esta corporación,⁶⁸ hasta la fecha se mantiene esta interpretación paraconstitucional de los instrumentos de derechos humanos y derecho humanitario.

Además, en algunas de esas sentencias se destaca el valor de la doctrina y de la jurisprudencia internacional: “(...) la jurisprudencia de las instancias internacionales de derechos humanos constituye una pauta relevante para interpretar el alcance de esos tratados y por ende de los propios derechos constitucionales”.⁶⁹ Los pronunciamientos de la Corte Interamericana “(...) constituyen un criterio hermenéutico relevante para establecer el sentido de las normas constitucionales sobre derechos fundamentales”.⁷⁰ Las recomendaciones de los organismos internacionales:

(...) no pueden ser ignoradas cuando resultan de actuaciones del Estado contrarias a los tratados internacionales aludidos en el artículo 93 aunque no sean vinculantes directamente porque generan una triple obligación en cabeza del Estado. 1. Deben ser acogidas y aplicadas por las autoridades administrativas; 2. Deben servir de base para la presentación de proyectos legislativos y 3. Deben orientar el sentido y alcance de las órdenes que el juez de tutela deba impartir para restablecer los derechos violados o amenazados en ese y en los casos que sean similares.⁷¹

Jurisprudencia
Corte Constitucional

66 Corte Constitucional, sentencia C-225 de 1995, M. P. Alejandro Martínez Caballero.
67 *Ibíd.*
68 Véase Rodrigo Uprimny, *ob. cit.*
69 Corte Constitucional, sentencia T-1319 de 2001, M. P. (e) Rodrigo Uprimny Yepes.
70 Corte Constitucional, sentencia C-010 de 2000, M. P. Alejandro Martínez Caballero.
71 Corte Constitucional, sentencia T-568 de 1999, M. P. Carlos Gaviria Díaz.

1. Introducción

En el Capítulo I se señala que tanto el derecho internacional de los derechos humanos (DIDH) como el derecho internacional humanitario (DIH) alcanzan un importante desarrollo a partir de la Segunda Guerra Mundial con el propósito de proteger a la persona humana y su dignidad, tanto en tiempo de paz como de conflicto armado interno o internacional. Desde entonces los derechos humanos reconocidos en la Declaración Universal de los Derechos Humanos y en numerosos tratados internacionales han sido incorporados en las constituciones políticas de los países como parte de los “derechos fundamentales” u otros derechos que los Estados reconocen a los individuos en su ámbito interno, y forman parte de su orden constitucional.

En este sentido, normalmente las constituciones y –tal es el caso de la Constitución Política de Colombia (CP)– no reconocen derechos humanos, sino derechos fundamentales (que se refieren a los derechos civiles y políticos), derechos socioeconómicos y derechos de las colectividades o grupos como los de los niños, las mujeres, las minorías étnicas, los pueblos indígenas o los discapacitados.

El reconocimiento constitucional de estos derechos puede tener un alcance mayor o menor que el otorgado en los instrumentos internacionales sobre derechos humanos; sin embargo, su interpretación y aplicación tendrá como mínimo el alcance otorgado a estos derechos por los distintos tratados internacionales ratificados por el país, la costumbre internacional o las normas de *ius cogens*.

Al respecto, el artículo 93 de la CP consagra que: “(...) Los derechos y deberes consagrados en esta Carta, se interpretarán de conformidad con los tratados internacionales sobre derechos humanos ratificados por Colombia”.

En definitiva se puede señalar que frente a los derechos humanos, que son los derechos inherentes a la persona humana reconocidos en los tratados internacionales de derechos humanos ratificados por un país, se encuentran los derechos constitucionales, reconocidos en la constitución política de dicho país. En muchos casos existirá el reconocimiento de un mismo derecho tanto en el ámbito internacional como en la constitución, por ejemplo, el derecho a la vida, el derecho a la integridad personal, entre otros. Sin embargo, la responsabilidad por la

violación de los derechos constitucionales es diferente de la responsabilidad por la violación de los derechos humanos reconocidos en los tratados internacionales.

Teniendo presente que solamente los Estados pueden ratificar los tratados internacionales y, por tanto, asumir compromisos ante la comunidad internacional, en principio solamente éstos pueden violar los derechos reconocidos en los instrumentos ratificados por el país. Se dice que sólo los Estados, en principio, pueden violar los tratados internacionales, porque conforme al derecho internacional clásico, los únicos sujetos con capacidad para celebrar tratados eran los Estados. No obstante, actualmente se admite que también, las organizaciones internacionales pueden asumir tales obligaciones. Por tanto, los individuos pueden ser sujetos pasivos del derecho internacional, en cuanto se benefician de los derechos consagrados en estos instrumentos, pero no pueden celebrar ni violar tratados internacionales individualmente.

Cuando el Estado suscribe, aprueba y ratifica un tratado o instrumento internacional, adquiere, de forma libre y soberana, derechos y obligaciones regidos por el derecho internacional. Tales obligaciones o compromisos son de forzoso cumplimiento para el Estado Parte. Por ello, cuando se exige a un Estado que cumpla sus compromisos internacionales no se le está imponiendo una obligación ni transgrediendo su soberanía, pues el Estado decidió libremente adquirir dicha obligación internacional.

Existen otro tipo de acuerdos que también son una fuente del derecho internacional, como las declaraciones, resoluciones y otros documentos, que son aprobados o emitidos en el ámbito de organizaciones o reuniones internacionales. Sin embargo, dado que no han sido aprobados por la vía formal que corresponde a los tratados, carecen de la fuerza obligatoria de estos últimos. No obstante, en muchos casos estas declaraciones adquieren especial importancia y aplicabilidad jurídica por desarrollar y orientar el alcance de las obligaciones contenidas en los tratados internacionales sobre las mismas materias.

En el caso de la Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre, la Corte Interamericana de Derechos Humanos (en adelante Corte Interamericana) ha señalado su fuerza obligatoria,¹ indicando dos argumentos básicos: en primer lugar, que los Estados Parte han reconocido que esta declaración es una fuente de obligaciones internacionales para ellos y, en segundo lugar, se ha referido a lo establecido en el artículo 29 de la Convención Americana de Derechos Humanos, que establece:

1

Opinión Consultiva OC-10/89, del 14 de julio de 1989, "Interpretación de la Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre en el marco del artículo 64 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos".

Ninguna disposición de la presente Convención puede ser interpretada en el sentido de: (...) d) excluir o limitar el efecto que puedan producir la Declaración Americana de Derechos y Deberes del Hombre y otros actos internacionales de la misma naturaleza.

Cuando un Estado incumple o viola alguno de sus compromisos internacionales surge su responsabilidad internacional. La Corte Internacional de Justicia (CIJ) ha señalado que “es un principio de Derecho Internacional, e incluso una concepción general del Derecho, que toda violación de un compromiso implica obligación de reparar”.² Considerando que, en principio, no puede hablarse de responsabilidad penal del Estado, la responsabilidad internacional ha sido eminentemente reparatoria.

Las transgresiones de la ley penal y las violaciones de los derechos humanos, pese a tener características y efectos jurídicos diferentes, no son excluyentes al momento de calificar un hecho. Por el contrario, en general, el hecho que constituye una violación de los derechos humanos atribuida al Estado, es también tipificado como delito por la legislación penal, atribuido al autor individual. Este aspecto está estrechamente relacionado con el deber jurídico del Estado de investigar y sancionar tales hechos (véase el Capítulo III).

Por tanto, el objetivo de este análisis consiste en determinar en qué casos se está ante un delito común, de responsabilidad exclusiva del individuo, y en qué casos se trata también de una violación de los derechos humanos, de la que surge la responsabilidad estatal.

2 Responsabilidad estatal en la violación de los derechos humanos

Para el derecho internacional, el Estado es el sujeto de derechos y obligaciones. Cada nación aprueba soberanamente su constitución política, en la que se establece la organización estatal, sus competencias y límites. La clásica división de poderes establece funciones y controles recíprocos. No obstante, sin perjuicio de la forma de organización estatal y gobierno, las obligaciones internacionales comprometen al Estado en su conjunto y, por ende, cualquier violación proveniente de una institución o agente estatal se atribuye al Estado como sujeto internacional.

Artículo 29.
Convención
Americana
sobre Derechos
Humanos

Caso de la Fábrica de Chorzow, CPIJ, Serie A, No. 17, p. 29.

Sin embargo, el Estado actúa a través de sus instituciones y funcionarios. Por ello, son éstos los responsables de respetar y hacer respetar los compromisos asumidos en los instrumentos internacionales, tal como sucede con cualquier otra norma jurídica interna.

No obstante, la responsabilidad de las instituciones y personas vinculadas al Estado no es la misma en todos los casos, y variará dependiendo de la materia, las funciones y competencias que corresponden a las instituciones.

Así por ejemplo, si el compromiso internacional consiste en aprobar una ley que reconozca determinado derecho, la responsabilidad es del Congreso; si el compromiso se refiere a la adopción de medidas administrativas, la responsabilidad es del poder ejecutivo y, finalmente, si el compromiso se refiere a la pronta administración de justicia, la responsabilidad es del poder u organismo judicial. No obstante, el incumplimiento de cualquiera de estos compromisos acarrea la responsabilidad internacional del Estado, como unidad.

A su vez, las instituciones u órganos estatales ejercen sus funciones por medio de sus funcionarios, agentes o autoridades. Los actos que realizan estos funcionarios, desde la formalidad de una sentencia judicial hasta un acto de uso excesivo de la fuerza en una detención, pueden transgredir una obligación internacional y constituyen entonces una violación que se atribuye al Estado y no al agente que la realiza o a la institución a la que éste pertenece, siempre desde el punto de vista del derecho internacional.

Sin embargo, a fin de determinar si existió o no una violación de los derechos humanos, en la práctica es necesario identificar, en la medida de las posibilidades, al agente o al particular que actuó con su tolerancia, connivencia o aquiescencia para violar un derecho humano o, al menos, la institución responsable de tal violación.

Aunque en teoría parece sencillo determinar la responsabilidad del Estado por violación de los derechos humanos, en la práctica esta determinación requiere de un análisis riguroso que deberá efectuarse a la hora de admitir “quejas” por parte de la Dirección Nacional de Atención y Trámite de Quejas de la Defensoría del Pueblo (DNATQ).

En primer lugar, y tal y como ha señalado reiteradamente la Corte Interamericana,

(...) Es, pues, claro que, en principio, es imputable al Estado toda violación de 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.³

(...) la responsabilidad de los actos de los funcionarios del Gobierno es imputable al Estado con independencia de que hayan actuado “en contravención de disposiciones de derecho interno o desbordando los límites de su propia competencia, puesto que es un principio de Derecho internacional que el Estado responde por los actos de sus agentes realizados al amparo de su carácter oficial o por las omisiones de los mismos aun si actúan fuera de los límites de su competencia o en violación del derecho interno”.⁴

(...) No obstante, no se agotan allí las situaciones en las cuales un Estado está obligado a prevenir, investigar y sancionar las violaciones de 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 violatorio de los derechos humanos que inicialmente no resulte imputable directamente a un Estado, por ejemplo, por ser obra de un particular [y por tanto un delito común] o por no haberse identificado al autor de la transgresión [requisito necesario para determinar la responsabilidad penal], puede acarrear la responsabilidad internacional del Estado, no por ese hecho en sí mismo, sino por falta de la debida diligencia para prevenir la violación o para tratarla en los términos requeridos por la Convención.

Las infracciones a la Convención no pueden ser juzgadas aplicando reglas que tengan en cuenta elementos de naturaleza psicológica, orientados a calificar la culpabilidad individual de sus autores. A los efectos del análisis, es irrelevante la intención o motivación del agente que materialmente haya violado los derechos reconocidos por la Convención, hasta el punto que la infracción a la misma puede establecerse incluso si dicho agente no está individualmente identificado. Lo decisivo es dilucidar si una determinada violación a los derechos humanos reconocidos por la Convención ha tenido lugar con el apoyo o la tolerancia del poder público o si éste ha actuado de manera que la trans-

Corte Interamericana, caso Velázquez Rodríguez, sentencia de 29 de julio de 1988, párrs. 172-174; caso Godínez Cruz, sentencia del 20 de enero de 1989, párrs. 181-184; caso Gangaram Panday, sentencia del 21 de enero de 1994, párr. 62; caso Caballero Delgado y Santana, sentencia del 8 de diciembre de 1995, párr. 56.

3

Caso Velázquez Rodríguez, sentencia del 29 de julio de 1988, párr. 170; caso Godínez Cruz, sentencia del 20 de enero de 1989, párr. 179.

4

gresión se haya cumplido en defecto de toda prevención o impunemente. En definitiva, de lo que se trata es de determinar si la violación de los derechos humanos resulta de la inobservancia por parte de un Estado de sus deberes de respetar y de garantizar dichos derechos, que le impone el artículo 1.1 de la Convención.

(...) El Estado está en el deber jurídico de prevenir, razonablemente, las violaciones de los derechos humanos, de investigar seriamente con los medios a su alcance las violaciones que se hayan cometido dentro del ámbito de su jurisdicción a fin de identificar a los responsables, de imponerles las sanciones pertinentes y de asegurar a la víctima una adecuada reparación.⁵ (Véase el Capítulo III.)

Como señaló la Oficina en Colombia del Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Derechos Humanos en su informe a la Comisión de Derechos Humanos en el año 2002,

(...) las acciones y omisiones contra derechos consagrados en instrumentos internacionales de derechos humanos, o en normas del derecho internacional general, constituyen violaciones de éstos cuando tienen por autores a servidores públicos del Estado o a particulares que obran por instigación, con el consentimiento o con la aquiescencia de las autoridades.⁶

En materia de legitimación activa de violaciones a los derechos humanos, el mismo informe dice:

66. (...) además de las acciones u omisiones directamente atribuidas a los servidores públicos, los actos de los particulares o de grupos que no ejercen funciones públicas pueden igualmente comprometer la responsabilidad internacional estatal. Estas acciones y omisiones están vinculadas con las obligaciones de proteger, prevenir, y cumplir las obligaciones internacionales, incluyendo la adopción de legislación interna perti-

Informe Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Derechos Humanos

Informe Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Derechos Humanos

5 Corte Interamericana, caso Velázquez Rodríguez, sentencia de 29 de julio de 1988, párrs. 172-174; caso Godínez Cruz, sentencia de 20 de enero de 1989, párrs. 181-184; caso Gangaram Pandey, sentencia del 21 de enero de 1994, párr. 62; caso Caballero Delgado y Santana, sentencia del 8 de diciembre de 1995, párr. 56.

6 Naciones Unidas, Comisión de Derechos Humanos, Informe del Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Derechos Humanos sobre la situación de los derechos humanos en Colombia, E/CN.4/2002/17 del 28 de febrero de 2002, párr. 62.

nente –así como de abstenerse de adoptar legislación contraria a las normas internacionales– de sancionar a los responsables y de proveer adecuada reparación a las víctimas.⁷

67. En esta materia existen cuatro supuestos de conductas de individuos particulares, que obrando solos o como miembros de grupos no estatales, deben ser consideradas en relación con la responsabilidad del Estado:

- las conductas que son producto de la instigación de servidores públicos;
- las que se realizan con el consentimiento expreso o tácito de dichos servidores;
- las que se producen gracias a la tolerancia manifiesta de agentes estatales;
- las que resultan del incumplimiento del deber de garantía que tiene el Estado.

En este último supuesto, “la responsabilidad del Estado puede resultar no sólo de la falta de vigilancia en la prevención de actos dañosos, sino también de la falta de diligencia en la persecución penal de los responsables y en la aplicación de las sanciones civiles requeridas”.^{*} Si bien la obligación estatal de prevenir es de medio o de comportamiento –no de resultado– y ella no se incumple por la mera existencia de una violación, un elemento clave para determinar ese incumplimiento es el carácter sistemático del mismo.⁸

Véase el Capítulo III de este Manual, relativo al deber del Estado de respetar y garantizar los derechos humanos.
Véase el tercer informe de [la misión de las Naciones Unidas en El Salvador] (ONUSAL), del 19 de febrero de 1992 (A/46/876, párr. 29).

Naciones Unidas, Comisión de Derechos Humanos, Informe del Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Derechos Humanos sobre la situación de los Derechos Humanos en Colombia. Véase también Corte Interamericana, caso Velásquez Rodríguez, sentencia de 29 de julio de 1998, párr. 177: “Esta apreciación es válida cualquiera sea el agente al cual pueda eventualmente atribuirse la violación, aun los particulares, pues, si sus hechos no son investigados con seriedad, resultarían, en cierto modo, auxiliados por el poder público, lo que comprometería la responsabilidad internacional del Estado”. El Relator Especial de la Comisión de Derechos Humanos sobre ejecuciones sumarias o arbitrarias afirmó que: “si un gobierno no cumple las normas enunciadas en los Principios relativos a una eficaz prevención e investigación de las ejecuciones extralegales, arbitrarias o sumarias [...], el Relator Especial considerará que ese incumplimiento es indicio de responsabilidad gubernamental, aunque no se pueda probar que en las ejecuciones sumarias o arbitrarias de que se trate han estado directamente implicados los funcionarios gubernamentales” (E/CN.4/1991/36, párr. 591).

7

*

8

68. (...) En cuanto al tipo de responsabilidad debe recordarse que ésta será por omisión cuando se incumpla el deber de garantía, en la medida en que este incumplimiento no sea deliberado, y que no haya participación de agentes estatales en la preparación, cobertura o encubrimiento. La responsabilidad será por acción cuando agentes estatales estén involucrados en la preparación de los hechos, la participación en los mismos o en el encubrimiento o protección de sus autores. (...)

69. En el marco del DIH también se pone en cabeza de los Estados la obligación de respetar y hacer respetar estas normas, exigiendo no sólo conductas negativas o de abstención, sino también la actuación positiva para prevenir infracciones y sancionarlas, y proteger a la población civil, incluyendo el deber de asistencia. De esta manera, los mismos criterios arriba expuestos son aplicables en esta materia.

70. Como consecuencia de lo aquí expuesto (...), [la Oficina en Colombia del Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Derechos Humanos ha señalado que] “en ambas disciplinas, es menester destacar que varias de estas conductas, cuando se producen en el marco del conflicto armado, violan conjunta e indistintamente los instrumentos internacionales relativos a los derechos humanos y al derecho humanitario.(...)”⁹

En los últimos años en el derecho colombiano se ha desarrollado jurisprudencialmente el concepto de omisión en derechos humanos. El Código Penal en su parte especial incluye varios tipos penales sobre el particular: el artículo 131 establece como delito la “omisión de socorro” en el título que consagra los delitos contra la vida y la integridad personal, el artículo 152 estipula la “omisión de medidas de socorro y asistencia humanitaria”, y el artículo 161 la “omisión de medidas de protección a la población civil”, ambos dentro del título de delitos contra personas y bienes protegidos por el derecho internacional humanitario.

La Corte Constitucional señala que omitir el deber de respeto y garantía en materia de derechos humanos constituye una flagrante violación de la posición de garante que tienen los agentes del Estado, y en particular los miembros de la fuerza pública:

9

Véase el Capítulo XVII sobre derecho internacional humanitario.

(...) [L]as fuerzas militares, así como la Policía Nacional, tienen una posición de garante derivada de su obligación de cumplir deberes irrenunciables en un Estado social de derecho. El artículo 217 de la Constitución dispone que es función de las fuerzas militares garantizar el orden constitucional. Dicha orden no se limita a preservar la estructura democrática del país, sino que comprende el deber de participar activa y eficazmente (CP, art. 209) en la defensa de los derechos constitucionales de los asociados. Tales derechos constituyen los bienes respecto de los cuales el Estado tiene el deber –irrenunciable– de proteger.¹⁰

En la misma providencia se señalan algunos ejemplos de omisiones que no pueden quedar amparados por el fuero penal militar cuando no tienen una relación con la misión constitucional de la fuerza pública de proteger los derechos de los asociados:

- Cuando no se impide la violación de derechos humanos.
- Cuando no se inicia una acción de salvamento para proteger los bienes jurídicos que se encuentran dentro del ámbito de su responsabilidad.
- Cuando se oculta la comisión de un delito ejecutado por otro.
- Cuando guarda una identidad estructural con una conducta activa que viole en forma grave un derecho humano (las que se producen en un hecho que desde el inicio es contrario a los derechos humanos, o las que se producen en un hecho que inicialmente era legítimo pero que en su desarrollo presenta una desviación esencial en el curso de la actividad).

Tipología de las violaciones

Tipologías

El Estado puede violar los derechos humanos tanto por acción como por omisión

Se produce violación *por acción* cuando:

- a) El Estado legisla o emite decretos gubernativos en contravención de algún(nos) compromiso(s) asumido(s) internacionalmente en los instrumentos de derechos humanos ratificados por el país.
- b) La violación se realiza directamente por agentes del Estado o por un acto del poder público.
- c) La violación se realiza por servidores públicos que actúan prevalidos de los poderes que les da su carácter oficial, aunque la motivación de la violación sea meramente privada. Por ejemplo, cuando se valen de elementos que les brinda su cargo (armas, vehículos, uniforme, información, entre otros), o de la impunidad y falta de fiscalización existentes respecto a su actividad.
- d) Cuando las conductas son realizadas por particulares, pero a instigación de servidores públicos.
- e) Las conductas son realizadas por particulares, pero con el consentimiento expreso o tácito de agentes del Estado.
- f) Las conductas son realizadas por particulares, pero con la tolerancia manifiesta de servidores públicos.

La violación por omisión se produce cuando:

- a) El Estado no organiza su aparato gubernamental y, en general, todas las estructuras por medio de las cuales se manifiesta el ejercicio del poder, de manera que sean capaces de asegurar jurídicamente el libre y pleno ejercicio de los derechos humanos reconocidos en los tratados internacionales ratificados por el país. Por ejemplo, cuando en su sistema de administración de justicia no se contemple el derecho

de toda persona acusada de un delito a tener acceso a un juez o tribunal, competente, independiente e imparcial, o el derecho a la defensa técnica.

- b) El Estado no toma las medidas necesarias para remover los obstáculos que puedan existir, en la práctica, para que los individuos disfruten de los derechos humanos reconocidos en los instrumentos internacionales. Por ejemplo, cuando tolere la existencia de grupos delincuenciales (de particulares) que maten o secuestren a sus ciudadanos.
- c) El Estado no ponga la debida diligencia para prevenir un hecho que pueda ser constitutivo de un delito, y por tanto ser obra de un particular, o no ponga los medios a su alcance para investigar y sancionar al (los) responsable(s) de tal hecho.
- d) El Estado no dicta la legislación necesaria para el cumplimiento de los compromisos asumidos internacionalmente.
- e) Los servidores públicos o agentes del Estado omitan alguna conducta o deber que produzca como resultado la violación de alguno de los derechos garantizados en los instrumentos internacionales, aunque lo realicen en contravención del derecho interno del país.

1. Introducción

Por medio de la ratificación del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos (PIDCP) y de la Convención Americana sobre Derechos Humanos (en adelante Convención Americana), los Estados Partes se comprometen a respetar y garantizar los derechos reconocidos en estos instrumentos internacionales, mediante la adopción de las medidas necesarias para darles efectividad (art. 2.1 del PIDCP, y art. 1 de la Convención).

Conforme al artículo 1 de la Convención Americana:

Los Estados partes en esta Convención se comprometen a respetar los derechos y libertades reconocidos en ella y a garantizar su libre y pleno ejercicio a toda persona que esté sujeta a su jurisdicción, sin discriminación alguna por motivos de raza, color, sexo, idioma, religión, opiniones políticas o de cualquier otra índole, origen nacional o social, posición económica, nacimiento o cualquier otra condición social.

Con base en el artículo 2.1 del PIDCP:

Cada uno de los Estados Partes en el presente Pacto se compromete a respetar y a garantizar a todos los individuos que se encuentren en su territorio y estén sujetos a su jurisdicción los derechos reconocidos en el presente Pacto, sin distinción alguna de raza, color, sexo, idioma, religión, opinión política o de otra índole, origen nacional o social, posición económica, nacimiento o cualquier otra condición social.

En definitiva, se puede afirmar que el objeto y fin, tanto del PIDCP como de la Convención Americana, es el respeto y la garantía de los derechos allí consagrados. Por este motivo, y con base en el artículo 26 de la Convención de Viena de 1969 sobre el Derecho de los Tratados (principio *pacta sunt servanda*), los Estados Partes deben cumplir de buena fe estas obligaciones.

El deber del Estado de respetar y garantizar los derechos humanos

Artículo 1.
Convención Americana
sobre Derechos
Humanos

Artículo 2.1.
Pacto Internacional
de Derechos Civiles
y Políticos

El deber de respeto y garantía comporta una serie de obligaciones específicas para los Estados. Al respecto, tanto el artículo 2.2 del PIDCP como el artículo 2 de la Convención Americana, señalan la obligación positiva de los Estados Partes de adoptar, con arreglo a sus procedimientos constitucionales y a las disposiciones del Pacto y/o de la Convención, las medidas legislativas o de otro carácter que fueran necesarias para hacer efectivos tales derechos. Por tanto, los Estados Partes que aprobaron estos instrumentos internacionales comprometerán su responsabilidad internacional cuando no adopten estas medidas. En el supuesto de que los Estados justifiquen el incumplimiento de estos deberes, sobre la base de su propia legislación nacional, igualmente comprometerían su responsabilidad internacional, ya que según el artículo 27 de la Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados de 1969: “Una parte no podrá invocar las disposiciones de su derecho interno como justificación del incumplimiento de un tratado” (principio de primacía del derecho internacional sobre el derecho interno).

Concretamente, la Corte Interamericana de Derechos Humanos (en adelante Corte Interamericana) ha señalado que:

(...) 37. Son muchas las maneras como un Estado puede violar un tratado internacional y, específicamente, la Convención. En este último caso, puede hacerlo, por ejemplo, omitiendo dictar las normas a que está obligado por el artículo 2. También, por supuesto, dictando disposiciones que no estén en conformidad con lo que de él exigen sus obligaciones dentro de la Convención [Ciertas atribuciones de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos (arts. 41, 42, 46, 47, 50 y 51 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos), Opinión Consultiva OC-13/93 del 16 de julio de 1993. Serie A No. 13, párr. 26].

(...)

50. La Corte concluye que la promulgación de una ley manifiestamente contraria a las obligaciones asumidas por un Estado al ratificar o adherir a la Convención constituye una violación de ésta y que, en el evento de que esa violación afecte derechos y libertades protegidos respecto de individuos determinados, genera responsabilidad internacional para el Estado.

(...)

57. La Corte concluye que el cumplimiento por parte de agentes o funcionarios del Estado de una ley manifiestamente violatoria de la

Convención produce responsabilidad internacional del Estado. En caso de que el acto de cumplimiento constituya un crimen internacional, genera también la responsabilidad internacional de los agentes o funcionarios que lo ejecutaron.¹

Como señaló la Oficina en Colombia del Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Derechos Humanos (OACNUDH), por un lado, la obligación de respeto de estos derechos no sólo se traduce en la exigencia de una actitud pasiva, es decir, en la omisión de violarlos, sino que no puede ser entendida sin el colorario de las obligaciones complementarias o positivas. Por otro, la obligación de garantía de estos derechos implica la adopción de medidas legislativas y de otro carácter para asegurar su plena vigencia y su protección, estableciendo mecanismos, procedimientos y recursos que le den efectividad y permitan la sanción a los responsables y la reparación a las víctimas por los derechos vulnerados.²

Conviene señalar que el deber de respetar y garantizar los derechos se encuentra consagrado dentro de los primeros artículos de estos instrumentos internacionales, ya que la interpretación y el alcance del resto de los artículos debe realizarse conforme a estos deberes asumidos. En este sentido, la Corte Interamericana señaló en la sentencia Velázquez Rodríguez que:

El artículo 1.1 es fundamental para determinar si una violación de los derechos humanos reconocidos por la Convención puede ser atribuida a un Estado Parte. En efecto, dicho artículo pone a cargo de los Estados Partes los deberes fundamentales de respeto y de garantía, de tal modo que todo menoscabo a los derechos humanos reconocidos en la Convención que pueda ser atribuido, según las reglas del Derecho internacional, a la acción u omisión de cualquier autoridad pública, constituye un hecho imputable al Estado que compromete su responsabilidad en los términos previstos por la misma Convención.³

Este artículo contiene la obligación contraída por los Estados Partes en relación con cada uno de los derechos protegidos, de tal manera que

Jurisprudencia
Corte Interamericana
de Derechos Humanos

Corte Interamericana de Derechos Humanos (en adelante Corte Interamericana), Opinión Consultiva OC-14/94 del 9 de diciembre 1994, “Responsabilidad internacional por expedición y aplicación de leyes violatorias de la Convención (arts. 1 y 2 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos)”, párrs. 37, 50 y 57. 1

Oficina en Colombia del Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Derechos Humanos (OACNUDH), Hoja Informativa No. 6, p. 3. 2

Corte Interamericana, caso Velázquez Rodríguez, sentencia del 29 de julio de 1988, párr. 164; caso Godínez Cruz, sentencia del 20 de enero de 1989, párr. 173; caso Caballero Delgado y Santana, sentencia del 8 de diciembre de 1995, párrs. 55-56. 3

toda pretensión de que se ha lesionado alguno de esos derechos, implica necesariamente la de que se ha infringido también el artículo 1.1 de la Convención.⁴

Por tanto, y como consecuencia del deber asumido por los Estados de “respetar y garantizar” los derechos humanos reconocidos en la Convención Americana, si se demuestra en un caso concreto que existió una violación de cualquiera de estos derechos cuya responsabilidad puede ser atribuida al Estado, tanto por acción como por omisión (véase el Capítulo II, pp. 7 y ss.), automáticamente se configuraría una violación del artículo 1.1 de dicha Convención.

La obligación de respeto y garantía de los derechos humanos se incorporó al ordenamiento jurídico colombiano con la constitucionalización de los tratados y convenios sobre la materia, mediante la norma de remisión expresa consagrada en el artículo 93 de la Carta Política de 1991.

El Estado se comprometió a partir de entonces a no establecer normas legales contrarias a las normas internacionales de derechos humanos y a hacer concordar la legislación interna con esos compromisos.

Conforme con la noción amplia de los derechos humanos, esos compromisos comprenden tanto los *deberes de abstención o negativos* como los *deberes de obrar o positivos* que el Estado colombiano ha adquirido ante la comunidad internacional y ante sus propios gobernados, cuya realización conjunta hace efectivos el respeto y la garantía de los derechos humanos.

2. Obligación de respetar los derechos humanos

Desde la sentencia Velázquez Rodríguez, la Corte Interamericana ha sostenido que la obligación de los Estados de respetar los derechos consagrados en la Convención se deriva de que los derechos humanos son atributos inherentes a la dignidad humana y, por tanto, superiores al poder del Estado, en los que sólo puede penetrar limitadamente:

La primera obligación asumida por los Estados Partes, en los términos del citado artículo, es la de “respetar los derechos y libertades” reconocidos en la Convención. El ejercicio de la función pública tiene unos límites que derivan de que los derechos humanos son atributos inhe-

rentes a la dignidad humana y, en consecuencia, superiores al poder del Estado. Como ya lo ha dicho la Corte en otra ocasión,

(...) la protección a los derechos humanos, en especial a los derechos civiles y políticos recogidos en la Convención, parte de la afirmación de la existencia de ciertos atributos inviolables de la persona humana que no pueden ser legítimamente menoscabados por el ejercicio del poder público. Se trata de esferas individuales que el Estado no puede vulnerar o en las que sólo puede penetrar limitadamente. Así, en la protección de los derechos humanos, está necesariamente comprendida la noción de la restricción al ejercicio del poder estatal (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, Serie A, No. 6, párr. 21).⁵

En el derecho interno colombiano, la Constitución Política (CP) reconoce en su artículo 2 que, “Son fines esenciales del Estado (...) garantizar la efectividad de los principios, derechos y deberes consagrados en la Constitución; (...)”

Por tanto, se puede señalar que se configura una violación al deber de respeto de los derechos reconocidos en la Convención Americana, en el PIDCP y en la CP cuando se puede atribuir responsabilidad al Estado (véase el Capítulo II, p. 54 y ss.) por la violación de cualquiera de los derechos consagrados en estos instrumentos.

La “obligación de respetar” los derechos humanos en Colombia comprende el deber del Estado de no inmiscuirse en el ámbito privado de las relaciones personales de los gobernados, mediante acciones arbitrarias o ilegítimas. Esta obligación se encuentra regulada en la Carta Política de 1991, por medio de las denominadas *cláusulas generales de respeto* a los atributos inherentes a la dignidad humana,⁶ a la vida⁷ y a la libertad,⁸ entre otros.

Corte Interamericana, caso Velázquez Rodríguez, sentencia del 29 de julio de 1988, párr. 165; caso Godínez Cruz, sentencia del 20 de enero de 1989, párr. 174. 5

Constitución Política de Colombia (CP) artículo 1º, según el cual los principios fundamentales del Estado social de derecho son el respeto a la dignidad humana, el trabajo, la solidaridad y la prevalencia del interés general. 6

CP, artículo 11: “El derecho a la vida es inviolable. No habrá pena de muerte”. Significa que la vida no puede ser vulnerada o amenazada sin justa causa (inviolabilidad), ni ser objeto de transferencia o transacción (inalienabilidad). 7

CP, artículo 28: “Toda persona es libre. Nadie puede ser molestado en su persona o familia, ni reducido a prisión o arresto, ni detenido, ni su domicilio registrado, sino en virtud de mandamiento escrito de autoridad judicial competente, con las formalidades legales y por motivo previamente definido en la ley”. 8

En estos casos, como en muchos otros regulados en la CP, el deber de respeto del Estado a los derechos humanos se traduce en *deberes de abstención*, como lo es el deber del Estado de respetar la intimidad personal, familiar y el buen nombre de sus gobernados,⁹ o de respetar el derecho al libre desarrollo de la personalidad sin más limitaciones que las que imponen los derechos de los demás y el orden jurídico (art. 16, CP).

3 Obligación de garantizar los derechos humanos

Respecto al deber de garantía, el Comité de Derechos Humanos señaló en su Observación General No. 3 que,

Observación General
Comité de Derechos
Humanos

(...) la obligación prevista en el Pacto no se limita al respeto de los derechos humanos, sino que los Estados Partes se han comprometido también a garantizar el goce de esos derechos por todas las personas sometidas a su jurisdicción. Este aspecto exige que los Estados Partes realicen actividades concretas para que las personas puedan disfrutar de sus derechos.¹⁰

La Corte Interamericana ha señalado, reiteradamente, que el deber asumido por los Estados Partes de la Convención Americana de “garantizar los derechos reconocidos en la Convención”, supone que los Estados deben organizar su aparato estatal de forma que puedan asegurar jurídicamente el libre y pleno ejercicio de los derechos humanos. Además, se puede afirmar que de esta obligación surge el deber del Estado de investigar, sancionar y reparar toda violación de los derechos humanos.

Jurisprudencia
Corte Interamericana
de Derechos Humanos

La segunda obligación de los Estados Partes es la de garantizar el libre y pleno ejercicio de los derechos reconocidos en la Convención a toda persona sujeta a su jurisdicción. Esta obligación implica el deber de los Estados Partes de organizar todo el aparato gubernamental y, en general, todas las estructuras a través de las cuales se manifiesta el ejercicio del poder público, de manera tal que sean capaces de asegurar jurídi-

9 CP, artículo 15: “Todas las personas tienen derecho a su intimidad personal y familiar y a su buen nombre, y el Estado debe respetarlos y hacerlos respetar”.

10 Comité de Derechos Humanos, Observación General No. 3, “La aplicación del Pacto a nivel nacional”, párr. 1.

camente el libre y pleno ejercicio de los derechos humanos. Como consecuencia de esta obligación los Estados deben prevenir, investigar y sancionar toda violación de los derechos reconocidos por la Convención y procurar, además, el restablecimiento, si es posible, del derecho conculcado y, en su caso, la reparación de los daños producidos por la violación de los derechos humanos.

La obligación de garantizar el libre y pleno ejercicio de los derechos humanos no se agota con la existencia de un orden normativo dirigido a hacer posible el cumplimiento de esta obligación, sino que [sic] comparte la necesidad de una conducta gubernamental que asegure la existencia, en la realidad, de una eficaz garantía del libre y pleno ejercicio de los derechos humanos.¹¹

Esta obligación positiva supone, además, que los Estados deben establecer los mecanismos necesarios para que los individuos tengan acceso a los recursos internos adecuados para la protección de sus derechos fundamentales (véase el numeral 3.5 de este capítulo), y deben eliminar cualquier tipo de obstáculo que impida el goce de los mismos en su jurisdicción.

El artículo 1 de la Convención obliga a los Estados Partes no solamente a respetar los derechos y libertades reconocidos en ella, sino a garantizar su libre y pleno ejercicio a toda persona sujeta a su jurisdicción. La Corte ya ha expresado que esta disposición contiene un deber positivo para los Estados. Debe precisarse, también, que garantizar implica la obligación del Estado de tomar todas las medidas necesarias para remover los obstáculos que puedan existir para que los individuos puedan disfrutar de los derechos que la Convención reconoce. Por consiguiente, la tolerancia del Estado a circunstancias o condiciones que impidan a los individuos acceder a los recursos internos adecuados para proteger sus derechos, constituye una violación del artículo 1.1 de la Convención. Como lo ha afirmado esta Corte.¹²

Opinión Consultiva
Corte Interamericana de
Derechos Humanos

Corte Interamericana, caso Velázquez Rodríguez, sentencia del 29 de julio de 1988, párrs. 66 y 167.
Corte Interamericana, Opinión Consultiva OC-11/90, del 10 de agosto de 1990, "Excepciones al agotamiento de los recursos internos" (arts. 46.1, 46.2a y 46.2b), párr. 34.

11
12

Como consecuencia del deber asumido por los Estados de respetar y garantizar los derechos reconocidos en el PIDCP y en la Convención Americana, “sin distinción alguna de raza, color, sexo, idioma, religión, opinión política o de otra índole, origen nacional o social, posición económica, nacimiento o cualquier otra condición social”, es decir, sin discriminación, se derivan las siguientes obligaciones:

1. Garantizar el pleno y libre ejercicio de los derechos y las libertades reconocidos “sin discriminación alguna”.
2. Prevenir razonablemente las violaciones de los derechos humanos (art. 2.1 del PIDCP y art. 1.1 de la Convención Americana).
3. Investigar la violación de los derechos humanos y sancionar a los autores (art. 2.1 del PIDCP y art. 1.1 de la Convención Americana)
4. Reparar el daño realizado a través de la conducta violatoria (art. 2.1 del PIDCP y art. 1.1 de la Convención Americana), si no se puede restaurar el derecho violado.
5. Establecer un recurso efectivo que sea accesible a toda persona cuyos derechos o libertades hayan sido violados, incluso cuando tal violación hubiera sido cometida por personas que actuaban en ejercicio de sus funciones oficiales. Este recurso deberá sustanciarse conforme a las reglas establecidas en el debido proceso legal (art. 2.3 del PIDCP y 25 de la Convención Americana). (Véase el Capítulo VIII.)

Al respecto, la Corte Constitucional, al referirse al “deber de garantizar” los derechos humanos en Colombia, establece que ese interés se encuentra protegido en la Constitución de 1991 y que se traduce en tres derechos relevantes de naturaleza positiva:

- 1. El derecho a la verdad, esto es, la posibilidad de conocer lo que sucedió y en buscar una coincidencia entre la verdad procesal y la verdad real. Este derecho resulta particularmente importante frente a graves violaciones de los derechos humanos.**
- 2. El derecho a que se haga justicia en el caso concreto, es decir, el derecho a que no haya impunidad.**
- 3. El derecho a la reparación de daño que se le ha causado a través de una compensación económica, que es la forma tradicional como se ha resarcido a la víctima de un delito.**¹³

3.1. Obligación de garantizar el pleno y libre ejercicio de los derechos y las libertades reconocidos sin discriminación alguna

Tanto el artículo 2.1 del PIDCP como el artículo 1.1 de la Convención Americana establecen la obligación de los Estados Partes de respetar y garantizar el pleno y libre ejercicio de los derechos y las libertades allí reconocidos “sin discriminación alguna”. Por tanto, y tal y como lo ha señalado la Corte Interamericana, “cualquiera sea el origen o la forma que asuma, todo tratamiento que pueda ser considerado discriminatorio respecto del ejercicio de cualquiera de los derechos garantizados en la Convención es per se incompatible con la misma”.¹⁴

Conviene señalar que el principio de “no discriminación”, reconocido en los anteriores artículos, se encuentra íntimamente ligado con el principio de “igualdad ante la ley” reconocido en los artículos 26 y 24 del PIDCP y de la Convención Americana, respectivamente, aunque no son idénticos. Esta vinculación surge de que,

(...) en función del reconocimiento de la igualdad ante la ley se prohíbe todo tratamiento discriminatorio de origen legal. De este modo la prohibición de discriminación ampliamente contenida en el artículo 1.1 respecto de los derechos y garantías estipulados por la Convención, se extiende al derecho interno de los Estados Partes, de tal manera que es posible concluir que, con base en esas disposiciones, éstos se han comprometido, en virtud de la Convención, a no introducir en su ordenamiento jurídico regulaciones discriminatorias referentes a la protección de la ley.¹⁵

No obstante, no existe discriminación cuando se da un tratamiento distinto con una finalidad legítima,

(...) es decir, si no conduce a situaciones contrarias a la justicia, a la razón o a la naturaleza de las cosas. De ahí que no pueda afirmarse que exista discriminación en toda diferencia de tratamiento del Estado frente al individuo, siempre que esa distinción parta de supuestos de hecho sustancialmente diferentes y que expresen de modo proporcionado una

Opinión Consultiva
Corte Interamericana
de Derechos Humanos

Opinión Consultiva
Corte Interamericana
de Derechos Humanos

Corte Constitucional, sentencia C-228 de 2002, M. P. Manuel José Cepeda Espinosa y Eduardo Montealegre Lynett. 13
Corte Interamericana, Opinión Consultiva del 19 de enero de 1984, “Propuesta de modificación a la Constitución Política de Costa Rica relacionada con la naturalización”, párr. 53. 14
Ibíd., párr. 54 15

fundamentada conexión entre esas diferencias y los objetivos de la norma, los cuales no pueden apartarse de la justicia o de la razón, vale decir, no pueden perseguir fines arbitrarios, caprichosos, despóticos o que de alguna manera repugnen a la esencial unidad y dignidad de la naturaleza humana.¹⁶

Por las anteriores razones se puede concluir que un Estado Parte viola el principio de “no discriminación”, cuando permite prácticas y/o promulga leyes que menoscaban el ejercicio de los derechos reconocidos en estos instrumentos, por motivos de raza, color, sexo, idioma, religión, opinión política, entre otros, y son contrarias a la justicia (véase el Capítulo XI).

Conforme con esas premisas, la CP (art. 13) reguló expresamente las garantías de igualdad ante la ley, de protección igual por parte de las autoridades y de igualdad de trato. Para el efecto, estableció *criterios de diferenciación prohibidos* por razones de sexo, raza, origen nacional o familiar, lengua, religión, opinión política o religiosa, que de darse constituirían un fenómeno de discriminación negativa.

También reguló el deber del Estado de promover condiciones para lograr la igualdad real y efectiva –*igualdad material*–, así como la posibilidad de conceder ventajas –*discriminación positiva o acciones afirmativas*– en favor de grupos discriminados o marginados.

3.2. Deber del Estado de *prevenir* las violaciones de los derechos humanos

Una de las consecuencias del deber de garantizar los derechos humanos consiste en que el Estado debe adoptar todas las medidas necesarias de carácter jurídico, político y cultural para resguardar los derechos humanos de posibles violaciones. Estas medidas varían según el derecho que haya sido violado y según las condiciones de cada Estado. Es importante señalar que el deber de prevenir posibles violaciones de los derechos humanos es un deber “de medio o de comportamiento”, y que su incumplimiento no se demuestra únicamente cuando un derecho ha sido violado.

Respecto al deber de prevención, en los casos Velázquez Rodríguez y Godínez Cruz, la Corte Interamericana señaló que:

16 *Ibid.*, párr. 57.

El deber de prevención abarca todas aquellas medidas de carácter jurídico, político, administrativo y cultural que promuevan la salvaguarda de los derechos humanos y que aseguren que las eventuales violaciones a los mismos sean efectivamente consideradas y tratadas como un hecho ilícito que, como tal, es susceptible de acarrear sanciones para quien las cometa, así como la obligación de indemnizar a las víctimas por sus consecuencias perjudiciales. No es posible hacer una enumeración detallada de esas medidas, que varían según el derecho de que se trate y según las condiciones propias de cada Estado Parte. Es claro, a su vez, que la obligación de prevenir es de medio o comportamiento y no se demuestra su incumplimiento por el mero hecho de que un derecho haya sido violado.¹⁷

3.3. Deber del Estado de *investigar y sancionar* las violaciones de los derechos humanos

Una de las consecuencias que se desprende del deber asumido por los Estados Partes en el PIDCP y de la Convención Americana, de respetar y garantizar los derechos humanos reconocidos en estos instrumentos (art. 2.1 del PIDCP y 1.1 de la Convención), es que los Estados tienen el deber de investigar y sancionar a los responsables de las violaciones de los anteriores derechos.

En este sentido, la Corte Interamericana ha señalado que:

El Estado está en el deber jurídico de prevenir, razonablemente, las violaciones de los derechos humanos, de investigar seriamente con los medios a su alcance las violaciones que se hayan cometido dentro del ámbito de su jurisdicción a fin de identificar a los responsables, de imponerles las sanciones pertinentes y de asegurar a la víctima una adecuada reparación.¹⁸

Respecto a la obligación de investigar, según la Corte Interamericana ésta existe en relación con: 1) cualquier violación de los derechos humanos cometida

Corte Interamericana, caso Velázquez Rodríguez, sentencia del 29 de julio de 1988, párrs. 174-175; caso Godínez Cruz, sentencia del 20 de enero de 1989, párrs. 184-185. 17

Corte Interamericana, caso Velázquez Rodríguez, sentencia del 29 de julio de 1988, párr. 174; caso Godínez Cruz, sentencia del 20 de enero de 1989, párr. 184. 18

por agentes del Estado; 2) cualquier conducta que menoscabe los derechos reconocidos en la Convención, cometida por particulares, siempre y cuando éstos actúen impunemente o con la tolerancia del Estado.

El Estado está, por otra parte, obligado a investigar toda situación en la que se hayan violado los derechos humanos protegidos por la Convención. Si el aparato del Estado actúa de modo que tal violación quede impune y no se restablezca, en cuanto sea posible, a la víctima en la plenitud de sus derechos, puede afirmarse que ha incumplido el deber de garantizar su libre y pleno ejercicio a las personas sujetas a su jurisdicción. Lo mismo es válido cuando se tolere que los particulares o grupos de ellos actúen libre o impunemente en menoscabo de los derechos humanos reconocidos en la Convención.¹⁹

Concretamente, se compromete la responsabilidad internacional del Estado cuando éste no pone los medios a su alcance para investigar y sancionar a particulares responsables de cometer delitos comunes.

Es, pues, 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. No obstante, 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 violatorio de los derechos humanos que inicialmente no resulte imputable directamente a un Estado, por ejemplo, por ser obra de un particular o por no haberse identificado al autor de la transgresión, puede acarrear la responsabilidad internacional del Estado, no por ese hecho en sí mismo, sino por falta de la debida diligencia para prevenir la violación o para tratarla en los términos requeridos por la Convención.²⁰

Con relación al alcance de esta obligación, esta Corte ha señalado que el deber de investigar es una obligación de medio o de comportamiento y no de resultado.

19 Corte Interamericana, caso Velázquez Rodríguez, párr. 176; caso Godínez Cruz, párr. 187.

20 Corte Interamericana, caso Velázquez Rodríguez, párr. 172; caso Godínez Cruz, párrs. 181-182; caso Caballero Delgado y Santana, sentencia del 8 de diciembre de 1995, párr. 56.

En ciertas circunstancias puede resultar difícil la investigación de hechos que atenten contra derechos de la persona. La de investigar es, como la de prevenir, una obligación de medio o comportamiento que no es incumplida por el solo hecho de que la investigación no produzca un resultado satisfactorio. Sin embargo, debe emprenderse con seriedad y no como una simple formalidad condenada de antemano a ser infructuosa. Debe tener un sentido y ser asumida por el Estado como un deber jurídico propio y no como una simple gestión de intereses particulares, que dependa de la iniciativa procesal de la víctima o de sus familiares o de la aportación privada de elementos probatorios, sin que la autoridad pública busque efectivamente la verdad. Esta apreciación es válida cualquiera sea el agente al cual pueda eventualmente atribuirse la violación, aun los particulares, pues, si sus hechos no son investigados con seriedad, resultarían, en cierto modo, auxiliados por el poder público, lo que comprometería la responsabilidad internacional del Estado.²¹

3.3.1. Obligación de sancionar las violaciones de los derechos humanos

Por último, y con relación al deber de sancionar las violaciones de los derechos humanos, en el Informe Final sobre “El derecho de restitución, indemnización y rehabilitación de las víctimas de violaciones graves de los derechos humanos y las libertades fundamentales”, presentado en virtud de la resolución 1999/33 de la Comisión de Derechos Humanos, el Relator Especial, señor M. Cherif Bassiouni, indicó que:

Las violaciones de normas internacionales de derechos humanos y del derecho internacional humanitario que son crímenes de derecho internacional conllevarán el deber de enjuiciar y castigar a los autores a quienes se imputen esas violaciones y de cooperar con los Estados y los órganos judiciales internacionales competentes y prestarles asistencia en la investigación y el enjuiciamiento de esas violaciones.

Jurisprudencia
Corte Interamericana
de Derechos Humanos

Informe
Relator Especial de las
Naciones Unidas

Corte Interamericana, caso Velázquez Rodríguez, párr. 177; caso Godínez Cruz, párr. 188; caso Caballero Delgado y Santana, párr. 58.

Con tal fin, los Estados incorporarán en su derecho interno disposiciones apropiadas que establezcan la competencia universal sobre los crímenes de derecho internacional y normas apropiadas que faciliten la extradición o entrega de los delincuentes a otros Estados o a órganos judiciales internacionales, la asistencia judicial y otras formas de cooperación en la administración de la justicia internacional, incluida la asistencia y protección de víctimas y testigos.²²

Para el efecto, el ordenamiento jurídico colombiano ha incorporado a su legislación interna un importante instrumento que garantiza la “obligación de sancionar” violaciones de los derechos humanos en Colombia, mediante de la aceptación de la jurisdicción de la Corte Penal Internacional.²³

3.3.2. Obstaculización a la labor de la justicia e impunidad

Los deberes de investigar y sancionar a los responsables de violaciones de los derechos humanos imponen al Estado y sus agentes la obligación genérica de colaborar con la acción de la justicia y de abstenerse de obstaculizar la investigación o el curso del proceso que debe establecer la violación y sus responsables. Como consecuencia de este deber, toda obstaculización a la labor de la justicia realizada por agentes del Estado o cuando medie su apoyo, tolerancia o aquiescencia, constituye una violación del deber del Estado de garantizar los derechos humanos. En definitiva, la obstaculización a la labor de la justicia busca como resultado la impunidad de las violaciones de los derechos humanos, es decir, que la investigación no dé como resultado la sanción de los responsables y la consecuente reparación de la víctima. Un ejemplo de obstaculización es el caso colombiano conocido como Las Palmeras:

La Corte observa que en el presente caso las partes admitieron que los miembros de la policía implicados en los hechos obstaculizaron o no colaboraron de una manera adecuada con las investigaciones iniciadas con el fin de esclarecer el caso, ya que alteraron, ocultaron y destruyeron prueba (algunas de las obstaculizaciones fueron: el cambio de las prendas que vestían las víctimas y su posterior destrucción, la ausencia

Jurisprudencia
Corte Interamericana
de Derechos Humanos

22
23

Naciones Unidas, Comisión de Derechos Humanos, E/CN.4/2000/62 del 18 de enero de 2000, numerales 4 y 5.
Ley 742 del 5 de junio de 2002 “Por medio de la cual se aprueba el Estatuto de Roma de la Corte Penal Internacional, hecho en Roma el día diecisiete (17) de julio de mil novecientos noventa y ocho (1998)”, entró en vigor en Colombia el 1º de noviembre de 2002.

de un acta de levantamiento de los cadáveres en el lugar del deceso, la falta de recolección de pruebas, la intimidación y amenazas a los familiares y testigos y la difusión de información tergiversada respecto de las actividades de las víctimas).²⁴

En el informe final presentado a la Comisión de Derechos Humanos sobre “la cuestión de la impunidad de los autores de violaciones de los derechos humanos (derechos civiles y políticos)”, se recoge un conjunto de principios para la protección y la promoción de los derechos humanos, y para la lucha contra la impunidad. El primer párrafo del Principio 20 dice:

Principio 20. Deberes de los Estados en el ámbito de la administración de la justicia.

La impunidad constituye una infracción de las obligaciones que tienen los Estados de investigar las violaciones, adoptar medidas adecuadas respecto de sus autores, especialmente en la esfera de la justicia, para que sean procesados, juzgados y condenados a penas apropiadas, de garantizar a las víctimas recursos eficaces y la reparación del perjuicio sufrido y de tomar todas las medidas necesarias para evitar la repetición de dichas violaciones.²⁵

La impunidad no se manifiesta exclusivamente por medio de la obstaculización a la labor de la justicia. Igualmente, se manifiesta a través de leyes de amnistía o cuando el Estado no organiza su aparato estatal para garantizar los derechos humanos, por ejemplo, cuando sus tribunales no son independientes e imparciales (véase el Capítulo VIII, numeral 3.1.5).

En este sentido, el Relator sobre ejecuciones extrajudiciales, sumarias o arbitrarias ha señalado que:

La impunidad sigue siendo la causa principal de la constante violación de los derechos humanos, en particular el derecho a la vida. La forma en que reacciona un gobierno por acción u omisión, ante las violaciones de los derechos humanos cometidas por sus agentes revela con claridad el grado de su disposición a garantizar la protección efectiva de esos derechos. Muy a menudo las declaraciones en que los gobier-

Informe
Relator Especial de las
Naciones Unidas

Informe
Relator Especial de las
Naciones Unidas

Corte Interamericana, caso Las Palmeras, sentencia del 6 de diciembre de 2001, párr. 57.
Naciones Unidas, Comisión de Derechos Humanos, E/CN.4/Sub.2/1997/20/Rev. 1.

24
25

nos proclaman su compromiso de respetar los derechos humanos quedan contradichas en la práctica por las violaciones y la impunidad. El Relator Especial considera que, incluso si en circunstancias excepcionales los gobiernos deciden que los autores podrán acogerse a medidas que los eximan del castigo o limiten la severidad de éste, subsiste la obligación de los gobiernos de juzgarlos y considerarlos responsables ante la ley.

(...)

Además, la impunidad se ha visto favorecida también por problemas relacionados con el funcionamiento del poder judicial, en particular su independencia e imparcialidad. En algunos países no existe un poder judicial independiente que pueda efectuar las investigaciones, o el sistema judicial no funciona en la práctica. En los países en que el sistema judicial no funciona correctamente resulta conveniente que se apliquen reformas para que pueda cumplir efectivamente sus funciones.²⁶

Como la impunidad o la no investigación y sanción de los responsables de una violación de los derechos humanos se puede lograr a través de numerosos medios, en el seno de las Naciones Unidas se han desarrollado una serie de principios que tienen como uno de sus objetivos la lucha contra la impunidad a distintos niveles o en distintos ámbitos, por ejemplo:

Los principios básicos de las Naciones Unidas relativos a la independencia de la judicatura, que establecen en su artículo 4: “No se efectuarán intromisiones indebidas o injustificadas en el proceso judicial, ni se someterán a revisión las decisiones judiciales de los tribunales. Este principio se aplicará sin menoscabo de la vía de revisión judicial ni de la mitigación o conmutación de las penas impuestas por la judicatura efectuada por las autoridades administrativas de conformidad con lo dispuesto en la ley”.

Los principios de las Naciones Unidas relativos a una eficaz prevención e investigación de las ejecuciones extralegales, arbitrarias o sumarias, que en su artículo 14 establecen: “Con el fin de garantizar la objetividad de los resultados, es necesario que quienes realicen la autopsia puedan actuar imparcialmente y con independencia de cualesquiera personas, organizaciones o entidades potencialmente implicadas”.

26

Oficina del Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Derechos Humanos, Relator Especial sobre ejecuciones extrajudiciales, sumarias o arbitrarias, Temas de especial interés para el Relator Especial, Impunidad, en <http://www.Unhcr.ch/Spanish/htm//menu 2/7/b/execut/exe-issu-sp.htm#impunity>.

Los principios básicos sobre el empleo de la fuerza y de armas de fuego por los funcionarios encargados de hacer cumplir la ley, que indican en el Principio 19: “En ninguna circunstancia, (...) se otorgará inmunidad general previa de procesamiento a las personas supuestamente implicadas en ejecuciones extralegales, arbitrarias o sumarias”.

En materia de impunidad como práctica contraria al deber de investigar y sancionar las violaciones de los derechos humanos, en una de sus manifestaciones más preclaras, como lo podrían ser las leyes de amnistía o los beneficios de indulto absolutos, el ordenamiento jurídico colombiano consagró expresamente que si bien el Congreso puede conceder por graves motivos de conveniencia pública, amnistía o indultos generales por delitos políticos y conexos (CP, art. 150, num. 17), esas figuras no se aplicarán “a quienes realicen conductas constitutivas de actos atroces de ferocidad o barbarie, terrorismo, secuestro, genocidio, homicidio cometido fuera de combate o colocando a la víctima en estado de indefensión.”²⁷

Fue esa la intención del Constituyente de 1991, que al autorizar al gobierno nacional para conceder indultos o amnistías por delitos políticos y conexos cometidos con anterioridad a la promulgación de la Constitución, no lo hizo extensible a “delitos atroces ni a homicidios cometidos fuera de combate o aprovechándose del estado de indefensión de la víctima” (art. 30 transitorio, CP).

3.4. Deber del Estado de *reparar*, cuando no sea posible restaurar el derecho violado

Tal y como señaló la Corte Interamericana en el caso de Colombia Caballero Delgado y Santana:

(...) para garantizar plenamente los derechos reconocidos por la Convención, no es suficiente que el Gobierno emprenda una investigación y trate de sancionar a los culpables, sino que es necesario, además, que toda esta actividad del Gobierno culmine con la reparación a la parte lesionada, (...).²⁸

El deber de reparar no es ni en el orden interno, ni en el internacional, autónomo. Es decir, para imponer una reparación, previamente hay que demos-

Jurisprudencia
Corte Interamericana
de Derechos Humanos

Artículo 19 de la Ley 782 de 2002 que modifica el artículo 50 de la Ley 418 de 1997, prorrogada por la Ley 548 de 1999.
Corte Interamericana, caso Caballero Delgado y Santana, sentencia del 8 de diciembre de 1995, párr. 58.

27
28

Artículo 63.
Convención
Americana sobre
Derechos Humanos

trar la violación de la Convención. Tal y como señaló la Corte Interamericana en los casos Velásquez Rodríguez y Godínez Cruz: “El Estado está en el deber de prevenir (...) de investigar (...) de identificar a los responsables, de imponerles las sanciones (...) y de asegurar a la víctima una adecuada reparación”, lo cual indica un orden que no es accidental.²⁹

En este sentido, el artículo 63 de la Convención Americana dispone que:

Cuando decida que hubo violación de un derecho o libertad protegidos en esta Convención, la Corte dispondrá que se garantice al lesionado en el goce de su derecho o libertad conculcados. Dispondrá asimismo, si ello fuera procedente, que se reparen las consecuencias de la medida o situación que ha configurado la vulneración de esos derechos y el pago de una justa indemnización a la parte lesionada.

Igualmente, los artículos 9.5 y 14.6 del PIDCP disponen, respectivamente, que en el caso de que una persona haya sido ilegalmente detenida o presa, o cuando haya sufrido una pena como consecuencia de una sentencia condenatoria revocada posteriormente por error judicial, tendrá derecho a una reparación.

En relación con el artículo 63.1 de la Convención Americana, la Corte Interamericana ha sostenido desde sus primeras sentencias que este artículo consagra expresamente el principio de derecho internacional según el cual, el quebrantamiento de una obligación internacional que haya producido un daño conlleva la obligación del Estado infractor de repararlo adecuadamente:

Jurisprudencia
Corte Interamericana
de Derechos Humanos

Este artículo constituye una norma consuetudinaria que es, además, uno de los principios fundamentales del actual derecho de gentes tal como lo han reconocido esta Corte (cfr. Caso Velásquez Rodríguez, Indemnización Compensatoria, supra 28, párr. 25; Caso Godínez Cruz, Indemnización Compensatoria, supra 27, párr. 23) y la jurisprudencia de otros tribunales (cfr. Usine de Chorzów, compétence, arrêt N° 8, 1927, C.P.J.I., Série A, N° 9, p. 21; Usine de Chorzów, fond, arrêt N° 13, 1928, C.P.J.I., Série A, N° 17, p. 29; Interprétation des traités de paix conclus avec la Bulgarie, la Hongrie et la Roumanie, deuxième phase, avis consultatif, C.I.J., Recueil 1950, p. 228).³⁰

29 Corte Interamericana, voto disidente del juez Nieto Navia, caso Caballero Delgado y Santana, sentencia del 8 de diciembre de 1995.
30 Corte Interamericana, caso Aloeboetoe y otros, sentencia sobre reparaciones del 10 de septiembre de 1993, párr. 43.

En otra ocasión, la Corte Interamericana dijo:

El Derecho internacional de los derechos humanos no tiene por objeto imponer penas a las personas culpables de sus violaciones, sino amparar a las víctimas y disponer la reparación de los daños que les hayan sido causados por los Estados responsables de tales acciones.³¹

Es el caso de la responsabilidad del Estado producto de sus actuaciones judiciales: el Estado colombiano debe responder patrimonialmente por los daños antijurídicos³² que le sean imputables por la acción o la omisión de sus agentes judiciales, causado por el defectuoso funcionamiento de la administración de justicia, por el error jurisdiccional o por la privación injusta de la libertad.³³

Para estos casos la fuente de la responsabilidad administrativa del Estado es el daño antijurídico, consistente en el detrimento patrimonial que sufre una persona causado por el Estado como producto de acciones lícitas o ilícitas de la administración, y que no tiene por qué soportar. El daño, en consecuencia, debe ser reparado, independientemente de que la actuación haya sido irregular o no.

De estas acciones de reparación directa conocerá de modo privativo la jurisdicción contenciosa administrativa conforme con el procedimiento ordinario y de acuerdo con las reglas comunes de distribución de competencia entre el Consejo de Estado y los tribunales administrativos.

Conforme con el principio de derecho internacional según el cual el quebrantamiento de una obligación internacional que haya producido un daño conlleva la obligación del Estado infractor de repararlo adecuadamente, se encuentra desarrollado por el ordenamiento jurídico interno colombiano a través de la Ley 288 de 1996, por medio de la cual se establecieron instrumentos para la indemnización de perjuicios a las víctimas de violaciones de derechos humanos en virtud de lo dispuesto por determinados órganos internacionales de derechos humanos.

Esa normatividad en materia del “deber del Estado de reparar”, establece que el gobierno nacional deberá pagar las indemnizaciones de perjuicios causados por violaciones de los derechos humanos que se hayan declarado, o llegaren a declararse, en decisiones previas, escritas y expresas del Comité de Derechos Humanos del PIDCP o de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos,

Corte Interamericana, caso Velásquez Rodríguez, sentencia del 29 de julio de 1988, numeral 134; 31

caso Godínez Cruz, sentencia del 20 de enero de 1989, numeral 140.

CP, artículo 90: “El Estado responderá patrimonialmente por los daños antijurídicos que le sean imputables, 32
causados por la acción o la omisión de las autoridades públicas.”

Ley 270 de 1996 o Ley Estatutaria de Administración de Justicia, artículos 65 a 74. 33

en la que se concluya respecto de un caso concreto que el Estado colombiano ha incurrido en una violación de los derechos humanos y se establezca que deben indemnizarse los correspondientes perjuicios.

Sin perjuicio de lo anterior, corresponde a la jurisdicción contenciosa administrativa, en el ordenamiento jurídico colombiano, el conocimiento de las *acciones de reparación directa* encaminadas a dicho fin: “La persona afectada podrá demandar directamente la reparación del daño cuando la causa sea un hecho, una omisión, una operación administrativa o la ocupación temporal o permanente de inmueble por causa de trabajos públicos o por cualquier otra causa.”³⁴

Por medio de esas acciones se busca establecer la responsabilidad administrativa del Estado, así como obtener la reparación patrimonial de los daños que haya causado, como consecuencia de la acción u omisión de sus agentes.

Por lo general, las fuentes de la responsabilidad administrativa del Estado se fundamentan en el daño que causa uno de sus agentes, como consecuencia de una conducta dolosa o gravemente culposa: cuando el daño es consecuencia de una actividad irregular del Estado, que constituye una falla del servicio que presta, se está frente a un tipo de responsabilidad denominada *responsabilidad por la falta o falla del servicio*. Cuando el daño se produce en perjuicio de una persona que no tiene la carga de soportarlo, independientemente de que la actuación del Estado haya sido irregular o no, se está frente a otro tipo de responsabilidad denominada *responsabilidad por el daño antijurídico*.

Estos dos tipos de fuentes de responsabilidad son los que se manejan regularmente en materia de reparación patrimonial por violación de los derechos humanos en Colombia, sin perjuicio de los otros tipos de responsabilidad: por el daño especial, por el riesgo y por presunta falla del servicio, entre otras.

Los “Principios y Derechos básicos sobre el derecho de las víctimas de violaciones a las normas internacionales de derechos humanos y del derecho internacional humanitario a interponer recursos y obtener reparaciones”, establecen en sus apartes IX y X:

IX. Derecho de las víctimas a una reparación

15. Se tratará de obtener una reparación suficiente, efectiva y rápida para promover la justicia, remediando las violaciones de las normas internacionales de derechos humanos y del derecho internacional hu-

manitario. Las reparaciones serán proporcionales a la gravedad de las violaciones y al daño sufrido.

16. De conformidad con su derecho interno y sus obligaciones internacionales, los Estados resarcirán a las víctimas de sus actos u omisiones que violen las normas internacionales de derechos humanos y el derecho internacional humanitario.

17. Cuando la violación no sea imputable al Estado, quien la haya cometido deberá resarcir a la víctima, o al Estado si éste hubiera resarcido a la víctima.

18. Cuando el responsable de la violación no pueda o no quiera cumplir sus obligaciones, los Estados deberían esforzarse por resarcir a las víctimas que hubieran sufrido daños físicos o mentales y a sus familiares, en particular cuando dependan de personas que hayan muerto o hayan quedado incapacitadas física o mentalmente a causa de la violación de las normas. Con este propósito, los Estados deberían crear fondos nacionales para resarcir a las víctimas y buscar otras fuentes de financiación cuando fuera necesario para complementarlos.

19. El Estado garantizará la ejecución de las sentencias de sus tribunales que impongan una reparación a personas o entidades privadas responsables de violaciones, y tratará de ejecutar las sentencias extranjeras válidas que impongan reparaciones de esa clase.

20. Cuando el Estado o el gobierno bajo cuya autoridad se hubiera producido la violación hayan dejado de existir, el Estado o el gobierno sucesor deberían resarcir a las víctimas.

X. Formas de reparación

21. De conformidad con su derecho interno y sus obligaciones internacionales, y teniendo en cuenta las circunstancias del caso, los Estados deberían dar a las víctimas de las violaciones de las normas internacionales de derechos humanos y del derecho internacional humanitario una reparación en forma de: restitución, indemnización, rehabilitación, satisfacción y garantías de no repetición.

22. La restitución, que, en la medida de lo posible debería devolver a la víctima a la situación anterior a la violación de las normas internacionales de derechos humanos o del derecho internacional humanitario, comprende el restablecimiento de la libertad, los derechos, la situación social, la vida familiar y la ciudadanía de la víctima; el retor-

no a su lugar de residencia, la reintegración en su empleo y la devolución de sus propiedades.

23. Debería indemnizarse todo perjuicio evaluable económicamente que fuera consecuencia de una violación de las normas internacionales de derechos humanos o del derecho internacional humanitario, tal como:

- a) El daño físico o mental, incluido el dolor, el sufrimiento y la angustia;
- b) La pérdida de oportunidades, incluidas las de educación;
- c) Los daños materiales y la pérdida de ingresos, incluido el lucro cesante;
- d) El daño a la reputación o a la dignidad; y
- e) Los gastos de asistencia jurídica o de expertos, medicinas y servicios médicos, psicológicos y sociales.

24. La rehabilitación debería incluir la atención médica y psicológica, así como servicios jurídicos y sociales.

25. La satisfacción y garantías de no repetición deberían incluir, cuando fuere necesario:

- a) La cesación de las violaciones continuadas;
- b) La verificación de los hechos y la difusión pública y completa de la verdad en la medida en que no provoque más daños innecesarios a la víctima, los testigos u otras personas ni sea un peligro para su seguridad;
- c) La búsqueda de los cadáveres de las personas muertas o desaparecidas y la ayuda para identificarlos y volverlos a inhumar según las tradiciones familiares y comunitarias;
- d) Una declaración oficial o decisión judicial que restablezca la dignidad, reputación y derechos de la víctima y de las personas más vinculadas con ella;
- e) Una disculpa, que incluya el reconocimiento público de los hechos y la aceptación de responsabilidades;
- f) La aplicación de sanciones judiciales o administrativas a los responsables de las violaciones;
- g) Commemoraciones y homenajes a las víctimas;
- h) La inclusión en los manuales de enseñanza de los derechos humanos y del derecho internacional humanitario, así como en los libros de texto de todos los niveles de una relación fidedigna de las violacio-

nes cometidas contra los derechos humanos y el derecho internacional humanitario;

- i) La prevención de nuevas violaciones;
- ii) asegurando un control efectivo de las fuerzas armadas y de seguridad por la autoridad civil;
- iii) limitando exclusivamente la competencia de los tribunales militares a los delitos específicamente militares cometidos por personal militar;
- iiii) fortaleciendo la independencia del poder judicial;
- v) protegiendo a los profesionales del derecho, de la información y de otros sectores conexos, y a los defensores de los derechos humanos;
- vi) impartiendo y fortaleciendo de modo prioritario y continuo capacitación en materia de derechos humanos a todos los sectores de la sociedad, y en particular a las fuerzas armadas y de seguridad y a los funcionarios encargados de hacer cumplir la ley;
- vii) fomentando el cumplimiento de los códigos de conducta y las normas éticas, en particular las normas internacionales, por los funcionarios públicos, incluido el personal de policía, prisiones, información, salud, servicios de psicología y sociales y fuerzas armadas, además del personal de empresas; y
- viii) creando mecanismos para vigilar la resolución de conflictos y la intervención preventiva.³⁵

4 Derecho a un recurso efectivo y a la tutela judicial

Con base en el artículo 2 del PIDCP, el Comité de Derechos Humanos ha sostenido reiteradamente que los Estados Partes tienen el deber de garantizar a todos los individuos que se encuentren en su territorio los derechos reconocidos en el Pacto, y ofrecer la posibilidad de interponer un recurso efectivo en caso de que se determine que se ha producido una violación.

El derecho de toda persona a un recurso efectivo (sencillo y rápido) que la ampare contra actos que violen sus derechos fundamentales constituye, según la Corte Interamericana, uno de los pilares básicos, no sólo de la Convención Americana, sino del propio Estado de derecho en una sociedad democrática, y se encuentra íntimamente ligado con la obligación general del artículo 1.1 de la

Naciones Unidas, Comisión de Derechos Humanos, E/CN.4/Sub.2/1996/17, del 24 de mayo de 1996.

Convención Americana, al atribuir funciones de protección al derecho interno de los Estados Partes.³⁶

En este sentido, el juez de la Corte Interamericana A. A. Cançado Trindade, señaló en su voto disidente en el caso de Genie Lacayo, que los artículos 25 (Protección Judicial) y 1.1 de la Convención Americana tienen una vinculación directa y conllevan la obligación por parte de los Estados de reconocer y garantizar el derecho a un recurso sencillo y efectivo en sus legislaciones nacionales, que proteja a los individuos contra cualquier vulneración de sus derechos fundamentales:

Los artículos 25 y 1 (1) de la Convención se refuerzan mutuamente, en el sentido de asegurar el cumplimiento de uno y de otro en el ámbito del derecho interno. Los artículos 25 y 1 (1) requieren, conjuntamente, la aplicación directa de la Convención Americana en el derecho interno de los Estados Partes. En la hipótesis de supuestos obstáculos de derecho interno, entra en operación el artículo 2 de la Convención, que requiere la armonización con ésta del derecho interno de los Estados Partes. Estos últimos se encuentran obligados, por los artículos 25 y 1 (1) de la Convención, a establecer un sistema de recursos internos sencillos y rápidos, y a dar aplicación efectiva a los mismos. Si de facto no lo hacen, debido a supuestas lagunas o insuficiencias del derecho interno, incurren en violación de los artículos 25, 1(1) y 2 de la Convención.³⁷

Igualmente, la Corte Interamericana señaló, en su Opinión Consultiva OC-11/90 sobre excepciones al agotamiento de los recursos internos, que:

34. El artículo 1 de la Convención obliga a los Estados Partes no solamente a respetar los derechos y libertades reconocidos en ella, sino a garantizar su libre y pleno ejercicio a toda persona sujeta a su jurisdicción. La Corte ya ha expresado que esta disposición contiene un deber positivo para los Estados. Debe precisarse, también, que garantizar implica la obligación del Estado de tomar todas las medidas necesarias para remover los obstáculos que puedan existir para que los individuos puedan disfrutar de los derechos que la Convención reconoce. Por consiguiente, la tolerancia del Estado a circunstancias o condiciones

36
37

Corte Interamericana, caso Cantoral Benavides, sentencia del 18 de agosto de 2000, párr. 163.

Corte Interamericana, voto disidente del juez A. A. Cançado Trindade, caso Genie Lacayo, sentencia del 13 de septiembre de 1997, párr. 21.

que impidan a los individuos acceder a los recursos internos adecuados para proteger sus derechos, constituye una violación del artículo 1.1 de la Convención. Como lo ha afirmado esta Corte:

“(...) cuando se demuestra que los recursos son rechazados sin llegar al examen de la validez de los mismos, o por razones fútiles, o si se comprueba la existencia de una práctica o política ordenada o tolerada por el poder público, cuyo efecto es el de impedir a ciertos demandantes la utilización de los recursos internos que, normalmente, estarían al alcance de los demás... el acudir a esos recursos se convierte en una formalidad que carece de sentido(...)”.³⁸

Respecto al contenido y alcance de este derecho, la Corte Interamericana ha señalado en numerosas sentencias que el derecho a la protección judicial reconocido en el artículo 25 de la Convención Americana consagra la institución procesal del amparo (que en el caso de Colombia sería la acción de tutela y el recurso al hábeas corpus, reconocidos en los artículos 86 y 30, respectivamente, de su CP) (véase el Capítulo VI, numeral 6).

El texto citado [el artículo 25.1 de la Convención] es una disposición de carácter general que recoge la institución procesal del amparo, entendido como el procedimiento judicial sencillo y breve que tiene por objeto la tutela de todos los derechos reconocidos por las constituciones y leyes de los Estados Partes y por la Convención .³⁹

Si se examinan conjuntamente los dos procedimientos, puede afirmarse que el amparo es el género y el hábeas corpus uno de sus aspectos específicos. En efecto, de acuerdo con los principios básicos de ambas garantías recogidos por la Convención así como con los diversos matices establecidos en los ordenamientos de los Estados Partes, se observa que en algunos supuestos el hábeas corpus se regula de manera autónoma con la finalidad de proteger esencialmente la libertad personal de

Opinión Consultiva
Corte Interamericana
de Derechos Humanos

Corte Interamericana, Opinión Consultiva OC-11/90 del 10 de agosto 1990, “Excepciones al agotamiento de los recursos internos” (arts. 46.1, 46.2.a y 46.2.b, Convención Americana sobre Derechos Humanos), párr. 34. 38

Corte Interamericana, Opinión Consultiva OC-08/87 del 30 de enero de 1987, “El hábeas corpus bajo suspensión de garantías” (arts. 27.2, 25.1 y 7.6, Convención Americana sobre Derechos Humanos), párrs. 27-32; Corte Interamericana, Opinión Consultiva OC-9/87 del 6 de octubre de 1987, “Garantías judiciales en estados de emergencia” (arts. 27.2, 25 y 8 Convención Americana sobre Derechos Humanos), párr. 32. 39

los detenidos o de aquéllos que se encuentran amenazados de ser privados de su libertad, pero en otras ocasiones el hábeas corpus es denominado “amparo de la libertad” o forma parte integrante del amparo.⁴⁰

Por otro lado, el derecho a un recurso efectivo reconocido en los anteriores instrumentos internacionales no solamente debe ser consagrado formalmente en los ordenamientos jurídicos de los Estados Partes de dichos instrumentos sino que además debe ser idóneo.

En ese sentido debe subrayarse que, para que tal recurso exista, no basta con que esté previsto por la Constitución o la ley o con que sea formalmente admisible, sino que se requiere que sea realmente idóneo para establecer si se ha incurrido en una violación a los derechos humanos y proveer lo necesario para remediarla. No pueden considerarse efectivos aquellos recursos que, por las condiciones generales del país o incluso por las circunstancias particulares de un caso dado, resulten ilusorios. Ello puede ocurrir, por ejemplo, cuando su inutilidad haya quedado demostrada por la práctica, porque el Poder Judicial carezca de la independencia necesaria para decidir con imparcialidad o porque falten los medios para ejecutar sus decisiones; por cualquier otra situación que configure un cuadro de denegación de justicia, como sucede cuando se incurre en retardo injustificado en la decisión; o, por cualquier causa, no se permita al presunto lesionado el acceso al recurso judicial.⁴¹

Además, según este Tribunal, la sustanciación de estos recursos debe realizarse conforme a los principios del debido proceso legal reconocidos en el artículo 8.1 de la Convención Americana: “Toda persona tiene derecho a ser oído con las debidas garantías y dentro de un plazo razonable, por un juez o tribunal competente, independiente o imparcial, establecido con anterioridad por la ley (...)” (véase el Capítulo VIII).

40 Corte Interamericana, Opinión Consultiva OC-8/87 del 30 de enero de 1987, “El hábeas corpus bajo suspensión de garantías” (arts. 27.2, 25.1 y 7.6 Convención Americana sobre Derechos Humanos), párr. 34.

41 Corte Interamericana, caso Cantoral Benavides, sentencia del 18 de agosto de 2000, párr. 164; Corte Interamericana, Opinión Consultiva OC-9/87 del 6 de octubre de 1987, “Garantías judiciales en estados de emergencia” (arts. 27.2, 25 y 8 Convención Americana sobre Derechos Humanos), párr. 24.

Como ya la Corte ha señalado, según la Convención los Estados Partes se obligan a suministrar recursos judiciales efectivos a las víctimas de violación de los derechos humanos (art. 25), recursos que deben ser sustanciados de conformidad con las reglas del debido proceso legal (art. 8.1), todo ello dentro de la obligación general a cargo de los mismos Estados, de garantizar el libre y pleno ejercicio de los derechos reconocidos por la Convención a toda persona que se encuentre bajo su jurisdicción (Casos Velásquez Rodríguez, Fairén Garbi y Solís Corrales y Godínez Cruz, Excepciones Preliminares, Sentencias del 26 de junio de 1987, párrs. 90, 90 y 92, respectivamente) (...).⁴²

La CP de 1991, siguiendo los lineamientos de los instrumentos internacionales sobre derechos humanos, en el sentido de que los Estados Partes deben incorporar en su derecho interno mecanismos de protección de tales derechos, expresamente reguló instrumentos jurídicos encaminados a protegerlos frente a sus violaciones y amenazas. En ese sentido se regularon varios mecanismos de protección:

■ Acción de tutela

La *acción de tutela* se consagró como el mecanismo de protección por excelencia de los derechos fundamentales:

Toda persona tendrá acción de tutela para reclamar ante los jueces, en todo momento y lugar, mediante un procedimiento preferente y sumario, por sí misma o por quien actúe en su nombre, la protección inmediata de sus derechos constitucionales fundamentales, cuando quiera que éstos resulten vulnerados o amenazados por la acción o la omisión de cualquier autoridad.⁴³

Se trata de una acción de naturaleza subsidiaria, dado que sólo es admisible en ausencia de otro medio judicial de defensa. Excepcionalmente se autoriza como mecanismo transitorio para evitar un perjuicio irremediable mientras se acude a los instrumentos ordinarios de protección.

Corte Interamericana, OC-9/87, "Garantías judiciales en estados de emergencia" (arts. 27.2, 25 y 8, Convención Americana sobre Derechos Humanos), párrs. 23-24. 42

CP, artículo 86, reglamentado por el Decreto 2591 de 1991. 43

Fundamentalmente, la acción de tutela está dirigida contra los actos de autoridad, esto es, contra las acciones y omisiones de las autoridades públicas que producen una perturbación actual o inminente del derecho. Igualmente, procede “contra particulares encargados de la prestación de un servicio público o cuya conducta afecte grave y directamente el interés colectivo, o respecto de quienes el solicitante se halle en estado de subordinación o indefensión” (inciso 4º, art. 86 CP).

La acción de tutela se tramita mediante un procedimiento preferencial, breve y sumario ante cualquier juez,⁴⁴ y debe ser fallada en un término de diez días, susceptible de impugnación y de una eventual revisión por la Corte Constitucional.

La Corte Constitucional, mediante el mecanismo de la revisión eventual de los fallos de tutela, ha contribuido a crear una cultura de los derechos humanos en Colombia, con un valor pedagógico y normativo general que ha servido de pauta a todas las autoridades del país para la interpretación y aplicación de los derechos fundamentales.⁴⁵

- Recurso de hábeas corpus (véase el Capítulo VI).
- Recurso de hábeas data (véase el Capítulo X).

Por lo expuesto anteriormente, se configuraría una violación del derecho de toda persona a un recurso efectivo y al deber del Estado de garantizar los derechos reconocidos en los anteriores instrumentos internacionales y en su Constitución Política, cuando:

– La acción de tutela o el hábeas corpus no fueran idóneos (véase el Capítulo VI, numeral 6). Por ejemplo, cuando su inutilidad haya quedado demostrada por la práctica, porque el poder judicial carezca de la independencia necesaria para decidir con imparcialidad o porque falten los medios para ejecutar sus decisiones; por cualquier otra situación que configure un cuadro de denegación de justicia, como sucede cuando se incurre en retardo injustificado en la decisión; o, por cualquier causa, no se permita al presunto lesionado el acceso al recurso judicial.

– En la sustanciación de los anteriores recursos no se cumple con los principios del debido proceso legal (véase el Capítulo VIII).

44 Decreto 1382 de 2000, por el cual se establecen reglas para el reparto de la acción de tutela.

45 Corte Constitucional, sentencia T-406 de 1992, M. P. Ciro Angarita Barón, “La revisión tiene entre otras, la finalidad de servir de instrumento de fijación del sentido de los textos. Su alcance, por lo menos en términos prácticos, no se limita a la solución definitiva del caso que se presenta para su conocimiento, sino que va mucho más allá: sirve de pauta a todas las autoridades para la interpretación y aplicación del derecho”.

4.1. La inderogabilidad del derecho a un recurso efectivo en el marco de los estados de excepción

Si bien los artículos 4 del PIDCP y 27.2 de la Convención Americana, relativos a la suspensión de garantías en situaciones excepcionales, no incluyen el derecho a un recurso efectivo como uno de los derechos no susceptibles de suspensión, el desarrollo jurisprudencial tanto del Comité de Derechos Humanos como de la Corte Interamericana ha consagrado la inderogabilidad de este derecho. Al respecto, conviene indicar que, a diferencia del PIDCP, el artículo 27.2 de la Convención reconoce como un derecho inderogable “las garantías judiciales indispensables para la protección de los derechos que no pueden ser objeto de suspensión”.

El Comité de Derechos Humanos, señaló que:

14. El párrafo 3 del artículo 2 del Pacto exige a los Estados Partes en el Pacto que proporcionen recursos para cualquier violación de las disposiciones del Pacto. Aunque esta cláusula no se mencione entre las disposiciones que no pueden ser objeto de suspensión enumeradas en el párrafo 2 del artículo 4, constituye una obligación inherente del Pacto en su conjunto. Incluso si los Estados Partes pueden, durante un estado de excepción y en la estricta medida que la situación exige, introducir ajustes en el funcionamiento práctico de los procedimientos relativos a los recursos judiciales o de otra índole, deben conformarse a la obligación fundamental de garantizar un recurso efectivo, en virtud del párrafo 3 del artículo 2 del Pacto.

15. Es inherente a la protección de los derechos expresamente reconocidos como no susceptibles de suspensión en el párrafo 2 del artículo 4, que han de ser garantizados mediante garantías procesales, generalmente de carácter judicial. Las disposiciones del Pacto que se refieran a las garantías procesales nunca podrán ser el objeto de medidas que de alguna forma socaven la protección de los derechos que no son susceptibles de suspensión; la revocación o utilización del artículo 4 nunca podrá realizarse de forma que produzca la suspensión de alguno de los derechos cuya suspensión no esta autorizada. (...)⁴⁶

Observación General
Comité de Derechos
Humanos

Comité de Derechos Humanos, Observación General No. 29, “Los estados de emergencia”, párrs. 14 y 15.

En este mismo sentido, la Corte Interamericana ha señalado reiteradamente que:

(...) los procedimientos de hábeas corpus y de amparo son de aquellas garantías judiciales indispensables para la protección de varios derechos cuya suspensión está vedada por el artículo 27.2 y sirven, además, para preservar la legalidad en una sociedad democrática.

Por otra parte debe advertirse que aquellos ordenamientos constitucionales y legales de los Estados Partes que autoricen, explícita o implícitamente, la suspensión de los procedimientos de hábeas corpus o de amparo en situaciones de emergencia, deben considerarse incompatibles con las obligaciones internacionales que a esos Estados impone la Convención.⁴⁷

La Corte Interamericana llegó a esta conclusión de la siguiente manera:

27. Como ha quedado dicho, en condiciones de grave emergencia es lícito suspender temporalmente ciertos derechos y libertades cuyo ejercicio pleno, en condiciones de normalidad, debe ser respetado y garantizado por el Estado pero, como no todos ellos admiten esa suspensión transitoria, es necesario que también subsistan “las garantías judiciales indispensables para (su) protección”. El artículo 27.2 no vincula esas garantías judiciales a ninguna disposición individualizada de la Convención, lo que indica que lo fundamental es que dichos procedimientos judiciales sean indispensables para garantizar esos derechos.

28. La determinación de qué garantías judiciales son “indispensables” para la protección de los derechos que no pueden ser suspendidos, será distinta según los derechos afectados. Las garantías judiciales “indispensables” para asegurar los derechos relativos a la integridad de la persona necesariamente difieren de aquellas que protegen, por ejemplo, el derecho al nombre, que tampoco se puede suspender.

47 Corte Interamericana, OC-8/87 del 30 de enero de 1987, “El hábeas corpus bajo suspensión de garantías” (arts. 27.2, 25.1 y 7.6, Convención Americana sobre Derechos Humanos), párrs. 42-43; Corte Interamericana, OC-9/87 del 6 de octubre de 1987, “Garantías judiciales en estados de emergencia” (arts. 27.2, 25 y 8, Convención Americana sobre Derechos Humanos), párr. 33; caso Loayza Tamayo, sentencia del 17 de septiembre de 1997, párr. 50.

29. A la luz de los señalamientos anteriores deben considerarse como indispensables, a los efectos del artículo 27.2, aquellos procedimientos judiciales que ordinariamente son idóneos para garantizar la plenitud del ejercicio de los derechos y libertades a que se refiere dicho artículo y cuya supresión o limitación pondría en peligro esa plenitud.

30. Las garantías deben ser no sólo indispensables sino judiciales. Esta expresión no puede referirse sino a medios judiciales idóneos para la protección de tales derechos, lo cual implica la intervención de un órgano judicial independiente e imparcial, apto para determinar la legalidad de las actuaciones que se cumplan dentro del estado de excepción.

31. Corresponde ahora determinar si, a pesar de que los artículos 25 y 7 no están mencionados en el 27.2, las garantías contenidas en los artículos 25.1 y 7.6, señaladas en la consulta sometida a la Corte, deben o no considerarse entre aquellas “garantías judiciales indispensables” para la protección de los derechos no susceptibles de suspensión.

32. (...) Puesto que todos los derechos son susceptibles de amparo, lo son también los que están señalados de manera expresa por el artículo 27.2 como no susceptibles de suspensión en situaciones de emergencia.⁴⁸

Como conclusión, se puede afirmar que el derecho al hábeas corpus y el recurso de amparo (o la acción de tutela), no solamente subyacen con motivo de las situaciones de excepción, sino que además deben sustanciarse conforme a los principios del debido proceso legal (véase el Capítulo VI, numeral 6.1.).

Relacionado el artículo 8 con los artículos 7.6, 25 y 27.2 de la Convención, se concluye que los principios del debido proceso legal no pueden suspenderse con motivo de las situaciones de excepción en cuanto constituyen condiciones necesarias para que los instrumentos procesales, regulados por la Convención, puedan considerarse como garantías judiciales.⁴⁹

Opinión Consultiva
Corte Interamericana
de Derechos Humanos

Corte Interamericana, OC-8/87, “El hábeas corpus bajo suspensión de garantías” (arts. 27.2, 25.1 y 7.6, Convención Americana sobre Derechos Humanos), párrs. 27-32; Corte Interamericana, OC-9/87 del 6 de octubre de 1987, “Garantías judiciales en estados de emergencia” (arts. 27.2, 25 y 8, Convención Americana sobre Derechos Humanos), párr. 32.

48

Corte Interamericana, OC-9/87 del 6 de octubre de 1987, “Garantías Judiciales en estados de emergencia”, párr. 30.

49

Tipología de las violaciones

Tipologías

Violación del deber del Estado de respetar y garantizar los derechos humanos

El Estado viola esta obligación:

- a) Por el desconocimiento de cualquiera de los derechos reconocidos en los instrumentos internacionales o constitucionales (véase el Capítulo V, numeral 5.3.1). Para su determinación se deberá tener en cuenta, además, si el Estado dispuso o no los medios a su alcance para prevenir la violación. No obstante, ésta procederá únicamente cuando un hecho se encuentre consumado y la violación ha sido comprobada. Por ejemplo, si se comprueba que en un caso concreto existió tortura, se concluirá que existió violación del derecho a la integridad personal y al deber del Estado de respetar y garantizar los derechos humanos, si el Estado hubiera podido prevenir esta conducta mediante un mejor control de la Fuerza Pública.
- b) Cuando imponga, tolere o permita cualquier tratamiento que pueda ser considerado discriminatorio respecto al ejercicio de cualquiera de los derechos garantizados en el PIDCP, la Convención Americana y la CP de Colombia.

Violación del deber del Estado de investigar y sancionar las violaciones de los derechos humanos

Esta violación se configura cuando el Estado no pone los medios a su alcance para investigar y sancionar:

- a) Las violaciones de los derechos humanos, de forma que quedan impunes.

- b) Cualquier conducta realizada por particulares que menoscabe los derechos reconocidos en el PIDCP, en la Convención Americana o en la CP de Colombia, siempre y cuando el Estado tolere estas conductas o estos particulares actúen impunemente, y el Estado no actúe con la diligencia debida para investigar y sancionar estos actos.

Obstaculización a la labor de la justicia

Comete obstaculización a la labor de la justicia la institución del Estado o sus agentes que, efectuando actos positivos u omisiones, interfiere, retarda u obstruye el normal accionar de la administración de justicia, el curso del proceso, la investigación en cualquiera de sus etapas y el desempeño de cualquiera de sus operadores. A los efectos operativos la obstaculización consiste en actos intencionales, directos o indirectos, que tengan por objeto o resultado alterar el curso normal de las actuaciones judiciales, tales como:

- a) Retardo intencional en la sustanciación procesal con perjuicio para alguna de las partes.
- b) Protección indebida o encubrimiento por parte de agentes del Estado a quienes aparecen como responsables del hecho investigado.
- c) Ocultamiento de información o entrega de información errónea relevante para el buen curso del proceso.
- d) Falsificación o adulteración de instrumentos probatorios.
- e) Alteración maliciosa de informes periciales.
- f) Presiones o amenazas sobre testigos, familiares, funcionarios judiciales, y policiales, entre otros; en definitiva, sobre cualquier persona vinculada al proceso que pueda hacer su aporte a la investigación o terceras personas que influyan en los actores procesales.
- g) Negligencia en la actuación de operadores de justicia de tal gravedad que haga presumir intención de obstaculizar.

- h) Desacato de órdenes emanadas de los tribunales, de la Fiscalía o de la Procuraduría.
- i) Desobediencia, retardo u oposición a la resolución judicial dictada.
- j) Falso testimonio de agentes estatales o auxiliares de la administración de justicia.
- k) Todo otro acto u omisión que perjudique, dificulte, obstaculice o impida la investigación judicial.

Violación del deber del Estado de reparar las violaciones de los derechos humanos

Esta violación se configura cuando:

- a) El Estado no repare las consecuencias de la medida o situación que produjo la violación. La reparación deberá ser proporcional a la gravedad de la violación y del perjuicio sufrido, y comprenderá la restitución, compensación, rehabilitación, satisfacción y garantías de no repetición. Para que esto ocurra, el sistema jurídico del Estado deberá proporcionar procedimientos disciplinarios, administrativos, civiles y penales rápidos y efectivos, a fin de asegurar una reparación adecuada y fácilmente accesible, así como la protección contra todo acto de intimidación o represalia.
- b) El Estado no pague una justa indemnización a la parte lesionada que sea suficiente, efectiva y rápida, en particular cuando una persona haya sido ilegalmente detenida o presa, o cuando haya sufrido una pena, revocada posteriormente por "error judicial".

Violación del derecho a un recurso efectivo y a la tutela judicial

Se produce una violación a este derecho cuando:

- a) La acción de tutela o el hábeas corpus no son idóneos, es decir, son una mera formalidad. Por ejemplo, cuando su inutilidad haya quedado demostrada por la práctica, porque el poder judicial carezca de la independencia necesaria para decidir con imparcialidad, o porque falten los medios para ejecutar sus decisiones; por cualquier otra situación que configure un cuadro de denegación de justicia, como sucede cuando se incurre en retardo injustificado en la decisión; o, por cualquier otra causa que no permita al presunto lesionado el acceso al recurso judicial.
- b) En la sustanciación de los anteriores recursos no se cumple con los principios del debido proceso legal.
- c) Se derogue o suspenda el recurso de tutela o hábeas corpus al declararse estado de excepción.

1. Introducción

El derecho a la vida es un derecho humano, ya que es el lógico prerrequisito para el goce de los otros derechos. Teniendo en cuenta la falta de respeto por las vidas humanas que se produjo durante la Segunda Guerra Mundial, es natural que los catálogos de derechos humanos de la posguerra comiencen con el “derecho a la vida”. En este sentido, el artículo 3 de la Declaración Universal de los Derechos Humanos establece que “Todo individuo tiene derecho a la vida, a la libertad y a la seguridad de su persona.”

Desde el punto de vista del derecho internacional convencional, la obligación del Estado colombiano de respetar, garantizar y proteger (mediante la adopción de medidas positivas) este derecho se deriva del artículo 6 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos (PIDCP)¹ y del artículo 4 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos (en adelante Convención Americana).²

La Constitución Política (CP) de 1991 consagra el derecho a la vida en su artículo 11, como el primer “derecho fundamental” enumerado en el Capítulo I del Título II. Por su parte, la Corte Constitucional colombiana ha establecido que, en el ordenamiento jurídico nacional, “(...) la vida constituye la base para el ejercicio de los demás derechos. Es decir, la vida misma es el presupuesto indispensable para que haya titularidad de derechos y obligaciones. (...)”³

2 Dimensión y alcance del derecho a la vida

Mientras que el artículo 6.1 del PIDCP establece que “El derecho a la vida es inherente a la persona humana”, la Convención Americana señala que: “Toda

El Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos (PIDCP) entró en vigor en Colombia el 23 de marzo de 1976, en virtud de la Ley 74 de 1968.	1
La Convención Americana sobre Derechos Humanos (en adelante Convención Americana) entró en vigor en Colombia el 18 de julio de 1978, en virtud de la Ley 16 de 1972.	2
Corte Constitucional, sentencia T-102 de 1993, M. P. Carlos Gaviria Díaz.	3

persona tiene derecho a que se respete la vida”. En ambos instrumentos internacionales se establece la obligación de proteger este derecho por la ley, y se recoge la formulación negativa de este derecho: “Nadie puede ser privado de la vida arbitrariamente”. En el artículo 11 de la CP se indica que “El derecho a la vida es inviolable. No habrá pena de muerte”.

El Comité de Derechos Humanos, –órgano establecido en el PIDCP para supervisar la implementación de este instrumento en los Estados parte del mismo, y conocer denuncias individuales en el caso de los Estados que hayan ratificado expresamente el Protocolo Facultativo del PIDCP–,⁴ ha interpretado el derecho a la vida en un sentido amplio en su Observación General No. 6 de 1982. Concretamente, el Comité señaló que la expresión “el derecho a la vida es inherente a la persona humana”, no puede entenderse de manera restrictiva y que, como consecuencia, la protección de este derecho exige que los Estados adopten medidas positivas.

(...) el Comité ha observado que el derecho a la vida ha sido con mucha frecuencia interpretado en forma excesivamente restrictiva. La expresión “el derecho a la vida es inherente a la persona humana” no puede entenderse de manera restrictiva y la protección de este derecho exige que los Estados adopten medidas positivas. A este respecto, el Comité considera que sería oportuno que los Estados Partes tomaran todas las medidas posibles para disminuir la mortalidad infantil y aumentar la esperanza de vida, en especial adoptando medidas para eliminar la malnutrición y las epidemias.⁵

La Corte Interamericana de Derechos Humanos (en adelante Corte Interamericana), igualmente, ha interpretado el derecho a la vida en un sentido amplio. En la sentencia del caso de Guatemala Villagrán Morales y otros de 1999, señaló que: “En razón del carácter fundamental del derecho a la vida, no son admisibles enfoques restrictivos del mismo”.⁶ Además, la Corte señaló que este derecho fundamental de la persona comprende, junto con el derecho “a no ser privado de la vida arbitrariamente”, el derecho “a que no se le impida el acceso a las condiciones que le garanticen una existencia digna”.⁷

- 4 El Protocolo Facultativo del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos entró en vigor en Colombia el 23 de marzo de 1976, en virtud de la Ley 74 de 1968.
- 5 Comité de Derechos Humanos, Observación General No. 6, “El derecho a la vida”, párrafo 5.
- 6 Corte Interamericana de Derechos Humanos (en adelante Corte Interamericana), caso Villagrán Morales y otros, sentencia del 19 de noviembre de 1999, párr. 144.
- 7 *Ibíd.*

Asimismo, la Corte Constitucional ha señalado que la vida es un derecho que trasciende la mera subsistencia biológica y que, tal y como lo protege la CP (Preámbulo y artículos 1, 5, 11 y 12), corresponde específica y exclusivamente al ser humano, por ser un derecho inalienable de la persona. La vida, bajo esa perspectiva, incorpora un conjunto de elementos que hacen de ella un valor superior que no se agota en los aspectos físicos o fisiológicos, sino que incluye los espirituales, los psicológicos y los morales, entre varios más, y sobre todo la dignidad que exige la persona por el hecho de serlo.⁸

El concepto de vida que la CP consagra, según la Corte Constitucional, no corresponde simplemente al aspecto biológico, que supondría apenas la conservación de los signos vitales, sino que implica una cualificación necesaria: la vida que el Estado debe preservar exige condiciones dignas. De poco o nada sirve a la persona mantener la subsistencia si ella no responde al mínimo que configura a un ser humano como tal.⁹

Con relación al principio fundamental de la dignidad humana, la Corte Constitucional ha dicho:

Su consagración como valor fundante y constitutivo del orden jurídico obedeció a la necesidad histórica de reaccionar contra la violencia, la arbitrariedad y la injusticia, en búsqueda de un nuevo consenso que comprometiera a todos los sectores sociales en la defensa y respeto de los derechos fundamentales.

El hombre es un fin en sí mismo. Su dignidad depende de la posibilidad de autodeterminarse (CN, art. 16). Las autoridades están precisamente instituidas para proteger a toda persona en su vida, entendida en un sentido amplio como “vida plena”. La integridad física, psíquica y espiritual, la salud, el mínimo de condiciones necesarias para la existencia digna, son elementos constitutivos de una vida íntegra y presupuesto necesario para la autorrealización individual y social (...)¹⁰

En cuanto a la privación arbitraria de la vida realizada por agentes del Estado, el Comité de Derechos Humanos señaló que: “los Estados Partes no sólo deben tomar medidas para evitar y castigar los actos criminales que entrañen la privación de la vida, sino también evitar que sus propias fuerzas de seguridad

Jurisprudencia
Corte Constitucional

Corte Constitucional, sentencia T-121 de 2000, M. P. José Gregorio Hernández Galindo.	8
Ibíd.	9
Corte Constitucional, sentencia T-499 de 1992, M. P. Eduardo Cifuentes Muñoz.	10

maten de forma arbitraria”.¹¹ El Comité indicó que: “(...) la privación de la vida por las autoridades del Estado es una cuestión de suma gravedad. Por consiguiente, la ley debe controlar y limitar estrictamente las circunstancias en que dichas autoridades pueden privar de la vida a una persona.”¹²

En el mismo sentido, la Corte Interamericana señaló, en su sentencia sobre el caso Villagrán Morales y otros, basándose en los Comentarios Generales 6 y 14 del Comité de Derechos Humanos, que: “Los Estados tienen la obligación de garantizar la creación de las condiciones que se requieran para que no se produzcan violaciones de ese derecho básico y, en particular, el deber de impedir que sus agentes atenten contra él”.

En Colombia el Código Penal, en su Parte General, considera como una circunstancia de mayor punibilidad, que se puede aplicar al delito de homicidio (art. 103), cuando el sentenciado ocupe una posición distinguida en la sociedad, por su cargo, posición económica, ilustración, poder, oficio o ministerio (art. 58.9).

En relación con las personas privadas de libertad, la Corte Interamericana ha sostenido que el Estado, al ser el responsable de los centros de detención, es el garante del derecho a la vida y a la integridad de las personas detenidas:

(...) toda persona privada de libertad tiene derecho a vivir en condiciones de detención compatibles con su dignidad personal y el Estado debe garantizar el derecho a la vida e integridad. En consecuencia, el Estado, como responsable de los establecimientos de detención, es el garante de los derechos de los detenidos.¹³

En Colombia, el Consejo de Estado ha señalado, dentro del marco de sus sentencias de reparación directa que, en principio, la obligación de las autoridades de proteger la vida de las personas residentes en Colombia es de medio y no de resultado, ya que lo único que puede hacer el Estado es utilizar todos los elementos que posee para proteger la vida de las mismas. El Estado no responde por encima de ese límite. Sin embargo, en circunstancias excepcionales donde la persona no puede protegerse por sus propios medios por encontrarse bajo la custodia de una autoridad pública, o en los casos en que la persona está seriamente amenazada en su vida y pone este hecho en conocimiento de las autoridades respectivas, la obligación del Estado se convierte en obligación de resultado.

11 Comité de Derechos Humanos, Observación General No. 6, “El derecho a la vida”, párr. 3.

12 *Ibid.*

13 Corte Interamericana, caso Neira Alegria y otros, sentencia del 19 de enero de 1995, párr. 60.

El Consejo de Estado, en su sentencia del 30 de marzo de 2000,¹⁴ estudió una demanda interpuesta por los familiares de un presunto secuestrador que fue retenido en un operativo del Departamento Administrativo de Seguridad (DAS), trasladado al edificio de esta entidad y llevado al hospital al día siguiente, con múltiples señales de violencia externa y lesiones en los órganos internos que finalmente le causaron la muerte tres días después. Los demandantes afirmaron que los agentes del DAS lo habían sometido a torturas inhumanas, mientras que la entidad demandada, para justificar las lesiones, afirmó que el retenido había sido atropellado por un vehículo en el momento del operativo cuando trató de huir. El Consejo de Estado, tras estudiar el acervo probatorio, concluyó que los retenidos habían sido torturados por los agentes del DAS y condenó en perjuicios al Estado.

Afirmó que el derecho a la vida no puede ser diferenciado según el destinatario, y que la muerte extralegal de delincuentes no puede nunca justificarse con argumentos como el de la defensa social o del bien que se hace a la sociedad con la desaparición de determinadas personas, y agregó que cuando se trata de detenidos, y en razón de la situación de indefensión que limita sus derechos y libertades, “el Estado asume una obligación específica de protección y seguridad, como consecuencia de la cual se hace responsable de los perjuicios que sufran las personas”. Por tal razón, las obligaciones del Estado frente al retenido, relativas a no extralimitarse en sus facultades legales y evitar cualquier acto que pueda ser perjudicial para éste, son de resultado.

Lo anterior significa que si el Estado no devuelve al ciudadano en las mismas condiciones en que lo retuvo, debe responder patrimonialmente por los perjuicios que éste haya sufrido durante el tiempo de la retención, aunque haya puesto en funcionamiento todos los recursos de que dispone para proteger al retenido y evitarle la causación de cualquier daño, salvo que haya intervenido una causa extraña, pues frente al retenido el Estado tiene una obligación con un resultado claramente determinado.¹⁵

En síntesis, tratándose de retenidos, existe una responsabilidad objetiva en cabeza del Estado, de la que sólo puede exonerarse con la acreditación de una causa extraña, tal como una fuerza mayor, la culpa exclusiva de la víctima o

Jurisprudencia
Consejo de Estado

Consejo de Estado, sentencia del 30 de marzo de 2000, Sección Tercera, exp. 13543.
Ibid.

14
15

el hecho de un tercero.¹⁶ Por tal razón, en el caso bajo estudio, el DAS fue condenado a pagar 5.000 gramos oro entre la compañera permanente y los hijos de la víctima, y cerca de 82.000.000 de pesos por concepto de perjuicios materiales, relativos al lucro cesante pasado y futuro.

Respecto al derecho legítimo del Estado a usar la fuerza, aunque ella implique la privación de la vida, la Corte Interamericana ha señalado que por graves que puedan ser ciertas acciones, el poder que puede ejercer el Estado o los procedimientos que puede utilizar en estos casos no son ilimitados y tienen como frontera la dignidad de la persona humana.¹⁷

74. El artículo 4.1 de la Convención estipula que “nadie puede ser privado de la vida arbitrariamente”. La expresión “arbitrariamente” excluye, como es obvio, los procesos legales aplicables en los países que aún conservan la pena de muerte. Pero, en el caso que nos ocupa, el análisis que debe hacerse tiene que ver, más bien, con el derecho del Estado a usar la fuerza -aunque ella implique la privación de la vida- en el mantenimiento del orden, lo cual no está en discusión. Hay abundantes reflexiones en la filosofía y en la historia sobre cómo la muerte de individuos en esas circunstancias no genera para el Estado ni sus oficiales responsabilidad alguna. Sin embargo, como aparece de lo expuesto con anterioridad en esta sentencia, la alta peligrosidad de los detenidos en el Pabellón Azul del Penal San Juan Bautista, y el hecho de que estuvieran armados, no llegan a constituir, en opinión de esta Corte, elementos suficientes para justificar el volumen de la fuerza que se usó en éste y en los otros penales amotinados, y que se entendió como una confrontación política entre el gobierno y los terroristas reales o presuntos de Sendero Luminoso (supra 52), lo que probablemente indujo a la demolición del Pabellón, con todas sus consecuencias, incluida la muerte de detenidos que eventualmente hubieran terminado rindiéndose y la clara negligencia en buscar sobrevivientes y luego en rescatar los cadáveres.

16 En este mismo sentido, aunque sin aceptar expresamente la responsabilidad objetiva del Estado, véanse las sentencias del Consejo de Estado de noviembre 4 de 1993, exp. 8335; julio 25 de 1994, exp. 8483; noviembre 28 de 1995, exp. 8873 y marzo 6 de 1996, exp. 10.795.

17 Corte Interamericana, caso Velázquez Rodríguez, sentencia del 29 de julio de 1988, párr. 154; caso Godínez Cruz, sentencia del 20 de enero de 1989, párr. 162.

75. Como ya lo ha dicho esta Corte en casos anteriores, “[e]stá 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.”¹⁸

3 El derecho a la vida y la abolición de la pena de muerte

Ni la Declaración Universal de los Derechos Humanos ni la Convención Americana o la Convención Europea sobre Derechos Humanos contienen un artículo relativo a la abolición de la pena de muerte. El artículo 6 del PIDCP, aunque no establece la obligación de abolir la pena de muerte, señala una serie de restricciones para su aplicación, como la prohibición de sentencias de muerte a menores de 18 años o a mujeres embarazadas. En el caso de la Convención Americana esta restricción se aplica, además, a personas de más de sesenta años (art. 4.5).

Sin perjuicio de lo anterior, cabe señalar que el párrafo 2 del artículo 6 del PIDCP, cuando dice “En los países en que no hayan abolido la pena capital (...)”, puede ser interpretado como la prohibición de su restablecimiento en aquellos países que hayan abolido esta pena. Tanto la Convención Americana (art. 4.3), como el Segundo Protocolo Facultativo del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos,¹⁹ y el Protocolo a la Convención Americana sobre Derechos Humanos relativo a la abolición de la pena de muerte,²⁰ establecen expresamente esta prohibición.

En Colombia, la CP de 1991 prohíbe la pena de muerte en su artículo 11 cuando señala: “No habrá pena de muerte.” Por tanto, tal y como indicó la Corte Interamericana en su Opinión Consultiva OC-3/83 del 8 de septiembre de 1983,²¹ sería totalmente violatorio de la Convención Americana (y del PIDCP), si se introdujera nuevamente la pena capital en el ordenamiento constitucional colombiano, con base en el párrafo 3 del artículo 4 de la Convención que, según la Corte:

Corte Interamericana, caso Neira Alegría y otros, sentencia del 19 de enero de 1995, párrs. 74-75.	18
El Segundo Protocolo Facultativo del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos entró en vigor en Colombia el 4 de noviembre de 1997, en virtud de la Ley 297 de 1996.	19
A la fecha no se encuentra ratificado por Colombia.	20
Corte Interamericana, Opinión Consultiva OC-3/83 del 8 de septiembre de 1983, “Restricciones a la pena de muerte” (arts. 4.2 y 4.4 de la Convención Americana), párr. 56.	21

(...) prohíbe de modo absoluto el restablecimiento de la pena capital para todo tipo de delito, de tal manera que la decisión de un Estado Parte en la Convención, cualquiera sea el tiempo en que la haya adoptado, en el sentido de abolir la pena de muerte se convierte, *ipso jure*, en una resolución definitiva e irrevocable.²²

La Corte Constitucional, en su sentencia C-144/97, por la que se declara la exequibilidad del Segundo Protocolo Facultativo del PIDCP destinado a abolir la pena de muerte, señaló que:

(...) el objetivo del presente Protocolo coincide plenamente con los principios y valores que sustentan nuestro ordenamiento constitucional, a tal punto que la ratificación del presente tratado que prohíbe la pena de muerte extiende la especial protección de que goza el derecho a la vida en la Constitución, ya que todo el sistema jurídico se centra alrededor de este presupuesto. El Preámbulo establece la necesidad de asegurar la vida del pueblo de Colombia, el artículo 2° determina como fin esencial del Estado la defensa de la vida, el artículo 11 consagra el derecho a la vida como inviolable, y como consecuencia de ello, proscribire expresamente la pena de muerte. En estas circunstancias, la defensa de la vida que consagran el presente protocolo y la Constitución predeterminan la acción legislativa. En otras palabras, pese a que la Constitución otorga al Legislador la facultad de regular, con amplio margen, las conductas socialmente reprochables, la propia Carta señala una serie de instrumentos referidos a ámbitos concretos que delimitan la acción estatal, como es el caso de la prohibición de la pena de muerte, la cual se constituye en un límite para la acción legislativa.²³

4 El derecho a la vida no puede ser objeto de suspensión o derogación

Tanto el artículo 4 del PIDCP, como el artículo 27 de la Convención Americana, establecen que en situaciones excepcionales, que amenacen la independencia o seguridad del Estado, se pueden suspender una serie de obligaciones

22
23

Ibíd.
Corte Constitucional, sentencia C-144 de 1997, M. P. Alejandro Martínez Caballero.

contraídas en virtud de estos instrumentos internacionales, siempre y cuando las disposiciones adoptadas (que deben ser estrictamente limitadas a las exigencias de la situación), sean compatibles con las obligaciones que les impone el derecho internacional, y no entrañen discriminación alguna. En ambos instrumentos se exceptúa el derecho a la vida de esta posible derogación.

Concretamente, el Comité de Derechos Humanos al interpretar el alcance y contenido del artículo 6 del PIDCP señaló, en sus Observaciones Generales Nos. 6²⁴ y 14,²⁵ que el derecho a la vida es un derecho supremo cuya derogación no es permitida incluso en tiempo de emergencia pública.

El Segundo Protocolo Facultativo del PIDCP establece expresamente (conforme al artículo 4 del Pacto) que la prohibición de ejecutar a una persona sometida a la jurisdicción del Estado que ratifique este Protocolo no podrá ser objeto de suspensión. Sin embargo, establece una excepción a esta prohibición cuando al momento de la ratificación o adhesión, el Estado haya formulado una reserva en la que se prevé la aplicación de la pena de muerte únicamente en tiempo de guerra, y como consecuencia de una condena por un delito sumamente grave de carácter militar cometido en tiempo de guerra.²⁶

La Corte Constitucional aclaró en este sentido que, en concordancia con el artículo 6° del Protocolo, “la prohibición de la pena de muerte no podrá ser suspendida durante los estados de excepción, ya que se trata de una natural consecuencia de la absoluta prohibición constitucional de este tipo de sanción”²⁷ (CP, art. 12).

En cuanto a los mecanismos no convencionales de protección de los derechos humanos, el Consejo Económico y Social de las Naciones Unidas (Ecosoc) en virtud de la resolución No. 35 de 1982, estableció el mandato de un Relator Especial sobre Ejecuciones Sumarias o Arbitrarias, quien desde ese año presenta un informe anual a la Comisión de Derechos Humanos de las Naciones Unidas sobre esta práctica violatoria de distintos instrumentos internacionales de derechos humanos. En el informe presentado por la señora Asma Jahangir a la Comisión de Derechos Humanos en abril de 2002, se destacó que: “el derecho a la vida no admite excepciones ni siquiera en situaciones de emergencia pública que pudieran poner en peligro la vida de la nación. Esto es especialmente pertinente a la luz de los acontecimientos posteriores al 11 de septiembre de 2001”.²⁸

Comité de Derechos Humanos, Observación General No. 6, “El derecho a la vida”, párr. 3.	24
Comité de Derechos Humanos, Observación General No. 14, “Las armas nucleares y el derecho a la vida”, párr. 1.	25
Colombia no realizó esta reserva.	26
Corte Constitucional, sentencia C-144 de 1997, M. P. Alejandro Martínez Caballero.	27
Naciones Unidas, Comisión de Derechos Humanos, Las ejecuciones extrajudiciales, sumarias o arbitrarias, Informe de la Relatora Especial presentado en cumplimiento de la resolución 2001/45 de la Comisión de Derechos Humanos, E/CN.4/2002/74, 9 de enero de 2002, párr. 71.	28

5. Deber de prevenir e investigar las ejecuciones extralegales, arbitrarias o sumarias

Los Principios de las Naciones Unidas relativos a una eficaz prevención e investigación de las ejecuciones extralegales, arbitrarias o sumarias,²⁹ constituyen una guía de gran importancia para los Estados en relación con la prevención, investigación y los procedimientos judiciales aplicables a este tipo de violaciones.

Respecto del deber de prevenir este tipo de ejecuciones, según el Principio 1:

Principio 1.
Principios de una eficaz prevención e investigación de las ejecuciones extralegales

Los gobiernos prohibirán por ley todas las ejecuciones extralegales, arbitrarias o sumarias y velarán por que todas esas ejecuciones se tipifiquen como delitos en su derecho penal y sean sancionables con penas adecuadas que tengan en cuenta la gravedad de tales delitos. No podrán invocarse para justificar esas ejecuciones circunstancias excepcionales, como por ejemplo, el estado de guerra o de riesgo de guerra, la inestabilidad política interna ni ninguna otra emergencia pública. Esas ejecuciones no se llevarán a cabo en ninguna circunstancia, ni siquiera en situaciones de conflicto armado interno, abuso o uso ilegal de la fuerza por parte de un funcionario público o de otra persona que actúe con carácter oficial o de una persona que obre a instigación, o con el consentimiento o la aquiescencia de aquélla, ni tampoco en situaciones en las que la muerte se produzca en prisión. Esta prohibición prevalecerá sobre los decretos promulgados por la autoridad ejecutiva.

Además, el Principio 7 señala que:

Principio 7.
Principios de una eficaz prevención e investigación de las ejecuciones extralegales

Inspectores especialmente capacitados, incluido personal médico, o una autoridad independiente análoga, efectuarán periódicamente inspecciones de los lugares de reclusión, y estarán facultados para realizar inspecciones sin previo aviso por su propia iniciativa, con plenas garantías de independencia en el ejercicio de esa función. Los inspectores tendrán libre acceso a todas las personas que se encuentren en dichos lugares de reclusión, así como a todos sus antecedentes.

29

Recomendados por el Consejo Económico y Social en su resolución No. 65, del 24 de mayo de 1989.

En cuanto a la obligación de investigar que tienen los Estados en relación con este tipo de violaciones, el Principio 9 señala que:

Se procederá a una investigación exhaustiva, inmediata e imparcial de todos los casos en que haya sospecha de ejecuciones extralegales, arbitrarias o sumarias, incluidos aquéllos en los que las quejas de parientes u otros informes fiables hagan pensar que se produjo una muerte no debida a causas naturales en las circunstancias referidas. Los gobiernos mantendrán órganos y procedimientos de investigación para realizar esas indagaciones. La investigación tendrá como objetivo determinar la causa, la forma y el momento de la muerte, la persona responsable y el procedimiento o práctica que pudiera haberla provocado. Durante la investigación se realizará una autopsia adecuada y se recopilarán y analizarán todas las pruebas materiales y documentales y se recogerán las declaraciones de los testigos. La investigación distinguirá entre la muerte por causas naturales, la muerte por accidente, el suicidio y el homicidio.

Respecto a cuándo y en qué forma debe ser practicada la autopsia, los Principios 12, 13 y 14, señalan:

12. No podrá procederse a la inhumación, incineración, etc., del cuerpo de la persona fallecida hasta que un médico, a ser posible experto en medicina forense, haya realizado una autopsia adecuada. Quienes realicen la autopsia tendrán acceso a todos los datos de la investigación, al lugar donde fue descubierto el cuerpo, y a aquél en el que suponga que se produjo la muerte. Si después de haber sido enterrado el cuerpo resulta necesaria una investigación, se exhumará el cuerpo sin demora y de forma adecuada para realizar una autopsia. En caso de que se descubran restos óseos, deberá procederse a desenterrarlos con las precauciones necesarias y a estudiarlos conforme a técnicas antropológicas sistemáticas.

13. El cuerpo de la persona fallecida deberá estar a disposición de quienes realicen la autopsia durante un periodo suficiente con objeto de que se pueda llevar a cabo una investigación minuciosa. En la autopsia se deberá intentar determinar, al menos, la identidad de la persona fallecida y la causa y forma de la muerte. En la medida de lo posible, deberán precisarse también el momento y el lugar en que ésta se pro-

Principio 9.
Principios de una eficaz prevención e investigación de las ejecuciones extralegales

Principios 12, 13 y 14.
Principios de una eficaz prevención e investigación de las ejecuciones extralegales

dujo. Deberán incluirse en el informe de la autopsia fotografías detalladas en color de la persona fallecida, con el fin de documentar y corroborar las conclusiones de la investigación. El informe de la autopsia deberá describir todas y cada una de las lesiones que presente la persona fallecida e incluir cualquier indicio de tortura.

14. Con el fin de garantizar la objetividad de los resultados, es necesario que quienes realicen la autopsia puedan actuar imparcialmente y con independencia de cualesquiera personas, organizaciones o entidades potencialmente implicadas.

Con referencia a los procedimientos judiciales estos principios indican que los gobiernos deben velar por el juzgamiento de las personas participantes en la ejecución, haciéndolas comparecer ante la justicia o colaborando con los trámites de extradición. Además, se consagra el derecho de los familiares o personas a cargo de la víctima a recibir, dentro de un plazo razonable, una compensación.³⁰

La Comisión Interamericana de Derechos Humanos, a fin de analizar el cumplimiento del deber de investigar las ejecuciones extrajudiciales en casos puntuales, ha recurrido a estos “Principios relativos a una eficaz prevención e investigación de las ejecuciones extralegales, arbitrarias o sumarias”. En ese sentido ha expresado:

(...) 412. Además, la Comisión coincide con el Estado en que la obligación de investigar no se incumple solamente porque no exista una persona condenada en la causa o por la circunstancia de que, pese a los esfuerzos realizados, sea imposible la acreditación de los hechos. Sin embargo, para establecer en forma convincente y creíble que este resultado no ha sido producto de la ejecución mecánica de ciertas formalidades procesales sin que el Estado busque efectivamente la verdad, éste debe demostrar que ha realizado una investigación inmediata, exhaustiva, seria e imparcial.

413. En casos anteriores, la Comisión ha aplicado los criterios establecidos en los “Principios relativos a una eficaz prevención e investiga-

ción de las ejecuciones extralegales, arbitrarias o sumarias”, adoptados por el Consejo Económico y Social de Naciones Unidas mediante la Resolución 1989/65, a fin de determinar si un Estado ha cumplido con su obligación de investigar en forma inmediata, exhaustiva, e imparcial las ejecuciones sumarias de personas bajo su exclusivo control. Según estos principios, en casos de esta naturaleza la investigación debe tener por objeto determinar la causa, la forma y el momento de la muerte, la persona responsable y el procedimiento o práctica que pudiera haberla provocado. Asimismo, se debe realizar una autopsia adecuada, recopilar y analizar todas las pruebas materiales y documentales, y recoger las declaraciones de los testigos. La investigación distinguirá entre la muerte por causas naturales, la muerte por accidente, el suicidio y el homicidio.

414. Los principios mencionados han sido complementados con la adopción del “Manual sobre la prevención e investigación eficaces de las ejecuciones extralegales, arbitrarias o sumarias”, según el cual el objeto principal de una investigación es “descubrir la verdad acerca de acontecimientos que ocasionaron la muerte sospechosa de una víctima”. A tal efecto, dicho Manual establece que quienes realizan la indagación deben adoptar, como mínimo, las medidas siguientes:

- a) Identificar a la víctima;
- b) Recuperar y conservar medios probatorios relacionados con la muerte para ayudar a todo posible enjuiciamiento de los responsables;
- c) Identificar los testigos posibles y obtener declaraciones de ellos con respecto a la muerte;
- d) Determinar la causa, la forma, la ubicación y la hora de la muerte, así como toda modalidad o práctica que pueda haber provocado la muerte;
- e) Distinguir entre muerte natural, muerte accidental, suicidio y homicidio;
- f) Identificar y aprehender a la persona o personas que hubieran participado en la ejecución;
- g) Someter al perpetrador o perpetradores sospechosos de haber cometido un delito a un tribunal competente establecido por la ley.

415. A fin de garantizar la realización de una investigación exhaustiva e imparcial de una ejecución extralegal, arbitraria o sumaria, el Ma-

nual establece que “[u]no de los aspectos más importantes de [la misma] es la reunión y el análisis de las pruebas.” Por lo tanto, “[l]as personas a cargo de la investigación de una presunta ejecución extrajudicial deben tener acceso al lugar en que se ha descubierto el cadáver, así como al lugar en que pueda haber ocurrido la muerte.” Según los estándares previstos en el Manual, el procedimiento de recolección de la prueba debe ajustarse a ciertos criterios, algunos de los cuales se señalan a continuación:

- a) La zona contigua del cadáver debe cerrarse. El ingreso a la zona sólo se permitirá a los investigadores y su personal;
- b) Deben tomarse fotografías en color de la víctima, pues éstas, al compararse con fotografías en blanco y negro, podrían revelar con más detalle la naturaleza y circunstancias de la muerte de la víctima;
- c) Debe fotografiarse el lugar (interior y exterior), así como toda prueba física;
- d) Debe dejarse constancia de la posición del cadáver y de la condición de la vestimenta;
- e) Deben anotarse los factores siguientes que sirvan para determinar la hora de la muerte:
 - (i) Temperatura del cuerpo (tibio, fresco, frío);
 - (ii) Ubicación y grado de fijación de las livideces;
 - (iii) Rigidez cadavérica; y
 - (iv) Estado de descomposición.
- f) Deben tomarse y conservarse todas las pruebas de la existencia de armas, como armas de fuego, proyectiles, balas y casquillos o cartuchos. Cuando proceda, deben hacerse pruebas para hallar residuos de disparos y/o para la detección de metales;

416. La Comisión observa que de la información existente en el expediente no surge, o al menos no ha sido debidamente demostrado mediante elementos probatorios creíbles y convincentes, que en el marco de las investigaciones judiciales realizadas en la jurisdicción interna se haya procedido a identificar a todos los cadáveres de los atacantes, ni que se haya determinado la causa, la forma, el lugar y la hora de la muerte de los mismos.³¹

6. Violaciones del derecho a la vida

6.1. Privación ilegítima de la vida: ejecuciones sumarias, extrajudiciales o arbitrarias

La privación ilegítima de la vida es denominada como ejecución extrajudicial o arbitraria por el derecho internacional de los derechos humanos. Esta normatividad no utiliza las expresiones homicidio o asesinato que son más propias del derecho interno. Sin embargo, los instrumentos internacionales de derechos humanos carecen de una definición precisa e incluso existe una cierta confusión terminológica entre ejecuciones legales, judiciales, extralegales, extrajudiciales, sumarias o arbitrarias.

(...) la calificación de ejecución sumaria [debe reservarse] para aquellos casos de privación de la vida como resultado de sentencias dictadas por tribunales especiales o militares en violación de las garantías procesales mínimas reconocidas tanto por la mayoría de los ordenamientos jurídicos internos como por los instrumentos internacionales de derechos humanos.

La calificación de ejecución arbitraria o extrajudicial (términos que pueden emplearse indistintamente), debe reservarse para los casos de privación de la vida como consecuencia de homicidios perpetrados por orden del Gobierno o con la complicidad o tolerancia de éste, incluyendo igualmente los fallecimientos durante la detención o prisión como consecuencia de tortura, malos tratos o de falta de tratamiento médico o de otro tipo.

El término “ejecución extralegal” abarca, desde una perspectiva jurídico-internacional, ambos supuestos, al referirse a todas las muertes o privaciones de la vida realizadas fuera de la Ley, incluyendo por consiguiente tanto las producidas como consecuencia de una sentencia dictada en violación de las garantías jurídicas y procesales mínimas establecidas por el Derecho Internacional (aunque dicha sentencia se ajuste al derecho interno del Estado en cuestión), como las producidas por la acción directa o indirecta de las autoridades públicas en el curso de sus actuaciones, o por grupos de personas que actúan por instigación, complicidad o tolerancia de las mismas.³²

Doctrina
Antonio Blanc Altemir

Antonio Blanc Altemir, *La violación de los derechos humanos fundamentales como crimen internacional*, Barcelona, Bosch Casa Editorial S.A., 1990, pp. 381 y 382.

Las ejecuciones extralegales se clasifican en ejecuciones sumarias y en extrajudiciales o arbitrarias.

En Colombia no existen ejecuciones sumarias ya que la CP en su artículo 11 prohíbe la pena de muerte. Sin embargo, en el supuesto de que se re-introdujera la pena capital en el ordenamiento legal colombiano, todas las sentencias en las que se impusiera esta pena se considerarían ejecuciones sumarias por la prohibición establecida en el artículo 6.2 del PIDCP, en el Protocolo Facultativo de este Pacto y en la Convención Americana.

En el caso de Colombia, pueden considerarse ejecuciones extrajudiciales o arbitrarias, por ejemplo:

- Muerte en detención debido a torturas, descuido o uso de la fuerza, o condiciones de privación de la libertad que entrañan amenaza de muerte.

En ésta, como en todas las ejecuciones extralegales, se pueden generar distintos tipos de responsabilidad. Por un lado, la responsabilidad penal del autor del hecho, y por otra, la responsabilidad civil extracontractual, que de manera expresa se consagra en el artículo 90 de la Carta Política en estos términos:

Artículo 90.
Constitución
Política

El Estado responderá patrimonialmente por los daños antijurídicos que le sean imputables, causados por la acción o la omisión de las autoridades públicas.

En el evento de ser condenado el Estado a la reparación patrimonial de uno de tales daños, que haya sido consecuencia de la conducta dolosa o gravemente culposa de un agente suyo, aquél deberá repetir contra éste.

- Muertes como consecuencia del uso de la fuerza por funcionarios encargados de hacer cumplir la ley o personas que actúan en acuerdo directo o indirecto con el Estado, cuando el uso de la fuerza no es consecuente con los criterios de absoluta necesidad y proporcionalidad.
- Muertes como consecuencia de ataques por fuerzas de seguridad del Estado, por grupos paramilitares, escuadrones de la muerte u otras fuerzas privadas, que cooperan con el gobierno o son tolerados por éste.
- Genocidio (ver punto 6.6 de este capítulo).
- Desapariciones forzadas cometidas por agentes del Estado, con resultado de muerte, o cuando no aparece el cuerpo de la víctima, o sólo aparecen algunos de sus restos.

- Muerte de una persona detenida, en circunstancias poco claras, que podrían poner en entredicho el deber de garantía del Estado, respecto a las personas privadas de libertad.

La ejecución judicial es aquella que se da como resultado de la aplicación de una sentencia judicial después de un proceso en el que se respetaron las garantías judiciales y el debido proceso conforme al derecho internacional y en aquellos países en que es aplicada la pena de muerte. Esta modalidad no es posible en Colombia puesto que, como se indicó, la pena de muerte está prohibida por la CP.

La ejecución legal es aquella permitida por la leyes nacionales conforme al derecho internacional. Son ejecuciones legales las ejecuciones judiciales, las que se dan dentro del marco de un conflicto armado sin infringir el derecho internacional humanitario (como podría ser la muerte de personas que participan directamente en las hostilidades respetando los principios de distinción, limitación, proporcionalidad), aquellas que ocurren cuando un funcionario encargado de hacer cumplir la ley emplea la fuerza o un arma de fuego de manera excepcional, adecuada y proporcional; las que se dan en el ejercicio de la legítima defensa, de conformidad con la legislación penal de cada país.

Los funcionarios encargados de hacer cumplir la ley deberán, en la medida de sus posibilidades, aplicar métodos no violentos antes de utilizar armas de fuego. Concretamente, deberán utilizar la fuerza y las armas de fuego únicamente en el supuesto en que otros métodos resulten ineficaces, o cuando no se pueda lograr el resultado perseguido de otra manera. Cuando resulte inevitable el uso de la fuerza y de las armas de fuego, los funcionarios encargados de hacer cumplir la ley deberán minimizar el daño físico, y respetar y preservar la vida de la persona.

En este sentido, el artículo 3 del “Código de conducta para funcionarios encargados de hacer cumplir la ley”, de las Naciones Unidas, señala que: “Los funcionarios encargados de hacer cumplir la ley podrán usar la fuerza sólo cuando sea estrictamente necesario y en la medida que lo requiera el desempeño de sus tareas.”³³

Además, en el comentario que aparece a continuación de este artículo, se indica que:

a) En esta disposición se subraya que el uso de la fuerza por los funcionarios encargados de hacer cumplir la ley debe ser excepcional; si bien implica que los funcionarios encargados de hacer cumplir la ley pueden ser autorizados a usar la fuerza en la medida en que razonablemente sea necesario, según las circunstancias para la prevención de un delito, para efectuar la detención legal de delincuentes o de presuntos delincuentes o para ayudar a efectuarla, no podrá usarse la fuerza en la medida en que exceda estos límites.

b) El derecho nacional restringe ordinariamente el uso de la fuerza por los funcionarios encargados de hacer cumplir la ley, de conformidad con un principio de proporcionalidad. Debe entenderse que esos principios nacionales de proporcionalidad han de ser respetados en la interpretación de esta disposición. En ningún caso debe interpretarse que esta disposición autoriza el uso de un grado de fuerza desproporcionado al objeto legítimo que se ha de lograr.

c) El uso de armas de fuego se considera una medida externa. Deberá hacerse todo lo posible por excluir el uso de armas de fuego, especialmente contra niños. En general, no deberán emplearse armas de fuego excepto cuando un presunto delincuente ofrezca resistencia armada o ponga en peligro, de algún otro modo, la vida de otras personas y no pueda reducirse o detenerse al presunto delincuente aplicando medidas menos extremas. En todo caso en que se dispare un arma de fuego, deberá informarse inmediatamente a las autoridades competentes.

Los “Principios básicos sobre el empleo de la fuerza y de armas de fuego por los funcionarios encargados de hacer cumplir la ley”, de las Naciones Unidas, señalan los principios a ser tenidos en cuenta en esta materia.

6.2. Masacres

Esta acepción se utiliza para hacer referencia a la muerte de varias personas en un mismo hecho. El *Diccionario de la lengua española* de la Real Academia Española la define como: “del fr. *massacre*: matanza de personas, por lo general indefensas, producidas por ataque armado o causa parecida”. El *Diccionario de uso del español* de María Moliner dice: “del fr. *massacre*: matanza salva-

je de presonas”.³⁴ Ni el derecho internacional de los derechos humanos, ni el derecho internacional humanitario, ni el derecho penal internacional, ni el derecho penal interno la definen. Parece pues una categoría más cercana a otras disciplinas que al derecho.

En Colombia no existe una conceptualización unánime al respecto. Hacia finales de la década de los ochenta, el Banco de datos de derechos humanos del Cinep la definía como: “los asesinatos de cinco o más víctimas”.³⁵ Este número fue el parámetro que inicialmente utilizó la Defensoría del Pueblo: “la muerte simultánea de cinco o más personas en un mismo hecho homicida”.³⁶ Posteriormente, en otra publicación, esta entidad mantiene casi de manera exacta esa definición (“la muerte simultánea de cinco o más personas en un mismo hecho de violencia”)³⁷ pero a renglón seguido aparece una fe de erratas que señala que “se considera masacre la muerte simultánea de tres o más personas en un mismo hecho de violencia”.³⁸

En una de las primeras investigaciones sistemáticas sobre la materia se define como “el acto de liquidación física violenta, simultánea o cuasi-simultánea, de más de cuatro personas en estado de indefensión”.³⁹ Este número de cuatro víctimas ha sido el utilizado por algunos organismos no gubernamentales de derechos humanos: es “aquel hecho homicida, discriminado o no, donde hayan de manera simultánea, cuatro o más víctimas”;⁴⁰ es “el homicidio de cuatro o más personas dentro de las mismas circunstancias de tiempo y lugar”.⁴¹ Este mismo número es utilizado por algunos organismos intergubernamentales y gubernamentales nacionales; para la Comisión Interamericana son “cuatro o más víctimas asesinadas durante el mismo evento”;⁴² para el Ministerio de Defensa Nacional es “el asesinato de más de cuatro personas en una misma ocasión”.⁴³

María Moliner, <i>Diccionario de uso del español</i> , Madrid, Gredos, 1998.	34
Citado por Mauricio García Durán, <i>Procesos de Paz, de La Uribe a Tlaxcala</i> , Bogotá, Cinep, 1992, p. 282.	35
Defensoría del Pueblo, Tercer Informe Anual del Defensor del Pueblo al Congreso de Colombia, 1996, volumen I, <i>Serie Documentos 10</i> , Bogotá, 1996, p. 24.	36
Defensoría del Pueblo, <i>Manual de calificación de conductas violatorias de derechos humanos</i> , Bogotá, 2000, p. 20.	37
Ibid., p. 21.	38
María Victoria Uribe, Teófilo Vásquez, <i>Enterrar y callar. Las masacres en Colombia, 1980-1993</i> , volumen I, Bogotá, Comité Permanente por la Defensa de los Derechos Humanos, Fundación Terres des Hommes, 1995, p. 37.	39
Instituto Popular de Capacitación, <i>Guerra, paz y derechos humanos en Antioquia</i> , Medellín, 1998, pp. 173-174.	40
Comisión Colombiana de Juristas, Panorama de derechos humanos y derecho humanitario en Colombia, Informe de avance: abril a septiembre de 2000, Bogotá, 2001, p. 34.	41
Comisión Interamericana de Derechos Humanos, Tercer Informe sobre la situación de los derechos humanos en Colombia, OEA/SER.L/V/II.102, 26 de febrero de 1999, párr. 94.	42
República de Colombia, Ministerio de Defensa Nacional, Informe Anual Derechos Humanos y DIH 2000, Bogotá, 2001, p. 78.	43

Para el proyecto de Reconstrucción de la Memoria Histórica (REMHI) de Guatemala son masacres “las personas que murieron en hechos con tres y más víctimas”.⁴⁴ En un Informe de la Oficina en Colombia del Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Derechos Humanos se dice que es la “ejecución de tres o más personas en un mismo evento, o en eventos relacionados por la autoría, el lugar y el tiempo”.⁴⁵

Solamente dos fundaciones periodísticas la definen sin tener en cuenta el número de las víctimas. Para la Corporación Medios para la Paz es la “matanza indiscriminada de personas indefensas”,⁴⁶ y para la Fundación para un Nuevo Periodismo Iberoamericano es el “acto de matar o asesinar a gran cantidad de personas en un mismo lugar y en un mismo lapso”.⁴⁷

Las dos últimas comisiones de la verdad en Latinoamérica la conceptualizan de la siguiente manera: para la Comisión de Esclarecimiento Histórico de Guatemala es “la ejecución arbitraria de más de cinco personas, realizada en un mismo lugar y como parte de un mismo operativo, cuando las víctimas se encontraban en un estado de indefensión absoluta o relativa”;⁴⁸ para la Comisión de Verdad y Reconciliación del Perú es la:

(...) ejecución arbitraria múltiple o asesinato múltiple cometido con gran crueldad contra personas en estado de indefensión en forma concurrente con otras modalidades de violaciones de los derechos humanos como torturas o mutilaciones que se encuentren en las mismas circunstancias de tiempo y lugar. Con la finalidad de contar con un indicador cuantitativo para analizar las masacres desde el punto de vista estadístico, la CVR considera como masacres aquellas ejecuciones múltiples de 5 o más víctimas.⁴⁹

44 Oficina de Derechos Humanos del Arzobispado de Guatemala, *Guatemala nunca más*, tomo IV, *Víctimas del conflicto*, Guatemala, 1998, p. 1.

45 Naciones Unidas, Comisión de Derechos Humanos, Informe del Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Derechos Humanos sobre Colombia, E/CN.4/2000/11 del 9 de marzo de 2000, párr. 27.

46 Corporación Medios para la Paz, *Para desarmar la palabra, diccionario de términos del conflicto y de la paz*, Bogotá, 1999, p. 157.

47 Conferencia Episcopal de Alemania, Fescol, Embajada de Alemania, Fundación para un Nuevo Periodismo Iberoamericano, *Manual para cubrir la guerra y la paz*, Bogotá, 1999, p. 73.

48 Comisión de Esclarecimiento Histórico, *Guatemala Memoria del silencio*, tomo III, *Las violaciones de los derechos humanos y los hechos de violencia*, Guatemala, 1999, párr. 3058, p. 251.

49 Comisión de la Verdad y Reconciliación, Informe final, tomo VI, sección IV, *Los crímenes y violaciones de los derechos humanos*, capítulo 1: “Patrones en la perpetración de los crímenes y de las violaciones de derechos humanos, 1.3 Ejecuciones arbitrarias y masacres por agentes del Estado”, Lima, 2003, en www.cverdad.org.pe/final/indice.php

De estas quince definiciones, trece tienen como uno de sus elementos base un número preciso de muertos (tres, con tres muertos o más; cinco, con cuatro muertos o más; y cinco, con cinco muertos o más), otras trece subrayan que esas muertes deben ser provocadas en un mismo evento, cuatro subrayan el estado de indefensión de las víctimas, dos señalan el carácter indiscriminado del hecho, dos no tienen en cuenta un número exacto de víctimas y una subraya el elemento de crueldad en su realización.

Por estas razones, aunque existe un consenso mayoritario en que constituye masacre la muerte de varias personas en un mismo hecho, el número preciso de víctimas no es un criterio objetivo ni suficiente para calificarla. Ninguna definición ofrece elementos de convicción para señalar que son tres, cuatro o cinco los muertos para determinar cuándo se está o no ante una masacre. Si se tiene en cuenta la voz francesa de donde proviene el vocablo en español,⁵⁰ otros dos elementos resaltan a la vista: uno, el de la indefensión de las víctimas, y el otro, la barbarie o la crueldad en la muerte violenta.⁵¹ Además del elemento cuantitativo —el que sea masivo—, para que se configure una masacre se requiere un elemento cualitativo: que la muerte haya sido ocasionada de manera cruel o bárbara contra personas indefensas. La simple muerte violenta de varias personas no constituye pues una masacre, un hecho de estas características es una ejecución extrajudicial o arbitraria de carácter colectivo; lo que diferencia este tipo de ejecución colectiva de una masacre, es pues ese elemento de sevicia junto con el estado de desprotección de las víctimas.

No es fácil determinar el número exacto de víctimas que se necesitan para hablar de una masa de personas. Aunque la acepción de masa está más cercana al concepto de “muchedumbre o conjunto numeroso de personas”,⁵² definir ese número sería subjetivo y arbitrario como lo indican las definiciones atrás citadas. Interminables discusiones suscitaría determinar cuál sería ese número apropiado de víctimas. Un número plural de víctimas, dos o más, sería suficiente para configurar ese elemento cuantitativo. Es por este motivo que se debe hacer énfasis en los elementos cualitativos para calificar un evento como una masacre.

Por lo anterior se sugiere que esta categoría se reserve para las ejecuciones extrajudiciales o arbitrarias de carácter colectivo perpetradas en un mismo hecho de manera cruel contra personas indefensas.

“Massacrer: tuer avec sauvagerie et en masse des êtres qui ne peuvent pas se défendre” (Matar salvajemente y en masa seres que no pueden defenderse [indefensos]). Le Robert Micro Poche, *Dictionnaire de la langue française*, Paris, 1994. 50

La indefensión es mencionada en la acepción del diccionario de la Real Academia Española y el salvajismo en la del diccionario de María Moliner. 51

Séptima acepción de la palabra “masa” en el *Diccionario de la lengua española* de la Real Academia Española. 52

Tres requisitos configuran este concepto:

1. Las ejecuciones extrajudiciales o arbitrarias de carácter colectivo perpetradas en un mismo hecho. Un número plural de dos o más víctimas le imprimen ese carácter colectivo.
2. La manera cruel en que fueron ejecutadas esas personas. La muerte de las víctimas tiene que ser acompañada de elementos de ferocidad o barbarie.
3. El estado de indefensión de las víctimas. Las personas muertas deben encontrarse en un estado de desamparo o desprotección.

6.3. Tentativa de ejecución extrajudicial o extralegal

La violación se configura cuando se realiza una agresión contra una persona, haciendo uso de medios capaces de causar la muerte de la víctima y de forma tal que previsiblemente puede causarla, aunque no se alcance dicho objetivo por circunstancias accidentales ajenas a la voluntad del responsable o por el hecho de que la víctima sobreviva al ataque.

El concepto penal de “tentativa” es un principio de ejecución del delito mediante actos idóneos que no se consuman por motivos independientes a la voluntad del actor.

Según el artículo 27 del Código Penal, la tentativa, en general, se tipifica de la siguiente manera:

Artículo 27.
Código Penal

El que iniciare la ejecución de una conducta punible mediante actos idóneos e inequívocamente dirigidos a su consumación, y ésta no se produjere por circunstancias ajenas a su voluntad, incurrirá en pena no menor de la mitad del mínimo ni mayor de las tres cuartas partes del máximo de la señalada para la conducta punible consumada. Cuando la conducta punible no se consuma por circunstancias ajenas a la voluntad del autor o partícipe, incurrirá en pena no menor de la tercera parte del mínimo ni mayor de las dos terceras partes del máximo de la señalada para su consumación, si voluntariamente ha realizado todos los esfuerzos necesarios para impedirla.

Al realizar el análisis para determinar si existió o no una tentativa de ejecución extrajudicial o extralegal, sería conveniente tener en cuenta alguno de estos elementos:

- La pertenencia de la víctima a un sindicato, partido o asociación política, a una institución religiosa o minoría étnica. En muchos casos la vinculación a una organización o la profesión son el factor determinante para atentar contra la vida e integridad de una persona.
- El tipo de actividad que el presunto autor de la tentativa de ejecución realiza. La pertenencia del victimario, ya sea por ejemplo a una actividad ilícita o a un grupo armado ilegal pueden ser elementos que faciliten la determinación del hecho.
- Si existió cualquier tipo de extorsión, acoso o amenaza contra la víctima con anterioridad a la tentativa de ejecución. Los antecedentes son factores fundamentales que ayudan a despejar lo ocurrido. En varias ocasiones la tentativa de una ejecución es la culminación de una serie de actividades de intimidación que previamente se vienen realizando.
- La finalidad perseguida con la ejecución de la víctima. El objetivo de ejecutar una persona tiene en casi todos los casos motivos muy precisos. Siempre es útil preguntarse el porqué se quiere eliminar a una persona en concreto.
- La forma en la que se realizó el intento de ejecución. Las circunstancias de tiempo y lugar y, sobre todo, el modus operandi pueden ser explicaciones esenciales al porqué de un hecho de esta naturaleza. No se deben descartar estos elementos circunstanciales.

6.4. Amenazas de muerte

Es la acción intencional cometida por agentes del Estado, o por particulares con la complicidad, tolerancia o aquiescencia de agentes públicos que, de manera expresa o encubierta, tiene por finalidad crear en una persona un temor fundado de sufrir atentados en contra de su vida, integridad personal o su seguridad.

Se deberá prestar especial atención cuando:

- La amenaza provenga de miembros de la Fuerza Pública o de otra institución del Estado.
- La amenaza provenga de individuos o grupos paramilitares que actúen con la complicidad, aquiescencia o tolerancia de las autoridades.
- Existen razones fundadas para creer que esas amenazas son parte de una práctica de hecho de ejecuciones extralegales y, por tanto, que a la amenaza seguirá la ejecución de la misma.

Doctrina
Hernando
Valencia Villa

6.5. Crímenes de lesa humanidad

Delitos graves contra la condición humana y, por consiguiente, contra el derecho internacional, que están hoy bajo la jurisdicción de la Corte Penal Internacional (...) Los delitos de lesa humanidad se caracterizan por su atrocidad intrínseca, pueden ser perpetrados por el Estado o por fuerzas irregulares con algún grado de control territorial, y por su carácter consuetudinario y ahora convencional pueden y deben ser perseguidos por todos los Estados mediante su jurisdicción nacional o a través de jurisdicción universal.⁵³

Según el artículo 7 del Estatuto de la Corte Penal Internacional, “se entenderá por crimen de lesa humanidad cualquiera de los actos siguientes cuando se cometa como parte de un ataque generalizado o sistemático contra una población civil y con conocimiento de dicho ataque: a) asesinato; b) exterminio;⁵⁴ (...) i) desaparición forzada de personas;⁵⁵ (...)”

Son Elementos de los Crímenes aprobados por la Asamblea General de los Estados Partes en el Estatuto de Roma de la Corte Penal Internacional, para el crimen de lesa humanidad de asesinato:

Elementos
de los Crímenes
Estatuto de la
Corte Penal
Internacional

- 1. Que el autor haya dado muerte^{*} a una o más personas.**
- 2. Que la conducta se haya cometido como parte de un ataque generalizado o sistemático dirigido contra una población civil.**
- 3. Que el autor haya tenido conocimiento de que la conducta era parte de un ataque generalizado o sistemático dirigido contra una población civil o haya tenido la intención de que la conducta fuera parte de un ataque de ese tipo.**

53 Hernando Valencia Villa, *Diccionario de Derechos Humanos*, Madrid, Espasa-Calpe, 2002, pp. 98 y 99.

54 El párrafo 2 del artículo 7º del Estatuto de la Corte Penal Internacional señala que “(...) b) El ‘exterminio’ comprenderá la imposición intencional de condiciones de vida, la privación del acceso a alimentos o medicinas entre otras, encaminadas a causar la destrucción de parte de una población”.

55 El párrafo 2 del artículo 7º del Estatuto de la Corte Penal Internacional señala que “Por ‘desaparición forzada de personas’ se entenderá 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 periodo prolongado”.

* La expresión “dado muerte” es intercambiable con la expresión “causado la muerte”. Esta nota será aplicable a todos los elementos en que se emplee uno de los dos conceptos.

Son Elementos de los Crímenes aprobados por la Asamblea General de los Estados Partes en el Estatuto de Roma de la Corte Penal Internacional, para el crimen de lesa humanidad de exterminio:

1. Que el autor haya dado muerte^{*} a una o más personas, incluso mediante la imposición de condiciones de existencia destinadas deliberadamente a causar la destrucción de parte de una población^{**}.
2. Que la conducta haya consistido en una matanza de miembros de una población civil o haya tenido lugar como parte^{***} de esa matanza.
3. Que la conducta se haya cometido como parte de un ataque generalizado o sistemático dirigido contra una población civil.
4. Que el autor haya tenido conocimiento de que la conducta era parte de un ataque generalizado o sistemático dirigido contra una población civil o haya tenido la intención de que la conducta fuera parte de un ataque de ese tipo.

Son Elementos de los Crímenes aprobados por la Asamblea General de los Estados Partes en el Estatuto de Roma de la Corte Penal Internacional, para el crimen de lesa humanidad de desaparición forzada de personas:^{**** *****}

1. Que el autor:
 - a) Haya aprehendido, detenido^{*****}, ^{*****} o secuestrado a una o más personas; o
 - b) Se haya negado a reconocer la aprehensión, la detención o el secuestro o a dar información sobre la suerte o el paradero de esa persona o personas.
2. a) Que tal aprehensión, detención o secuestro haya sido seguido o acompañado de una negativa a reconocer esa privación de libertad o a dar información sobre la suerte o el paradero de esa persona o personas; o

Elementos de los Crímenes Estatuto de la Corte Penal Internacional

Elementos de los Crímenes Estatuto de la Corte Penal Internacional

La conducta podría consistir en diferentes formas de matar, ya sea directa o indirectamente. *

La imposición de esas condiciones podría incluir la privación del acceso a alimentos y medicinas. **

La expresión “como parte de” comprendería la conducta inicial en una matanza. ***

Dado el carácter complejo de este crimen, se reconoce que en su comisión participará normalmente más de un autor con un propósito delictivo común. ****

El crimen será de la competencia de la Corte únicamente si el ataque indicado en los elementos 7 y 8 se produjo después de la entrada en vigor del Estatuto. *****

La palabra “detenido” incluirá al autor que haya mantenido una detención existente. *****

Se entiende que, en determinadas circunstancias, la aprehensión o la detención pudieron haber sido legales. *****

b) Que tal negativa haya estado precedida o acompañada de esa privación de libertad.

3. Que el autor haya sido consciente de que:^{*}

a) Tal aprehensión, detención o secuestro sería seguido en el curso normal de los acontecimientos de una negativa a reconocer la privación de libertad o a dar información sobre la suerte o el paradero de esa persona o personas;^{**} o

b) Tal negativa estuvo precedida o acompañada de esa privación de libertad.

4. Que tal aprehensión, detención o secuestro haya sido realizada por un Estado u organización política o con su autorización, apoyo o aquiescencia.

5. Que tal negativa a reconocer la privación de libertad o a dar información sobre la suerte o el paradero de esa persona o personas haya sido realizada por un Estado u organización política o con su autorización o apoyo.

6. Que el autor haya tenido la intención de dejar a esa persona o personas fuera del amparo de la ley por un período prolongado.

7. Que la conducta se haya cometido como parte de un ataque generalizado o sistemático dirigido contra una población civil.

8. Que el autor haya tenido conocimiento de que la conducta era parte de un ataque generalizado o sistemático dirigido contra una población civil o haya tenido la intención de que la conducta fuera parte de un ataque de ese tipo.

Por tanto, para que anteriores violaciones al derecho a la vida constituyan crímenes de lesa humanidad y tengan el carácter de crimen internacional es necesario que: 1) el acto se cometa contra la población civil; 2) debe ser generalizado o sistemático; 3) el autor debe conocer el contexto en que realiza sus acciones, y 4) debe existir algún tipo de política del gobierno o de una organización o grupo para cometer ese acto. Estos elementos definen el hecho delictivo como crimen de carácter internacional y son de una gravedad tal que representan una afrenta para la humanidad, de ahí el apelativo de “lesa” para esta clase de conductas.

^{*} Este elemento, incluido a causa de la complejidad de este delito, se entiende sin perjuicio de la introducción general a los elementos de los crímenes.

^{**} Se entiende que, en el caso del autor que haya mantenido detenido a alguien que ya lo estaba, se daría ese elemento si el autor fuese consciente de que esa negativa ya había tenido lugar.

El artículo 7.2.a) del Estatuto de la CPI señala: “Por ‘ataque contra una población civil’ se entenderá una línea de conducta que implique la comisión múltiple de actos mencionados en el párrafo 1 contra una población civil, de conformidad con la política de un Estado o de una organización de cometer esos actos o para promover esa política”. El artículo 30.3 del mismo Estatuto establece: “(...) por ‘conocimiento’ se entiende la conciencia de que existe una circunstancia o que se va a producir una consecuencia en el curso normal de los acontecimientos. (...)”.

El elemento material de los crímenes de lesa humanidad consiste en que se cometan como parte de un ataque “generalizado o sistemático”. Lo generalizado es un elemento cuantitativo que hace referencia al número o a la escala de las víctimas, mientras lo sistemático es un elemento cualitativo que señala que los hechos hacen parte de una práctica permanente o frecuente. Lo que se pretende es excluir de esta noción hechos que tengan el carácter de esporádicos o aislados.

El término sistemático, de acuerdo con la jurisprudencia internacional y la Comisión de Derecho Internacional, hace referencia a:

(...) un plan o política [del cual] podría resultar la comisión repetida o continua de actos inhumanos. La finalidad de este requisito es excluir un acto aleatorio que no fue cometido como parte de un plan o de una política. La Carta de Nuremberg no considera tal exigencia. Sin embargo, el Tribunal de Nuremberg enfatizó que los actos inhumanos han sido cometidos como parte de la política del terror y fueron “en muchos casos (...) organizados y sistemáticos”, considerando que tales actos constituyeron crímenes de lesa humanidad.⁵⁶

El término generalizado, según las mismas dos fuentes citadas, indica:

(...) que los actos estén dirigidos contra una multiplicidad de víctimas. Este requisito excluye un acto inhumano aislado cometido por un perpetrador que actúa por su propia iniciativa y dirigido contra una

Jurisprudencia
Tribunal Penal
Internacional para
la ex-Yugoeslavia

Jurisprudencia
Tribunal Penal
Internacional para
la ex-Yugoeslavia

Tribunal Penal Internacional para la ex-Yugoeslavia, sentencia Tadic, 7 de mayo de 1997, párr. 648. También, Comisión de Derecho Internacional, Proyecto de Código de Crímenes contra la Paz y la Seguridad de la Humanidad, 1996, párrs. 94 y 95. En el mismo sentido, el Tribunal Penal Internacional para Ruanda declaró: “El concepto sistemático puede ser definido como un acto conscientemente organizado y que sigue un patrón determinado, basándose en una política común que utiliza recursos públicos o privados. No es requisito que esta política se deba adoptar formalmente como una política de Estado. Sin embargo, debe haber una cierta clase de plan o política preconcebida”, en sentencia del caso Akayesu, ICTY-96-4 del 2 de septiembre de 1998 (traducción no oficial).

sola víctima. La carta de Nuremberg tampoco consideró este segundo requisito. Sin embargo el Tribunal de Nuremberg enfatizó que la política de terror “fue realizada definitivamente, a una inmensa escala” considerando que tales actos inhumanos constituyeron crímenes de lesa humanidad. (...) El término “gran escala” (...) es suficientemente amplio para cubrir las varias situaciones que implican la multiplicidad de víctimas, por ejemplo, como resultado del efecto acumulativo de una serie de actos inhumanos o el efecto singular de un acto inhumano de magnitud extraordinaria.⁵⁷

6.6 Genocidio

Neologismo acuñado por el jurista polaco Raphael Lemkin (1900-1959) (...) [f]ormado por la raíz griega *genus* “pueblo” y el verbo latino *caedere* “cortar” o “matar”, el nuevo vocablo significa “asesinato o destrucción de un pueblo” y responde al escándalo internacional provocado por la revelación del exterminio masivo de los pueblos judío y gitano por la dictadura hitleriana en los campos de la muerte del centro y del oriente de Europa durante la segunda guerra mundial, en lo que hoy se conoce como el Holocausto. Como resultado del proceso incoado por los aliados ante el Tribunal Militar Internacional de Nuremberg, la Asamblea General de las Naciones Unidas aprobó el 9 de diciembre de 1948 la resolución 260 A (III) por la cual se adoptó la Convención para la prevención y el castigo del delito de genocidio. (...) ⁵⁸

En el artículo II de esta Convención ⁵⁹ se describe este delito, definición que coincide con la adoptada por el Estatuto de la Corte Penal Internacional (art. 6). Según estos instrumentos internacionales:

- 57 Tribunal Penal Internacional para la ex-Yugoeslavia, sentencia Tadic, 7 de mayo de 1997, párr. 648. También, Comisión de Derecho Internacional, Proyecto de Código de Crímenes contra la Paz y la Seguridad de la Humanidad, 1996, párr. 94 y 95. En el mismo sentido, el Tribunal Penal Internacional para Ruanda afirmó al respecto: “El concepto de generalizado puede ser definido como masivo, frecuente, una acción a gran escala realizada colectivamente con una considerable gravedad y dirigido contra una multiplicidad de víctimas”, en sentencia del caso Akayesu, ICTY-96-4 del 2 de septiembre de 1998.
- 58 Hernando Valencia Villa, ob. cit., pp. 188 y 189.
- 59 Esta Convención entró en vigor el 12 de enero de 1951. Entró en vigor en Colombia el 27 de enero de 1960, en virtud de la Ley 28 de 1959.

(...) se entenderá por “genocidio” cualquiera de los actos mencionados a continuación, perpetrados con la intención de destruir total o parcialmente a un grupo nacional, étnico, racial o religioso como tal:

- a) **Matanza de los miembros del grupo;**
- b) **Lesión grave a la integridad física o mental de los miembros del grupo;**
- c) **Sometimiento intencional del grupo a condiciones de existencia que hayan de acarrear su destrucción física, total o parcial;**
- d) **Medidas destinadas a impedir nacimientos en el seno del grupo;**
- e) **Traslado por la fuerza de niños del grupo a otro grupo.**

Bajo estos instrumentos internacionales es claro un elemento subjetivo, cual es el de la intención, y un elemento objetivo, que está conformado por cualquiera de los cinco actos mediante los cuales se puede materializar.

El delito de genocidio se considera imprescriptible desde 1968, cualquiera que fuere la fecha en que se hubiere cometido e, incluso, cuando esos actos no constituyeren una violación del derecho interno del país donde fueron cometidos (artículo 1.(b) de la “Convención sobre la Imprescriptibilidad de los Crímenes de Guerra y de los Crímenes de Lesa Humanidad”).

Los Elementos de los Crímenes aprobados por la Asamblea General de los Estados Partes en el Estatuto de Roma de la Corte Penal Internacional establecen como introducción al genocidio los siguientes:

Con respecto al último de los elementos de cada crimen:

- **La expresión “en el contexto de” incluiría los actos iniciales de una serie que comienza a perfilarse.**
- **La expresión “manifiesta” es una calificación objetiva.**
- **Pese a que el artículo 30 exige normalmente un elemento de intencionalidad, y reconociendo que el conocimiento de las circunstancias generalmente se tendrá en cuenta al probar la intención de cometer genocidio, el requisito eventual de que haya un elemento de intencionalidad con respecto a esta circunstancia es algo que habrá de decidir la Corte en cada caso en particular.**

Son Elementos de los Crímenes aprobados por la Asamblea General de los Estados Partes en el Estatuto de Roma de la Corte Penal Internacional, para el genocidio mediante matanza:

Artículo 6.
Estatuto de la
Corte Penal
Internacional

Elementos
de los Crímenes
Estatuto de la Corte
Penal Internacional

Elementos de los Crímenes Estatuto de la Corte Penal Internacional

1. **Que el autor haya dado muerte^{*} a una o más personas.**
2. **Que esa persona o personas hayan pertenecido a un grupo nacional, étnico, racial o religioso determinado.**
3. **Que el autor haya tenido la intención de destruir, total o parcialmente, a ese grupo nacional, étnico, racial o religioso como tal.**
4. **Que la conducta haya tenido lugar en el contexto de una pauta manifiesta de conducta similar dirigida contra ese grupo o haya podido por sí misma causar esa destrucción.**

Son Elementos de los Crímenes aprobados por la Asamblea General de los Estados Partes en el Estatuto de Roma de la Corte Penal Internacional, para el genocidio mediante lesión grave a la integridad física o mental:

Elementos de los Crímenes Estatuto de la Corte Penal Internacional

1. **Que el autor haya causado lesión grave a la integridad física o mental de una o más personas.^{**}**
2. **Que esa persona o personas hayan pertenecido a un grupo nacional, étnico, racial o religioso determinado.**
3. **Que el autor haya tenido la intención de destruir, total o parcialmente, a ese grupo nacional, étnico, racial o religioso como tal.**
4. **Que la conducta haya tenido lugar en el contexto de una pauta manifiesta de conducta similar dirigida contra ese grupo o haya podido por sí misma causar esa destrucción.**

Son Elementos de los Crímenes aprobados por la Asamblea General de los Estados Partes en el Estatuto de Roma de la Corte Penal Internacional, para el genocidio mediante sometimiento intencional a condiciones de existencia que hayan de acarrear su destrucción física:

Elementos de los Crímenes Estatuto de la Corte Penal Internacional

1. **Que el autor haya sometido intencionalmente a una o más personas a ciertas condiciones de existencia.**
2. **Que esa persona o personas hayan pertenecido a un grupo nacional, étnico, racial o religioso determinado.**
3. **Que el autor haya tenido la intención de destruir, total o parcialmente, a ese grupo nacional, étnico, racial o religioso como tal.**

* La expresión "dado muerte" es intercambiable con la expresión "causado la muerte".

** Esta conducta puede incluir, actos de tortura, violaciones, violencia sexual o tratos inhumanos o degradantes, pero no está necesariamente limitada a ellos.

4. **Que las condiciones de existencia hayan tenido el propósito de acarrear la destrucción física, total o parcial, de ese grupo.***
5. **Que la conducta haya tenido lugar en el contexto de una pauta manifiesta de conducta similar dirigida contra ese grupo o haya podido por sí misma causar esa destrucción.**

Son Elementos de los Crímenes aprobados por la Asamblea General de los Estados Partes en el Estatuto de Roma de la Corte Penal Internacional, para el genocidio mediante la imposición de medidas destinadas a impedir nacimientos:

1. **Que el autor haya impuesto ciertas medidas contra una o más personas.**
2. **Que esa persona o personas hayan pertenecido a un grupo nacional, étnico, racial o religioso determinado.**
3. **Que el autor haya tenido la intención de destruir, total o parcialmente, a ese grupo nacional, étnico, racial o religioso como tal.**
4. **Que las medidas impuestas hayan estado destinadas a impedir nacimientos en el seno del grupo.**
5. **Que la conducta haya tenido lugar en el contexto de una pauta manifiesta de conducta similar dirigida contra ese grupo o haya podido por sí misma causar esa destrucción.**

Son Elementos de los Crímenes aprobados por la Asamblea General de los Estados Partes en el Estatuto de Roma de la Corte Penal Internacional, para el genocidio mediante el traslado por la fuerza de niños:

1. **Que el autor haya trasladado por la fuerza a una o más personas.****
2. **Que esa persona o personas hayan pertenecido a un grupo nacional, étnico, racial o religioso determinado.**
3. **Que el autor haya tenido la intención de destruir, total o parcialmente, a ese grupo nacional, étnico, racial o religioso como tal.**
4. **Que el traslado haya tenido lugar de ese grupo a otro grupo.**
5. **Que los trasladados hayan sido menores de 18 años.**
6. **Que el autor supiera, o hubiera debido saber, que los trasladados eran menores de 18 años.**

La expresión "condiciones de existencia" podrá incluir, entre otras cosas, el hecho de privar a esas personas de los recursos indispensables para la supervivencia, como alimentos o servicios médicos, o de expulsarlos sistemáticamente de sus hogares.

La expresión "por la fuerza" no se limita a la fuerza física, sino que puede incluir la amenaza de la fuerza o la coacción, como la causada por el temor a la violencia, la intimidación, la detención, la opresión psicológica o el abuso de poder, contra esa o esas personas o contra otra o aprovechando un entorno de coacción.

Elementos de los Crímenes Estatuto de la Corte Penal Internacional

Elementos de los Crímenes Estatuto de la Corte Penal Internacional

*

**

7. **Que los actos hayan tenido lugar en el contexto de una pauta manifiesta de conducta similar dirigida contra ese grupo o haya podido por sí misma causar esa destrucción.**

El delito de genocidio se encuentra tipificado en el artículo 101 del Código Penal colombiano:

Artículo 101.
Código Penal

Artículo 101. Genocidio. El que con el propósito de destruir total o parcialmente un grupo nacional, étnico, racial, religioso o político que por razón de su pertenencia al mismo, ocasionare la muerte de sus miembros, incurrirá en prisión de treinta (30) a cuarenta (40) años; en multa de dos mil (2.000) a diez mil (10.000) salarios mínimos mensuales legales vigentes y en interdicción de derechos y funciones públicas de quince (15) a veinte (20) años.

La pena será de prisión de diez (10) a veinticinco (25) años, la multa de mil (1.000) a diez mil (10.000) salarios mínimos mensuales legales vigentes y la interdicción de derechos y funciones públicas de cinco (5) a quince (15) años cuando con el mismo propósito se cometiere cualquiera de los siguientes actos:

1. **Lesión grave a la integridad física o mental de miembros del grupo.**
2. **Embarazo forzado.**
3. **Sometimiento de miembros del grupo a condiciones de existencia que hayan de acarrear su destrucción física, total o parcial.**
4. **Tomar medidas destinadas a impedir nacimientos en el seno del grupo.**
5. **Traslado por la fuerza de niños del grupo a otro grupo.**

Se subraya que mientras en la Convención y en el Estatuto de la Corte Penal Internacional el sujeto pasivo de la conducta se circunscribe a grupos nacionales, étnicos, raciales o religiosos, el Código Penal amplía la protección incluyendo a los grupos políticos.

Doctrina
Hernando
Valencia Villa

(...) Es bien sabido que los grupos políticos estaban incluidos en el proyecto original de la Convención de 1948 pero fueron excluidos a iniciativa de los países socialistas con el argumento de que no eran fácilmente identificables y que su consagración podía provocar intromisiones en los asuntos internos de los Estados. En realidad, se temía que la sangrienta represión de la oposición interna que en aquel entonces prevalecía en los

regímenes del bloque soviético y en muchos Estados del Tercer Mundo fuese tenida, con razón, como genocidio político. (...).⁶⁰

También es oportuno señalar que el tipo del código penal original señalaba que los grupos objeto de protección debían actuar dentro del marco de la ley. Esta expresión fue declarada inexecutable por la Corte Constitucional:

Por ello, coincide la Corte (...) en considerar que la garantía de la dignidad humana y de los derechos a la vida y a la integridad personal no admite diferenciaciones de trato en función a la legalidad de la actividad desplegada por los sujetos destinatarios de la protección, pues ello comporta ostensible transgresión a valores superiores constitucionalmente proclamados en el Preámbulo como la dignidad humana, la vida, la integridad, la convivencia, la justicia y la igualdad, consagrados además positivamente con el carácter de derechos inalienables e inviolables en los artículos 1°, 2°, 11, 12 y 13 de la Carta Política, y a los que, conforme se proclama en el artículo 5° Ib., “el Estado reconoce, sin discriminación alguna, la primacía de los derechos inalienables de la persona” lo que, en otros términos, significa que no admiten restricciones ni limitaciones, de donde resulta que la incriminación selectiva del genocidio, respecto tan sólo de los miembros de un grupo nacional, étnico, racial, religioso o político que actúe dentro del marco de la Ley, que consagra la frase cuestionada es, a todas luces contraria a la Carta Política y, de consiguiente, inexecutable.⁶¹

Además, el legislador consideró que los actos en que se ocasione la muerte tienen la máxima penalidad para esta conducta (de 30 a 40 años de prisión), en tanto que los actos de lesión grave a la integridad física, el embarazo forzoso, el sometimiento a condiciones que acarreen la destrucción física y las medidas destinadas a impedir los nacimientos, son circunstancias que tienen una penalización menor (de 10 a 25 años de prisión).

Por su parte, el artículo 102 del mismo código tipificó la conducta de apología del genocidio, cuando por cualquier medio se difundan ideas o doctrinas que propicien o justifiquen los hechos constitutivos del mismo.

Jurisprudencia
Corte Constitucional

Hernando Valencia Villa, ob. cit., p. 189.

Corte Constitucional, sentencia C-177 de 2001, M. P. Fabio Morón Díaz.

60

61

Tipología de las violaciones

Tipologías

La violación del derecho a la vida implica toda privación de la vida que sea perpetrada por agentes del Estado o por un particular que cuenta con su instigación, consentimiento expreso o tolerancia manifiesta. Esa muerte puede presentarse:

- a) Cuando el uso de la fuerza no se presenta en el ejercicio de las funciones legales.
- b) Cuando el uso de la fuerza no es consecuente con los criterios de absoluta necesidad y proporcionalidad.
- c) En situaciones de privación de la libertad debido a torturas o tratos crueles, inhumanos o degradantes, o por cualquier otra causa distinta que no sea como consecuencia de medidas legales o inherentes a éstas.

No existe violación del derecho a la vida cuando la muerte perpetrada por agentes del Estado o por un particular que cuenta con su instigación, consentimiento expreso o tolerancia manifiesta:

- a) Se presenta por el uso de la fuerza en el estricto cumplimiento de las funciones legales con criterios de absoluta necesidad y proporcionalidad.
- b) Es de una persona que participa directamente en las hostilidades dentro del marco del conflicto armado (véase el Capítulo XVII).
- c) Se comete en el marco de una de las causales de justificación o de ausencia de responsabilidad previstas por el Código Penal (art. 32).

1. Introducción

La Declaración Universal de Derechos Humanos (art. 5), y el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos (PIDCP) (art. 7), contienen una formulación negativa del derecho a la integridad personal cuando señalan que: “Nadie será sometido a torturas ni a penas o tratos crueles, inhumanos o degradantes.” El PIDCP, además, indica que: “En particular, nadie será sometido sin su libre consentimiento a experimentos médicos o científicos.”

La Convención Americana sobre Derechos Humanos (en adelante Convención Americana) contiene, en su artículo 5, una formulación mixta de este derecho: mientras que en el párrafo 1 establece que “Toda persona tiene derecho a que se respete su integridad física, psíquica y moral”, en el párrafo 2 del mencionado artículo señala que “Nadie debe ser sometido a torturas ni a penas o tratos crueles, inhumanos o degradantes.” Además, a diferencia del PIDCP y de la Declaración Universal de Derechos Humanos, en la Convención Americana se indica explícitamente que: “Toda persona privada de libertad será tratada con respeto debido a la dignidad inherente al ser humano.” La Constitución Política (CP) de Colombia refleja los anteriores instrumentos internacionales al establecer en su artículo 12 que: “Nadie será sometido (...) a torturas ni a tratos o penas crueles, inhumanos o degradantes”.

Como consecuencia de lo dispuesto en los anteriores instrumentos internacionales vinculantes para Colombia, y en su legislación interna:

- Toda persona tiene derecho a que se respete su integridad física, psíquica y moral.
- Nadie será sometido a torturas ni a otros tratos o penas crueles, inhumanos o degradantes.
- Toda persona privada de libertad será tratada con el respeto debido a la dignidad inherente al ser humano.
- Nadie será sometido sin su libre consentimiento a experimentos médicos o científicos.

En el sistema europeo de protección de los derechos humanos, el artículo 3 de la Convención Europea de Derechos Humanos (en adelante Convención Europea) establece que: “Nadie será sometido a tortura o tratos o penas inhumanos o degradantes”. En este sentido, cabe señalar que la única diferencia que existe entre la formulación de este derecho en el PIDCP y la Convención Americana respecto de la Convención Europea, es que esta última no incluye el término “cruel”, en relación con los tratos o penas inhumanos o degradantes.

El derecho a la integridad personal se encuentra igualmente reconocido en otras dos convenciones internacionales vinculantes para Colombia: la Convención de las Naciones Unidas contra la Tortura y otros Tratos Crueles, Inhumanos o Degradantes (en adelante Convención contra la Tortura),¹ y la Convención Interamericana para Prevenir y Sancionar la Tortura (en adelante Convención Interamericana contra la Tortura).²

2 Alcance del derecho a la integridad personal

El Comité de Derechos Humanos, en su Observación General N° 20, sobre el alcance del artículo 7 del PIDCP, señaló que:

Observación General
Comité de Derechos
Humanos

(...) la finalidad de las disposiciones del artículo 7 del Pacto (...) es proteger la dignidad y la integridad física y mental de la persona. El Estado Parte tiene el deber de brindar a toda persona, mediante medidas legislativas y de otra índole, la protección necesaria contra los actos prohibidos por el artículo 7, sean infligidos por personas que actúen en el desempeño de sus funciones oficiales, al margen de dichas funciones o incluso a título privado.³

Igualmente, en esta misma Observación el Comité indicó que:

Observación General
Comité de Derechos
Humanos

La prohibición enunciada en el artículo 7 se refiere no solamente a los actos que causan a la víctima dolor físico, sino también a los que causan sufrimiento moral. Es más, a juicio del Comité, la prohibición debe hacerse extensiva a los castigos corporales, incluidos los castigos exce-

- 1 Entró en vigor en Colombia el 8 de enero de 1988, en virtud de la Ley 70 de 1986.
- 2 Entró en vigor en Colombia el 19 de febrero de 1999, en virtud de la Ley 409 de 1997.
- 3 Comité de Derechos Humanos, Observación General No. 20, “La prohibición de la tortura y los tratos o penas crueles”, párr. 2.

sivos impuestos por la comisión de un delito o como medida educativa o disciplinaria. A este respecto, conviene subrayar que el artículo 7 protege, en particular, a los niños, a los alumnos y a los pacientes de los establecimientos de enseñanza y las instituciones médicas.⁴

En relación con la aplicación del artículo 7 del Pacto por parte de los Estados, el Comité ha observado que:

(...) no basta con prohibir ese trato o castigo o con declararlo delito. Los Estados Partes deberán informar al Comité sobre las medidas legislativas, administrativas, judiciales y de otra índole que adopten para prevenir y castigar los actos de tortura, así como los tratos crueles, inhumanos y degradantes, en todo el territorio sometido a su jurisdicción.⁵

Por su parte, la Corte Constitucional ha hecho énfasis en la importancia de este derecho dentro del ordenamiento jurídico nacional, de la siguiente manera:

El Constituyente de 1991 elevó a la categoría de fundamental con la correspondiente protección constitucional especial, el derecho de todos a la protección de la integridad tanto física como moral de las personas, a través del mandato conferido en el artículo 12 superior, el cual señala que “nadie será sometido a desaparición forzada, a torturas ni a tratos o penas crueles, inhumanos o degradantes”, y que, según lo ha establecido por esta Corporación, no sólo hace referencia a las agresiones físicas, sino que “también las mentales son contrarias al orden jurídico y vulneran el contenido de este derecho.” El alcance del derecho a la integridad personal adquiere una mayor relevancia, cuando se observa, para su ejercicio, la estrecha e inherente relación con otros derechos de rango superior, como ocurre con el derecho a la vida, y el derecho a la salud, en la medida en que pueden verse lesionados una vez ocurrida la amenaza o vulneración del mismo. De manera que, aunque unos y otros representan bienes jurídicos distintos, sus contenidos se relacionan necesariamente durante la existencia del ser humano, haciendo que la efectividad de los mismos asegure un desarrollo vital de las personas bajo condiciones de respeto a la dignidad humana.⁶

Observación General
Comité de Derechos
Humanos

Jurisprudencia
Corte Constitucional

Ibíd., párr. 5.

Ibíd., párr. 8.

Corte Constitucional, sentencia T-584 de 1998, M. P. Hernando Herrera Vergara.

4
5
6

Observación General
Comité de Derechos
Humanos

Jurisprudencia
Corte Interamericana
de Derechos Humanos

La mayor parte de la jurisprudencia internacional relativa a este derecho se refiere a la prohibición de infligir tortura y otros tratos o penas crueles inhumanos o degradantes en relación con personas privadas de la libertad, dada su especial situación de vulnerabilidad y al hecho de que normalmente la violación de este derecho se produce en centros de detención, cárceles o prisiones.

Por este motivo, el Comité de Derechos Humanos, al interpretar el artículo 7 del PIDCP señaló que:

(...) la prohibición enunciada en el artículo 7 queda complementada por las disposiciones positivas del párrafo 1 del artículo 10, según el cual “toda persona privada de libertad será tratada humanamente y con el respeto debido a la dignidad inherente al ser humano”.⁷

En este mismo sentido, la Corte Interamericana de Derechos Humanos (en adelante Corte Interamericana) ha manifestado reiteradamente que:

Toda persona privada de libertad tiene derecho a vivir en condiciones de detención compatibles con su dignidad personal y el Estado debe garantizarle el derecho a la vida y a la integridad personal. En consecuencia, el Estado, como responsable de los establecimientos de detención, es el garante de estos derechos de los detenidos.⁸

Al respecto, el Consejo de Estado, máximo tribunal colombiano de la jurisdicción contenciosa administrativa, encargado de establecer la responsabilidad del Estado, ha expresado que cuando se detiene a una persona, y luego ésta es recluida en una cárcel, las autoridades deben devolverla al seno de su familia en las mismas condiciones físicas y psíquicas en que fue detenida, obligación que surge desde el momento de la detención. Esta obligación se vuelve objetiva y, por consiguiente, no importa el concepto de culpa. A la administración sólo se la exonera si se demuestra que el daño ocurrió por culpa exclusiva de la víctima.⁹

En estos casos se presume la responsabilidad de la administración con la sola demostración de que la víctima no ha sido reintegrada a la sociedad en las mismas condiciones en las cuales ingresó a su detención. El Consejo de Estado ha señalado:

7 Comité de Derechos Humanos, Observación General No. 20, “La prohibición de la tortura y los tratos o penas crueles”, párr. 2.

8 Corte Interamericana de Derechos Humanos (en adelante Corte Interamericana), caso Cantoral Benavides, sentencia del 18 de agosto de 2000, párr. 87; caso Neira Alegría y otros, sentencia del 19 de enero de 1995, párr. 60.

9 Corte Constitucional, sentencia T-590 de 1998, M. P. Alejandro Martínez Caballero.

(...) cuando la autoridad detiene a una persona que ha sido sindicada de algún delito contrae una obligación para con ella de mantenerla a buen recaudo respetando su integridad física y moral, y devolverla, una vez cumpla la condena, o antes (si es declarado inocente), en similares condiciones a las que tenía cuando entró. Ésta es una obligación de resultado, como en los fallos referidos se sostuvo, que conserva toda su vigencia ahora. Se trata de un deber legal que debe cumplir la autoridad so pena de ser declarado responsable por violación de las garantías constitucionales.¹⁰

Jurisprudencia
Consejo de Estado

Como consecuencia de la situación de especial vulnerabilidad a la que están sometidas las personas privadas de libertad, las legislaciones internas de los Estados deben reconocer: 1) el derecho a interponer un recurso efectivo con la finalidad de que, cuando se produzca una la violación a este derecho, cese; 2) la obligación de investigar todas las denuncias de este tipo con celeridad e imparcialidad; 3) la concesión de una reparación adecuada en caso de que se compruebe que existió tal violación.

(...) el artículo 7 debe de interpretarse conjuntamente con el párrafo 3 del artículo 2 del Pacto [relativo al derecho a un recurso efectivo]. En sus informes, los Estados deberían indicar cómo sus legislaciones garantizan efectivamente el cese inmediato de todo acto prohibido por el artículo 7, así como la concesión de una reparación adecuada (...) Las denuncias deberán ser investigadas con celeridad e imparcialidad por las autoridades competentes a fin de que el recurso sea eficaz.¹¹

Observación General
Comité de Derechos
Humanos

3 Prohibición de suspensión o derogación

Como se señaló, el derecho a no ser sometido a tortura o tratos crueles, inhumanos o degradantes es uno de los derechos fundamentales de la persona humana, ya que se encuentra ligado al derecho a la integridad personal del individuo y al concepto de dignidad humana. En este sentido, el artículo 4.1 del PIDCP y el artículo 27.2 de la Convención Americana relativos a la posibilidad

Consejo de Estado, expediente 9520, sentencia del 5 de septiembre de 1994, Consejero Ponente Carlos Betancur Jaramillo.
Comité de Derechos Humanos, Observación General No. 20, "La prohibición de la tortura y los tratos o penas crueles", párr. 14.

10
11

de suspensión de las obligaciones contraídas en virtud de estos instrumentos, no autorizan la suspensión de este derecho “en situaciones excepcionales que pongan en peligro la vida de la nación y cuya existencia haya sido proclamada oficialmente” (PIDCP) o “en caso de guerra, de peligro público o de otra emergencia que amenace la independencia o seguridad del Estado parte” (Convención Americana). El derecho a la integridad es, por tanto, un derecho inderogable en cualquier situación.

Al respecto, el Comité de Derechos Humanos, en su Observación General N° 20 señaló que:

Observación General
Comité de Derechos
Humanos

El texto del artículo 7 no admite limitación alguna. El Comité reafirmó asimismo que, incluso en situaciones excepcionales como las mencionadas en el artículo 4 del Pacto, nada autoriza la suspensión de la cláusula del artículo 7, y las disposiciones de dicho artículo deben permanecer en vigor.(...)¹²

Además, conforme al Estatuto de la Corte Penal Internacional, la tortura y otros tratos o penas crueles, inhumanos o degradantes se consideran “crimen de lesa humanidad” (art. 7.1.f) y “crimen de guerra” en conflictos armados que no sean de índole internacional (art. 8.2.c) i) (véase el Capítulo XVII).

4 Inaplicabilidad de alegar circunstancias excepcionales o de obediencia debida

Los párrafos 2 y 3 del artículo 2 de la Convención contra la Tortura establecen que:

Artículo 2.
Convención contra
la Tortura de las
Naciones Unidas

2. En ningún caso podrán invocarse circunstancias excepcionales tales como estado de guerra o amenaza de guerra, inestabilidad política interna o cualquier otra emergencia pública como justificación de tortura.

3. No podrá invocarse una orden de un funcionario superior o de una autoridad pública como justificación de la tortura.

12

Ibid., párr. 3.

En este sentido, tanto la Corte Europea como la Corte Interamericana han sostenido en su jurisprudencia que el hecho de que un Estado sea confrontado con una situación de terrorismo, no justifica que se realicen restricciones de la integridad física de la persona:

(...) la Corte Europea de Derechos Humanos ha señalado, refiriéndose al artículo 3 de la Convención Europea de Derechos Humanos, que el mismo (...) no admite derogación ni siquiera en el caso de un peligro público que amenace a la vida de la nación. El mencionado Tribunal ha precisado, en reiteradas ocasiones, que dicha prohibición rige aún en las circunstancias más difíciles para el Estado, tales como las que se configuran bajo la agresión del terrorismo y el crimen organizado a gran escala.

(...) Específicamente, la Corte [Interamericana] ha señalado que [t]odo uso de la fuerza que no sea estrictamente necesario por el propio comportamiento de la persona detenida constituye un atentado a la dignidad humana (...) en violación del artículo 5 de la Convención Americana. Las necesidades de la investigación y las dificultades innegables del combate al terrorismo no deben acarrear restricciones a la protección de la integridad física de la persona.¹³

Igualmente, el Comité de Derechos Humanos ha señalado que:

(...) no se puede invocar justificación o circunstancia atenuante alguna como pretexto para violar el artículo 7 por cualesquiera razones, en particular las basadas en una orden recibida de un superior jerárquico o de una autoridad pública.¹⁴

(...) quienes se nieguen a obedecer órdenes no deberán ser castigados ni sometidos a tratamiento desfavorable alguno.¹⁵

Por su parte, la Corte Constitucional ha considerado indispensable que dentro de las fuerzas militares reine un criterio de estricta jerarquía y disciplina,

Jurisprudencia
Corte Interamericana
de Derechos Humanos

Observación General
Comité de Derechos
Humanos

Corte Interamericana, caso Cantoral Benavides, sentencia de 18 de agosto de 2000, párrs. 95 y 96.	13
Comité de Derechos Humanos, Observación General No. 20, "La prohibición de la tortura y los tratos o penas crueles", párr. 3.	14
Ibid., párr. 13.	15

pero ha declarado inconstitucional la concepción absoluta y ciega de la obediencia castrense. Con apoyo en la libertad de conciencia del subalterno (CP, art. 18), la Corte sostuvo lo siguiente:

Así, en virtud del criterio que se deja expuesto, bien podría negarse un subalterno a obedecer la orden impartida por su superior si ella consiste en infligir torturas a un prisionero o en ocasionar la muerte fuera de combate, pues semejantes conductas, por su sola enunciación y sin requerirse especiales niveles de conocimientos jurídicos, lesionan de manera abierta los derechos humanos y chocan de bulto con la Constitución.

No podría interpretarse de otra manera el concepto de orden justo, perseguido por la Carta Política, según su preámbulo, ni entenderse de modo diverso el artículo 93 constitucional, a cuyo tenor “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.”¹⁶

5. Tortura y otros tratos o penas crueles, inhumanos o degradantes

Con fundamento en los instrumentos internacionales que reconocen el derecho a la integridad personal, se puede afirmar que no existe una clara diferenciación entre los actos que constituyen tortura y los que configuran tratos o penas crueles, inhumanos o degradantes.

El Comité de Derechos Humanos, en su Observación General N° 20, señaló que:

El Pacto no contiene definición alguna de los conceptos abarcados por el artículo 7, ni tampoco el Comité considera necesario establecer una lista de los actos prohibidos o establecer distinciones concretas entre las diferentes formas de castigo o de trato; las distinciones dependen de la índole, el propósito y la severidad del trato aplicado.¹⁷

Según el artículo 16.1 de la Convención contra la Tortura:

16 Corte Constitucional, sentencia T-409 de 1992, M. P. José Gregorio Hernández Galindo.

17 Comité de Derechos Humanos, Observación General No. 20, “La prohibición de la tortura y los tratos o penas crueles”, párr. 4.

Todo Estado Parte se comprometerá a prohibir en cualquier territorio bajo su jurisdicción otros actos que constituyen tratos o penas crueles, inhumanos o degradantes y que no lleguen a ser tortura tal y como se define en el artículo 1 (...)

El artículo 1 de la mencionada Convención dice:

A los efectos de la presente Convención, se entenderá por el término “tortura” todo acto por el cual se inflija intencionadamente a una persona dolores o sufrimientos graves, ya sean físicos o mentales, con el fin de obtener de ella o de un tercero información o una confesión, de castigarla por un acto que haya cometido, o se sospeche que ha cometido, o de intimidar o coaccionar a esa persona o a otras, o por cualquier razón basada en cualquier tipo de discriminación, cuando dichos dolores o sufrimientos sean infligidos por un funcionario público u otra persona en el ejercicio de funciones públicas, a instigación suya, o con su consentimiento o aquiescencia. No se considerarán torturas los dolores o sufrimientos que sean consecuencia únicamente de sanciones legítimas, o que sean inherentes o incidentales a éstas.

Dada esta falta de claridad en los instrumentos internacionales, tanto las cortes Europea e Interamericana, como el Comité de Derechos Humanos, han hecho una distinción de estos dos tipos de violaciones a la integridad personal: 1) caso por caso; 2) dependiendo del grado de sufrimiento infligido y; 3) las características especiales de las víctimas.

En general se puede afirmar que, dependiendo de la prueba recabada, se podrá probar que en un caso concreto existió tortura o que existieron tratos o penas crueles, inhumanos o degradantes. De ahí la importancia de que cuando se denuncien este tipo de violaciones, se realicen exámenes forenses a la mayor brevedad posible, si no inmediatamente.

La infracción del derecho a la integridad física y psíquica de las personas es una clase de violación que tiene diversas connotaciones de grado y que abarca desde la tortura hasta otro tipo de vejámenes o tratos crueles, inhumanos o degradantes cuyas secuelas físicas y psíquicas varían de intensidad según los factores endógenos y exógenos que deberán ser demostrados en cada situación concreta.¹⁸

Artículo 16.
Convención contra la
Tortura de las Naciones
Unidas

Artículo 1.
Convención contra
la Tortura de las
Naciones Unidas

Jurisprudencia
Corte Interamericana
de Derechos
Humanos

Corte Interamericana, caso Loayza Tamayo, sentencia del 17 de septiembre de 1997, párr. 57.

5.1. Tortura

El término “tortura” está definido en el artículo 1.1 de la Convención contra la Tortura y en el artículo 2 de la Convención Interamericana contra la Tortura.

5.1.1. Conductas que constituyen tortura

Según los instrumentos internacionales mencionados, los actos que constituyen tortura deben realizarse “intencionalmente”, y deben consistir en “dolores o sufrimientos” (Convención contra la Tortura) o “penas o sufrimientos” (Convención Interamericana contra la Tortura) “físicos o mentales”. A diferencia de la Convención Interamericana contra la Tortura, la Convención contra la Tortura señala que los dolores o sufrimientos deben de ser “graves”. El artículo 178 del Código Penal señala que estos actos consistirán en “dolores o sufrimientos graves, físicos o psíquicos”.

La Convención Interamericana contra la Tortura establece además, que “se entenderá también como tortura la aplicación sobre una persona de métodos tendientes a anular la personalidad de la víctima o a disminuir su capacidad física o mental, aunque no causen dolor físico o angustia psíquica”.

De los anteriores instrumentos internacionales y del Código Penal se desprende que constituyen tortura:

- los actos cometidos intencionalmente,
- que consistan en dolores, penas o sufrimientos físicos, mentales o morales, o bien,
- que tiendan a disminuir su capacidad física o mental, aunque no causen dolor físico o angustia psíquica.

No constituyen tortura, “(...) los dolores o sufrimientos que sean consecuencia únicamente de sanciones legítimas, o que sean inherentes o incidentales a éstas” (art. 1.1 de la Convención contra la Tortura).

5.1.2. Finalidades de la tortura

La Convención contra la Tortura y el Código Penal establecen un listado taxativo de las finalidades que se deben perseguir mediante la aplicación de la tortura. Sin embargo, el párrafo 2 del artículo 178 de este Código indica que: “en la misma pena incurrirá el que cometa la conducta con fines distintos a los des-

critos en el inciso anterior”, es decir, optando por un listado no taxativo de las finalidades perseguidas con estos actos, tal y como establece la Convención Interamericana contra la Tortura. Por tanto, la finalidad perseguida a través de la aplicación de este acto debe ser:

- obtener de la víctima o de un tercero información o una confesión;
- castigarla por un acto que haya cometido, o que se sospeche que ha cometido;
- intimidar o coaccionar a esa persona o a otras, por cualquier razón basada en cualquier tipo de discriminación;
- cualquier otro fin.

5.1.3. Legitimación activa

Mientras que el artículo 1 de la Convención contra la Tortura señala que los dolores o sufrimientos deben ser infligidos por “un funcionario público y otra persona en el ejercicio de funciones públicas, a instigación suya, o con su consentimiento o aquiescencia”, el artículo 3 de la Convención Interamericana contra la Tortura amplía la legitimación activa de esta conducta:

- a. **Los empleados o funcionarios públicos que actuando en ese carácter ordenen, instiguen, induzcan a su comisión, lo cometan directamente o que pudiendo impedirlo, no lo hagan.**
- b. **Las personas que a instigación de los funcionarios o empleados públicos a que se refiere el inciso a. ordenen, instiguen o induzcan a su comisión, lo cometan directamente o sean cómplices.**

Cabe señalar que el artículo 178 del Código Penal no establece como un elemento del tipo penal que esta conducta sea realizada por un funcionario público. Sin embargo, el artículo 179 de este mismo Código considera como una circunstancia agravante de la conducta anterior “cuando el agente sea un servidor público o un particular que actúe bajo la determinación o con la aquiescencia de aquel”.

En efecto, en el Estado colombiano la tortura es un delito cuyo sujeto activo es indeterminado, es decir, que en él pueden incurrir tanto el Estado, a través de sus funcionarios o agentes, como los particulares.

Artículo 3.
Convención
Interamericana
contra la Tortura

La legislación interna consagra el tipo penal de la tortura con sujeto activo indeterminado, previsión que según lo expresó la Corte Constitucional, se ajusta plenamente al ordenamiento superior, “(...) por cuanto la fuerza vinculante de los derechos constitucionales no limita su alcance a los deberes de abstención por parte del Estado; por el contrario, esos derechos, entre los cuales está el derecho a no ser torturado, son susceptibles de violación por parte tanto del Estado como de los particulares.”¹⁹

Al respecto, la Corte Constitucional ha dicho:

La prohibición que consagra el artículo 12 de la Carta Política, está dirigida a cualquier persona sea agente estatal o particular, y así debe ser por cuanto en ella subyace el reconocimiento y protección al principio fundamental de dignidad humana como fuente de todos los derechos. En tal sentido se pronunció esta Corporación al señalar que “el artículo 12 de la Constitución Nacional es incluso más amplio que los instrumentos internacionales suscritos por Colombia sobre el tema, (...) la Carta colombiana prohíbe la tortura incluso en los casos en que el torturador sea un particular.”²⁰

Conviene tener en cuenta, sin embargo, que para que una conducta se considere violación de los derechos humanos en el derecho internacional, debe ser realizada por una autoridad del Estado, ya que en caso contrario se estaría ante un delito común (véase el Capítulo II).

Por tanto, para que la tortura constituya una violación de los derechos humanos debe ser:

- Cometida directamente, ordenada, instigada o, inducida por funcionarios públicos u otras personas en ejercicio de funciones públicas.
- Incluso cuando las anteriores personas no cometan, ordenen, instiguen o induzcan a las anteriores conductas, son igualmente responsables, cuando pudiendo impedir tales actos, no lo hagan (comisión por omisión).
- También son responsables cuando prestan su consentimiento o aquiescencia para que se realicen tales actos.

19
20

Corte Constitucional, sentencia C-587 de 1992, M. P. Ciro Angarita Barón.
Ibíd.

Como consecuencia de lo anterior también incurre en tortura:

- Cualquier otra persona que, actuando a instigación de un funcionario o empleado público (aunque no tenga esa calidad), ordene, induzca a su comisión, lo cometa o sea cómplice.
- Cualquier persona o grupo de personas que actúe con el consentimiento o aquiescencia de uno o más funcionarios públicos o personas en ejercicio de funciones públicas.

Asimismo, un Estado comprometerá su responsabilidad internacional cuando no prevenga que se cometan estos actos (art. 2.1 de la Convención contra la Tortura), no los investigue (artículo 12) o no castigue a los responsables de los mismos (art. 4).

Por otro lado, tanto el artículo 15 de la Convención contra la Tortura como el artículo 10 de la Convención Interamericana contra la Tortura, establecen que las declaraciones que se compruebe que han sido obtenidas mediante tortura no podrán ser admitidas como medio de prueba en un proceso, “salvo en contra de una persona acusada de tortura como prueba de que se ha formulado la declaración” (véase el Capítulo VIII, numeral 3.2.8).

En los casos presentados ante la Corte Europea hasta la fecha, en muy pocas ocasiones se ha llegado a la conclusión de que existió tortura. Por otro lado, tampoco existe una distinción clara y precisa entre qué actuaciones constituyen tortura y cuáles constituyen tratos o penas inhumanas o degradantes. En el caso que presentó el gobierno de Irlanda contra el Reino Unido²¹ por las técnicas de interrogación (referidas como las cinco técnicas) que el gobierno de Inglaterra aplicaba a los sospechosos de pertenecer al IRA en Irlanda del Norte, la Corte distinguió entre tres tipos de conductas prohibidas por el artículo 3 de la Convención Europea:²²

- **Tortura:** trato inhumano infligido intencionalmente, que causa un sufrimiento muy fuerte y cruel.
- **Trato inhumano:** la aplicación de un intenso sufrimiento físico y mental.
- **Trato degradante:** trato dirigido a crear en las víctimas sentimientos de miedo, angustia e inferioridad, capaces de humillarlos, degradarlos, y, posiblemente, quebrantar su resistencia física y moral.

Corte Europea, Ireland v. UK, judgement of 18 January 1978, Series A, No. 25.
Ibid., párr. 29.

21
22

Posteriormente (aunque en el mismo año), en el caso del ciudadano británico Tyrer contra el Reino Unido e Irlanda del Norte,²³ la Corte Europea sostuvo que el sufrimiento ocasionado debe ser de cierto grado o debe sobrepasar un cierto límite, antes de que una pena²⁴ pueda ser considerada como inhumana dentro del alcance del artículo 3. Por tanto, indicó que las diferencias entre estos tres tipos de tratamiento son principalmente de grado.

Sin embargo, tal y como esta Corte ha venido señalando desde el caso de Irlanda contra el Reino Unido, la determinación de la gravedad de una pena o un trato es relativa, ya que depende de las circunstancias del caso y, en particular, de la naturaleza y el contexto del castigo en sí mismo, la manera y el método de su ejecución, la duración de este trato, sus efectos mentales y físicos y, en algunos casos, el sexo, la edad y el estado de salud de la víctima, entre otros.²⁵

La mayor parte de los casos examinados por la Corte Europea se refieren a individuos privados de libertad; sin embargo, la Corte también ha conocido un número importante de casos en los que se ha invocado el artículo 3 de la Convención Europea en otro tipo de circunstancias como extradición/expulsión, castigos corporales a jóvenes y discriminación.

En relación con los castigos corporales, la Corte Constitucional ha interpretado el alcance de la tortura, tal como figura en la Convención contra la Tortura en referencia a algunas prácticas punitivas de comunidades indígenas. Frente al uso del cepo como sanción penal por parte de la comunidad embera-chamí, la Corte dijo lo siguiente:

(...) se trata de una forma de pena corporal que hace parte de su tradición y que la misma comunidad considera valiosa por su alto grado intimidatorio y su corta duración. Además, a pesar de los rigores físicos que implica, la pena se aplica de manera que no se produce ningún daño en la integridad del condenado. Estas características de la sanción desvirtúan el que sea calificada de cruel o inhumana, ya que ni se trata de un castigo desproporcionado e inútil, ni se producen con él daños físicos o mentales de alguna gravedad.²⁶

Jurisprudencia
Corte Constitucional

23 Corte Europea, Tyrer, judgement of 25 April 1978, Series A, No. 26, párr. 29.

24 Una pena corporal es un castigo que recae sobre el cuerpo del condenado y que por asimilarse a la tortura está proscrita por el derecho internacional; véase Hernando Valencia Villa, *Diccionario de Derechos Humanos*, Madrid, Espasa Calpe, 2003.

25 Corte Europea, Ireland v. UK, judgement of 18 January 1978, Series A, No. 25, párr.162; Tyrer, judgement of 25 April 1978, Series A, No. 26, párr. 30; Soering, judgement of 7 July 1989, Series A, No. 161, párr. 100.

26 Corte Constitucional, sentencia T-349 de 1996, M. P. Carlos Gaviria Díaz.

Frente a la flagelación con fuste en la parte inferior de la pierna a que utilizan los indígenas paeces como castigo penal, la Corte Constitucional aplicó los criterios de interpretación esgrimidos por la Corte Europea (el umbral de gravedad y el criterio de aplicación relativa) e hizo una comparación con el caso de Tyrer contra el Reino Unido, arriba mencionado, en los siguientes términos:

Nótese, además, cómo las circunstancias particulares del castigo analizado, exigen del intérprete una ponderación diferente a la que realizó el Tribunal Europeo en relación con los azotes practicados en el caso “Tyrer” ya mencionado, pues el contexto de la pena y la modalidad de ejecución fueron diferentes: el condenado tenía quince años, mientras Francisco Gembuel es un hombre adulto; el lugar de la sanción, en términos de la Corte Europea “es una sociedad moderna, que goza de condiciones políticas, sociales y culturales altamente desarrolladas”, mientras que la sociedad páez, como comunidad aborigen aún conserva las tradiciones culturales de sus antepasados. Es decir, en el primer evento, los azotes eran vistos como un castigo que degrada al individuo, mientras en este caso, son concebidos como un medio que le ayuda a recobrar su espacio en la comunidad. En el caso estudiado por la Corte Europea, al menor se le obligó a bajarse el pantalón y la ropa interior, y agacharse debajo de una mesa, para recibir los azotes. En este evento, la sanción que se impuso a Francisco Gembuel deberá ser ejecutada en la pantorrilla, estando el sujeto de pie y completamente vestido, factor que, incluso, mitiga el dolor.²⁷

Tras decir esto, mencionar que el sufrimiento y el daño que se infligen con este castigo son mínimos, y hacer referencia a un estudio antropológico sobre la importancia simbólica del mismo o de la comunidad páez, la Corte concluyó que la conducta no constituye una tortura.

Respecto a las torturas psíquicas y morales, la Corte Interamericana señaló en el caso Cantoral Benavides:

(...) la Corte Europea ha señalado recientemente que ciertos actos que fueron calificados en el pasado como tratos inhumanos o degradantes, no como torturas, podrían ser calificados en el futuro de una manera diferente, es decir, como torturas, dado que a las crecientes exigencias

Jurisprudencia
Corte Constitucional

Jurisprudencia
Corte Interamericana
de Derechos Humanos

de protección de los derechos y de las libertades fundamentales, debe corresponder una mayor firmeza al enfrentar las infracciones a los valores básicos de las sociedades democráticas.

Merece destacarse que según las normas internacionales de protección, la tortura no solamente puede ser perpetrada mediante el ejercicio de la violencia física, sino también a través de actos que produzcan en la víctima un sufrimiento físico, psíquico o moral agudo.

Tanto la Convención contra la Tortura y otros Tratos o Penas Cruelles, Inhumanos o Degradantes como la Convención Interamericana sobre el mismo tema, se refieren a esa posibilidad. Por otra parte, al consagrar en términos positivos el derecho a la integridad personal, el último de esos dos instrumentos internacionales hace expresa referencia al respeto a la integridad psíquica y moral de la persona.

La jurisprudencia internacional ha ido desarrollando la noción de tortura psicológica. La Corte Europea de Derechos Humanos ha establecido que es suficiente el mero peligro de que vaya a cometerse alguna de las conductas prohibidas por el artículo 3 de la Convención Europea para que pueda considerarse infringida la mencionada disposición, aunque el riesgo de que se trata debe ser real e inmediato. En concordancia con ello, amenazar a alguien con torturarlo puede constituir, en determinadas circunstancias, por lo menos un “trato inhumano”. Ese mismo Tribunal ha estimado que debe tomarse en cuenta, a efectos de determinar si se ha violado el artículo 3 de la Convención Europea de Derechos Humanos, no sólo el sufrimiento físico sino también la angustia moral. En el marco del examen de comunicaciones individuales, el Comité de Derechos Humanos de las Naciones Unidas ha calificado la amenaza de hacer sufrir a una persona una grave lesión física como una “tortura psicológica”.

De lo anterior puede concluirse que se ha conformado un verdadero régimen jurídico internacional de prohibición absoluta de todas las formas de tortura.

Atendiendo al conjunto de las circunstancias del caso y al contexto en que se produjeron los hechos, estima este Tribunal, sin lugar a duda

razonable, que cuando menos parte de los actos de agresión examinados en esta causa pueden ser calificados como torturas, físicas y psíquicas.²⁸

5.1.4. La violación sexual

La Comisión Interamericana de Derechos Humanos (CIDH) ha encarado en diversos casos la violación sexual como tortura, tanto en el marco de la Convención Americana y de la Convención Interamericana contra la Tortura,²⁹ en las normas del derecho internacional humanitario (DIH).³⁰

En el caso de Raquel Martín de Mejía contra Perú, los peticionarios alegaron que el 15 de junio de 1989, miembros de las fuerzas militares peruanas se presentaron en el domicilio de Raquel Martín de Mejía y Fernando Mejía Egocheaga buscando a este último, abogado y activista político, a quien se llevaron. Minutos más tarde uno de los agentes volvió a la casa, le dijo a Raquel Martín de Mejía que ella también era sospechosa de subversión y procedió a violarla. El mismo agente regresó más tarde y volvió a violarla. La señora Mejía denunció ante las autoridades la desaparición de su esposo pero no mencionó el trato que había recibido. Varios días después se halló el cadáver del señor Mejía con señales de tortura y una herida de bala. La señora Mejía recibió amenazas y comenzó a temer por su seguridad y finalmente procuró y obtuvo asilo político en el extranjero. Posteriormente, las autoridades gubernamentales incluyeron su nombre en una lista de personas sospechosas de subversión y presentaron cargos criminales contra ella.³¹

La CIDH, al analizar la violación imputada, determinó que en este caso se aplicaban los tres elementos enunciados en la Convención Interamericana contra la Tortura, a saber: 1) “un acto [intencional] a través del cual se infligen a una persona penas y sufrimientos físicos y mentales”, 2) “cometido con un fin”, y 3) “(...) por un funcionario público o por una persona privada a instigación del primero”. El análisis relativo al primer elemento toma en consideración tanto los sufrimientos físicos como psicológicos causados por la violación. El informe se-

Corte Interamericana, caso Cantoral Benavides, sentencia del 18 de agosto de 2000, párrs. 99-104.	28
Comisión Interamericana de Derechos Humanos (CIDH), Raquel Martín de Mejía contra Perú, Informe No. 5/96, caso 10.970, Informe Anual de la CIDH 1995, OEA/Ser.L/V/II.91, doc. 7, rev. del 28 de febrero de 1996.	29
CIDH, Ana, Beatriz y Celia González Pérez contra México, Informe No. 53/01, caso 11.565, Informe Anual de la CIDH de 2000, OEA/Ser.L/V/II.111, doc. 20, rev. del 16 abril de 2001.	30
CIDH, Raquel Martín de Mejía contra Perú, Informe No. 5/96, caso 10.970, Informe Anual de la CIDH 1995, OEA/Ser.L/V/II.91, doc. 7, rev. del 28 de febrero de 1996.	31

ñala las consecuencias de corto y largo plazo para la víctima, así como la renuencia de muchas víctimas a denunciar ese tipo de violación.³²

La violación produce un sufrimiento físico y mental en la víctima. Además de la violencia sufrida al momento que se perpetra, las víctimas habitualmente resultan lesionadas o, en algunos casos, aun quedan embarazadas. El hecho de ser objeto de un abuso de esta naturaleza les ocasiona asimismo un trauma psicológico que resulta, por un lado, del hecho de ser humilladas y victimizadas y por el otro, de sufrir la condena de los miembros de su comunidad, si denuncian los vejámenes de los que fueron objeto.³³

Además de determinar que las violaciones infligidas a Raquel Mejía constituían tortura, la CIDH opinó que se le había negado su derecho a la protección de la honra y la dignidad (art. 11). La CIDH, recordando las palabras del Relator Especial contra la Tortura de la ONU, quien manifestó que la violación afecta a la mujer “en la parte más sensible de su personalidad” con el agravante de que “en la mayoría de los casos no se dará ni podrá darse el tratamiento psicológico y los cuidados necesarios”, tipificó al abuso sexual como un “ultraje deliberado” a la dignidad de la mujer.³⁴

En el caso de Ana, Beatriz y Celia González Pérez contra México, los peticionarios alegaron que el 4 de junio de 1994 un grupo de militares detuvo en el estado de Chiapas, México, a las hermanas Ana, Beatriz y Celia González, y a su madre Delia Pérez de González, para interrogarlas, y las mantuvo privadas de su libertad durante dos horas. Los peticionarios alegan que durante dicho lapso las tres hermanas fueron separadas de su madre, golpeadas y violadas en reiteradas ocasiones por los militares; que el 30 de junio de 1994 se presentó una denuncia al Ministerio Público Federal (Procuraduría General de la República o PGR) con base en un examen médico-ginecológico; que la misma fue corroborada ante dicha institución por la declaración de Ana y Beatriz, las dos hermanas mayores de edad; que el expediente fue trasladado a la Procuraduría General de la Justi-

32 CIDH, Relatoría sobre los Derechos de la Mujer, OEA/Ser.L/V/II.100, Doc. 17 del 13 de octubre de 1998, Informe de la CIDH sobre la Condición de la Mujer en las Américas.

33 CIDH, Raquel Martín de Mejía contra Perú, Informe No. 5/96, caso 10.970, Informe Anual de la CIDH 1995, OEA/Ser.L/V/II.91, doc. 7, rev. del 28 de febrero de 1996, pp. 199 y 200.

34 CIDH, Relatoría sobre los Derechos de la Mujer, OEA/Ser.L/V/II.100, Doc. 17 del 13 de octubre de 1998, Informe de la CIDH sobre la Condición de la Mujer en las Américas.

cia Militar (PGJM) en septiembre de 1994, y que ésta decidió finalmente archivar el expediente ante la falta de comparecencia de las mismas a declarar y a someterse a pericias ginecológicas.³⁵

La CIDH, al señalar que los abusos cometidos por los agentes del Estado mexicano contra la integridad física, psíquica y moral de las tres hermanas tzeltales constituían tortura, indicó que:

La violación sexual cometida por miembros de las fuerzas de seguridad de un Estado contra integrantes de la población civil constituye en todos los casos una grave violación de los derechos humanos protegidos en los artículos 5 y 11 de la Convención Americana, así como de normas de derecho internacional humanitario. En efecto, en su veredicto final del Caso *Celebici*, la Corte Penal para la Antigua Yugoslavia (ICTY, por sus siglas en inglés) sostuvo expresamente que “no cabe duda de que la violación y otras formas de ataque sexual están expresamente prohibidas bajo el derecho internacional.” Por su parte, la Relatora Especial de las Naciones Unidas sobre violencia contra la mujer explica que la agresión sexual en el marco de un conflicto armado “a menudo se considera y practica como medio para humillar al adversario” y que “las violaciones en la guerra también han servido para aterrorizar a las poblaciones e inducir a los civiles a huir de sus hogares y aldeas”. Agrega que las consecuencias de la violencia sexual “son devastadoras para las víctimas desde el punto de vista físico, emocional y psicológico.”³⁶

Igualmente, en el presente caso la CIDH determinó que los hechos establecidos constituían una violación de la vida privada de las cuatro mujeres y de su familia, así como un ataque ilegal a su honra y reputación³⁷ (véase el Capítulo XV, y el Capítulo XVII, numeral 8.1.3.2).

Informe
Comisión
Interamericana
de Derechos
Humanos

CIDH, Ana, Beatriz y Celia González Pérez contra México, Informe No. 53/01, caso 11.565, Informe Anual de la CIDH de 2000, OEA/Ser./L/V/II.111, doc. 20, rev. del 16 abril de 2001, párr. 2.	35
Caso No. IT-96-21-T, sentencia de 16 de noviembre de 1998, párr. 476.	*
Naciones Unidas, Informe presentado por la Sra. Radhika Coomaraswamy, Relatora Especial sobre la violencia contra la mujer, con inclusión de sus causas y consecuencias, de conformidad con la resolución No. 44 de 1997 de la Comisión de Derechos Humanos, E/CN.4/1998/54, 26 de enero de 1998, párrs. 13 y 14.	**
CIDH, Ana, Beatriz y Celia González Pérez contra México, Informe No. 53/01, caso 11.565, Informe Anual de la CIDH de 2000, OEA/Ser./L/V/II.111, doc. 20, rev. del 16 abril de 2001, párrafo 45.	36
Ibid., párr. 52.	37

5.2. Tratos o penas crueles, inhumanos o degradantes

En relación con el Comité de Derechos Humanos, cabe señalar que no existe una jurisprudencia uniforme que permita determinar una clara diferenciación entre tortura o tratos o penas crueles, inhumanos o degradantes. Sin embargo, el Comité ha señalado reiteradamente que: “las distinciones dependen de la índole, el propósito y la severidad del trato aplicado.”³⁸

En el sistema interamericano de protección de los derechos humanos, la Corte Interamericana tampoco ha desarrollado una distinción clara al respecto. Sin embargo, las sentencias que hasta la fecha ha dictado este tribunal, por haber sometido a individuos a tratos crueles, inhumanos o degradantes, pueden dividirse en dos tipos: a) las que se refieren al tratamiento infligido a personas privadas de libertad; b) las que se refieren a la desaparición forzada de personas (véase el Capítulo VII).

5.2.1. Personas privadas de la libertad

En relación con los casos examinados por la Corte Interamericana relativos a personas privadas de libertad, en una de sus sentencias este Tribunal señaló:

La Corte Europea de Derechos Humanos ha manifestado que, aún en la ausencia de lesiones, los sufrimientos en el plano físico y moral, acompañados de turbaciones psíquicas durante los interrogatorios, pueden ser considerados como tratos inhumanos. El carácter degradante se expresa en un sentimiento de miedo, ansia e inferioridad con el fin de humillar, degradar y de romper la resistencia física y moral de la víctima (cf. Case of Ireland v. the United Kingdom, Judgment of 18 January 1978, Series A No. 25. párr. 167). Dicha situación es agravada por la vulnerabilidad de una persona ilegalmente detenida (cf. Case Ribitsch v. Austria, Judgment of 4 December 1995, Series A no. 336, párr. 36). Todo uso de la fuerza que no sea estrictamente necesario por el propio comportamiento de la persona detenida constituye un atentado a la dignidad humana (cf. Ibíd., párr. 38) en violación del artículo 5 de la Convención Americana. Las necesidades de la investi-

gación y las dificultades innegables del combate al terrorismo no deben acarrear restricciones a la protección de la integridad física de la persona.³⁹

En este caso concreto, esta Corte concluyó que:

(...) la incomunicación durante la detención, la exhibición pública con un traje infamante a través de medios de comunicación, el aislamiento en celda reducida, sin ventilación ni luz natural, los golpes y otros malos tratos como el ahogamiento, la intimidación por amenazas de otros actos violentos, las restricciones al régimen de visitas (supra párr. 46 e), d) e), k) y l)), constituyen formas de tratos crueles, inhumanos o degradantes en el sentido del artículo 5.2. de la Convención Americana.⁴⁰

Respecto a las medidas de aislamiento prolongado e incomunicación a las que pueden verse sometidas las personas privadas de libertad, la Corte Interamericana ha reiterado en numerosas sentencias que:

Desde sus primeras sentencias, esta Corte ha establecido que 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 integridad psíquica y moral de la persona y del derecho de todo detenido al respeto debido a la dignidad inherente al ser humano.⁴¹

(...)

Esta incomunicación produce en el detenido sufrimientos morales y perturbaciones psíquicas, lo coloca en una situación de particular vulnerabilidad y acrecienta el riesgo de agresión y arbitrariedad en los centros de detención. Por todo ello, la Corte ha afirmado que (...) la incomunicación debe de ser excepcional y (...) su uso durante la detención puede constituir un acto contrario a la dignidad humana.⁴²

Jurisprudencia
Corte Interamericana
de Derechos Humanos

Jurisprudencia
Corte Interamericana
de Derechos Humanos

Corte Interamericana, caso Loayza Tamayo, sentencia de 17 de septiembre de 1997, párr. 57.

Ibid., párr. 58.

Corte Interamericana, caso Cantoral Benavides, sentencia del 18 de agosto de 2000, párr. 83.

Corte Interamericana, caso Bámaca Velásquez, sentencia del 25 de noviembre de 2000, párr. 150; caso Suárez Rosero, sentencia de 12 de noviembre de 1997, párr. 90.

39
40
41
42

Concretamente, en la sentencia sobre el fondo del caso ecuatoriano Suárez Rosero, este Tribunal indicó que:

La sola constatación de que la víctima fue privada durante 36 días de toda comunicación con el mundo exterior [la Constitución Política de Ecuador dispone que ningún detenido puede ser incomunicado por más de 24 horas] y particularmente con su familia, le permite a la Corte concluir que el señor Suárez Rosero fue sometido a tratos crueles, inhumanos y degradantes, más aún cuando ha quedado demostrado que esta incomunicación fue arbitraria y realizada en contravención de la normativa interna del Ecuador. La víctima señaló ante la Corte los sufrimientos que le produjo verse impedido de la posibilidad de buscar un abogado y no poder ver o comunicarse con su familia. Agregó que, durante su incomunicación, fue mantenido en una celda húmeda y subterránea de aproximadamente 15 metros cuadrados con otros 16 reclusos, sin condiciones necesarias de higiene y se vio obligado a dormir sobre hojas de periódico y los golpes y amenazas a los que fue sometido durante su detención. Todos estos hechos confieren al tratamiento a que fue sometido el señor Suárez Rosero la característica de cruel, inhumano y degradante.⁴³

5.2.2. Desaparición forzada de personas

En los casos sobre desaparición forzada de personas conocidos por la Corte Interamericana, este tribunal ha concluido que esta práctica constituye en sí misma un trato cruel, inhumano o degradante, y es violatoria del artículo 5 de la Convención:

En primer lugar porque el solo hecho del aislamiento prolongado y de la incomunicación coactiva, representa un tratamiento cruel e inhumano que lesiona la integridad psíquica y moral de la persona y el derecho de todo detenido a un trato respetuoso de su dignidad, en contradicción con los párrafos 1 y 2 del citado artículo.⁴⁴

43 Corte Interamericana, caso Suárez Rosero, sentencia del 12 de noviembre de 1997, párr. 91.

44 Corte Interamericana, caso Velázquez Rodríguez, sentencia del 29 de julio de 1988, párrs. 159, 185 y 187; caso Godínez Cruz, sentencia del 20 de enero de 1989, párrs. 168, 195 y 197.

En el caso relativo a la desaparición forzada del señor Castillo Páez, en la sentencia sobre el fondo la Corte Interamericana concluyó por unanimidad que el Estado había violado el artículo 5 de la Convención Americana sin especificar si la conducta era constitutiva de tortura o de tratos crueles, inhumanos o degradantes, aunque pareciera tratarse de estos últimos:

La Corte da por probado con las declaraciones de los testigos presenciales, que el señor Castillo Páez, después de ser detenido por agentes de la Policía fue introducido en la maletera del vehículo oficial (supra, párrs. 43.d.). Lo anterior constituye una infracción al artículo 5 de la Convención que tutela la integridad personal, ya que, aún cuando no hubiesen existido otros maltratos físicos o de otra índole, esa acción por sí sola debe considerarse claramente contraria al respeto debido a la dignidad inherente al ser humano.⁴⁵

6 Obligación de non refoulement o de no extraditar, no expulsar, no devolver

Conforme al artículo 3 de la Convención contra la Tortura, los Estados Partes se comprometen a no expulsar, devolver o extraditar a una persona a otro Estado “cuando haya razones fundadas para creer que estaría en peligro de ser sometida a tortura”.

El párrafo final del artículo 13 de la Convención Interamericana contra la Tortura, añade que no se expulsará, devolverá o extraditará a una persona: “cuando haya presunción fundada de que corre peligro su vida, de que será sometida (...), a tratos crueles, inhumanos o degradantes o de que será juzgada por tribunales de excepción o ad hoc en el Estado requirente.”

Según el párrafo 2 del artículo 3 de la Convención contra la Tortura, “A los efectos de determinar si existen esas razones, las autoridades competentes tendrán en cuenta todas las consideraciones pertinentes, inclusive, cuando proceda, la existencia en el Estado de que se trate de un cuadro persistente de violaciones manifiestas, patentes o masivas de los derechos humanos”.

Con relación a los procesos de extradición, expulsión o devolución, el Comité señaló que, los Estados Partes: “no deben exponer a las personas al peligro de ser sometidas a torturas o a penas o tratos crueles, inhumanos o degradantes

Corte Interamericana, caso Castillo Páez, sentencia de 3 del noviembre de 1997, párrs. 66-67.

al regresar a otro país”, tras cualquiera de los anteriores procesos (obligación de *non refoulement*).⁴⁶

El Comité contra la Tortura, en su Observación General No. 1, relativa a la aplicación del artículo 3 en relación con el artículo 22 de la Convención, ha señalado que la prohibición de extraditar no solamente se refiere al Estado al que se extradita a la persona, sino que también “puede entenderse referida a cualquier Estado al cual se pueda a su vez expulsar, devolver o extraditar posteriormente al autor”.⁴⁷

En esta Observación, el Comité explica que la referencia a “un cuadro persistente de violaciones manifiestas, patentes o masivas de los derechos humanos”, contenida en el párrafo 2 del artículo 1 de la Convención, “sólo puede entenderse referido a las violaciones cometidas por un funcionario público u otra persona en el ejercicio de funciones públicas, a instigación suya, o con su consentimiento o aquiescencia”.⁴⁸

Respecto a la existencia de “razones fundadas para creer que estaría en peligro de ser sometida a tortura”, el Comité señaló que “el riesgo de tortura debe fundarse en razones que vayan más allá de la pura teoría o sospecha. De todos modos es necesario demostrar que el riesgo es muy probable”.⁴⁹

El Comité contra la Tortura debe determinar en los casos que le son sometidos, según se prevé en el párrafo 1 del artículo 3 de la Convención, si hay razones fundadas para creer que la persona estaría en peligro de ser sometida a tortura si se la devuelve al país de origen:

(...) Para hacerlo, el Comité debe tener en cuenta todas las consideraciones del caso, de conformidad con el párrafo 2 del artículo 3 de la Convención, inclusive la existencia de un cuadro persistente de violaciones manifiestas, patentes o masivas de los derechos humanos. Ahora bien, la finalidad del procedimiento es determinar si la interesada estaría personalmente en peligro de ser sometida a tortura en el país al que sería devuelta. Por consiguiente, la existencia de un cuadro persistente de violaciones manifiestas, patentes o masivas de los derechos humanos en un país no constituye de por sí una razón suficiente para determinar si una persona estará en peligro de ser sometida a tortura si

Decisión
Comité contra
la Tortura

46 Observación General No. 20, “La prohibición de la tortura o los tratos o penas crueles”, párr. 9.

47 Comité contra la Tortura, Observación General No. 1, “Principio de expulsión, devolución o extradición de personas ante el peligro de tortura”, párr. 2.

48 *Ibid.*, párr. 3.

49 *Ibid.*, párr. 5.

es devuelta a ese país; habrán de existir otras razones que indiquen que el interesado estaría personalmente en peligro. Del mismo modo, la ausencia de un cuadro persistente de violaciones manifiestas de los derechos humanos no significa que una persona no esté en peligro de ser sometida a tortura en la situación particular en que se encuentra.⁵⁰

En el sistema europeo de protección de los derechos humanos, desde su sentencia en el caso Soering⁵¹ (contra el Reino Unido), la Corte Europea ha desarrollado una jurisprudencia que considera que la decisión de un Estado Parte de la Convención Europea de extraditar a una persona a un país en el que existe un “riesgo real” de ser sometida a la pena de muerte, puede violar el artículo 3 (prohibición de ser sometido a tortura o tratos crueles, inhumanos o degradantes) de la mencionada Convención. La Corte Europea ha sostenido desde esta sentencia, que la obligación de no extraditar también se extiende a los casos en los que el fugitivo podría ser expuesto a tratos o penas crueles, inhumanos o degradantes en el Estado al que lo extraditan.⁵²

En el caso Soering, la Corte Europea indicó que el artículo 3 de la Convención no puede ser interpretado como una prohibición general de la pena de muerte, pero que la manera en la que es impuesta o ejecutada, las circunstancias personales del individuo condenado, la falta de proporcionalidad de la pena en relación con la gravedad del crimen cometido, así como las condiciones del detenido en espera de la ejecución, constituyen elementos para determinar si el tratamiento o castigo recibido por un condenado se encuentra dentro de la prohibición establecida en el artículo 3.⁵³

Como conclusión, y dadas las circunstancias concretas del caso, la Corte indicó que si el Reino Unido decidía extraditar al joven Soering a Estados Unidos, sería considerado responsable por la violación del artículo 3 de la Convención, ya que el sometimiento de Soering al fenómeno del “corredor de la muerte” (tiempo que transcurre desde que se condena a muerte a una persona hasta que se la ejecuta) por parte del Estado al que se le extraditaría (Estados Unidos), implicaría someter a Soering a tratos o penas inhumanos o degradantes.

Comité contra la Tortura de las Naciones Unidas, caso A.S. c. Suecia, Comunicación 149/1999, decisión adoptada el 24 de noviembre de 200, CAT/C/25/D/149/1999, párr. 8.3.	50
Corte Europea, Soering, judgement of 7 July 1989, Series A, No. 161.	51
Comité contra la Tortura, Observación General No. 1, “Principio de expulsión devolución o extradición de personas ante el peligro de tortura”, párr. 88.	52
Ibid., párr. 104.	53

7. Obligación del Estado de investigar las violaciones de este derecho

En relación con las presuntas violaciones al derecho a la integridad personal, el Comité contra la Tortura ha señalado que, con arreglo al artículo 12 de la Convención contra la Tortura:

(...), las autoridades tienen la obligación de iniciar una investigación ex officio, siempre que haya motivos razonables para creer que actos de tortura o malos tratos han sido cometidos, sin que tenga mayor relevancia el origen de la sospecha. El artículo 12 requiere igualmente que la investigación sea pronta e imparcial. Con respecto a la prontitud, el Comité observa que la misma es esencial, tanto para evitar que la víctima pueda continuar siendo sometida a los actos mencionados como por el hecho de que, salvo que produzcan efectos permanentes y graves, en general, por los métodos empleados para su aplicación, las huellas físicas de la tortura y, con mayor razón, de los tratos crueles, inhumanos o degradantes, desaparecen en corto plazo.⁵⁴

Asimismo, el Comité contra la Tortura, en ciertos casos, ha analizado la tarea investigativa a la luz del Conjunto de Principios para la Protección de todas las Personas Sometidas a Cualquier Forma de Detención o Prisión:

En este sentido, el Comité observa que el juez de instrucción disponía de otros mecanismos de investigación importantes y comúnmente utilizados en estos casos, pero a los que no ha recurrido:

- En primer lugar, sin perjuicio de las declaraciones de los testigos citados y teniendo en cuenta la relatividad de las declaraciones testimoniales de las personas, el juez habría podido verificar en los registros de los lugares de detención indicados si existían o no rastros del ingreso de F. B. en el período señalado. Cabe destacar en este sentido que con arreglo al principio 12 del Conjunto de Principios para la Protección de todas las Personas Sometidas a Cualquier Forma de Detención o Prisión, de 9 de diciembre de 1988. El principio 12 establece:

“1. Se harán constar debidamente: a) Las razones del arresto; b) La hora del arresto de la persona y la hora de su traslado al lugar de

Decisión
Comité contra
la Tortura

Decisión
Comité contra
la Tortura

54

Comité contra la Tortura, caso Encarnación Blanco Abad contra España, comunicación 59/1996, decisión adoptada el 14 de mayo de 1998, CAT/C/20/D/59/1996 de 14 de mayo del 1998, párr. 8.2.

custodia, así como la hora de su primera comparecencia ante el juez u otra autoridad; e) La identidad de los funcionarios encargados de hacer cumplir la ley que hayan intervenido; d) Información precisa acerca del lugar de custodia. 2. La constancia de esas actuaciones será puesta en conocimiento de la persona detenida o de su abogado, si lo tiene, en la forma prescrita por la ley”, así como el artículo 13 bis del Código de Procedimiento Penal tunecino. En sus comentarios a las conclusiones y recomendaciones del Comité al término del examen del segundo informe periódico de Túnez, el Gobierno tunecino indicó: “Todos los servicios responsables de los lugares de detención están obligados a llevar un registro foliado especial donde figuran las identidades de las personas detenidas, con indicación del día y la hora del inicio y del término de la detención (artículo 13 bis del Código de Procedimiento Penal)” [A/54/44, párr. 81], debe dejarse constancia de todas las personas detenidas.

- Además, el juez habría podido tratar de identificar a los funcionarios acusados, escucharlos y confrontarlos con los testigos citados y con el demandante.

- Por último, al existir contradicciones importantes entre las conclusiones de los médicos forenses sobre las causas de algunas lesiones sufridas por la víctima, el Comité considera que habría sido oportuno disponer la exhumación del cuerpo para asegurar, por lo menos, si la víctima había sufrido fracturas a nivel de la pelvis (hipótesis del accidente) o si no las había sufrido (hipótesis de la introducción de un objeto extraño en el ano) y ello, en la medida de lo posible, en presencia de expertos no nacionales, en particular los que se pronunciaron en este asunto.⁵⁵

Cabe agregar que además de este deber de investigar y sancionar, el Estado debe cumplir con los deberes de prevención y reparación (véase el Capítulo III) de las violaciones a este derecho.

En materia de prevención, la Asamblea General de las Naciones Unidas, mediante resolución 57/199 del 18 de diciembre de 2002 aprobó un Protocolo Facultativo a la Convención contra la Tortura, dicho Protocolo crea el Subcomi-

Comité contra la Tortura de las Naciones Unidas, caso Faisal Baraket contra Tunisia, Comunicación 60/1996, Decisión adoptada el 10 de noviembre de 1999, CAT/C/23/D/60/1996, párr. 11.9.

té para la prevención de la tortura y otros tratos o penas crueles, inhumanos o degradantes. Dicho Comité será integrado por diez expertos elegidos por los Estados Partes para un mandato de cuatro años; establecerá su propio reglamento y se reunirá en las ocasiones que éste determine; visitará los lugares de los Estados Partes en que se encuentren personas privadas de la libertad, con el fin de prevenir la tortura, y hará las recomendaciones respectivas; prestará cooperación y asistencia técnica a los mecanismos nacionales de prevención de la tortura; y cada Estado Parte mantendrá, designará o creará, uno o varios mecanismos nacionales independientes para la prevención de la tortura a nivel nacional.

Tipología de las violaciones

Se presentan violaciones del derecho a la integridad personal cuando:

- a) Se inflijan a una persona dolores, penas o sufrimientos, ya sean físicos o mentales como:
 - La intimidación y la coacción, incluidas las amenazas creíbles a la integridad física de la víctima o de un tercero, así como las amenazas de muerte.
 - La violación sexual.
 - Otros actos de violencia sexual.
 - El secuestro y la desaparición forzada de personas.
 - La destrucción de bienes.
 - Los experimentos científicos o médicos injustificados.
 - Los castigos corporales.
 - El uso excesivo de la fuerza en la aplicación de la ley.
 - La aplicación de la pena de muerte.
 - La discriminación racial.

- b) Se someta a las personas privadas de la libertad a cualquiera de las siguientes conductas
 - A un régimen de privación sensorial
 - Se le prohíba la comunicación de manera injustificada e indefinida.
 - El hacinamiento, la falta de alimentos y agua, la falta de atención médica, la falta de elementos básicos para la higiene femenina, la reclusión en régimen de aislamiento durante periodos prolongados de tiempo.

Estos dolores, penas o sufrimientos, ya sean físicos o mentales, pueden ser perpetrados por:

- a) Funcionarios públicos u otra persona en ejercicio de funciones públicas cuando ordenen, cometan directamente o no impidan tales actos, pudiendo hacerlo.
- b) Cualquier otra persona que actúe a instigación o inducida por un funcionario público u otra persona en ejercicio de funciones públicas.
- c) Cualquier persona o grupo de personas que actúe con el consentimiento, tolerancia o aquiescencia de uno o más funcionarios públicos o personas en ejercicio de funciones públicas.
- d) Cualquier particular, conforme al artículo 165 del Código Penal (ley 599 de 2000).¹

En los supuestos b) y c), los responsables de la violación serán los funcionarios o empleados en ejercicio de funciones públicas que hayan instigado o inducido tales actos, o cuando hayan prestado su consentimiento, tolerancia o aquiescencia para la ejecución de los mismos.

No se considera que existe tortura cuando:

- a) Los dolores o sufrimientos sean consecuencia únicamente de sanciones legítimas, o sean inherentes o incidentales a éstas.
- b) En los actos privados de brutalidad, no existan indicios de responsabilidad del Estado por su relación con los autores.

1 La expresión original que incluía esta norma: “que perteneciendo a un grupo armado al margen de la ley” fue declarada inexecutable por la Corte Constitucional mediante sentencia C-317 de mayo 2 de 2002, M. P. Clara Inés Vargas Hernández.

1. Introducción

El derecho a la libertad y seguridad personales se encuentra reconocido, principalmente, en la Declaración Universal de los Derechos Humanos (arts. 1, 3, 4 y 9), en la Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre (arts. I y XXV), en el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos (PIDCP) (arts. 9, 11 y 14), en la Convención Americana sobre Derechos Humanos (Convención Americana) (art. 7), y en la Constitución Política de Colombia (CP) (art. 28).

El artículo 9.1 del PIDCP¹ establece que: “Todo individuo tiene derecho a la libertad y seguridad personales”, repitiendo las palabras del artículo 3 de la Declaración Universal (que incluye “vida” antes de “libertad”). Igualmente, el artículo 7 de la Convención Americana² repite exactamente el reconocimiento de este derecho. Según el artículo 28 de la CP: “Toda persona es libre”.

A menudo el término “libertad” es invocado en relación con conceptos mucho más amplios que los cubiertos por los anteriores artículos. Sin embargo, las privaciones de la libertad a las que se refieren estos preceptos son privaciones de libertad “física”, es decir, protegen la libertad del individuo frente a posibles detenciones o arrestos arbitrarios o ilegales.

El derecho a la libertad y seguridad personales no es un derecho absoluto. Es decir, tanto el PIDCP como la Convención Americana y, en derecho interno, la CP, establecen que la privación de la libertad se podrá realizar únicamente conforme a las causas fijadas por la ley. Por este motivo, una vez que estos instrumentos reconocen el derecho a la libertad y seguridad personales, establecen una serie de reglas de procedimiento para asegurar que el individuo privado de su libertad goce de ciertas garantías procesales con el fin de evitar que se produzcan detenciones o arrestos arbitrarios o ilegales.

1 El Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos (PIDCP) entró en vigor en Colombia el 23 de marzo de 1976, en virtud de la Ley 74 de 1968.

2 La Convención Americana sobre Derechos Humanos (en adelante Convención Americana) entró en vigor en Colombia el 18 de julio de 1978, en virtud de la Ley 16 de 1972.

Al respecto, la Corte Constitucional ha manifestado que: “el derecho a la libertad, si bien ocupa junto con el derecho a la vida un lugar de privilegio en el orden de los principios y garantías individuales, no tiene un carácter absoluto e ilimitado”. Siguiendo lo dicho por la Corte:

Los derechos fundamentales, no obstante su consagración constitucional y su importancia, no son absolutos y, por tanto, necesariamente deben armonizarse entre sí y con los demás bienes y valores protegidos por la Carta, pues, de lo contrario, ausente esa indispensable relativización, la convivencia social y la vida institucional no serían posibles.³

La Corte Constitucional ha observado que el hecho de que los preceptos citados consagren la protección del derecho a la libertad como un objetivo supremo y, al mismo tiempo, permitan su restricción a partir de fundamentos legales preconcebidos, hace concluir que “la definición previa de los motivos que pueden dar lugar a la privación de la libertad es una expresión del principio de legalidad, con arreglo al cual es el legislador, mediante la ley, el llamado a señalar las hipótesis en que tal privación es jurídicamente viable”.⁴

Así mismo, agregó:

Claro está, tratándose del derecho fundamental de la libertad, aplicando el artículo 94 de la Constitución Política, el alcance de su garantía constitucional debe interpretarse a la luz de los tratados internacionales sobre derechos humanos ratificados por Colombia, los cuales conciben la detención preventiva como una excepción, es decir como un instrumento al cual únicamente puede apelarse en los casos previstos por la ley y dentro de sus rigurosos límites, sin perjuicio de las garantías que aseguren la comparecencia del sindicado al pertinente juicio y su disponibilidad para la ejecución del fallo, tal como se ha subrayado en esta sentencia.⁵

El artículo 3° del Código de Procedimiento Penal contempla la libertad como una norma rectora, en los siguientes términos:

3 Corte Constitucional, sentencia C-578 de 1995, M. P. Eduardo Cifuentes Muñoz.

4 Corte Constitucional, sentencia C-327 de 1997, M. P. Fabio Morón Díaz.

5 Corte Constitucional, sentencia C-634 de 2000, M. P. Vladimiro Naranjo Mesa.

Art. 3° Libertad. Toda persona tiene derecho a que se respete su libertad. Nadie puede ser molestado en su persona o familia, ni privado de su libertad, ni su domicilio registrado, sino en virtud de mandamiento escrito de autoridad judicial competente, emitido con las formalidades legales y por motivos previamente definidos en la ley.

La detención preventiva, en los términos regulados en este código, estará sujeta a la necesidad de asegurar la comparecencia al proceso del sindicado, la preservación de la prueba y la protección de la comunidad.

Cabe destacar que el derecho a la libertad y seguridad personales, a diferencia de otros derechos, es susceptible de suspensión en “situaciones excepcionales que pongan en peligro la vida de la nación y cuya existencia haya sido proclamada oficialmente”, con base en el artículo 4.1 del PIDCP y en el artículo 27 de la Convención Americana. Sin embargo, el derecho al hábeas corpus y las garantías judiciales no puede suspenderse ni en tiempo de guerra ni en tiempo de paz (véase el Capítulo I, numeral 6).

Este derecho se encuentra íntimamente relacionado con los derechos a la vida y a la integridad personal no susceptibles de derogación, ya que el Estado es el garante de los anteriores derechos respecto de las personas privadas de libertad:

En los términos del artículo 5.2 de la Convención [Americana] toda persona privada de libertad tiene derecho a vivir en condiciones de detención compatibles con su dignidad personal y el Estado debe garantizarle el derecho a la vida y a la integridad personal. En consecuencia, el Estado, como responsable de los establecimientos de detención, es el garante de estos derechos de los detenidos.⁶

El Comité de Derechos Humanos se ha referido a la necesidad de interpretar, por ejemplo, la legitimidad de las restricciones para proteger la seguridad nacional en relación con “la democracia pluralista, los principios democráticos y los derechos humanos” los cuales, a su vez, no deben verse restringidos por estas medidas.⁷

Artículo 3.
Código de
Procedimiento
Penal

Jurisprudencia
Corte Interamericana
de Derechos Humanos

Corte Interamericana de Derechos Humanos (en adelante Corte Interamericana), caso Neira Alegría y otros, sentencia del 19 de enero de 1995, párr. 60. 6

Comité de Derechos Humanos, caso Albert Womah Mokong v. Camerún, comunicación No. 458/1991, vol. II, p. 26. 7

Respecto de aquellos casos en que la privación de la libertad se practique por razones de seguridad pública, el Comité de Derechos Humanos ha indicado que:

(...) ésta debe regirse por las mismas disposiciones, es decir, no debe ser arbitraria, debe obedecer a las causas fijadas por la ley y efectuarse con arreglo al procedimiento establecido en la ley (párr. 1), debe informarse a la persona de las razones de la detención (párr. 2) y debe ponerse a su disposición el derecho a recurrir ante un tribunal (párr. 4), así como a exigir una reparación en caso de que haya habido quebrantamiento del derecho (párr. 5). Si, por añadidura, en dichos casos se formulan acusaciones penales, debe otorgarse la plena protección establecida en los párrafos 2 y 3 del artículo 9, así como en el artículo 14.⁸

2. La privación de la libertad debe realizarse conforme a las causas fijadas por la ley, con arreglo al procedimiento establecido en ésta y por mandato de autoridad competente (art. 9.1 PIDCP y arts. 7.2 y 7.3 de la Convención Americana)

El Comité de Derechos Humanos, en su Observación General No. 8 de 1982, relativa a la interpretación del artículo 9 del Pacto, señaló que el numeral 1° de este artículo es aplicable “a todas las formas de privación de libertad, ya sea como consecuencia de un delito o de otras razones, como por ejemplo las enfermedades mentales, la vagancia, la toxicomanía, las finalidades docentes, el control de la inmigración, etc.”.⁹

La importancia de que las privaciones de la libertad se realicen conforme a las leyes se debe, según la Corte Interamericana de Derechos Humanos (en adelante Corte Interamericana), a que: “una persona ilegalmente detenida se encuentra en una situación de agravada vulnerabilidad, de la cual surge un riesgo cierto de que se le vulneren otros derechos, como el derecho a la integridad física y a ser tratada con dignidad.”¹⁰

Por ejemplo, en el caso Castillo Páez, la Corte Interamericana consideró que Perú violó el artículo 7.2 de la Convención Americana, ya que:

8 Comité de Derechos Humanos, Observación General No. 8, “El derecho a la libertad y a la seguridad personal”, párr. 4.

9 Artículo 9.1 del PIDCP: “Todo individuo tiene el derecho a la libertad y a la seguridad personales. Nadie podrá ser privado de su libertad, salvo por las causas fijadas por la ley y con arreglo al procedimiento establecido en ésta.”

10 Corte Interamericana, caso Bámaca Velázquez, sentencia del 25 de noviembre de 2000, párr. 150.

(...) En primer término, está demostrado que la víctima fue detenida por personal de la Policía Nacional del Perú sin que mediaran las causas y condiciones establecidas por la Constitución Política de 12 de julio de 1979 que estaba en vigor en la época en que se produjo la detención, ya que dicha ley fundamental disponía que sólo se podía privar de la libertad a una persona por mandamiento escrito y motivado de autoridad judicial, lo que no ocurrió en el caso. No se demostró y tampoco se alegó por el Estado, que la aprehensión del señor Castillo Páez se hubiese producido al haber sido sorprendido *in fraganti* en la comisión de un delito o que estuviese vigente en ese momento un estado de emergencia, circunstancias que hubiesen podido justificar la detención de la víctima por agentes policiales, sin intervención judicial. Lo anterior tiene fundamento en los artículos 7, incisos 2 y 3, de la Convención Americana y 20, inciso 20, letra g), de la Carta Política.¹¹

Respecto a la diferencia entre los numerales 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) y 3 (Nadie puede ser sometido a detención o encarcelamientos arbitrarios) del artículo 7 de la Convención Americana, este Tribunal ha sostenido que:

(...) según el primero de tales supuestos normativos, nadie puede verse privado de la libertad sino por las causas, casos o circunstancias expresamente tipificados en la ley (aspecto material), pero, además, con estricta sujeción a los procedimientos objetivamente definidos en la misma (aspecto formal). En el segundo supuesto, se está en presencia de una condición según la cual nadie puede ser sometido a detención o encarcelamiento por causas y métodos que –aún 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.¹²

Corte Interamericana, caso Castillo Páez, sentencia del 3 de noviembre de 1997, párr. 56.
Corte Interamericana, caso Bámaca Velázquez, sentencia del 25 de noviembre de 2000, párr. 139; caso Gangaram Pandy, sentencia del 21 de enero de 1994, párr. 47.

11
12

La Comisión de Derechos Humanos de las Naciones Unidas, al determinar el mandato del Grupo de Trabajo sobre Detenciones Arbitrarias, consideró que son arbitrarias las medidas de privación de la libertad que, por una u otra razón, sean contrarias a las disposiciones internacionales pertinentes establecidas en la Declaración Universal de los Derechos Humanos o en los instrumentos internacionales pertinentes ratificados por los Estados (resolución 1991/42, aclarada en la resolución 1997/50). Este Grupo de Trabajo ha establecido que la privación de la libertad es arbitraria cuando el caso está comprendido en una de las categorías siguientes:

a) cuando es evidentemente imposible invocar base legal alguna que justifique la privación de la libertad (como el mantenimiento de una persona en detención tras haber cumplido la pena o a pesar de que una ley de amnistía le sea aplicable) (categoría I);

b) cuando la privación de libertad resulta del ejercicio de derechos o libertades proclamados en los artículos 7, 13, 14, 18, 19, 20 y 21 de la Declaración Universal de Derechos Humanos y además, respecto de los Estados Partes, en los artículos 12 (derecho a circular libremente en el territorio y a establecer su residencia); 18 (derecho a la libertad de pensamiento, conciencia y religión); 19 (libertad de opinión); 20 (prohibición de propaganda a favor de la guerra); y 21 (derecho de reunión) (categoría II);

c) cuando la inobservancia, total o parcial, de las normas internacionales relativas al derecho a un juicio imparcial, establecidas en la Declaración Universal de Derechos Humanos, y en los instrumentos internacionales pertinentes aceptados por los Estados afectados, es de una gravedad tal que confiere a la privación de libertad carácter arbitrario (categoría III).

A fin de evaluar el carácter arbitrario, si lo hubiere, de los casos de privación de libertad de la categoría III, el Grupo de Trabajo tiene presentes, además de los principios generales establecidos en la Declaración Universal de Derechos Humanos, varios criterios tomados del Conjunto de Principios para la protección de todas las personas sometidas a cualquier forma de detención o prisión y, en lo que respecta a los Estados Partes en el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Po-

líticos, los criterios fijados en particular en los artículos 9 y 14 de dicho instrumento.¹³

La Comisión Interamericana de Derechos Humanos (CIDH) ha establecido que el término “arbitrario” es sinónimo de “irregular, abusivo, contrario a derecho”. Ha considerado arbitraria la detención administrativa de personas que ya han cumplido penas impuestas por sentencias judiciales o cuya libertad ha sido ordenada por un tribunal, y la imposición de medidas privativas de libertad por razones de seguridad.¹⁴

Por tanto, se podría afirmar que una detención es ilegal cuando no es realizada conforme a supuestos establecidos por el ordenamiento jurídico interno o cuando no se han respetado las garantías procedimentales establecidas en el artículo 9 del PIDCP (párrafos 2, 3, 4 y 5), del artículo 7 de la Convención Americana (numerales 4, 5 y 6) y de los artículos 28, 30 y 32 de la CP, los cuales señalan:

- Nadie puede ser detenido sino en virtud de mandamiento escrito de autoridad competente (art. 28 de la Constitución).
- Siempre y cuando este mandamiento escrito cumpla con las formalidades legales y por motivo previamente definido en la ley (art. 28 de la Constitución).

Excepción a lo anterior: en los casos en que una persona es detenida “preventivamente”, el control de la privación de la libertad se realiza dentro de las 36 horas siguientes a su captura (art. 28.2 de la CP). La captura en flagrancia (art. 32 de la CP) es regulada en los artículos 345 y siguientes del Código de Procedimiento Penal.

- 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 (art. 9.2 del PIDCP y 7.4 de la Convención Americana).
- La persona privada de libertad será puesta a disposición del juez competente dentro de las 36 horas siguientes, para que éste adopte la decisión correspondiente en el término que establezca la ley (art. 28 de la CP).
- “(...) la persona detenida tendrá derecho a ser juzgada dentro de un plazo razonable o a ser puesta en libertad” (art. 9.3 del PIDCP y 7.5 de la Convención Americana).

Naciones Unidas, Grupo de Trabajo sobre la detención arbitraria, Folleto Informativo No. 26, Ginebra, s.f., p. 6.
 Comisión Interamericana de Derechos Humanos (CIDH), “Informe sobre la situación de los Derechos Humanos en Argentina”, 1980, p. 153; “Informe sobre la situación de los Derechos Humanos en Cuba”, 1983, p. 236.

13
14

- Toda persona privada de libertad tendrá derecho a recurrir ante un tribunal, a fin de que éste decida a la mayor brevedad posible sobre la legalidad de su prisión y ordene su libertad si la prisión fuera ilegal (art. 9.4 del PIDCP, art. 7.6 de la Convención Americana y art. 30 de la CP).

A priori, una detención se puede considerar arbitraria cuando a pesar de que es realizada conforme a los supuestos establecidos en la ley nacional, estos supuestos son incompatibles con el respeto a los derechos fundamentales del individuo por ser irrazonables, imprevisibles o faltos de proporcionalidad. Por ejemplo, cuando una ley nacional justifica la privación de libertad de las personas indigentes por considerarlas a priori delincuentes, o cuando una ley justifica la privación de libertad de una persona por sus pensamientos religiosos, entre otros. En estos supuestos, aunque la normativa nacional justifique la privación de la libertad (y por tanto ésta se realice conforme a las normas jurídicas), la detención desde el punto de vista del derecho internacional de los derechos humanos (DIDH) se considera arbitraria.

2.1. Mandamiento de autoridad judicial competente

Con base en el artículo 28 de la CP, ninguna persona puede ser privada de la libertad “sino en virtud de mandamiento escrito de autoridad judicial competente, con las formalidades legales y por motivos previamente definidos por la ley”.

La Corte Constitucional ha expresado al respecto que:

(...) la opción de la libertad que llevó a consagrar el monopolio de las penas privativas de la libertad en cabeza de los jueces, se basa en el principio de la separación de poderes, propio del régimen democrático y republicano. Los jueces son frente a la administración y al propio legislador, los principales defensores de los derechos individuales. Por ello, su protección inmediata ha sido confiada a la rama judicial, como garantía de imparcialidad contra la arbitrariedad, impidiendo así que la autoridad acusadora acabe desempeñando el papel de juez y parte. Si la autoridad administrativa tuviere la potestad de imponer penas de arresto, sin intervención judicial que las autorice (CP, art. 28), la protección del derecho a la libertad personal confiada en esta última se tornaría innecesaria y carecería de efectividad para cumplir su come-

tido. El reconocimiento de los derechos fundamentales y su limitación y restricción en la práctica, suponen la intervención de una instancia imparcial, que mediante una decisión motivada, proporcional y razonada, concilie los valores e intereses en pugna, permitiendo la judicialización del conflicto social y evitando la exacerbación de la violencia mediante el uso exclusivo de la coacción (...)

El artículo 116 de la Constitución establece los organismos que administran justicia en Colombia. Y para efectos de la privación de libertad, esta facultad está restringida a la Sala Penal de la Corte Suprema de Justicia, a las Salas Penales de los Tribunales Superiores –incluido el Tribunal Militar, a los Jueces de la República en lo penal, a la Fiscalía General de la Nación y excepcionalmente al Senado cuando ejerce funciones de juzgamiento. Son entonces éstas las autoridades facultadas, por regla general, para expedir órdenes de allanamiento o de privación de la libertad.¹⁵

El artículo 350 del Código de Procedimiento Penal señala que la orden de captura debe ser dictada por un “funcionario judicial”, quien enviará copia a la dirección de fiscalía correspondiente, y a los organismos de policía judicial, para que se registren y almacenen los datos. A su vez, la dirección de fiscalía respectiva informará al sistema central que lleve la Fiscalía General de la Nación. A dichas autoridades les compete dar cumplimiento a la orden judicial, capturando a la persona requerida. De igual forma debe darse la comunicación cuando por cualquier motivo pierda su vigencia, para así descargarla de los archivos de cada organismo.

De conformidad con lo dispuesto en el artículo 351 del Código de Procedimiento Penal, una vez capturada la persona acusada de haber cometido un ilícito, mediante una orden escrita, deberá ser puesta inmediata y directamente a disposición del funcionario judicial que ordenó la aprehensión.

En cuanto a las funciones judiciales que esta ley otorga a los fiscales, la Corte Constitucional señaló que:

(...) durante la investigación, el Fiscal cumple una labor eminentemente judicial con todas las exigencias que de ellas se derivan en términos de imparcialidad. Está por lo tanto obligado a investigar tanto lo favorable como lo desfavorable al imputado y, en términos generales, a

Jurisprudencia
Corte Constitucional

Corte Constitucional, sentencia C-024 de 1994, M. P. Alejandro Martínez Caballero.

respetar en sus actuaciones los derechos fundamentales y las garantías procesales consagradas en la Constitución Política y en la ley penal.¹⁶

2.2. Excepciones a la captura realizada en virtud de mandamiento judicial

El artículo 28 de la CP es muy claro al consagrar el derecho de toda persona a no ser privada de la libertad sino en la forma y en los casos determinados en la ley, lo cual supone que tiene que existir una definición previa de los motivos que pueden dar lugar a la privación de libertad (principio de legalidad).

El derecho a la libertad personal ha sido analizado en diferentes fallos por la Corte Constitucional. Esta Corte ha sostenido que el artículo 28 de la Constitución a manera de cláusula general representa la máxima tutela y reconocimiento de la libertad [cuyo núcleo esencial está conformado por] la posibilidad y el ejercicio positivo de todas las acciones dirigidas a desarrollar las aptitudes y elecciones individuales que no pugnen con los derechos de los demás ni entrañen abuso de los principios [y comprende también] la proscripción de todo acto de coerción física o moral que interfiera o suprima la autonomía de la persona sustituyéndola, oprimiéndola o reduciéndola indebidamente.*

La norma constitucional mencionada también consagra el principio de reserva judicial en materia de derecho a la libertad personal, en virtud de la cual las restricciones al ejercicio de ese derecho únicamente pueden provenir de una autoridad que ejerza la función jurisdiccional.

Sin embargo, existen dos excepciones a este principio:

Una de ellas es regulada por el artículo 32 de la CP, que establece la posibilidad de privar de la libertad a una persona sin orden judicial en caso de flagrancia. En este supuesto, se autoriza la aprehensión por parte de cualquier persona (particular) y por la fuerza pública.¹⁷

Jurisprudencia
Corte Constitucional

16 Corte Constitucional, sentencia C-395 de 1994, M. P. Carlos Gaviria Díaz. Oficina en Colombia del Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Derechos Humanos (OACNUDH) y Defensoría del Pueblo, *Diagnóstico sobre el programa penal ordinario de la Defensoría Pública. Lineamientos para su reorientación*, Bogotá, 2002, p. 435.

* Corte Constitucional, sentencia C-301 de 1993, M. P. Eduardo Cifuentes Muñoz.

17 *Ibid.*, pp. 427 y 428.

La otra excepción ha surgido de la interpretación que hace la Corte Constitucional del inciso 2 del artículo 28 de la Constitución, al considerar que, en determinadas circunstancias y con ciertas formalidades, las autoridades no judiciales están habilitadas para aprehender materialmente a una persona hasta por 36 horas, sin contar con previa orden judicial. Este supuesto se denomina “captura administrativa o detención preventiva gubernativa”. Además, y como consecuencia de la reforma del artículo 250 de la Constitución Política,¹⁸ en diciembre de 2002: “La ley podrá facultar a la Fiscalía General de la Nación para realizar excepcionalmente capturas; igualmente, la ley fijará los límites y eventos en que proceda la captura. En estos casos el juez que cumpla con la función de control de garantías lo realizará a más tardar dentro de las treinta y seis (36) horas siguientes”.

De lo expuesto surge que la restricción de la libertad de una persona puede tener lugar por: 1) mandamiento escrito de autoridad judicial competente; 2) captura en flagrancia, y 3) captura administrativa o detención preventiva gubernativa.

2.2.1. Captura en flagrancia

Como se ha señalado, el artículo 32 de la Constitución permite la posibilidad de privar de la libertad a una persona sin orden judicial cuando concurra flagrancia. Por su parte, el artículo 345 del Código de Procedimiento Penal señala que:

Se entiende que hay flagrancia cuando: 1. La persona es sorprendida y aprehendida al momento de cometer una conducta punible; 2. La persona es identificada o individualizada al momento de cometer la conducta punible y aprehendida inmediatamente después por persecución o voces de auxilio de quien presencie el hecho; 3. Es sorprendida y capturada con objetos, instrumentos o huellas, de los cuales aparezca fundadamente que momentos antes ha cometido una conducta punible o participado en ella.

Para que haya flagrancia es necesario, según el criterio de la Corte Constitucional, que la persona sea sorprendida y capturada en el mo-

Doctrina
Inés Margarita
Uprimny Yepes

Reforma realizada por medio del Acto Legislativo 03 del 19 de diciembre de 2002, artículo 2°, *Diario Oficial*/No. 45.040 del 20 de diciembre de 2002.

mento de cometer el hecho punible, o que sea sorprendida y capturada con objetos, instrumentos o huellas, de las cuales se desprenda fundamentadamente que momentos antes ha cometido un hecho punible.*

De esta forma, la Corte Constitucional señala tres elementos para que se configure flagrancia:

1. *La identificación o por lo menos la individualización del autor del hecho*, que permita aproximarse al grado de certeza de que fue esa persona y no otra quien lo cometió. Por consiguiente, si no es posible al menos individualizar a la persona por sus características físicas, no se dará ese elemento y no se configurará flagrancia.
2. *Inmediatez o actualidad de los hechos delictivos*. Es decir, la presencia de las personas en el sitio y en el momento de la realización del hecho, percatándose de él. (...)
3. *Captura de la persona*. La persona que cometió el hecho punible debe ser capturada en el momento de la comisión del mismo o en momentos subsiguientes. Si una persona es vista cometiendo un hecho punible pero no es capturada en ese momento o en momentos inmediatamente subsiguientes, no se puede considerar en situación de flagrancia si su captura es posterior. En este caso sería necesaria una orden de captura.

Estas tres condiciones deben ser concurrentes. Si no se da alguna de las tres, no se configura la situación de flagrancia, y se necesitaría una orden judicial para que procediera la captura.¹⁹

Para la Corte Constitucional el requisito de la actualidad requiere que efectivamente las personas se encuentren en el sitio, y que puedan precisar si vieron, oyeron o se percataron de la situación, por su parte, la identificación lleva a la aproximación del grado de certeza de que fue esa persona y no otra quien realizó el hecho. Por tanto, si no es posible siquiera individualizar a la persona por sus características físicas –debido a que el hecho punible ocurrió en un lugar concurrido–, el asunto no puede ser considerado como cometido en flagrancia. Tampoco puede ser considerada flagrancia cuando la persona es reconocida al momento de cometer el delito pero es capturada mucho tiempo des-

* Corte Constitucional, sentencia C-024 de 1994, M. P. Alejandro Martínez.
 19 Inés Margarita Uprimny Yepes, *Límites de la fuerza pública en la persecución del delito*, Defensoría del Pueblo, Bogotá, 1998, pp. 42 y 43.

pués. En efecto, lo que justifica la excepción al principio constitucional de la reserva judicial de la libertad en los casos de flagrancia es la inmediatez de los hechos delictivos y la premura que debe tener la respuesta que hace imposible la obtención previa de la orden judicial.²⁰

La persona capturada en flagrancia debe ser puesta inmediatamente a disposición del fiscal o juez competente para que se inicie la investigación penal correspondiente. Cuando por razón de la distancia entre el lugar de la captura y la residencia de la autoridad competente no fuera posible entregar en el acto al capturado, no se podrá prolongar la captura más allá de lo estrictamente necesario para el traslado inmediato al lugar donde se encuentre la autoridad competente, sin que este tiempo sea superior a las 36 horas autorizadas por la Constitución. (...)

El capturado deberá ser entregado al funcionario competente con un informe escrito en el cual se especifique la razón de la captura y se anoten claramente las circunstancias de tiempo, modo y lugar en las cuales se produjo la misma.²¹

2.2.2. La captura administrativa o detención preventiva gubernativa

La jurisprudencia de la Corte Constitucional “(...) establece la posibilidad de que en determinadas circunstancias y con ciertas formalidades, autoridades no judiciales aprehendan materialmente a una persona sin previa orden judicial”,²² sobre la base del artículo 28.2 de la Constitución.

Respecto de la captura administrativa o detención preventiva gubernativa, la Corte Constitucional ha señalado que:

La propia constitución establece sin embargo dos excepciones al anterior régimen constitucional de estricta reserva judicial de la libertad personal y la inviolabilidad del domicilio.

Doctrina
Inés Margarita
Uprimny Yepes

Jurisprudencia
Corte Constitucional

Corte Constitucional, sentencia C-024 de 1994, M. P. Alejandro Martínez Caballero. 20
Inés Margarita Uprimny Yepes, ob. cit., pp. 43 y 44. 21
Ibíd., p. 45 22

De un lado, el inciso segundo del artículo 28 transcrito en el numeral anterior establece una excepción al principio de la estricta reserva judicial de la libertad, puesto que consagra la atribución constitucional administrativa para detener preventivamente a una persona hasta por 36 horas. Este inciso establece que la “persona detenida preventivamente será puesta a disposición del juez competente dentro de las treinta y seis horas siguientes para que éste adopte la decisión correspondiente en el término que establezca la ley”. Esta norma consagra entonces una facultad para que, en determinadas circunstancias y con ciertas formalidades, autoridades no judiciales aprehendan materialmente a una persona sin contar con previa orden judicial. No de otra manera se entiende la obligación constitucional de que la persona detenida preventivamente sea puesta a disposición del juez, puesto que ello significa que la autoridad judicial no ordena la detención con anterioridad sino que verifica la legalidad de la aprehensión con posterioridad a la ocurrencia de la misma. Es entonces un caso en donde la propia Constitución establece una excepción al principio general de la estricta reserva judicial y consagra la posibilidad de una aprehensión sin previa orden de autoridad judicial. Y no se puede considerar que esta norma se refiere únicamente al caso de la flagrancia, puesto que tal evento es regulado por otra disposición constitucional. Consagró entonces el constituyente una más amplia facultad de detención administrativa, lo cual no contradice sino que armoniza plenamente con los tratados internacionales de derechos humanos suscritos por Colombia, de conformidad con los cuales se interpretan los derechos y deberes consagrados por la Constitución (CP, art. 93). En efecto, los tratados consagran una protección judicial de la libertad, en virtud de la cual la legitimidad de toda privación de la libertad debe ser controlada por una autoridad judicial independiente. Pero el control puede ser posterior a la aprehensión, puesto que las normas internacionales no establecen que toda privación de la libertad deba ser efecto de una orden judicial, sino que consagran que la persona detenida a causa de una infracción penal deberá ser llevada sin demora ante un juez, y que podrá recurrir ante un tribunal a fin de que éste decida a la brevedad posible sobre la legalidad de su prisión y ordene su libertad si la prisión fuera ilegal (Pacto de derechos civiles y políticos, artículos 9-3 y 9-4; Convención Americana artículos 7-5 y 7-6).²³

La Corte señala que esta aprehensión procede únicamente para la verificación de ciertos hechos y que el control judicial de la legitimidad de esta retención será posterior a la aprehensión material de la persona.

Las características de la detención preventiva son:

1. La detención preventiva gubernativa debe basarse en “razones objetivas, en motivos fundados”. La Corte define estos “motivos fundados” como el “conjunto articulado de hechos que permiten inferir de manera objetiva que la persona que va a ser aprehendida es probablemente autora de una infracción o partícipe de ella. Por consiguiente la mera sospecha o la simple convicción del agente policial no constituye motivo fundado”.*
2. La detención preventiva debe ser necesaria, lo cual significa que este tipo de detención sólo se aplica para situaciones de apremio en las cuales no puede exigirse orden judicial, porque si se esperase a obtenerla, probablemente ya resultaría ineficaz. Este tipo de detención se aplica a casos en los cuales debe procederse con urgencia ya que la demora implicaría un peligro inminente. Se procede a la detención preventiva cuando es la única alternativa.
3. El objeto de la detención preventiva gubernativa es verificar de manera breve los hechos relacionados con los motivos fundados de la aprehensión o con la identidad de la persona para constatar si las autoridades judiciales deben adelantar la investigación.
4. Se cumple bajo estrictas limitaciones temporales. Esta detención no puede prolongarse por más de 36 horas. Sólo se puede retener a la persona por el tiempo estrictamente necesario para la verificación de los hechos.
5. La detención será proporcional a la gravedad del hecho. Las autoridades policiales deben utilizar todos los medios técnicos disponibles para reducir al mínimo el número y la duración de las aprehensiones materiales.
6. El recurso de Hábeas Corpus se aplica plenamente como garantía del control de legalidad de la aprehensión.
7. Estas detenciones no pueden traducirse en una violación del principio de igualdad de los ciudadanos. Por consiguiente, no pueden ser discriminatorias.

Corte Constitucional, sentencia C-024 de 1994, p. 41.

*

8. La persona detenida preventivamente debe ser tratada con humanidad y con el respeto debido a la dignidad que le es inherente. Se le debe además informar sobre las razones de la detención y sobre sus derechos constitucionales y legales.

9. Las detenciones preventivas tienen reserva legal, es decir, la definición de las formalidades, motivos y eventos que debe reunir toda detención preventiva corresponde al Congreso.

La Corte consagra también la llamada “cláusula de exclusión” que consiste en que las pruebas obtenidas con base en allanamientos o detenciones arbitrarias podrán ser excluidas de los procesos por las autoridades judiciales. Esta cláusula es aplicable a todos los casos y no solamente a los de detenciones preventivas gubernativas, ya que se podrían desconocer derechos como la libertad personal y la inviolabilidad del domicilio para obtener pruebas.

Finalmente, la Corte estableció que “es esencial que estos procedimientos policiales se efectúen dentro del estricto respeto de los derechos humanos. De ello depende no sólo la seguridad ciudadana y la legitimidad de la acción de las autoridades sino incluso la propia eficacia de la investigación y sanción de los delitos”.^{* 24}

Sin embargo, y según lo manifestado por la Corte Constitucional

(...) es necesario no confundir esta posibilidad de detención preventiva administrativa con dos fenómenos que parecen similares pero que son diversos. De un lado, la detención preventiva consagrada en el artículo 28 superior no puede confundirse con la detención preventiva o prisión provisional decretada por el funcionario judicial, una vez que el detenido pasa a su disposición. En efecto, mientras que la segunda se efectúa por un funcionario judicial, como medida de aseguramiento, dentro de un proceso judicial contra una persona contra quien obran indicios de su responsabilidad por la comisión de un hecho punible, la otra es una medida administrativa con estrictas limitaciones temporales que se autoriza a tomar debido a la urgencia de los hechos y por fuera del proceso penal en sentido estricto.²⁵

* Ibid.

24 Véase Inés Margarita Uprimny, ob. cit., pp. 45-47.

25 Corte Constitucional, sentencia C-024 de 1994, M. P. Alejandro Martínez Caballero.

Conviene señalar que tanto cuando la captura se efectúe en flagrancia, como cuando se trate de una captura administrativa, se deben respetar las garantías contenidas en los artículos 9 del PIDCP y 7 de la Convención Americana, que se detallan a continuación.

3 El derecho del detenido a ser informado inmediatamente de los motivos de la detención y el derecho a ser informado sin demora de los cargos que se le imputan (arts. 9.2 del PIDCP y 7.4 Convención Americana)

El Comité de Derechos Humanos, en su Observación General No. 8 de 1982, relativa a la interpretación del artículo 9 del Pacto, señaló que la parte del párrafo 2 de este artículo: “toda persona detenida será notificada sin demora, de la acusación formulada contra ella”, es aplicable solamente “a las personas contra las cuales se hayan formulado acusaciones penales”.²⁶

Sin embargo, toda persona tiene el derecho a ser informada “en el momento de la detención de las razones de la misma”, sobre la base de la parte primera del artículo 9.2 del PIDCP.

En el sistema europeo de protección de los derechos humanos, la Comisión Europea señaló que el derecho que tiene una persona a que se le informe en el momento de su detención de las razones de la misma, no requiere que se le dé toda la información del proceso, lo cual sí es imperativo cuando existe una acusación formulada en su contra.²⁷

El artículo 349 del Código de Procedimiento Penal contempla como derecho del capturado lo siguiente:

Art. 349.- Derechos del capturado. A toda persona capturada se le hará saber en forma inmediata y se dejará constancia escrita:

- 1. Sobre los motivos de la captura y el funcionario que la ordenó.**
- 2. El derecho a entrevistarse inmediatamente con un defensor.**
- 3. El derecho a indicar la persona a quien se le deba comunicar su aprehensión. El funcionario responsable del capturado inmediatamente procederá a comunicar sobre la retención a la persona que éste indique.**
- 4. El derecho a no ser incomunicado. (Véase el Capítulo VIII, numeral 3.2.1.)**

Artículo 349.
Código de
Procedimiento
Penal

Comité de Derechos Humanos, Observación General No. 8, “El derecho a la libertad y a la seguridad personal”, párr. 1.
Comisión Europea de Derechos Humanos, No. 347/57, Dec. 2.9.59, Yearbook 2, p. 412 (462).

26
27

4 El derecho de toda persona detenida a comparecer sin demora ante un juez u otro funcionario autorizado por la ley para ejercer funciones judiciales, y a ser juzgada en un plazo razonable o a ser puesta en libertad (art. 9.3 PIDCP y 7.5 de la Convención Americana)

El artículo 9.3 del PIDCP establece:

Toda persona detenida o presa a causa de una infracción penal será 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. La prisión preventiva de las personas que hayan de ser juzgadas no debe ser la regla general, pero su libertad podrá estar subordinada a garantías que aseguren la comparecencia del acusado en el acto del juicio, o en cualquier otro momento de las diligencias procesales y, en su caso, para la ejecución del fallo.

En su Observación General No. 8 de 1982, el Comité de Derechos Humanos señaló que todo el párrafo 3 del artículo 9 se aplica únicamente “a las personas contra las cuales se hayan formulado acusaciones penales”.²⁸

La Corte Interamericana ha indicado respecto de las garantías establecidas en el artículo 7 de la Convención Americana que:

Tanto este Tribunal como la Corte Europea han considerado de particular importancia el pronto control judicial de las detenciones para prevenir las arbitrariedades. Un individuo que ha sido privado de su libertad sin ningún tipo de control judicial debe ser liberado o puesto inmediatamente a disposición de un juez, pues el cometido esencial del artículo 7 de la Convención es la protección de la libertad del individuo contra la interferencia del Estado. La Corte Europea ha sostenido que si bien el vocablo “inmediatamente” debe ser interpretado de conformidad con las características especiales de cada caso, ninguna situación, por grave que sea, otorga a las autoridades la potestad de prolongar indebidamente el periodo de detención sin afectar el artículo 5.3 de la Convención Europea. Dicho Tribunal destacó que la falta de reconoci-

Artículo 9.3.
Pacto Internacional
de Derechos Civiles
y Políticos

Jurisprudencia
Corte Interamericana
de Derechos Humanos

28 Comité de Derechos Humanos, Observación General No. 8, “El derecho a la libertad y a la seguridad personal”, párr. 1.

miento de la detención de un individuo es una completa negación de las garantías que deben ser otorgadas y una más grave violación del artículo en cuestión.

En el mismo sentido, este Tribunal ha señalado que al proteger la libertad personal, se está salvaguardando tanto la protección de la libertad física de los individuos como la seguridad personal, en un contexto en el que la ausencia de garantías puede resultar en la subversión de la regla de derecho y en la privación a los detenidos de las formas mínimas de protección legal.²⁹

La mencionada Corte encontró al Estado de Ecuador responsable en el caso Suárez Rosero (1997), ya que:

(...) el Estado no cumplió con su obligación de hacer comparecer al señor Suárez Rosero ante una autoridad judicial competente, como lo requiere el artículo 7.5 de la Convención, pues según los alegatos del peticionario –no desvirtuados por el Estado ante la Comisión– el señor Suárez Rosero nunca compareció personalmente ante tal autoridad para ser informado sobre los cargos formulados en su contra.³⁰

Por su parte, el artículo 351 del Código de Procedimiento Penal consagra la remisión de la persona capturada y establece que:

El capturado mediante orden escrita será puesto inmediata y directamente a disposición del funcionario judicial que ordenó la aprehensión.

Si no es posible, se pondrá a su disposición en el establecimiento de reclusión del lugar y el director le informará inmediatamente o en la primera hora hábil siguiente, por el medio de comunicación más ágil, dejando las constancias a que haya lugar.

El artículo 353 del mismo código respecto a la libertad inmediata por captura o la prolongación ilegal de privación de la libertad, establece que:

Jurisprudencia
Corte Interamericana
de Derechos Humanos

Artículo 351.
Código de
Procedimiento Penal

Corte Interamericana, caso Bámaca Velázquez, sentencia del 25 de noviembre de 2000, párrs. 140-141.
Corte Interamericana, caso Suárez Rosero, sentencia del 12 de noviembre de 1997, párr. 53.

29
30

Cuando la captura se produzca o prolongue con violación de las garantías constitucionales o legales, el funcionario a cuya disposición se encuentre el capturado, ordenará inmediatamente su libertad.

Lo dispuesto en el inciso anterior también se aplicará cuando la persona sea aprehendida en flagrancia por conducta punible que exigiere querrela y ésta no se hubiere formulado.

La persona liberada deberá firmar un acta de compromiso en la que conste nombre, domicilio, lugar de trabajo y la obligación de concurrir ante la autoridad que la requiera.

Por su parte, el artículo 358 del mismo código se refiere a la “formalización” en aquellos casos cuando hayan vencido los términos para recibir indagatoria y para resolver la situación jurídica, en los cuales el director del establecimiento de reclusión donde se encuentre privado de la libertad el imputado, deberá reclamar inmediatamente al funcionario judicial la orden de libertad o de detención. Si dentro de las doce (12) horas siguientes no llega la orden de detención, se debe poner en libertad al encarcelado si no existe orden de captura o detención proferida en otra actuación. Dispuesta la libertad, el director del establecimiento enviará informe inmediato al superior jerárquico del funcionario judicial, indicando claramente la circunstancia en que ella se produjo. Si el director de la cárcel, o quien haga sus veces, no procede de esa manera, incurrirá en la responsabilidad penal a que haya lugar.

4.1. La prisión preventiva

Tanto el PIDCP como la Convención Americana en sus artículos relativos al derecho a la libertad y seguridad personales (9.3 del PIDCP y 7.5 de la Convención), y en sus artículos relativos a garantías judiciales (art. 14.3 c) del PIDCP y 8.1 de la Convención) reconocen el derecho a ser juzgado en un plazo razonable. Sin embargo, esta referencia tiene un alcance distinto dado que el derecho de toda persona detenida a ser juzgada en un plazo razonable o ser puesta en libertad, indica que si una persona se encuentra en régimen de prisión preventiva tiene el derecho a que se le juzgue en un plazo más corto que cuando no es privada de libertad. En definitiva, la finalidad de estos artículos es asegurar que una persona detenida no pase un tiempo indefinido en prisión preventiva.

El Comité de Derechos Humanos, en su Observación General No. 8 ha señalado respecto a la prisión preventiva que ésta “debe ser excepcional y lo más breve posible.”³¹ Las reglas mínimas de las Naciones Unidas sobre las medidas no privativas de libertad (Reglas de Tokio), interpretan el contenido de dicho artículo al recomendar que sólo se recurra a la prisión preventiva cuando no puedan aplicarse medidas no privativas de libertad, como por ejemplo la libertad bajo fianza.

Igualmente el Comité de Derechos Humanos ha señalado que “(...) la detención antes del juicio no sólo debe ser legal sino también necesaria y razonable, según las circunstancias del caso”.³²

La duración total de la prisión preventiva abarca desde el momento en que una persona es detenida hasta que es juzgada en primera instancia. Respecto al derecho que tiene una persona a ser “juzgada” en un tiempo razonable ante un juez o tribunal, conforme a este artículo, se aplica el mismo estándar establecido en el artículo 6(1) de la Convención Europea (véase el Capítulo VIII).

Respecto de las personas acusadas de haber cometido algún delito, la Corte Interamericana ha sostenido que, con base en el artículo 8.2 de la Convención Americana (derecho a la presunción de inocencia que tiene toda persona acusada de un delito):

(...) se deriva la obligación estatal de no restringir la libertad del detenido más allá de los límites estrictamente necesarios para asegurar que no impedirá el desarrollo eficiente de las investigaciones y que no eludirá la acción de la justicia, pues la prisión preventiva es una medida cautelar, no punitiva. Este concepto está expresado en múltiples instrumentos del derecho internacional de los derechos humanos y, entre otros, en el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, que dispone que la prisión preventiva de las personas que hayan de ser juzgadas no debe ser la regla general (art. 9.3). En caso contrario se estaría cometiendo una injusticia al privar de libertad, por un plazo desproporcionado respecto de la pena que correspondería al delito imputado, a personas cuya responsabilidad criminal no ha sido establecida. Sería lo mismo que anticipar una pena a la sentencia, lo cual está en contra de principios generales del derecho universalmente reconocidos.³³

Jurisprudencia
Corte Interamericana
de Derechos Humanos

Comité de Derechos Humanos, Observación General No. 8, “El derecho a la libertad y a la seguridad personal”, párr. 3.	31
Comité de Derechos Humanos, caso Van Alphen v. The Netherlands, comunicación No. 305/1998, del 23 de julio de 1990.	32
Corte Interamericana, caso Suárez Rosero, sentencia del 12 de noviembre de 1997, párr. 77.	33

La Comisión Interamericana ha profundizado sobre el tema de la prisión preventiva; al respecto ha manifestado:

18. La Comisión considera que el plazo razonable para la prisión preventiva no puede ser establecido en abstracto, y por lo tanto el periodo de dos años establecido por el artículo 379.6 del Código de Procedimientos y en la Ley 24.390 no corresponde en forma literal a la garantía del artículo 7.5 de la Convención Americana. La duración de la prisión preventiva no puede ser considerada razonable en sí misma solamente porque así lo establece la ley. La Comisión coincide con la postura del Gobierno argentino en el sentido de que la razonabilidad debe estar fundada en la prudente apreciación judicial.

19. La determinación de la razonabilidad del plazo corresponde al juzgado que entiende en la causa. En principio, la autoridad judicial tiene la obligación de asegurarse de que la prisión preventiva de un acusado no exceda un plazo razonable. Para tal efecto, debe analizar todos los elementos relevantes a fin de determinar si existe una necesidad genuina de mantener la prisión preventiva, y manifestarlo claramente en sus decisiones referentes a la excarcelación del procesado. La efectividad de las garantías judiciales debe ser mayor a medida que transcurre el tiempo de duración de la prisión preventiva.

(...)

23. La Comisión ha desarrollado un análisis de dos aspectos para determinar si la prisión preventiva en un caso específico constituye una violación del derecho a la libertad personal y las garantías judiciales consagradas en la Convención Americana.

24. En primer lugar, las autoridades judiciales nacionales deben justificar la medida mencionada de acuerdo con alguno de los criterios establecidos por la Comisión, que serán analizados en el presente informe. En segundo lugar, cuando la Comisión decide que tal justificación existe, debe proceder a examinar si dichas autoridades han empleado la debida diligencia en las respectivas actuaciones, a fin de que la duración de la medida no resulte irrazonable.

(...)

A. Justificaciones

i. Presunción de que el acusado ha cometido un delito

(...)

26. La Comisión considera que la presunción de culpabilidad de una persona no sólo es un elemento importante, sino una condición “sine qua non” para continuar la medida restrictiva de la libertad (...)

27. No obstante, la sola sospecha resulta insuficiente para justificar la continuación de la privación de la libertad. Los magistrados actuantes deben producir otros elementos adicionales para otorgar validez a la detención luego de transcurrido un cierto tiempo.

ii. Peligro de fuga

28. La seriedad del delito y la eventual severidad de la pena son dos factores que deben tenerse en cuenta para evaluar la posibilidad de que el procesado intente fugarse para eludir la acción de la justicia. Sin embargo, tampoco resultan suficientes, luego de transcurrido cierto plazo, para justificar la continuación de la prisión preventiva. Además, debe tenerse en cuenta que el peligro de ocultamiento o fuga disminuye a medida que aumenta la duración de la detención, ya que este plazo será computado a efectos del cumplimiento de la pena aplicada en la sentencia.

29. La posibilidad de que el procesado eluda la acción de la justicia debe ser analizada considerando varios elementos, incluyendo los valores morales demostrados por la persona, su ocupación, bienes que posee, vínculos familiares y otros que le mantendrían en el país, además de una posible sentencia prolongada.

30. En consecuencia, si los magistrados que entienden en la causa no tienen la posibilidad de demostrar que existe suficiente evidencia de una eventual intención de fuga u ocultamiento, la prisión preventiva se vuelve injustificada.

31. Además, la Comisión observa que si ésta es la única razón para la continuación de esta medida restrictiva de la libertad, las autoridades judiciales pueden solicitar las medidas necesarias para asegurar que el acusado comparezca, tales como fianzas, o en casos extremos la prohibición de salida del país. En tales casos, la fianza puede fijarse a un nivel tal que la perspectiva de perderla sería un elemento disuasivo

suficiente para evitar que el procesado se fugue del país o eluda la acción de la justicia.

iii. Riesgo de comisión de nuevos delitos

32. Cuando las autoridades judiciales evalúan el peligro de reincidencia o comisión de nuevos delitos por parte del detenido, deben tener en cuenta la gravedad del crimen. Sin embargo, para justificar la prisión preventiva, el peligro de reiteración debe ser real y tener en cuenta la historia personal y la evaluación profesional de la personalidad y el carácter del acusado. Para tal efecto, resulta especialmente importante constatar, entre otros elementos, si el procesado ha sido anteriormente condenado por ofensas *similares, tanto en naturaleza como en gravedad*.

iv. Necesidad de investigar y posibilidad de colusión

33. La complejidad de un caso puede justificar la prisión preventiva. Especialmente, cuando se trata de un caso que requiere de interrogatorios difíciles de llevar a cabo, y donde el acusado ha impedido, demorado, o conspirado con otros que están siendo investigados en el curso normal del proceso judicial. Pero una vez que la investigación se ha efectuado, y que los interrogatorios han concluido, la necesidad de investigación por sí sola no puede justificar la continuación de la medida restrictiva de libertad.

34. La Comisión considera que no es legítimo invocar las “necesidades de la investigación” de manera general y abstracta para justificar la prisión preventiva. Dicha justificación debe fundamentarse en un peligro efectivo de que el proceso de investigación será impedido por la liberación del acusado.

v. Riesgo de presión sobre los testigos

35. El riesgo legítimo de que los testigos u otros sospechosos sean amenazados también constituye un fundamento válido para dictar la medida al inicio de la investigación. Pero cuando la investigación prosigue y dichas personas ya han sido interrogadas suficientemente, el peligro disminuye y deja de ser válida la justificación para mantener la prisión preventiva. Las autoridades judiciales deben demostrar igualmente que

existen fundados motivos para temer la intimidación de los testigos o sospechosos por parte del procesado.

vi. Preservación del orden público

36. La Comisión reconoce que en circunstancias muy excepcionales, la gravedad especial de un crimen y la reacción del público ante el mismo pueden justificar la prisión preventiva por un cierto periodo, por la amenaza de disturbios del orden público que la liberación del acusado podría ocasionar. Cabe enfatizar que para que constituya una justificación legítima, dicha amenaza debe seguir siendo efectiva mientras dure la medida de restricción de la libertad del procesado.

37. En todos los casos en que se invoque la preservación del orden público para mantener a una persona en prisión preventiva, el Estado tiene la obligación de probar en forma objetiva y concluyente que tal medida se justifica exclusivamente con base en esa causal.

B. Conducción del procedimiento

38. En los casos en que considere que las razones expuestas por las autoridades judiciales nacionales son suficientes y relevantes para justificar la continuación de la prisión preventiva, la Comisión debe proceder a analizar si tales autoridades han empleado la debida diligencia en la sustanciación del procedimiento, a fin de que la duración de tal medida no sea irrazonable.

39. A tal efecto, se transcribe lo expresado por la Comisión Europea de Derechos Humanos en el caso *Wemhoff*:

“En estas circunstancias, la Corte no podía concluir que se había verificado una violación de las obligaciones impuestas por el artículo 5.3, salvo que la duración de la detención provisional de *Wemhoff* (...) se hubiera debido a (a) la lentitud de la investigación (...) (b) el espacio de tiempo que transcurrió entre la clausura de la investigación y la acusación (...) o desde dicho momento hasta la apertura del juicio (...) o finalmente (c) a la duración del juicio. No puede dudarse que, aún cuando una persona acusada ha permanecido detenida razonablemente durante estos diversos periodos por motivos de interés público, puede registrarse una violación del artículo 5.3 si, por cualquier causa, el procedimiento continúa por un periodo considerable de tiempo.”

40. Teniendo en cuenta lo establecido por los artículos 7.5 y 8.2 de la Convención Americana, la Comisión Interamericana de Derechos Humanos considera que el acusado que se encuentra privado de su libertad tiene el derecho a que su caso reciba la debida prioridad y sea tramitado en forma expeditiva por las autoridades judiciales. Esto no debe constituir obstáculo alguno para que dichas autoridades, la acusación y la defensa cumplan con sus tareas de manera adecuada.

41. Por lo tanto, a fin de determinar si se ha empleado la debida diligencia por parte de las autoridades que llevan adelante la investigación, deben ser tenidas en cuenta la complejidad e implicancias del caso, sumadas a la conducta del acusado. También debe notarse que un acusado que se rehusa a cooperar con la investigación, o que utiliza los remedios procesales previstos en la ley, puede estar simplemente ejerciendo sus derechos.

42. Aún cuando se reunieran todos estos elementos, debe demostrarse que la conducta del detenido ha sido la causa fundamental de la demora en el procedimiento. Se menciona que la Corte Europea de Derechos Humanos sostuvo en *Toth* que aunque el caso era complejo y el peticionario apeló en diversas oportunidades, la prolongada duración de los trámites no podía atribuirse directamente a dicha causa. Por el contrario, la demora se habría debido a las reglas de procedimiento de las cortes austríacas, que tuvieron efecto suspensivo sobre las investigaciones en diversas oportunidades. La Corte Europea sostuvo que los procedimientos que ocasionaban el retraso de la liberación del acusado no eran compatibles con el derecho a la libertad garantizado por la Convención Europea en la materia.³⁴

Respecto de la prisión preventiva, la Corte Constitucional ha considerado que dicha medida, cuya naturaleza cautelar o preventiva no exige para su configuración de un juicio previo o de una sentencia condenatoria, busca cumplir con los fines y objetivos de la investigación penal que se materializan en la judicialización de los punibles tipificados en la ley, y en la comparecencia del imputado al proceso impidiendo que se evada de la acción de la justicia. Igualmente, ha entendido que, por su intermedio, se pretende también evitar que el delincuente continúe con el desarrollo de sus actividades ilícitas y con aquellas tendientes a ocultar, destruir, deformar o desvirtuar elementos probatorios que

son importantes para el cumplimiento de la función judicial y para el esclarecimiento de los hechos. Así lo manifestó al estudiar la norma procesal que consagra la figura:

La Corte Constitucional resalta que la norma constitucional del artículo 28 y las legales que desarrollan el instituto de las medidas de aseguramiento no implican posibilidad de abuso de la autoridad judicial competente, pues ésta, al tenor de la Carta, debe estar fundada en motivos previamente definidos en la ley. Tales motivos, según las normas acusadas, son los indicios graves de responsabilidad que existan en contra del sindicado.³⁵

En relación con la detención preventiva, el Código de Procedimiento Penal considera que la imposición de aseguramiento es procedente para garantizar la comparecencia del sindicado al proceso, la ejecución de la pena privativa de la libertad o impedir su fuga o la continuación de su actividad delictual, o las labores que emprenda para ocultar, destruir o deformar elementos probatorios importantes para la instrucción, o entorpecer la actividad probatoria.³⁶

5. El derecho de las personas privadas de libertad a que se respete su integridad y a recibir un trato humano

El Comité de Derechos Humanos, al interpretar el alcance del artículo 7 del PIDCP señaló que:

(...) el Estado Parte deberá proporcionar información detallada sobre las salvaguardias previstas para la protección especial de las personas especialmente vulnerables. Cabe señalar a este respecto que la supervisión sistemática de las reglas, instrucciones, métodos y prácticas de interrogatorio, así como de las disposiciones relativas a la custodia y al trato de las personas sometidas a cualquier forma de detención o prisión, constituye un medio eficaz de prevenir los casos de tortura y de malos tratos. Con el fin de garantizar la protección efectiva de los detenidos, deberán adoptarse las disposiciones necesarias para que los pre-

Jurisprudencia
Corte Constitucional

Observación General
Comité de Derechos
Humanos

Corte Constitucional, sentencia C-626 de 1998, M. P. Fabio Morón Díaz. 35
Artículo 355 del Código de Procedimiento Penal (Ley 60 de 2000). 36

sos sean mantenidos en lugares de detención oficialmente reconocidos, y para que sus nombres y lugares de detención, así como los nombres de las personas responsables de su detención, figuren en registros que estén a disposición de las personas interesadas, incluidos los parientes y amigos. Asimismo, deberá registrarse la hora y el lugar de todos los interrogatorios junto con los nombres de todos los presentes, y dicha información también deberá estar disponible a efectos de los procedimientos judiciales o administrativos. Deberán adoptarse asimismo disposiciones contra la detención en régimen de incomunicación. A este respecto, los Estados Partes, deberán velar por que en ningún lugar de detención haya material alguno que pueda utilizarse para infligir torturas o malos tratos. La protección del detenido requiere asimismo que se conceda un acceso rápido y periódico a los médicos y abogados y, bajo supervisión apropiada cuando la investigación así lo exija, a los miembros de su familia.³⁷

En relación con las personas privadas de libertad, la Corte Interamericana ha sostenido que:

Jurisprudencia
Corte Interamericana
de Derechos Humanos

En los términos del artículo 5.2 de la Convención [Americana] toda persona privada de libertad tiene derecho a vivir en condiciones de detención compatibles con su dignidad personal y el Estado debe garantizarle el derecho a la vida y a la integridad personal. En consecuencia, el Estado, como responsable de los establecimientos de detención, es el garante de estos derechos de los detenidos.³⁸

Observación General
Comité de Derechos
Humanos

El derecho de toda persona privada de libertad a recibir un trato humano o digno, se deriva del artículo 5.2 de la Convención Americana y del artículo 10.1 del PIDCP, que señalan: “Toda persona privada de libertad será tratada humanamente y con el respeto debido a la dignidad inherente al ser humano”.

El Comité de Derechos Humanos, al interpretar el alcance del artículo 10 del PIDCP, en su Observación General No. 21 señaló que el derecho de toda persona privada de libertad a ser tratada humanamente y

37 Observación General No. 20, “La prohibición de la tortura y los tratos o penas crueles”, párr. 11.

38 Corte Interamericana, caso Neira Alegría y otros, sentencia del 19 de enero de 1995, párr. 60.

con el respeto debido a la dignidad inherente al ser humano, “es aplicable a todas las personas privadas de libertad en virtud de las leyes y autoridad del Estado e internadas en prisiones, hospitales –en particular hospitales psiquiátricos– campos de detención, instituciones correccionales o en otras partes”. Este derecho es “una norma fundamental de aplicación universal”, y como tal establece mínimos, por lo que su aplicación no puede depender “de los recursos materiales disponibles en el Estado Parte”, y debe aplicarse sin distinción de ningún tipo.³⁹

Además, según el Comité, el artículo 10 del PIDCP impone a los Estados:

(...) una obligación positiva en favor de las personas especialmente vulnerables por su condición de personas privadas de libertad y complementa la prohibición de la tortura y otras penas o tratos crueles, inhumanos o degradantes prevista en el artículo 7 del Pacto. En consecuencia, las personas privadas de libertad no sólo no pueden ser sometidas a un trato incompatible con el artículo 7, incluidos los experimentos médicos o científicos, sino tampoco a penurias o a restricciones que no sean los que resulten de la privación de la libertad; debe garantizarse el respeto de la dignidad de estas personas en las mismas condiciones aplicables a las personas libres. Las personas privadas de libertad gozan de todos los derechos enunciados en el Pacto, sin perjuicio de las restricciones inevitables en condiciones de reclusión.⁴⁰

En relación con el aislamiento prolongado y la incomunicación a la que, en ciertos casos, se somete al detenido o privado de libertad, la Corte Interamericana ha afirmado reiteradamente, que: “(...) la incomunicación debe ser excepcional y (...) su uso durante la detención puede constituir un acto contrario a la dignidad humana”.⁴¹

Observación General
Comité de Derechos
Humanos

Comité de Derechos Humanos, Observación General No. 21, “El trato humano de las personas privadas de su libertad”, párrs. 2 y 4. 39
Ibíd., párr. 3. 40
Corte Interamericana, caso Bámaca Velázquez, sentencia del 25 de noviembre de 2000, párr. 150; 41
caso Suárez Rosero, sentencia del 12 de noviembre de 1997, párr. 90.

5.1. Separación de los procesados de aquellos que han sido condenados

Tanto el artículo 5.4 de la Convención Americana como el 10.2.a) del PIDCP indican que: “Los procesados estarán separados de los condenados, salvo en circunstancias excepcionales, y serán sometidos a un tratamiento distinto, adecuado a su condición de personas no condenadas.”

En este sentido, el Comité de Derechos Humanos ha observado que: “Dicha separación es necesaria para recalcar su condición de personas no condenadas; que están también protegidas por la presunción de inocencia establecida en el párrafo 2 del artículo 14 del Pacto”.⁴² (Véase el Capítulo VIII, numeral 3.3.1.)

5.2. Menores de edad

Los artículos 10.2.b) y 10.3 del PIDCP, y 5.5 de la Convención Americana se refieren al tratamiento que debe dispensarse a los menores de edad. Es de imperativo común, según ambos instrumentos internacionales, que los menores procesados estén separados de los adultos y que sean llevados ante los tribunales especializados con la mayor celeridad posible para su enjuiciamiento. Además, deben ser sometidos a un tratamiento adecuado a su edad y condición jurídica.

En este sentido, el Comité de Derechos Humanos ha señalado que:

El apartado b) del párrafo 2 del artículo 10 dispone que los menores procesados estarán separados de los adultos (...). Por último, de conformidad con el párrafo 3 del artículo 10, los menores delincuentes deben estar separados de los adultos y sometidos a un tratamiento adecuado a su edad y condición jurídica en cuanto a las condiciones de detención, tales como horarios de trabajo más cortos y contacto con sus familiares a fin de favorecer su reeducación y su readaptación social. El artículo 10 no indica ningún límite de edad para los menores delincuentes. Aunque cada Estado Parte deberá decidir sobre este particular a la luz de las condiciones sociales y culturales pertinentes, el Comité opina que el párrafo 5 del artículo 6 sugiere que todos los menores de 18 años deberían ser tratados como menores, al menos en las cuestiones relativas a la justicia penal. Los Estados deberían proporcionar datos pertinentes sobre los grupos de edad

de las personas a las que se da tratamiento de menores. A este respecto, se invita a los Estados Partes a indicar si están aplicando las Reglas mínimas de las Naciones Unidas para la administración de la justicia de menores, denominadas Reglas de Beijing (1987).⁴³ (Véase el Capítulo XIV.)

5.3. La finalidad del régimen penitenciario: la reforma y la readaptación social

Tanto el artículo 10.3 del PIDCP como el artículo 5.6 de la Convención Americana, señalan que: “El régimen penitenciario consistirá en un tratamiento cuya finalidad esencial será la reforma y la readaptación social de los penados.”

A este respecto, el Comité de Derechos Humanos, en su Observación General No. 21, señaló que:

10. (...) Ningún sistema penitenciario debe estar orientado a solamente el castigo; esencialmente, debe tratar de lograr la reforma y la readaptación social del preso. Se invita a los Estados Partes a que especifiquen si disponen de un sistema de asistencia pospenitenciaria e informen sobre el éxito de éste.

11. En algunos casos, la información proporcionada por el Estado Parte no contiene referencias precisas a las disposiciones legislativas o administrativas ni a las medidas prácticas encaminadas a la rehabilitación de los condenados. El Comité desea ser informado con precisión de las medidas adoptadas para impartir enseñanza, educación y reeducación, orientación y formación profesionales y de los programas de trabajo para presos dentro de los establecimientos penitenciarios o fuera de ellos.

12. Para determinar si se respeta plenamente el principio establecido en el párrafo 3 del artículo 10, el Comité desea conocer las medidas concretas aplicadas durante la detención, por ejemplo, la individualización y clasificación de los condenados, el régimen disciplinario, el confinamiento solitario y la detención en régimen de alta seguridad, así como las condiciones de comunicación de los condenados con el mundo exterior (familiares, abogados, servicios médicos y sociales, organizaciones no gubernamentales).⁴⁴

Observación General
Comité de Derechos
Humanos

Ibíd., párr. 13. 43
Ibíd., párrs. 10 a 12. 44

5.4. Normas adicionales a tener en cuenta respecto de las personas privadas de libertad

- Las Reglas mínimas para el tratamiento de los reclusos (1957).⁴⁵
 - la separación de categorías (No. 8)
 - los locales destinados a los reclusos (Nos. 9 a 14)
 - la higiene personal (Nos. 15 y 16)
 - las ropas y cama (Nos. 17 a 19)
 - la alimentación (No. 20)
 - los ejercicios físicos (No. 21)
 - los servicios médicos (Nos. 22 a 26)
 - la disciplina y las sanciones (Nos. 27 a 32)
 - los medios de coerción (Nos. 33 y 34)
 - la información y el derecho de queja (Nos. 35 a 39)
 - la posibilidad de acceder a la lectura y practicar su religión (Nos. 40 a 42)
 - lo relativo a los objetos personales y a la notificación de enfermedades, defunciones y traslados (Nos. 43 y 44)
 - traslado (No. 45)
 - personal penitenciario e inspección (Nos. 46 a 55)

Asimismo, las reglas establecen distinciones en tanto se trate de:

- condenados (Nos. 56 a 81)
 - reclusos alienados y enfermos mentales (Nos. 82 y 83)
 - personas detenidas en prisión preventiva (Nos. 84 a 93)
 - sentenciados por deudas o a prisión civil (No. 94)
 - reclusos detenidos o encarcelados sin haber cargos en su contra (No. 95)
- El Conjunto de Principios para la protección de todas las personas sometidas a cualquier forma de detención o prisión.⁴⁶
 - Los Principios básicos para el tratamiento de los reclusos.⁴⁷

45 Aprobadas por el Consejo Económico y Social de las Naciones Unidas (Ecosoc) en sus resoluciones 663C (XXIV) del 31 de julio de 1957 y 2076 (LXII) del 13 de mayo de 1977.

46 Adoptados por la Asamblea General de las Naciones Unidas en su resolución 43/173, del 9 de diciembre de 1988.

47 Adoptados por la Asamblea General de las Naciones Unidas en su resolución 45/111, del 14 de diciembre de 1990.

- El Código de conducta para funcionarios encargados de hacer cumplir la ley.⁴⁸
- Los Principios de ética médica aplicables a la función del personal de salud, especialmente los médicos, en la protección contra la tortura y otros tratos o penas crueles, inhumanos o degradantes de personas presas y detenidas.⁴⁹
- Las Reglas de las Naciones Unidas para la protección de los menores privados de libertad.⁵⁰
- Reglas Mínimas de las Naciones Unidas sobre las medidas no privativas de la libertad (Reglas de Tokio).⁵¹
- Reglas Mínimas de las Naciones Unidas para la administración de justicia de menores (Reglas de Beijing).⁵²

6 El derecho al hábeas corpus (art. 9.4 PIDCP y art. 7.6 Convención Americana)

El Comité de Derechos Humanos, en su Observación General No. 8 de 1982 relativa a la interpretación del artículo 9 del Pacto, señaló que el párrafo 4 del artículo 9 “(...) se aplica a todas las personas privadas de libertad por detención o por prisión. Además, los Estados Partes tienen, de conformidad con el párrafo 3 del artículo 2, la obligación de garantizar que se ofrezca un recurso efectivo en otros casos en que una persona alegue que ha sido privada de libertad en violación del Pacto.”⁵³ (Véase el Capítulo III, numeral 4.)

Tanto el artículo 9.4 del PIDCP, como el artículo 7.6 de la Convención Americana, y en su caso el artículo 5.4 de la Convención Europea pueden ser considerados como los homónimos del “derecho de hábeas corpus” establecido por el derecho anglosajón y que ha sido adoptado y adaptado a numerosos sistemas nacionales de derecho continental.

Según el artículo 9.4 del PIDCP: “Toda persona que sea privada de libertad en virtud de detención o prisión tendrá derecho a recurrir ante un tribunal, a fin de que éste decida a la brevedad posible sobre la legalidad de su prisión y

Adoptado por la Asamblea General de las Naciones Unidas en su resolución 34/169, del 17 de diciembre de 1979.	48
Adoptadas por la Asamblea General de las Naciones Unidas en su resolución 37/194, del 18 de diciembre de 1982.	49
Adoptadas por la Asamblea General de las Naciones Unidas en su resolución 45/113, del 14 de diciembre de 1990.	50
Adoptadas por la Asamblea General de las Naciones Unidas en su resolución 45/110, del 14 de diciembre de 1990.	51
Adoptadas por la Asamblea General de las Naciones Unidas en su resolución 40/33, del 29 de noviembre de 1985.	52
Comité de Derechos Humanos, Observación General No. 8, “El derecho a la libertad y a la seguridad personal”, párr. 1.	53

ordene su libertad si la prisión fuera ilegal”. Además, el artículo 7.6 de la Convención Americana establece que en los Estados Partes cuyas legislaciones nacionales establecen este derecho, “dicho recurso no podrá ser restringido ni abolido”, y que podrá interponerse por la misma persona privada de libertad o por otra persona.

Según la Corte Interamericana, la importancia de este derecho deriva del hecho de que:

El hábeas corpus representa, dentro de las garantías judiciales indispensables, el medio idóneo tanto para garantizar la libertad, controlar el respeto a la vida e integridad de la persona, e impedir su desaparición o la indeterminación de su lugar de detención, así como para proteger al individuo contra la tortura u otros tratos o penas crueles, inhumanos o degradantes.⁵⁴ (...) Ya que este recurso exige la presentación del detenido ante el juez o tribunal competente bajo cuya disposición queda la persona afectada.⁵⁵

A diferencia del resto de recursos, la Corte Interamericana ha señalado en numerosos casos que:

(...) la exhibición personal o hábeas corpus sería, normalmente, el adecuado para hallar a una persona presuntamente detenida por las autoridades, averiguar si lo está legalmente y, llegado el caso, lograr su libertad. Los otros recursos mencionados por el Gobierno o tienen simplemente el objeto de que se revise una decisión dentro de un proceso ya incoado (como los de apelación o casación) o están destinados a servir para otros propósitos (...).⁵⁶

Igualmente, este Tribunal ha sostenido en distintos casos que:

(...) el artículo 7.6 de la Convención Americana no se cumple con la sola existencia formal de los recursos que regula. Dichos recursos deben ser eficaces, pues su propósito, según el mismo artículo 7.6, es

Opinión Consultiva
Corte Interamericana
de Derechos Humanos

Jurisprudencia
Corte Interamericana
de Derechos Humanos

Jurisprudencia
Corte Interamericana
de Derechos Humanos

54 Corte Interamericana, caso *Bámaca Velázquez*, sentencia del 25 de noviembre de 2000, párr. 192; caso *Suárez Rosero*, sentencia del 12 de noviembre de 1997, párr. 63; Opinión Consultiva OC-8/87 del 30 de enero de 1987, párr. 35.

55 Opinión Consultiva OC-8/87 del 30 de enero de 1987, párr. 35; Corte Interamericana, caso *Suárez Rosero*, sentencia del 12 de noviembre de 1997, párr. 63.

56 Corte Interamericana, caso *Velázquez Rodríguez*, sentencia del 29 de julio de 1988, párr. 65; caso *Godínez Cruz*, párr. 68; caso *Fairén Garbí y Solís Corrales*, párr. 90; caso *Caballero Delgado y Santana*, excepciones preliminares, párr. 64.

obtener una decisión pronta “sobre la legalidad [del] arresto o [la] detención” y, en caso de que éstos fuesen ilegales, la obtención, también sin demora, de una orden de libertad. Asimismo, la Corte ha declarado que la inexistencia de un recurso efectivo contra las violaciones de los derechos reconocidos por la Convención constituye una transgresión de la misma por el Estado Parte en el cual semejante situación tenga lugar. En ese sentido debe subrayarse que, para que tal recurso exista, no basta con que esté previsto por la Constitución o la ley o con que sea formalmente admisible, sino que se requiere que sea realmente idóneo para establecer si se ha incurrido en una violación de los derechos humanos y proveer lo necesario para remediarla. No pueden considerarse efectivos aquellos recursos que, por las condiciones generales del país o incluso por las circunstancias particulares de un caso dado, resulten ilusorios. Ello puede ocurrir, por ejemplo, cuando su inutilidad haya quedado demostrada por la práctica; porque el Poder Judicial carezca de la independencia necesaria para decidir con imparcialidad o porque falten los medios para ejecutar sus decisiones.⁵⁷

Además, el recurso de hábeas corpus debe proteger efectivamente a las personas contra los actos que violen sus derechos fundamentales aún cuando tal violación sea cometida por personas que actúen en ejercicio de sus funciones oficiales (art. 25.1 de la Convención Americana).

La Corte ha señalado además que la disposición del artículo 25 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.

El artículo 25 se encuentra íntimamente ligado con la obligación general del artículo 1.1 de la Convención Americana, al atribuir funciones de protección al derecho interno de los Estados Partes. El hábeas corpus tiene como finalidad, no solamente garantizar la libertad y la integridad personales, sino también prevenir la desaparición o indeterminación del lugar de detención y, en última instancia, asegurar el derecho a la vida (caso Castillo Páez, supra, párr. 72, párrs. 82 y 83; caso Suárez Rosero, supra, párr. 71, párr. 65).⁵⁸

Jurisprudencia
Corte Interamericana
de Derechos Humanos

Corte Interamericana, caso Cesti Hurtado, sentencia del 29 de septiembre de 1999, párrs. 125 y 126; caso Suárez Rosero, sentencia del 12 de noviembre de 1997, párr. 63. 57

Corte Interamericana, caso Paniagua Morales y otros, sentencia de 8 de marzo de 1998, párr. 164. 58

Un ejemplo sobre la falta de efectividad del recurso de hábeas corpus se encuentra en el caso Paniagua Morales y otros. La Corte Interamericana, al declarar en este caso que el Estado de Guatemala violó el derecho de toda persona a interponer un recurso rápido y efectivo, reconocido en el artículo 25.1 de la Convención, señaló:

En efecto, el recurso de exhibición personal interpuesto a favor de la señora Paniagua Morales no tuvo ningún resultado, ya que a partir del momento en que fue detenida por agentes de la Guardia de Hacienda su paradero era desconocido y luego fue hallada sin vida. Ha quedado, por ende, demostrada la ineficacia de dicho recurso de hábeas corpus, que no protegió a la víctima de los actos que, en su contra, cometieron agentes del Estado.⁵⁹

En el mismo sentido que los instrumentos internacionales anteriores, el artículo 30 de la CP establece que: “Quien estuviere privado de su libertad, y creyere estarlo ilegalmente, tiene derecho a invocar ante cualquier autoridad judicial, en todo tiempo, por sí o por interpuesta persona, el Hábeas Corpus, el cual debe resolverse en el término de treinta y seis horas”.

Este derecho se encuentra incluido entre los señalados en el artículo 85 de la CP como de aplicación inmediata, lo que significa que no requiere de desarrollo legal ni de otro acto para efectos de su aplicación y garantía. Esto no obsta para que el legislador se haya preocupado por regularlo expresamente, en aras de darle claridad a su aplicación; el artículo 430 del anterior Código de Procedimiento Penal así lo consagraba:

El hábeas corpus es una acción pública que tutela la libertad personal cuando alguien es capturado con violación de las garantías constitucionales o legales, o se prolongue ilegalmente la privación de su libertad.

Las peticiones sobre libertad de quien se encuentra legalmente privado de ella deberán formularse dentro del respectivo proceso.

Posteriormente, con la Ley 600 de 2000, que expidió el nuevo Código de Procedimiento Penal, el legislador ordinario reguló el derecho fundamental de hábeas corpus, incluyendo aspectos tanto sustanciales como procedimentales, y

59 *Ibid.*, párr. 166.

en el artículo 382 se definió este instrumento con una transcripción literal del artículo citado que venía rigiendo.

Mediante sentencia C-620 de 2001, la Corte Constitucional declaró inexecutable esa disposición, junto con los artículos subsiguientes (383 al 389) que se encargan de regular la materia “agotando de esta manera totalmente el tema y tocando aspectos que comprometen la esencia misma del citado derecho fundamental, esto es, su núcleo esencial”, por considerarlos violatorios del literal a) del artículo 152 de la CP, según el cual los derechos y deberes fundamentales de las personas, así como los procedimientos y recursos para su protección, tienen que ser regulados por ley estatutaria, y no por ley ordinaria.

Adicionalmente, y en consideración al segundo inciso del artículo 382, la Corte consideró inconstitucional que la petición de hábeas corpus deba ser resuelta dentro del mismo proceso y, por consiguiente, por el mismo juez que dictó la medida, pues consideró que tal cosa

(...) infringe la Constitución, por no garantizar la autoridad judicial competente para resolverla con la imparcialidad debida. Cómo aceptar que quien dicta la medida de privación de la libertad pueda tener la objetividad e imparcialidad suficiente para decidir en forma eficaz y justa que ha sido el autor de la medida arbitraria e ilegal mediante la cual se ha privado de la libertad al peticionario del hábeas corpus, declaración que además, implica o deja al descubierto la comisión de una falta que puede acarrear sanciones disciplinarias o penales. Nada más contrario a los principios que rigen la administración de justicia.⁶⁰

Por tales razones, la Corte resolvió declarar la inexecutable diferida de los artículos 382 al 389 de la Ley 600 de 2000, a partir del 31 de diciembre de 2002, ordenando al Congreso de la República que expida una ley estatutaria sobre la materia antes de la fecha mencionada “pues si así no lo hace las disposiciones precitadas desaparecerán del ordenamiento positivo a partir de ese momento.”

En el proyecto de ley estatutaria No. 020 de 2002, presentado por el defensor del pueblo, Eduardo Cifuentes Muñoz, que pretende reglamentar la “acción constitucional y el derecho fundamental al hábeas corpus”, éste se define como una acción constitucional y a la vez un derecho fundamental, y se crean dos formas nuevas de hábeas corpus: uno preventivo, encaminado a conjurar

Jurisprudencia
Corte Constitucional

amenazas contra el derecho a la libertad personal, y otro correctivo, tendiente a evitar amenazas contra los derechos de personas detenidas.

En la labor de definir el alcance de esta garantía constitucional debe resaltarse la sentencia T-260 de 1999, en la que la Corte Constitucional estudió una acción de tutela interpuesta por un juez penal, en contra de los jueces que lo condenaron por prevaricato tras haber concedido una acción de hábeas corpus a dos presuntos responsables de homicidio, capturados en flagrancia y que se encontraban bajo detención preventiva, con el argumento de que el fiscal que les impuso la medida de aseguramiento había dejado vencer los términos para resolver la situación jurídica.

En esta ocasión, la Corte estipuló que el hábeas corpus es improcedente cuando se interpone por una persona que ha sido privada de la libertad en virtud de una providencia judicial, cuando ésta ya ha sido expedida. Para esto explicó que en la sentencia T-046 de 1993 se había establecido que:

Jurisprudencia
Corte Constitucional

(...) las medidas restrictivas del derecho a la libertad personal, proferidas con posterioridad a la solicitud de Hábeas Corpus, y encaminadas a legalizar la privación ilegal de la libertad, debían ser tenidas como inexistentes. En criterio de esta Corporación, la tardía “regulación” de una situación de privación indebida de la libertad por prolongación ilícita contra la cual se ha interpuesto el recurso de Hábeas Corpus, es inconstitucional.⁶¹

Sin embargo aclaró que en este caso la situación era diferente porque la acción de hábeas corpus se interpuso casi dos meses después de expedida la providencia judicial que ordenaba la detención de los sindicados y cuando ya habían sido resueltos los recursos de reposición y apelación contra dicha providencia. Posteriormente, se hizo referencia a la sentencia C-301 de 1993, en la que la misma Corte había estudiado la constitucionalidad del artículo 430 del Código de Procedimiento Penal⁶² (arriba transcrito), señalando lo siguiente:

Jurisprudencia
Corte Constitucional

(...) el Hábeas Corpus opera, especialmente, cuando se trata de solicitar la libertad de una persona que ha sido capturada, de manera arbitraria, por orden de una autoridad no judicial. Adicionalmente, la acción debe prosperar para garantizar la libertad de una persona que perma-

61 Corte Constitucional, sentencia T-260 de 1999, párr. 8.

62 El artículo 382 del vigente Código de Procedimiento Penal (declarado inexecutable a partir del 31 de diciembre de 2002), transcribe literalmente el artículo 430 del anterior Código de Procedimiento Penal.

necesaria detenida sin que exista orden judicial que ampare la retención. No obstante, en aquellos eventos regulados por el inciso segundo de la norma transcrita, en los cuales la privación de la libertad se encuentra fundada en una providencia judicial presuntamente válida, las solicitudes de libertad deben formularse dentro del proceso penal respectivo, mediante los recursos legales existentes.⁶³

Con fundamento en lo anterior, la Corte fijó los siguientes criterios:

En suma, según el derecho vigente, la garantía de la libertad personal puede ejercerse mediante la acción de Hábeas Corpus en alguno de los siguientes eventos: (1) siempre que la vulneración de la libertad se produzca por orden arbitraria de autoridad no judicial; (2) mientras la persona se encuentre ilegalmente privada de la libertad por vencimiento de los términos legales respectivos; (3) cuando, pese a existir una providencia judicial que ampara la limitación del derecho a la libertad personal, la solicitud de Hábeas Corpus se formuló durante el periodo de prolongación ilegal de la libertad, es decir, antes de proferida la decisión judicial; (4) si la providencia que ordena la detención es una auténtica vía de hecho judicial.⁶⁴

Además de los anteriores supuestos, y con base en la jurisprudencia de la Corte Interamericana, habría que añadir que el recurso de hábeas corpus debe proceder, igualmente, cuando la integridad o la vida de la persona detenida se encuentre amenazada.⁶⁵

6.1. La inderogabilidad del recurso de hábeas corpus en estados de emergencia

La Corte Interamericana, en sus Opiniones Consultivas OC-8/87 (El hábeas corpus bajo suspensión de garantías), y OC-9/87 (Garantías judiciales en estados de emergencias), así como en distintas sentencias, señaló que con base en la experiencia de desapariciones, torturas y asesinatos sufrida en distintos países del hemisferio americano,

Jurisprudencia
Corte Constitucional

Corte Constitucional, sentencia C-301 de 1993, M. P. Eduardo Cifuentes Muñoz. 63

Corte Constitucional, sentencia T-260 de 1999, M. P. Eduardo Cifuentes Muñoz. 64

Corte Interamericana, caso Bámaca Velázquez, sentencia del 25 de noviembre de 2000, párr. 192; caso Suárez Rosero, sentencia del 12 de noviembre de 1997, párr. 63; Opinión Consultiva No. 8 del 30 de enero de 1987, párr. 35. 65

(...) cometidos o tolerados por algunos gobiernos [se ha demostrado] una y otra vez que el derecho a la vida y a la integridad personal son amenazados cuando el hábeas corpus es parcial o totalmente suspendido. Como lo manifestó el Presidente de la Comisión en la audiencia sobre esta consulta, la Comisión está persuadida que, así como en el pasado reciente miles de desapariciones forzadas se hubieran evitado si el recurso de hábeas corpus hubiese sido efectivo y los jueces se hubieran empeñado en investigar la detención concurriendo personalmente a los lugares que se denunciaron como de detención (...).⁶⁶

Respecto a los derechos y las libertades que no son susceptibles de ser suspendidos temporalmente en condiciones de grave emergencia, la Corte Interamericana señaló en su Opinión Consultiva OC-8/87, que basándose en el artículo 27.2 de la Convención no pueden ser suspendidos una serie de derechos enumerados en este artículo,⁶⁷ así como “las garantías indispensables para la protección de tales derechos”.

28. La determinación de qué garantías judiciales son “indispensables” para la protección de los derechos que no pueden ser suspendidos, será distinta según los derechos afectados. Las garantías judiciales “indispensables” para asegurar los derechos relativos a la integridad de la persona necesariamente difieren de aquéllas que protegen, por ejemplo, el derecho al nombre, que tampoco se puede suspender.

29. A la luz de los señalamientos anteriores deben considerarse como indispensables, a los efectos del artículo 27.2, aquellos procedimientos judiciales que ordinariamente son idóneos para garantizar la plenitud del ejercicio de los derechos y libertades a que se refiere dicho artículo y cuya supresión o limitación pondría en peligro esa plenitud.

66 Corte Interamericana, “El hábeas corpus bajo suspensión de garantías” (arts. 27.2, 25.1 y 7.6 Convención Americana), Opinión Consultiva OC-8/87 del 30 de enero de 1987, párrs. 35-36; “Garantías judiciales en estados de emergencia” (arts. 27.2, 25 y 8 Convención Americana sobre Derechos Humanos), Opinión Consultiva OC-9/87 del 6 de octubre de 1987, párr. 31; caso Neira Alegria y otros, sentencia del 19 de enero de 1995, párr. 82; caso Suárez Rosero, párr. 63.

67 Derecho al reconocimiento de la personalidad jurídica; derecho a la vida; derecho a la integridad personal; prohibición de la esclavitud y servidumbre; principio de legalidad y retroactividad; libertad de conciencia y religión; protección de la familia; derecho al nombre; derechos del niño; derecho a la nacionalidad y derechos políticos.

30. Las garantías deben ser no sólo indispensables sino judiciales. Esta expresión no puede referirse sino a medios judiciales idóneos para la protección de tales derechos, lo cual implica la intervención de un órgano judicial independiente e imparcial, apto para determinar la legalidad de las actuaciones que se cumplan dentro del estado de excepción.⁶⁸

Respecto a si el hábeas corpus, además de ser considerado como una garantía judicial que protege derechos no susceptibles de suspensión, puede subsistir como medio para asegurar la libertad individual, aun bajo estados de excepción, la Corte Interamericana señaló que:

(...)

38. Si la suspensión de garantías no debe exceder, como lo ha subrayado la Corte, la medida de lo estrictamente necesario para atender a la emergencia, resulta también 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, aún dentro de la situación de excepcionalidad jurídica vigente.

39. La Corte debe destacar, igualmente, que si la suspensión de garantías no puede adoptarse legítimamente sin respetar las condiciones señaladas en el párrafo anterior, tampoco pueden apartarse de esos principios generales las medidas concretas que afecten los derechos o libertades suspendidos, como ocurriría si tales medidas violaran la legalidad excepcional de la emergencia, si se prolongaran más allá de sus límites temporales, si fueran manifiestamente irracionales, innecesarias o desproporcionadas, o si para adoptarlas se hubiere incurrido en desviación o abuso de poder.

40. Si esto es así es desde todo punto de vista procedente, dentro de 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

Opinión Consultiva
Corte Interamericana
de Derechos Humanos

Corte Interamericana, Opinión Consultiva OC-8/87 del 30 de enero de 1987, “El hábeas corpus bajo suspensión de garantías” (arts. 27.2, 25.1 y 7.6 Convención Americana), párrs. 28 a 30.

libertad personal, se adecua a los términos en que el estado de excepción la autoriza. Aquí el hábeas corpus adquiere una nueva dimensión fundamental.⁶⁹

Con base en los razonamientos anteriores, la Corte Interamericana concluyó que tanto el hábeas corpus como el procedimiento del amparo “son de aquellas garantías judiciales indispensables para la protección de varios derechos cuya suspensión está vedada por el artículo 27.2 y sirven, además, para preservar la legalidad en una sociedad democrática”.⁷⁰

Por tanto, “(...) aquellos ordenamientos constitucionales y legales de los Estados Partes que autoricen, explícita o implícitamente, la suspensión de los procedimientos de hábeas corpus o de amparo en situaciones de emergencia, deben considerarse incompatibles con las obligaciones internacionales que a esos Estados impone la Convención”.⁷¹

69 *Ibíd.*, párrs. 38 a 40.

70 *Ibíd.*, párr. 42.

71 *Ibíd.*, párr. 43.

Tipología de las violaciones

Detención arbitraria

Una privación de la libertad se considera arbitraria cuando:

- a) Se realiza conforme a una ley nacional, pero ésta es incompatible con el derecho internacional de los derechos humanos (DIDH).
- b) Se realiza como consecuencia del ejercicio del derecho: 1) a circular libremente en el territorio y a establecer su residencia; 2) a la libertad de pensamiento, conciencia y religión; 3) del derecho de reunión y del artículo 20 del PIDCP (prohibición de propaganda a favor de la guerra).
- c) La inobservancia, total o parcial, de las normas relativas al derecho a un juicio imparcial es de tal gravedad, que confiere a la privación de la libertad un carácter arbitrario (véase el Capítulo VIII).
- d) Se desvían las facultades de detención con fines impropios o en abuso de poder o mala fe; esto implica la utilización de la facultad de detención con fines distintos a los que la CP establece. Con base en la normativa constitucional, las privaciones de libertad únicamente pueden realizarse con base en un mandamiento judicial, en flagrancia, o sobre el desarrollo de la jurisprudencia de la Corte Constitucional del artículo 28.2 de la CP: cuando se trata de capturas administrativas, conforme a los requisitos establecidos para esta forma de aprehensión.

Detención ilegal

Una privación de la libertad se considera ilegal cuando:

- a) Se realiza sin fundamento en una norma jurídica.
- b) Se realiza con inobservancia de las garantías consagradas en los artículos 9 del PIDCP y 7 de la Convención Americana. Esta situación ocurre cuando:

- 1) A la persona no se le informa de las razones de la detención.
- 2) La persona privada de libertad no es puesta a disposición del juez o fiscal antes de 36 horas o es liberada.
- 3) No se justifica la prisión preventiva. Esta eventualidad se presenta porque:
 - la medida privativa de libertad únicamente se justifica en la sospecha de que esa persona ha cometido el delito que se le imputa;
 - disminuye el peligro de ocultamiento o fuga de la persona y se pueden utilizar otros medios como fianzas o la prohibición de la persona de salir del país con el anterior fin;
 - no existe el riesgo de que la persona cometa nuevos delitos;
 - de forma abstracta y general se invocan “necesidades de investigación”;
 - no existen motivos fundados de que la persona intimide a los testigos;
 - no se justifica en la preservación del orden público;
 - las autoridades no han empleado la debida diligencia en la investigación del caso o en la conducción del procedimiento.
- c) No se permite a la persona privada de libertad o a otras, interponer un recurso de hábeas corpus, o cuando este recurso no es idóneo.
- d) Se tipifica alguna de las siguientes conductas contempladas por el Código Penal (Capítulo IV, Título III):
 - Un servidor público abusando de sus funciones prive a otro de su libertad (art. 174).
 - Un servidor público prolongue ilícitamente la privación de la libertad de una persona (art. 175).

- Un servidor público, sin el cumplimiento de los requisitos legales, reciba a una persona para privarla de la libertad o mantenerla bajo medida de seguridad (art. 176).
- Un juez no tramite o no decida dentro de los términos legales una petición de hábeas corpus, o por cualquier otro medio obstaculice su tramitación (art. 177).

El derecho a no ser desaparecido

Jurisprudencia
Corte Interamericana
de Derechos Humanos

1. Introducción

El Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos (PIDCP) y la Convención Americana sobre Derechos Humanos (en adelante Convención Americana) no contienen ninguna disposición que consagre expresamente el derecho a no ser desaparecido. Sin embargo, tanto para el Comité de Derechos Humanos como para la Corte Interamericana de Derechos Humanos (en adelante Corte Interamericana), la práctica de la desaparición forzada de personas viola numerosas disposiciones de los anteriores instrumentos internacionales.

La práctica de desapariciones, a más de violar directamente numerosas disposiciones de la Convención, (...), 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 (...).¹

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

Por tanto, la práctica de la desaparición forzada de personas, además de violar directamente numerosas disposiciones de instrumentos internacionales

Corte Interamericana de Derechos Humanos (en adelante Corte Interamericana), caso Velázquez Rodríguez, sentencia del 29 de julio de 1988, párr. 158; caso Godínez Cruz, sentencia del 20 de enero de 1989, párr. 166; caso Fairén Garbí y Solís Corrales, sentencia del 15 de marzo de 1989, párrs. 151-152; caso Blake, Excepciones Preliminares, sentencia del 2 de julio de 1996, párr. 35.

Corte Interamericana, caso Godínez Cruz, sentencia del 20 de enero de 1989, párr. 167.

1

2

sobre derechos humanos, viola el deber de respeto y garantía que asumen los Estados al ratificar estos instrumentos:

(...) el llevar a cabo acciones dirigidas a realizar desapariciones involuntarias, a tolerarlas, a no investigarlas de manera adecuada o a no sancionar, en su caso, a los responsables, genera la violación del deber de respetar los derechos reconocidos por la Convención y a garantizar su libre y pleno ejercicio (art. 1.1).³

En una desaparición se pueden violar, entre otros, los siguientes derechos:

- *El derecho a la vida*, ya que las personas desaparecidas pueden ser ejecutadas arbitrariamente o pueden morir en reclusión como consecuencia de los tratos crueles recibidos o de la falta de atención.
- *El derecho a la libertad y seguridad de la persona y sus derechos conexos*, tales como el derecho a no ser arbitrariamente detenido, a un juicio imparcial y al reconocimiento de su personalidad jurídica ante la ley.
- *El derecho a un régimen humano de detención* y a no ser sometido a torturas ni a penas o tratos crueles, inhumanos o degradantes.

Tal y como ha venido señalando la Corte Interamericana desde sus primeras sentencias sobre desaparición forzada de personas:

En la historia de la violación de los derechos humanos, las desapariciones no son una novedad. Pero su carácter sistemático y reiterado, su utilización como una técnica destinada a producir no sólo la desaparición misma, momentánea o permanente, de determinadas personas, sino también un estado generalizado de angustia, inseguridad y temor, ha sido relativamente reciente. Aunque esta práctica posee carácter más o menos universal, en América Latina ha presentado en los últimos años una excepcional intensidad. El fenómeno de las desapariciones constituye una forma compleja de violación de los derechos humanos que debe ser comprendida y encarada de una manera integral.⁴

3 Corte Interamericana, caso Velásquez Rodríguez, sentencia del 29 de julio de 1988, párrs. 159-181; caso Godínez Cruz, sentencia del 20 de enero de 1989, párrs. 168-191; caso Fairén Garbí y Solís Corrales, sentencia del 15 de marzo de 1989, párr. 152.

4 Corte Interamericana, caso Velásquez Rodríguez, sentencia del 29 de julio de 1988, párrs. 149 y 150; caso Godínez Cruz, sentencia del 20 de enero de 1989, párrs. 157 y 158.

La creación del Grupo de Trabajo sobre Desapariciones Forzadas o Involuntarias de la Comisión de Derechos Humanos de las Naciones Unidas, mediante resolución No. 20 (XXXVI) de 29 de febrero de 1980, constituye una actitud concreta de censura y repudio generalizados por una práctica que ya había sido objeto de atención en el ámbito universal por la Asamblea General,⁵ por el Consejo Económico y Social de las Naciones Unidas (Ecosoc)⁶ y por la Subcomisión de Prevención de Discriminaciones y Protección a las Minorías.⁷ Los informes de los relatores o enviados especiales de la Comisión de Derechos Humanos muestran la preocupación por el cese de esa práctica, por la aparición de las personas afectadas y por la aplicación de sanciones a los responsables.

En el ámbito regional americano, la Asamblea General de la Organización de los Estados Americanos (OEA) y la Comisión Interamericana de Derechos Humanos (CIDH) se han referido reiteradamente a la cuestión de las desapariciones para promover la investigación de tales situaciones, para calificarlas y para exigir que se les ponga fin.⁸

La Corte Constitucional por su parte sostuvo que:

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.

Jurisprudencia
Corte Constitucional

Resolución No. 33/173 de 20 de diciembre de 1978. 5

Resolución No. 38 del 10 de mayo de 1979. 6

Resolución No. 5 B (XXXII) del 5 de septiembre de 1979. 7

AG/RES. 443 (IX-0/79) del 31 de octubre de 1979; AG/RES. 510 (X-0/80) del 27 de noviembre de 1980; AG/RES. 618 (XII-0/82) del 20 de noviembre de 1982; AG/RES. 666 (XIII-0/83) del 18 de noviembre de 1983; AG/RES. 742 (XIV-0/84) del 17 de noviembre de 1984 y AG/RES. 890 (XVII-0/87) del 14 de noviembre de 1987; Comisión Interamericana de Derechos Humanos: Informe Anual, 1978, pp. 22-24a; Informe Anual, 1980-1981, pp. 113-114; Informe Anual, 1982-1983, pp. 49-51; Informe Anual, 1985-1986, pp. 40-42; Informe Anual, 1986-1987, pp. 299-306, y en muchos de sus informes especiales por países como OEA/Ser.L/V/II.49, doc. 19, 1980 (Argentina); OEA/Ser.L/V/II.66, doc. 17, 1985 (Chile) y OEA/Ser.L/V/II.66, doc. 16, 1985 (Guatemala). 8

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 presente que constituye un método de control político y social acompañado de impunidad y absoluta transgresión de las leyes más elementales de convivencia humana.⁹

2 El reconocimiento expreso del derecho a no ser desaparecido, contenido en los instrumentos internacionales y racionales

El derecho a no ser desaparecido se encuentra expresamente reconocido en la Declaración de las Naciones Unidas sobre la Protección de todas las Personas contra las Desapariciones Forzosas, del 18 de diciembre de 1992,¹⁰ así como en la Convención Interamericana sobre Desaparición Forzada de Personas, del 9 de junio de 1994.¹¹ Igualmente, el artículo 12 de la Constitución Política de Colombia (CP) establece que: “Nadie será sometido a desaparición forzada (...)”.

Aun cuando no existiera un texto convencional aplicable al Estado de Colombia que tipificara la figura de la desaparición forzada de personas, los anteriores instrumentos deben tenerse en cuenta al interpretar la Convención Americana (Principio “*Pro homine*”), ya que en caso contrario se estaría limitando el alcance de la Declaración Americana de Derechos y Deberes del Hombre, cuyo objeto y fin es la protección de los derechos humanos (véase el Capítulo I, numeral 3.2).

(...), se deben tomar en consideración los textos de dos instrumentos, la Declaración de las Naciones Unidas sobre la Protección de Todas las Personas contra las Desapariciones Forzosas, de 18 de diciembre de 1992, así como la Convención Interamericana sobre Desaparición Forzada de Personas, de 9 de junio de 1994 (...), estos instrumentos recogen varios principios de derecho internacional sobre esta materia,

Jurisprudencia
Corte Interamericana
de Derechos Humanos

9 Corte Constitucional, sentencia C-317 del 2 de mayo de 2002, M. P. Clara Inés Vargas Hernández, p. 12.

10 Aprobada por la Asamblea General en su resolución No. 47/133 del 18 de noviembre de 1992.

11 El Congreso de la República expidió la Ley 707 de 2001 “Por medio de la cual se aprueba la Convención Interamericana sobre Desaparición Forzada de Personas”.

instrumentos que se pueden invocar con fundamento en el artículo 29.d) de la Convención Americana. Según esta disposición, no se puede interpretar ninguno de los preceptos de dicha Convención en el sentido de “excluir o limitar el efecto que puedan producir la Declaración Americana de Derechos y Deberes del Hombre y otros actos internacionales de la misma naturaleza.”¹²

Por medio del artículo I de la Convención Interamericana sobre Desaparición Forzada de Personas, los Estados Partes de esta Convención se comprometen a:

- a) **No practicar, no permitir, ni tolerar la desaparición forzada de personas, ni aún en estado de emergencia, excepción o suspensión de garantías individuales;**
- b) **Sancionar en el ámbito de su jurisdicción a los autores, cómplices y encubridores del delito de desaparición forzada de personas, así como la tentativa de la comisión del mismo;**
- c) **Cooperar entre sí para contribuir a prevenir, sancionar y erradicar la desaparición forzada de personas; y**
- d) **Tomar las medidas de carácter legislativo, administrativo, judicial o de cualquier otra índole para cumplir con los compromisos asumidos en la presente Convención.**

Según el artículo II de esta 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 de las garantías procesales pertinentes.

Artículo I.
Convención
Interamericana
sobre Desaparición
Forzada de Personas

Artículo II.
Convención
Interamericana sobre
Desaparición Forzada
de Personas

Corte Interamericana, caso Blake, sentencia del 2 de julio de 1996, párr. 36.

Artículo III.
Convención
Interamericana
sobre Desaparición
Forzada de Personas

A su vez, el artículo III de la misma Convención dispone que:

Los Estados Partes se comprometen a adoptar, con arreglo a sus procedimientos constitucionales, las medidas legislativas que fueren necesarias para tipificar como delito la desaparición forzada de personas, y a imponerle una pena apropiada que tenga en cuenta su extrema gravedad. Dicho delito será considerado como continuado o permanente mientras no se establezca el destino o paradero de la víctima.

Además, en dicho instrumento internacional: 1) esta figura no se considera como delito político para los efectos de extradición; 2) la acción penal no está sujeta a prescripción; 3) no se admite la eximente de la obediencia debida a órdenes o instrucciones superiores que dispongan, autoricen o alienten la desaparición forzada; y 4) los presuntos responsables solamente podrán ser juzgados por jurisdicciones de derecho común competentes en cada Estado, con exclusión de toda jurisdicción especial, en particular la militar.

La Corte Constitucional colombiana, tras analizar el tratamiento de la desaparición forzada en el ámbito internacional de protección de los derechos humanos, señaló:

Jurisprudencia
Corte Constitucional

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.¹³

Concretamente, en relación con el artículo 12 de la Carta Política, la Corte señaló que:

Jurisprudencia
Corte Constitucional

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

13

Corte Constitucional, sentencia C-317 de 2002, M. P. Clara Inés Vargas Hernández.

de abstención a cargo del Estado sino que fundamentalmente demanda una labor efectiva de parte suya orientada hacia su protección, respeto y promoción.¹⁴

En Colombia, el tema de la desaparición forzada solamente vino a ser regulado en el año 2000, con la Ley 589, “por medio de la cual se tipifica el genocidio, la desaparición forzada, el desplazamiento forzado y la tortura; y se dictan otras disposiciones”. Conforme a la tipificación de la desaparición forzada que se estableció en esa ley, el delito podía ser cometido por cualquier particular perteneciente a un grupo armado al margen de la ley; esta norma fue transcrita en el texto de la Ley 599 de 2000, por medio de la cual se expidió el nuevo Código Penal, y que establece lo siguiente:

Artículo 265: El particular que *perteneciendo a un grupo armado al margen de la ley* someta a otra persona a privación de su libertad cualquiera que sea la forma, seguida de su ocultamiento y de la negativa a reconocer dicha privación o de dar información sobre su paradero, sustrayéndola del amparo de la ley, incurrirá en prisión de veinte (20) a treinta (30) años, multa de mil (1.000) a tres mil (3.000) salarios mínimos legales mensuales vigentes y en interdicción de derechos de derechos y funciones públicas de diez (10) a veinte (20) años. A la misma pena quedará sometido el servidor público, o el particular que actúe bajo la determinación o la aquiescencia de aquél, y realice la conducta descrita en el inciso anterior.

La expresión resaltada fue declarada inexecutable por la Corte Constitucional por las siguientes consideraciones en las que, de paso, se aceptó que el sujeto activo del delito podía ser un particular:

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

Artículo 265.
Código Penal

Jurisprudencia
Corte Constitucional

ibid.

14

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

(...)

Aceptar como cierta tal apreciación, [la que considera que la frase subrayada no es violatoria de la Constitución] no sólo es restringir el alcance de la garantía constitucional del artículo 12 Superior, sino además con su aplicación también se violaría el principio de igualdad (art. 13 de la CP) pues los particulares que cometen el delito de desaparición forzada que no pertenezcan a un grupo, o que este grupo no sea armado o que sea un grupo armado que no esté al margen de la ley recibirían un castigo menor, toda vez que el secuestro está sancionado en el artículo 168 del Código Penal con una pena inferior a la prevista para el delito de desaparición forzada.¹⁵

Lo anteriormente expresado por la Corte Constitucional respecto a los sujetos activos que pueden cometer desaparición forzada de personas se refiere únicamente a la tipificación de esta figura como delito. En este sentido, es importante señalar que a la hora de determinar si existió o no la desaparición forzada de una o varias personas como violación de los derechos humanos, se debe acudir a los criterios de legitimación activa de violaciones de los derechos humanos (véase el Capítulo II), y cuando el sujeto sea miembro de un grupo armado no estatal se debe acudir al derecho internacional humanitario (DIH) (véase el Capítulo XVII).

Respecto al inciso segundo de este artículo, la misma sentencia de la Corte señaló que:

15 Ibid.

En criterio de la Corte, la “aquiescencia” del servidor público para que se realice una desaparición forzada, adquiere una connotación especial al momento de regular las formas de intervención en el hecho punible, pues el legislador puede catalogar como autoría, conductas de favorecimiento que normalmente se ubican dentro de la complicidad.¹⁶

Por otra parte, el artículo 166 del Código Penal consagra las circunstancias de agravación punitiva de este delito, empezando por la siguiente: “Cuando la conducta se cometa por quien ejerza autoridad o jurisdicción”, caso en el cual la pena de prisión será de 30 a 40 años.

En cuanto a la responsabilidad patrimonial del Estado, derivada de este delito, el Consejo de Estado se ha pronunciado en varias ocasiones. En sentencia de febrero 21 de 2002,¹⁷ por ejemplo, se estudió un caso en el que la policía de Pasto retuvo a un ciudadano sin ninguna justificación legal, y tras la incesante búsqueda que iniciaron sus familiares, el cuerpo fue encontrado en las afueras de la ciudad, torturado, abaleado y con un tiro de gracia en el cráneo. Dentro de este proceso los demandantes llegaron a un acuerdo conciliatorio con la Policía frente al pago de los perjuicios morales. El Consejo de Estado, por tanto, se limitó a fijar la indemnización por perjuicios materiales, sin entrar siquiera a estudiar los elementos de la responsabilidad. No concedió indemnización por daño emergente, pues su existencia no fue probada, y aunque la víctima ganaba menos del salario mínimo, concedió a los hijos el lucro cesante equivalente al 50% de esta suma,¹⁸ calculado hasta la fecha en que cumplían la mayoría de edad.

En otra ocasión,¹⁹ el Consejo de Estado estudió la apelación de un auto de liquidación de perjuicios en contra de la nación, tras un informe de la CIDH en el que se declaró que el gobierno de Colombia no había cumplido con sus obligaciones consagradas en la Convención Americana por el secuestro y posterior desaparición de unas personas. El Consejo de Estado, en este caso, ordenó pagar una indemnización compensatoria por perjuicios materiales y morales a los familiares de las víctimas, y aclaró que el daño moral sufrido como consecuencia de la vulneración de los derechos humanos se presume, tal como lo ha sostenido

	Ibid.	16
	Consejo de Estado, Sección Tercera, exp. 13.653, sentencia del 21 de febrero de 2002.	17
Ha sido reiterada la jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia en utilizar el salario mínimo como base para liquidar, aun cuando las pruebas demuestren que la víctima devengaba por debajo del mismo, por cuanto se presume que nadie puede ganar una suma inferior al salario mínimo establecido legalmente. Al respecto ver, entre otras, sentencia del 16 de agosto de 2001, exp. 13.131.		18
	Consejo de Estado, Sección Tercera, exp. 21.266, sentencia del 7 de febrero de 2002.	19

la Corte Interamericana “dada la naturaleza misma de las violaciones, así como el hecho de que es propio de la naturaleza humana que toda persona sometida a agresiones y vejámenes experimente un sufrimiento moral.”

Finalmente, y en relación con la diferencia entre la figura del “secuestro” respecto a la de “desaparición forzada de personas”, se dice que el secuestro extorsivo es la acción de arrebatar, sustraer, retener u ocultar a una persona “con el propósito de exigir por su libertad un provecho o cualquier utilidad, o para que se haga u omita algo, o con fines publicitarios o de carácter político” (Código Penal, art. 169), y el secuestro simple es aquel que se realiza con propósitos distintos a los transcritos (Código Penal, art. 168), el tipo penal de la desaparición forzada es más específico y lo que busca es castigar la retención de una persona, seguida de su ocultamiento y de la negativa a reconocer dicha privación o de dar información sobre su paradero, circunstancias que tienen que concurrir para que se configure el tipo penal. Frente a esta distinción la Corte Constitucional ha establecido lo siguiente:

(...) mientras la tipificación de la desaparición forzada busca la protección de una multiplicidad de bienes jurídicos –tales como el derecho a la vida, a la libertad y a la seguridad de la persona, la prohibición de tratos crueles, inhumanos o degradantes, el derecho a no ser arbitrariamente detenido, preso ni desterrado, el derecho a un juicio imparcial y un debido proceso, el derecho al reconocimiento de la personalidad jurídica ante la ley y el derecho a un tratamiento humano de detención, entre otros–, el secuestro solamente protege el bien jurídico de la libertad y autonomía personal. Además, mientras el delito de secuestro lo comete quien arrebate, sustraiga, retenga u oculte a una persona con los fines determinados en la legislación penal, la comisión de la desaparición forzada se consume en dos actos: la privación de la libertad de una persona –que puede ser, incluso *ab initio* legal y legítima–, seguida de su ocultamiento, y además la negativa a reconocer dicha privación o de dar información sobre su paradero sustrayéndola del amparo legal.²⁰

3 Crimen de lesa humanidad

Con anterioridad al Estatuto de la Corte Penal Internacional,

(...) la doctrina y la práctica internacionales han calificado muchas veces las desapariciones como un delito contra la humanidad (*Anuario Interamericano de Derechos Humanos*, 1985, pp. 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, XIII-O/83). 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” (resolución 33/173 del 20 de diciembre de 1978).²¹

El artículo 7 del Estatuto de la Corte Penal Internacional, que entró en vigor en Colombia el 1º de noviembre de 2002, establece que “la desaparición forzada de personas” constituye un “crimen de lesa humanidad” cuando se comete “como parte de un ataque generalizado o sistemático contra una población civil y con conocimiento de dicho ataque.”

Según el párrafo 2 del mencionado artículo:

i) Por “desaparición forzada de personas” se entenderá 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 periodo prolongado.

Según la definición del Grupo de Trabajo sobre las Desapariciones Forzadas o Involuntarias, adoptada en la Declaración de las Naciones Unidas y en la Convención Interamericana, todo acto de desaparición forzada contiene al menos los tres elementos siguientes:

Jurisprudencia
Corte Constitucional

Artículo 7.
Estatuto de la
Corte Penal
Internacional

Corte Interamericana, caso Velázquez Rodríguez, sentencia del 29 de julio de 1988, párr. 153; caso Godínez Cruz, sentencia del 20 de enero de 1989, párr. 161.

- a) **Privación de libertad contra la voluntad de la persona interesada.**
- b) **Intervención de agentes gubernamentales, al menos indirectamente por asentimiento.**
- c) **Negativa a reconocer la detención y a revelar la suerte o el paradero de la persona interesada.**²²

Son Elementos de los Crímenes aprobados por la Asamblea General de los Estados Partes en el Estatuto de Roma de la Corte Penal Internacional, para el crimen de lesa humanidad de desaparición forzada de personas:^{*,**}

1. Que el autor:

- a) **Haya aprehendido, detenido^{***,****} o secuestrado a una o más personas; o**
- b) **Se haya negado a reconocer la aprehensión, la detención o el secuestro o a dar información sobre la suerte o el paradero de esa persona o personas.**

2. a) Que tal aprehensión, detención o secuestro haya sido seguido o acompañado de una negativa a reconocer esa privación de libertad o a dar información sobre la suerte o el paradero de esa persona o personas; o

b) Que tal negativa haya estado precedida o acompañada de esa privación de libertad.

3. Que el autor haya sido consciente de que:^{***}**

- a) **Tal aprehensión, detención o secuestro sería seguido en el curso normal de los acontecimientos de una negativa a reconocer la privación de libertad o a dar información sobre la suerte o el paradero de esa persona o personas;^{*****}**

22 Naciones Unidas, Comisión de Derechos Humanos, Informe del Grupo de Trabajo sobre las Desapariciones Forzadas o Involuntarias, E/CN.4/1996/38, 15 de enero de 1996, párr. 55.

* Dado el carácter complejo de este crimen, se reconoce que en su comisión participará normalmente más de un autor con un propósito delictivo común.

** El crimen será de la competencia de la Corte únicamente si el ataque indicado en los elementos 7 y 8 se produjo después de la entrada en vigor del Estatuto.

*** La palabra "detenido" incluirá al autor que haya mantenido una detención existente.

**** Se entiende que, en determinadas circunstancias, la aprehensión o la detención pudieron haber sido legales.

***** Este elemento, incluido a causa de la complejidad de este delito, se entiende sin perjuicio de la introducción general a los elementos de los crímenes.

***** Se entiende que, en el caso del autor que haya mantenido detenido a alguien que ya lo estaba, se daría ese elemento si el autor fuese consciente de que esa negativa ya había tenido lugar.

- b) Tal negativa estuvo precedida o acompañada de esa privación de libertad.
- 4. Que tal aprehensión, detención o secuestro haya sido realizada por un Estado u organización política o con su autorización, apoyo o aquiescencia.
- 5. Que tal negativa a reconocer la privación de libertad o a dar información sobre la suerte o el paradero de esa persona o personas haya sido realizada por un Estado u organización política o con su autorización o apoyo.
- 6. Que el autor haya tenido la intención de dejar a esa persona o personas fuera del amparo de la ley por un periodo prolongado.
- 7. Que la conducta se haya cometido como parte de un ataque generalizado o sistemático contra una población civil.
- 8. Que el autor haya tenido conocimiento de que la conducta era parte de un ataque generalizado o sistemático dirigido contra una población civil o haya tenido la intención de que la conducta fuera parte de un ataque de ese tipo.

4 Violación múltiple y continuada

Según el párrafo 2 del artículo 1 de la Declaración de las Naciones Unidas sobre la Protección de todas las Personas contra las Desapariciones Forzadas:

Todo acto de desaparición forzada (...) constituye una violación de las normas del derecho internacional que garantizan a todo ser humano, entre otras cosas, el derecho al reconocimiento de su personalidad jurídica, el derecho a la libertad y a la seguridad de su persona y el derecho a no ser sometido a torturas ni a otras penas o tratos crueles, inhumanos o degradantes. Viola, además, el derecho a la vida o lo pone gravemente en peligro.

En definitiva, “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 (...)”.²³

Artículo 2.
Declaración de las Naciones Unidas contra las Desapariciones Forzadas

Corte Interamericana, caso Velázquez Rodríguez, sentencia del 29 de julio de 1988, párr. 155; caso Godínez Cruz, sentencia del 20 de enero de 1989, párr. 163; caso Fairén Garbí y Solís Corrales, sentencia del 15 de marzo de 1989, párr. 147; caso Blake, sentencia del 2 de julio de 1996, párr. 35.

Tal y como señaló el experto independiente, señor Manfred Nowak, en su Informe de 2002:

Tanto la jurisprudencia como los diversos instrumentos jurídicos mencionados en el presente informe muestran que la desaparición forzada es una violación muy compleja y acumulativa de derechos humanos y del derecho humanitario que entraña violaciones del derecho a la libertad y la seguridad de la persona, el derecho al reconocimiento de la personalidad jurídica,^{*} y el derecho a no ser sometido a trato inhumano y degradante y,^{} como mínimo, una grave amenaza al derecho a la vida.^{***} Además, la persona desaparecida, al ser privada intencionalmente del amparo de la ley, es privada también de otros derechos humanos, como el derecho a un recurso efectivo ante una autoridad nacional y a la protección de la vida familiar.²⁴**

4.1. Violación del derecho a la vida

En distintos fallos, la Corte Interamericana ha considerado que entre los derechos que se violan con la desaparición de personas se encuentra el de la vida “cuando hubiese transcurrido (...), un periodo de varios años sin que se conozca el paradero de la víctima”.²⁵

[Ya que], no puede admitirse el argumento del Estado en el sentido de que la situación misma de la indeterminación del paradero de una persona, no implica que hubiese sido privada de su vida, ya que “faltaría el cuerpo del delito”, como lo exige, según él, la doctrina penal contemporánea. Es inaceptable este razonamiento puesto que bastaría que los

* Esta violación se deriva del hecho de que con los actos de desaparición forzada se trata de dejar a la víctima fuera del amparo de la ley.
 ** Esta violación se deriva del hecho de que toda detención en la que la persona permanezca incomunicada durante un periodo prolongado, con independencia de posibles torturas o malos tratos durante la detención, constituye un trato inhumano o degradante, tanto de la persona desaparecida como de sus familiares.
 *** Por ejemplo, la experiencia en el Grupo de Trabajo muestra que la inmensa mayoría de los casos comunicados de desaparición forzada han conducido en realidad a la muerte de la víctima, a veces inmediatamente, y a veces sólo después de meses o años de incomunicación y tortura.
 24 Naciones Unidas, Comisión de Derechos Humanos, Informe del señor Manfred Nowak, ob. cit., E/CN.4/2002/71 del 8 de enero de 2002, párr. 70.
 25 Corte Interamericana, caso Neira Alegría y otros, sentencia del 19 de enero de 1995, párr. 76; caso Caballero Delgado y Santana, sentencia del 8 de diciembre de 1995, párr. 56; caso Blake, sentencia del 2 de julio de 1996, párr. 39; caso Castillo Páez, sentencia del 3 de noviembre de 1997, párr. 72.

autores de una desaparición forzada ocultasen o destruyesen el cadáver de la víctima, lo que es frecuente en estos casos, para que se produjera la impunidad absoluta de los infractores, quienes en estas situaciones pretenden borrar toda huella de la desaparición.²⁶

[Además,] 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 (...).²⁷

4.2. Violación del derecho a la integridad personal

Con la desaparición forzada de una persona se viola automáticamente su derecho a la integridad personal, dado que:

(...) 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 integridad 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 (...)

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 del derecho a la integridad física reconocido en el mismo artículo 5 de la Convención.²⁸

Jurisprudencia
Corte Interamericana
de Derechos Humanos

Corte Interamericana, caso Velázquez Rodríguez, sentencia del 29 de julio de 1988, párr. 156; caso Godínez Cruz, sentencia del 20 de enero de 1989, párrs. 163-165; caso Fairén Garbí y Solís Corrales, sentencia del 15 de marzo de 1989, párrs. 147-150. 26

Corte Interamericana, caso Blake, sentencia del 2 de julio de 1996, párr. 35; caso Velázquez Rodríguez, sentencia del 29 de julio de 1988, párr. 157. 27

Corte Interamericana, caso Velázquez Rodríguez, sentencia del 29 de julio de 1988, párr. 156; caso Godínez Cruz, sentencia del 20 de enero de 1989, párr. 164; caso Fairén Garbí y Solís Corrales, sentencia del 15 de marzo de 1989, párr. 149. 28

4.3. Violación del derecho a la libertad y seguridad personales

La Corte Interamericana ha sostenido que: “En casos de desaparición forzada de personas ésta representa un fenómeno 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, todo lo cual infringe el artículo 7 de la Convención”.²⁹

4.4. Violación del derecho a un recurso efectivo

Tal y como ha señalado la Corte Interamericana, a pesar de que el recurso de hábeas corpus sería el medio idóneo para impedir la desaparición de una persona, en la práctica este recurso no suele ser efectivo:

Opinión Consultiva
Corte Interamericana
de Derechos Humanos

El hábeas corpus representa, dentro de las garantías judiciales indispensables, el medio idóneo tanto para garantizar la libertad, controlar el respeto a la vida e integridad de la persona, e impedir su desaparición o la indeterminación de su lugar de detención, así como para proteger al individuo contra la tortura u otros tratos o penas crueles, inhumanos o degradantes.³⁰ [Este recurso] exige la presentación del detenido ante el juez o tribunal competente bajo cuya disposición queda la persona afectada.³¹

Jurisprudencia
Corte Interamericana
de Derechos Humanos

[Sin embargo, aunque] “(...) sería, normalmente, el adecuado para hallar a una persona presuntamente detenida por las autoridades, averiguar si lo está legalmente y, llegado el caso, lograr su libertad (...)”, cuando se trata de encontrar a una persona detenida clandestinamente por las autoridades del Estado, este recurso no es el adecuado “(...) puesto que, en estos casos sólo existe prueba referencial de la detención y se ignora el paradero de la víctima (...)”.³²

- 29 Corte Interamericana, caso Bámaca Velázquez, sentencia del 25 de noviembre de 2000, párr. 142.
- 30 Corte Interamericana, sentencia del 25 de noviembre de 2000, caso Bámaca Velázquez, párr. 192; Corte Interamericana, caso Suárez Rosero, sentencia del 12 de noviembre de 1997, párr. 63; Opinión Consultiva OC-8/87 del 30 de enero de 1987, “El hábeas corpus bajo suspensión de garantías (arts. 27.2, 25.1 y 7.6) Convención Americana sobre Derechos Humanos”, párr. 35.
- 31 Opinión Consultiva OC-8/87 del 30 de enero de 1987, “El hábeas corpus bajo suspensión de garantías (arts. 27.2, 25.1 y 7.6) Convención Americana sobre Derechos Humanos”, párr. 35; Corte Interamericana, caso Suárez Rosero, sentencia del 12 de noviembre de 1997, párr. 63.
- 32 Corte Interamericana, caso Velázquez Rodríguez, sentencia del 29 de julio de 1988, párr. 65; caso Godínez Cruz, sentencia del 20 de enero de 1989, párr. 68; caso Fairén Garbí y Solís Corrales, sentencia del 15 de marzo de 1989, párr. 90; caso Caballero Delgado y Santana, sentencia del 21 de enero de 1994, párr. 64.

Tampoco se consideran efectivos, en los casos de violaciones particularmente graves –como lo son la desaparición forzada de personas–, “los recursos de carácter puramente administrativo y disciplinario”.³³

4.5. Violaciones de los derechos de los familiares de la persona desaparecida

La Corte Interamericana ha sostenido en distintos fallos, que los efectos que la desaparición forzada puede producir en los familiares de la persona desaparecida pueden ser tenidos en cuenta en la etapa de reparaciones:

63. Estos padecimientos se extienden de igual manera a los miembros más íntimos de la familia, particularmente a aquellos que tuvieron un contacto afectivo estrecho con la víctima. (...)³⁴

La Comisión sostuvo que la incomunicación del señor Suárez Rosero durante 36 días constituyó una restricción indebida del derecho de su familia a conocer su situación, siendo en este caso vulnerados los derechos establecidos en los artículos 11 y 17 de la Convención Americana. El Estado no contradijo este argumento en su contestación de la demanda.

(...)

La Corte estima que los efectos que la incomunicación del señor Suárez Rosero hubieran podido producir en su familia derivarían de la violación de los artículos 5.2 y 7.6 de la Convención. Dichas consecuencias podrían ser materia de consideración por esta Corte en la etapa de reparaciones.³⁵

4.6. Violación continuada

La Corte Interamericana ha sostenido que aunque pueda demostrarse que la privación de la libertad y la muerte de una persona se produjeron en una fecha

Jurisprudencia
Corte Interamericana
de Derechos Humanos

Comité de Derechos Humanos, caso Bautista de Arellana c. Colombia, comunicación N° 563/1993, decisión adoptada el 27 de octubre de 1995, párr. 8.2. 33

Corte Interamericana, caso Bámaca Velásquez, sentencia del 22 de febrero de 2002, párr. 63. 34

Corte Interamericana, caso Suárez Rosero, sentencia del 12 de noviembre de 1997, párrs. 100 y 102. 35

determinada, al tratarse de una desaparición forzada las consecuencias de este hecho se prolongan hasta que dicha muerte se pone en conocimiento de los familiares de la víctima. Al respecto,

La Corte estima que la privación de la libertad y la muerte del señor Blake se consumaron efectivamente en marzo de 1985, esta última el 29 de ese mes según el acta de defunción, tal como lo sostiene Guatemala, y que estos hechos no pueden considerarse per se de carácter continuado (...)

Por el contrario, por tratarse de una presunta desaparición forzada, las consecuencias de los mismos hechos se prolongaron hasta el 14 de junio de 1992, pues, según lo expresado por la Comisión en su demanda, existieron por parte de autoridades o agentes del Gobierno conductas posteriores, que en su concepto implican complicidad y ocultamiento de la detención y la muerte del señor Blake, ya que el fallecimiento de la víctima, no obstante que se conocía por parte de dichas autoridades o agentes, no se dio a conocer a sus familiares a pesar de sus gestiones constantes para descubrir su paradero e inclusive se produjeron intentos para desaparecer los restos. (...)³⁶

4.7. Delito permanente

El Grupo de Trabajo de las Naciones Unidas sobre Desapariciones Forzadas o Involuntarias realizó un comentario general al artículo 17 de la Declaración sobre Desaparición Forzada de Personas el cual, en su párrafo 1 establece que: “Todo acto de desaparición forzada será considerado delito permanente mientras sus autores continúen ocultando la suerte y el paradero de la persona desaparecida y mientras no se hayan esclarecido los hechos.” Señaló que su alcance y propósito general es:

(...) garantizar unas condiciones tales que los responsables de tales actos que constituyen desapariciones forzadas comparezcan ante la justicia, con una interpretación restrictiva de la prescripción (...) La definición de “delito permanente” (párr. 1) tiene una importancia de-

cisiva para determinar las responsabilidades de las autoridades del Estado. Además, este artículo impone unas condiciones muy restrictivas. Su finalidad es impedir que los autores de actos criminales se aprovechen de la prescripción. Puede interpretarse en el sentido de limitar las ventajas de la prescripción para los autores de estos actos criminales. Al mismo tiempo, como los códigos penales de muchos países establecen la prescripción de diversos delitos, el párrafo 2 dispone que la prescripción se suspenderá cuando los recursos previstos en el artículo 2 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos ya no sean eficaces. El Pacto se refiere en particular a la posibilidad de “interponer un recurso efectivo” cuando la violación de los derechos humanos “hubiera sido cometida por personas que actuaban en ejercicio de sus funciones oficiales”.³⁷

Con relación a las leyes de amnistía que se han dictado en distintos países latinoamericanos, el Grupo sobre Desaparición Forzada e Involuntaria de Personas señaló que, con fundamento en la anterior interpretación, por ejemplo, durante el año 2000 en Chile se iniciaron varias acciones judiciales “(...) con respecto a casos de desapariciones forzadas que ocurrieron con anterioridad a la Ley de amnistía de 1978, precisamente basándose en que la idea de ‘situación permanente’ es inherente a la naturaleza misma de las desapariciones forzadas”.³⁸

5. Deber del Estado de prevenir, investigar y sancionar la desaparición forzada de personas

El Comité de Derechos Humanos de las Naciones Unidas, en su Observación General No. 6, señaló que:

Los Estados Partes deben también tomar medidas concretas y eficaces para evitar la desaparición de individuos, algo que desgraciadamente se ha hecho demasiado frecuente y desemboca demasiadas veces en una privación arbitraria de la vida. Más aún, los Estados deben establecer servicios y procedimientos eficaces para investigar a fondo los ca-

Observación General
Comité de Derechos
Humanos

Comisión de Derechos Humanos, Informe del Grupo de Trabajo sobre desapariciones forzadas o involuntarias, E/CN.4/2001/68, del 18 de diciembre de 2000, párrs. 27 y 28.

37

Ibíd., párr. 30.

38

sos de personas desaparecidas en circunstancias que puedan implicar una violación del derecho a la vida.³⁹

El Comité de Derechos Humanos de las Naciones Unidas, en la Comunicación 563/1993 (contra Colombia), relativa a la desaparición, el 30 de agosto de 1987, de la ciudadana colombiana Nydia Erika Bautista de Arellana (cuyo cadáver fue descubierto posteriormente) señaló, recordando la Observación General No. 6, que:

(...) el estado Parte tiene el deber de investigar a fondo las presuntas violaciones de derechos humanos, en particular las desapariciones forzadas de personas y las violaciones del derecho a la vida, y de encausar penalmente, juzgar y castigar a quienes sean considerados responsables de esas violaciones. Este deber es aplicable a *fortiori* en los casos en que los autores de esas violaciones han sido identificados.⁴⁰

Además, la Corte Interamericana ha sostenido desde sus primeras sentencias que:

El deber de investigar hechos de este género subsiste mientras se mantenga la incertidumbre sobre la suerte final de la persona desaparecida. Incluso en el supuesto de que circunstancias legítimas del orden jurídico interno no permitieran aplicar las sanciones correspondientes a quienes sean individualmente responsables de delitos de esta naturaleza, el derecho de los familiares de la víctima de conocer cuál fue el destino de ésta y, en su caso, dónde se encuentran sus restos, representa una justa expectativa que el Estado debe satisfacer con los medios a su alcance.⁴¹

El Grupo de Trabajo de las Naciones Unidas sobre Desapariciones Forzadas o Involuntarias en su comentario general sobre el artículo 17 de la Declaración sobre Desaparición Forzada de Personas, señaló que:

39 Comité de Derechos Humanos, Observación General No. 6, "El derecho a la vida", párr. 4.

40 Comité de Derechos Humanos, caso Bautista de Arellana c. Colombia, Comunicación 563/1993, decisión adoptada el 27 de octubre de 1995, párr. 8.6.

41 Corte Interamericana, caso Velázquez Rodríguez, sentencia del 29 de julio de 1988, párr. 181.

Decisión
Comité de
Derechos Humanos

Jurisprudencia
Corte Interamericana
de Derechos Humanos

Debido a la gravedad de los actos de desapariciones forzadas, esta forma de violación de los derechos humanos infringe diversos derechos irrevocables, con evidentes consecuencias en derecho penal. Los acontecimientos recientes en derecho internacional exigen que se dé una clara prioridad a las medidas contra estas formas graves de violación de derechos humanos a fin de garantizar que se haga justicia y se castigue a los responsables. (...)⁴²

En referencia a la política nacional para enfrentar el tema de la desaparición forzada, la Ley 589 de 2000 creó varias instituciones para su investigación, fijó una serie de obligaciones al Estado y dictó otras disposiciones. Concretamente:

- Crea una comisión nacional y permanente de búsqueda de personas desaparecidas (Comisión de Búsqueda de Personas Desaparecidas), “con el fin de apoyar y promover la investigación del delito de desaparición forzada, con pleno respeto de las competencias institucionales y de las facultades de los sujetos procesales”. Esta Comisión tiene por mandato legal la obligación de diseñar, evaluar y apoyar la ejecución de los planes de búsqueda de personas desaparecidas, así como de conformar grupos de trabajo para casos específicos. Entre otras personas, esta Comisión está integrada por: el fiscal general de la nación o su delegado permanente, el procurador general de la nación o su delegado permanente, el defensor del pueblo o su delegado permanente, el Ministerio de Defensa o un delegado de la Oficina de Derechos Humanos del Ministerio de Defensa, el consejero presidencial para los derechos humanos o su delegado permanente, un representante de la Asociación de Familiares de Detenidos Desaparecidos (Asfaddes), un representante de las organizaciones no gubernamentales de derechos humanos escogidas por ellas mismas, entre otros.⁴³
- Las labores de búsqueda de las personas desaparecidas se extienden incluso a los casos acaecidos con anterioridad a la expedición de esta ley.
- Se crea un registro nacional de desaparecidos, cuyo diseño y puesta en ejecución corresponde al gobierno nacional, en el que se deben incluir

Naciones Unidas, Comisión de Derechos Humanos, Informe del Grupo de Trabajo sobre Desapariciones Forzadas o Involuntarias, E/CN.4/2001/68, del 18 de diciembre de 2000, párr. 31.

42

Ver artículo 8 de la Ley 589 de 2000.

43

todos los datos de las personas desaparecidas y de inhumación y exhumación de cadáveres de personas no identificadas, el cual deberá contener como mínimo los siguientes datos: 1) identidad de las personas desaparecidas; 2) lugar y fecha de los hechos; 3) relación de los cadáveres, restos exhumados o inhumados de personas no identificadas, con la indicación del lugar y fecha del hallazgo, condiciones, características, evidencias, resultados de estudios técnicos, científicos o testimoniales y cualquier dato que conduzca a su identificación.⁴⁴

- Se impone la obligación de que en la resolución que dé inicio a la investigación previa, o a la instrucción del proceso penal, o a la indagación preliminar o a la investigación en el proceso disciplinario, el fiscal o el funcionario competente de la Procuraduría General de la Nación, según el caso, ordene enviar todos los datos de la víctima al registro y solicitar la información necesaria para localizarla.⁴⁵
- En relación con la administración de los bienes de las personas víctimas del delito de desaparición forzada, la autoridad judicial que conoce o dirige el proceso puede autorizar al cónyuge, compañero o compañera permanente, o a alguno de los padres o de los hijos del desaparecido para que provisionalmente asuman la disposición y administración de todos o parte de sus bienes, en cuanto fueren de su manejo exclusivo.⁴⁶
- Se impone al Estado la obligación permanente de realizar todas las acciones necesarias tendientes a establecer el paradero de la víctima, conocer sobre las razones de su desaparición e informar sobre ello a sus familiares, aún cuando se extinga la acción penal o termine el proceso por cualquier causa.⁴⁷
- Se crea un mecanismo de búsqueda urgente, cuando no se conozca el paradero de una persona. En estos casos, terceros, y sin necesidad de mandato alguno, pueden solicitar a cualquier autoridad judicial que disponga de inmediato de una búsqueda urgente para realizar todas las diligencias necesarias, tanto en relación con autoridades y dependencias públicas como con particulares y lugares de carácter privado, para dar con su paradero.⁴⁸

44 Ver artículo 9 de la Ley 589 de 2000.

45 Ibid.

46 Ver artículo 10 de la Ley 589 de 2000.

47 Ver artículo 11 de la Ley 589 de 2000.

48 Ver artículo 13 de la Ley 589 de 2000.

- En estos casos, si se logra ubicar el paradero de la persona y ésta ha sido privada de la libertad por servidor público, el funcionario judicial ordenará de inmediato su traslado al centro de reclusión más cercano dentro de los términos establecidos en la ley y, si fuere competente, dará inicio al trámite de hábeas corpus.⁴⁹
- Los delitos que tipifica la presente ley no son susceptibles de amnistía ni de indulto.⁵⁰
- Los delitos que tipifica la presente ley serán de conocimiento de los jueces penales de circuito especializados.⁵¹

6 Carga de la prueba

La Corte Interamericana ha reiterado que en los casos relativos a la presunta desaparición forzada de personas:

(...) la defensa del Estado no puede descansar en la imposibilidad del demandante de allegar prueba al proceso, dado que en dichos casos, es quien detenta el control de los medios para aclarar los hechos ocurridos bajo su jurisdicción y por ello se depende, en la práctica, de la cooperación del propio Estado para la obtención de las pruebas necesarias. En el mismo sentido, el Comité de Derechos Humanos de las Naciones Unidas ha señalado que la carga de la prueba no puede recaer únicamente en el autor de la comunicación, considerando en particular que el autor y el Estado Parte no siempre tienen acceso a la información pertinente (...). En los casos que los autores hayan presentado al Comité cargos apoyados en pruebas testificales, (...) y en las aclaraciones ulteriores del caso dependan de la información que está exclusivamente en manos del Estado Parte, el Comité podrá considerar que esos cargos son justificados al menos que el Estado Parte presente pruebas satisfactorias y explicaciones en sentido contrario.⁵²

Jurisprudencia
Corte Interamericana
de Derechos Humanos

Ibíd. 49

Ver artículo 14 de la Ley 589 de 2000. 50

Ver artículo 15 de la Ley 589 de 2000. 51

Corte Interamericana, caso Bámaca Velázquez, sentencia del 25 de noviembre de 2000, párr. 142. 52

7. Criterios de valoración de la prueba indiciaria o presuntiva

En el ámbito regional, la Corte Interamericana ha establecido una serie de criterios para valoración de la prueba en los casos de desaparición forzada de personas, ya que ni la Convención Americana, ni el Estatuto de la Corte Interamericana o su Reglamento tratan esta materia. Por este motivo, y remitiéndose a la jurisprudencia de la Corte Internacional de Justicia, la Corte Interamericana ha sostenido que la evaluación libre de las pruebas constituye una potestad de los tribunales.⁵³

Teniendo en cuenta, además, que “la práctica de los tribunales internacionales e internos demuestra que la prueba directa, ya sea testimonial o documental, no es la única que puede legítimamente considerarse para fundar la sentencia”, puede utilizarse tanto la prueba circunstancial como los indicios y las presunciones, siempre que de ellos puedan inferirse conclusiones consistentes sobre los hechos para dar por probada que una desaparición forzada tuvo lugar en un Estado Parte de la Convención Americana.⁵⁴

Así las cosas, “la prueba indiciaria o presuntiva resulta de especial importancia cuando se trata de denuncias sobre la desaparición, ya que esta forma de represión se caracteriza por procurar la supresión de todo elemento que permita comprobar el secuestro, el paradero y la suerte de las víctimas”.⁵⁵

La Corte Interamericana ha reiterado en numerosas sentencias que la prueba indiciaria que fundamenta una presunción judicial es especialmente válida en los casos de desaparición forzada de personas, puesto que:

Se trata de un medio probatorio utilizado en todos los sistemas judiciales y puede ser el único instrumento para que se cumpla el objeto y fin de la Convención Americana y para que la Corte pueda hacer efectivas las funciones que la misma Convención le atribuye, cuando las violaciones a los derechos humanos implican la utilización del poder del Estado para la destrucción de los medios de prueba directos de los hechos, en procura de una total impunidad o de la cristalización de una suerte de crimen perfecto.⁵⁶

Jurisprudencia
Corte Interamericana
de Derechos Humanos

53 Corfu Channel, Merits, Judgment, ICJ Reports 1949, Military and Paramilitary Activities in and against Nicaragua (Nicaragua v. United States of America), Merits, Judgment, ICJ Reports 1986, párrs. 29-30 y 59-60.

54 Corte Interamericana, caso Velázquez Rodríguez, sentencia del 29 de julio de 1988, párrs. 127-130; caso Godínez Cruz, sentencia del 20 de enero de 1989, párrs. 133-136; caso Fairén Garbí y Solís Corales, sentencia del 15 de marzo de 1989, párrs. 130-133; caso Gangaram Pandy, sentencia del 21 de enero de 1994, párr. 49.

55 Corte Interamericana, caso Velázquez Rodríguez, sentencia de 29 del julio de 1988, párr. 131; caso Godínez Cruz, sentencia del 20 de enero de 1989, párr. 137.

56 Corte Interamericana, caso Godínez Cruz, sentencia del 20 de enero de 1989, párr. 155.

Por ejemplo, con relación a los numerosos recortes de prensa aportados por la Comisión Interamericana, en distintos casos sometidos ante la Corte por desaparición forzada de personas, este Tribunal ha señalado:

A un gran número de recortes de prensa aportados por la Comisión no puede dárseles el carácter de prueba documental propiamente dicha. Muchos de ellos, sin embargo, constituyen la manifestación de hechos públicos y notorios que, como tales, no requieren en sí mismos de prueba; otros tienen valor, como ha sido reconocido por la jurisprudencia internacional (*Military and Paramilitary Activities in and against Nicaragua*, supra 127, párrs. 62-64) en cuanto reproducen textualmente declaraciones públicas, especialmente de altos funcionarios de las Fuerzas Armadas, del Gobierno o de la propia Corte Suprema de Justicia de Honduras, como algunas emanadas del Presidente de esta última; finalmente, otros tienen importancia en su conjunto en la medida en que corroboran los testimonios recibidos en el proceso respecto de las desapariciones y la atribución de esos hechos a las autoridades militares o policiales de ese país.⁵⁷

Jurisprudencia
Corte Interamericana
de Derechos Humanos

Corte Interamericana, caso Velázquez Rodríguez, sentencia del 29 de julio de 1988, párr. 146; caso Godínez Cruz, sentencia del 20 de enero de 1989, párr. 152; caso Fairén Garbi y Solís Corrales, sentencia del 15 de marzo de 1989, párr. 145.

Tipología de las violaciones

Tipologías

La violación del derecho a no ser desaparecido se configura cuando:

- a) Se priva de la libertad a cualquier persona contra su voluntad, cualquiera que sea su forma (detención, aprehensión, secuestro, entre otras).
- b) Según el derecho internacional de los derechos humanos esta privación de la libertad debe ser perpetrada por agentes del Estado o al menos personas o grupos de personas que actúan bajo su control, autorización, apoyo o aquiescencia. Según el derecho penal colombiano, cualquier persona, indistintamente de su calidad, puede realizar dicha privación de la libertad.
- c) Sus captores no reconocen dicha privación de la libertad.
- d) No se revela la suerte o el paradero de la persona privada de la libertad.
- e) Se impide a la persona privada de la libertad el ejercicio de los recursos legales y de las garantías procesales pertinentes.

Según el criterio de la Corte Constitucional: “no es necesario el requerimiento para dar información o la negativa a reconocer la privación de la libertad, sino que basta la falta de información sobre el paradero de la persona”.

En una desaparición forzada se señalará si se produjo o no la violación del derecho a la vida de la(s) persona(s) desaparecida(s):

- a) Si aparece el cadáver de la víctima o víctimas.
- b) Cuando haya transcurrido un periodo de varios años sin que se conozca el paradero de la víctima.

El derecho al debido proceso legal

Observación General
Comité de Derechos Humanos

1. Introducción

El derecho al debido proceso legal se encuentra reconocido, principalmente, en la Declaración Universal de los Derechos Humanos (arts. 8, 10 y 11), en el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos (PIDCP) (arts. 14, 15 y 26), y en la Convención Americana sobre Derechos Humanos (en adelante Convención Americana) (arts. 8, 9, 10, 24 y 25). Igualmente, la Constitución Política de Colombia (CP) reconoce este derecho en su artículo 29.

El Comité de Derechos Humanos de las Naciones Unidas, en su Observación General No. 13, relativa a la interpretación y alcance del artículo 14 del PIDCP, señaló que:

(...) el artículo 14 del Pacto es de una naturaleza compleja y que diferentes aspectos de sus disposiciones exigirán comentarios concretos. La finalidad de todas estas disposiciones es garantizar la adecuada administración de la justicia y, a tal efecto, afirmar una serie de derechos individuales, como la igualdad ante los tribunales y cortes de justicia y el derecho a ser oído públicamente y con las debidas garantías por un tribunal competente, independiente e imparcial, establecido por ley. (...)¹

Los artículos relativos al derecho al debido proceso legal y aquellos relativos al derecho a la libertad y seguridad personales (arts. 9 del PIDCP y 7 de la Convención Americana) crean una obligación positiva o “de hacer” en los Estados Partes, más que una obligación de no intervenir en el ejercicio de los derechos de los individuos. Con base en esta obligación positiva los Estados Partes –tanto del PIDCP como de la Convención Americana– deben establecer y mantener la infraestructura institucional necesaria para una adecuada administración de justicia, así como promulgar e implementar una legislación que garantice que

Comité de Derechos Humanos, Observación General No. 13, “La igualdad ante los tribunales y el derecho de toda persona a ser oída públicamente por un tribunal competente establecido por la ley”, párr. 1.

1

los procedimientos establecidos sean, en sí mismos, justos y equitativos. La finalidad de los anteriores artículos es asegurar que se haga justicia por medio del cumplimiento de una serie de garantías procesales.

La Comisión Interamericana de Derechos Humanos (CIDH) señaló en su Informe Anual de 1995, citando el caso Golderde de la Corte Europea de Derechos Humanos (en adelante Corte Europea),² que el artículo 8 de la Convención Europea de Derechos Humanos (en adelante Convención Europea) “comprende distintos derechos y garantías que provienen de un valor o bien jurídico común y que considerados en su conjunto conforman un derecho único no definido específicamente pero cuyo inequívoco propósito es en definitiva asegurar el derecho de toda persona a un proceso justo”.³

El artículo 14 del PIDCP y el artículo 8 de la Convención Americana protegen los derechos de cualquier individuo sometido a un procedimiento judicial, es decir, constituyen los derechos del imputado o demandado. Los demás sujetos que participan en el proceso (jueces, fiscales o víctimas) no poseen ningún derecho derivado de estos artículos.

En este sentido, la Corte Interamericana de Derechos Humanos (en adelante Corte Interamericana) señaló que el artículo 8:

(...) es denominado por la Convención “Garantías Judiciales”, lo cual puede inducir a confusión porque en ella no se consagra un medio de esa naturaleza en sentido estricto. En efecto, el artículo 8 no contiene un recurso judicial propiamente dicho, sino el conjunto de requisitos que deben observarse en las instancias procesales para que pueda hablarse de verdaderas y propias garantías judiciales según la Convención.

Este artículo 8 reconoce el llamado “debido proceso legal”, que abarca las condiciones que deben cumplirse para asegurar la adecuada defensa de aquéllos cuyos derechos u obligaciones están bajo consideración judicial.(...)”⁴

La Corte Constitucional ha considerado que el debido proceso –tal como lo concibe la CP– es algo más profundo que tipificar conductas, fijar competen-

2 Corte Europea de Derechos Humanos, sentencia del 21 de febrero de 1975, párr. 28 (en relación con el artículo 6 de la Convención Europea, artículo homólogo del artículo 8 de la Convención Americana).

3 Comisión Interamericana de Derechos Humanos (CIDH), Informe Anual 1995. Capítulo III: Perú 10.970d.

4 Corte Interamericana de Derechos Humanos (en adelante Corte Interamericana), Opinión Consultiva OC-9/87, “Garantías judiciales en estados de emergencia” (arts. 27.2, 25 y 8 Convención Americana sobre Derechos Humanos), párrs. 27-28.

cias, establecer reglas de sustanciación y ritualismo, indicar formalidades y diligencias, ya que en importancia se liga a la búsqueda del orden justo (para ello nada más necesario que el respeto a los derechos fundamentales); ello implica asegurar que los poderes públicos constituidos sujeten sus actos (sentencias, actos administrativos) no solamente a las normas orgánicas constitucionales sino a los valores, principios y derechos.⁵

En efecto, lo que se protege no es el riguroso seguimiento de reglas de orden legal, sino el manejo de reglas procesales para tomar decisiones que puedan justificarse jurídicamente, es decir, hay que ver el debido proceso desde el ámbito constitucional y no desde el simplemente legal.

Así mismo, la Corte Constitucional ha considerado que el carácter fundamental del derecho al debido proceso proviene de su estrecho vínculo con el principio de legalidad al que deben ajustarse no sólo las autoridades judiciales sino también, en adelante, las administrativas, en la definición de los derechos de los individuos. Es pues una defensa de los procedimientos, en especial de la posibilidad de ser oído y vencido en juicio, según la fórmula clásica, o lo que es lo mismo, de la posibilidad de ejercer el derecho de defensa. El derecho al debido proceso comprende no sólo la observancia de los pasos que la ley impone a los procesos judiciales y a los procesos y trámites administrativos, sino también el respeto a las formalidades propias de cada juicio, que se encuentran contenidas en los principios que los inspiran, el tipo de intereses en litigio, y las calidades de los jueces y funcionarios encargados de resolver.

2 El derecho al debido proceso legal en situaciones de excepción

La importancia del respeto de las garantías judiciales, incluso en situaciones de excepción, fue señalada por la Corte Interamericana al establecer que:

(...) los principios del debido proceso legal no pueden suspenderse con motivo de las situaciones de excepción en cuanto constituyen condiciones necesarias para que los instrumentos procesales, regulados por la Convención, puedan considerarse como garantías judiciales. Esta conclusión es aún más evidente respecto del hábeas corpus y del amparo, (...).⁶

Opinión Consultiva
Corte Interamericana
de Derechos Humanos

Corte Constitucional, sentencia T-280/98, M. P. Alejandro Martínez Caballero.
Corte Interamericana, Opinión Consultiva OC-9/87 del 6 de octubre de 1987, "Garantías judiciales en estados de emergencia" (arts. 27.2, 25 y 8 Convención Americana sobre Derechos Humanos), párr. 30.

5
6

Observación General
Comité de Derechos
Humanos

El Comité de Derechos Humanos, en su Observación General No. 13 relativa a la interpretación y alcance del artículo 14 del PIDCP, señaló que las disposiciones de este artículo “(...) se aplican a todos los tribunales y cortes de justicia comprendidos en el ámbito de este artículo, ya sean ordinarios o especiales”.⁷ A juicio del Comité, la existencia en muchos países de tribunales militares o especiales que juzgan a personas civiles,

(...) podría presentar graves problemas en lo que respecta a la administración equitativa, imparcial e independiente de la justicia. Muy a menudo la razón para establecer tales tribunales es permitir la aplicación de procedimientos excepcionales que no se ajustan a las normas habituales de justicia. Si bien el Pacto no prohíbe estas categorías de tribunales, las condiciones que estipula indican claramente que el procesamiento de civiles por tales tribunales debe ser muy excepcional y ocurrir en circunstancias que permitan verdaderamente la plena aplicación de las garantías previstas en el artículo 14.2. [derecho a la presunción de inocencia] (...). Si los Estados Partes deciden, en situaciones excepcionales, como prevé el artículo 4, dejar en suspenso los procedimientos normales requeridos en virtud del artículo 14, deben garantizar que tal suspensión no rebase lo que estrictamente exija la situación en el momento y que se respeten las demás condiciones estipuladas en el párrafo 1 del artículo 14.⁸

Más concretamente, el Comité de Derechos Humanos señaló en su Observación General No. 29, relativa a la interpretación y alcance del artículo 4 del PIDCP, que:

Observación General
Comité de Derechos
Humanos

Las garantías relacionadas con la institución de la suspensión, según se definen en el artículo 4 del Pacto, se basan en los principios de legalidad y del Estado de derecho inherentes al Pacto en su conjunto. Como ciertos elementos del derecho a un juicio imparcial están explícitamente garantizados por el derecho humanitario internacional en tiempo de conflicto armado, el Comité no encuentra ninguna justificación para suspender dichas garantías durante cualquier otra situación de excepción. A juicio del Comité, dichos principios y la disposición sobre re-

7 Comité de Derechos Humanos, Observación General No. 13, “La igualdad ante los tribunales y el derecho de toda persona a ser oída públicamente por un tribunal competente establecido por la ley”, párr. 4.

8 *Ibíd.*

cursos efectivos exigen que los principios fundamentales del derecho a un juicio imparcial se respeten durante un estado de excepción. Sólo un tribunal de derecho puede enjuiciar y condenar a una persona por un delito, y se debe respetar la presunción de inocencia. Con el objeto de proteger los derechos que no pueden ser objeto de suspensión, se sigue de este mismo principio que el derecho de acceso a los tribunales, para que éstos decidan sin demora sobre la legalidad de cualquier clase de detención, no debe ser afectado por la decisión del Estado Parte de suspender ciertas garantías del Pacto.⁹

Al respecto, el derecho internacional vigente en Colombia ha previsto mecanismos de protección de los derechos y las libertades fundamentales de las personas para tiempos de excepción constitucional, entre ellos el derecho al debido proceso, y que resultan armónicos con los artículos 213 y 214.2 de la CP.

El numeral segundo del artículo 214 de la CP afirma: “Los estados de excepción a que se refieren los artículos anteriores se someterán a las siguientes disposiciones: (...) 2. No podrán suspenderse los derechos humanos ni las libertades fundamentales (...)”.

En efecto, según la Corte Constitucional, la comunidad internacional ha establecido, de conformidad con el artículo 4 del PIDCP y el artículo 27 de la Convención Americana, que los derechos fundamentales constituyen el núcleo esencial mínimo del hombre, y ni siquiera en los estados de excepción pueden ser desconocidos, de tal manera que es razonable limitar las libertades y los derechos, pero existe un espacio que el Estado debe respetar porque afecta la dignidad del hombre. En situaciones de crisis el Estado asume poderes excepcionales, pero en ningún caso dichos poderes pueden desconocer los derechos humanos (véase el Capítulo I, numeral 6).

3 Garantías que conforman el debido proceso legal

Con respecto a las garantías que conforman el debido proceso legal, los artículos 14 (garantías judiciales), 15 (principio de retroactividad de la ley penal), 26 (principio de igualdad ante la ley) del PIDCP, y 8 (garantías judiciales), 9 (principio de legalidad y retroactividad), 10 (derecho a la indemnización) y 25 (protección judicial) de la Convención Americana, señalan:

Comité de Derechos Humanos, Observación General No. 29, “Los estados de emergencia”, párr. 16.

9

1. Las garantías que se aplican a procedimientos tanto civiles como penales (párrafo 1, arts. 14 del PIDCP y 8 de la Convención Americana):

- Derecho de todas las personas a ser tratadas con igualdad ante los tribunales.
- Derecho a la publicidad de la audiencia.
- Derecho a ser juzgado por tribunal competente, independiente e imparcial, establecido por la ley.

2. Derechos mínimos de las personas acusadas de haber cometido un delito (párrafo 3, arts. 14 del PIDCP y 8 de la Convención Americana):

- Derecho a ser informada sin demora, en un idioma que comprenda y en forma detallada, de la naturaleza y las causas de la acusación formulada en contra de ella.
- Derecho a disponer del tiempo y de los medios adecuados para la preparación de su defensa.
- Derecho a ser juzgada sin dilaciones indebidas.
- Derecho a hallarse presente en el proceso.
- Derecho a defenderse personalmente, o ser asistida por un defensor de su elección, o por un defensor de oficio, gratuitamente, si careciere de medios suficientes para pagarlo.
- Derecho a presentar e interrogar testigos y peritos.
- Derecho a ser asistida gratuitamente, si no comprende o no habla el idioma empleado en el tribunal.
- Derecho a no ser obligada a declarar contra sí misma ni a confesarse culpable.
- Derecho a recurrir el fallo ante un juez o tribunal superior.

3. Otros derechos reconocidos a las personas sometidas a un proceso penal:

- Derecho a la presunción de inocencia.
- Derecho de *non bis in idem*.
- Derecho a no ser condenado por acciones u omisiones que al momento de cometerse no fueran delictivas.
- En caso de que una persona sea condenada por error judicial tiene derecho a ser indemnizada.

3.1. Garantías que se aplican a todo tipo de procedimientos

Según el artículo 29 de la CP: “El debido proceso se aplicará a toda clase de actuaciones judiciales y administrativas”. Por tanto, las garantías que se enuncian en este artículo constitucional se aplican a todo tipo de procedimiento (de orden civil, laboral, fiscal u otro), con excepción de la establecida en el párrafo 3 del artículo constitucional, cuando indica que: “En materia penal, la ley permisiva o favorable, aun cuando sea posterior, se aplicará de preferencia a la restrictiva o desfavorable”.

Respecto a los instrumentos internacionales de derechos humanos, el primer párrafo del artículo 14 del PIDCP y del artículo 8 de la Convención Americana, establecen el derecho de toda persona a ser oída públicamente con las debidas garantías, y describen las características generales que deben tener los jueces o tribunales (competencia, independencia e imparcialidad) en todo tipo de procedimiento (penal o civil, según el PIDCP; penal, civil, laboral, fiscal o de cualquier otro carácter, según la Convención Americana). En este sentido, cabe destacar que el artículo 29 de la Constitución no recoge las características de independencia e imparcialidad reconocidas en los anteriores instrumentos internacionales. Asimismo, tampoco reconoce el derecho a ser oído públicamente ante un juez o tribunal. Sin embargo, estas garantías deben considerarse parte del debido proceso ya que el artículo 93 de la CP establece que: “(...) Los derechos y deberes consagrados en esta Carta, se interpretarán de conformidad con los tratados internacionales ratificados por Colombia”.

En el orden penal, el artículo 2 del Código de Procedimiento Penal señala que: “En los procesos penales se aplicarán las normas que en materia de garantías se hallan consignadas en la Constitución Política y en los Tratados y Convenios Internacionales ratificados por el Estado colombiano,(...)”.

Respecto a la aplicación y el alcance del artículo 8 de la Convención, la Corte Interamericana, en el caso Genie Lacayo, en 1997, señaló que:

74. El artículo 8 de la Convención que se refiere a las garantías judiciales consagra los lineamientos del llamado “debido proceso legal” o “derecho de defensa procesal”, que consisten en el derecho de toda persona a ser oída con las debidas garantías y dentro de un plazo razonable por un juez o tribunal competente, independiente e imparcial, establecido con anterioridad por la ley, en la sustanciación de cualquier acusación penal formulada en su contra o para la determinación de sus derechos de carácter civil, laboral, fiscal u otro cualquiera.¹⁰

Jurisprudencia
Corte Interamericana
de Derechos Humanos

Corte Interamericana, caso Genie Lacayo, sentencia del 29 de enero de 1997, párr. 74.

Posteriormente esta Corte, en su Opinión Consultiva OC-11/90, estableció que:

En materias que conciernen con la determinación de [los] derechos y obligaciones de orden civil, laboral, fiscal o de cualquier otro carácter el artículo 8 no especifica garantías mínimas, como lo hace en el numeral 2 al referirse a materias penales. Sin embargo, el concepto de debidas garantías se aplica también a esos órdenes y, por ende, en ese tipo de materias el individuo tiene derecho también al debido proceso que se aplica en materia penal.¹¹

La Corte Constitucional ha considerado como factor determinante del debido proceso la sujeción a las formas propias de cada juicio al establecer que:

La garantía constitucional del debido proceso incluye, como elemento determinante, el de la obligatoriedad de las formas propias de cada juicio.

Se trata de asegurar que, en todos los trámites judiciales o administrativos, se apliquen las normas previamente definidas por la ley para el tipo de asunto materia de examen, con el objeto de que quien acude a los jueces –o a la administración, en su caso–, o es llamado por ellos, no sea sorprendido por nuevas disposiciones, ni sea tratado de manera diferente a aquélla en que lo son quienes se encuentran en sus mismas circunstancias.

Se preserva así el valor de la seguridad jurídica y se hacen valer los postulados de la justicia y de la igualdad ante la ley.¹²

3.1.1. Derecho de toda persona de acceder a la administración de justicia

El artículo 14 (1) del PDCP y el artículo 8 (1) de la Convención Americana establecen un listado de elementos que deben ser tenidos en cuenta en todo

11 Corte Interamericana, Opinión Consultiva OC-11/90 del 10 de agosto de 1990, “Excepciones al agotamiento de los recursos internos” (arts. 46.1, 46.2-a y 46.2-b Convención Americana sobre Derechos Humanos), párr. 28.

12 Corte Constitucional, sentencia C-491 de 1996, M. P. José Gregorio Hernández Galindo.

procedimiento legal que sea justo, y señalan, en un sentido amplio, los parámetros para juzgar, en última instancia, si los procedimientos legales, civiles y penales, son justos o no.

Sin embargo, antes de realizar esta evaluación, un individuo tiene que tener la oportunidad de que su caso sea conocido por un juez, tribunal o autoridad competente. En este sentido la CP, en su artículo 229, garantiza “(...) el derecho de toda persona para acceder a la administración de justicia (...)”.

La Corte Interamericana, en la Opinión Consultiva OC-11/90, analizó el caso de un indigente que, debido a circunstancias económicas, no pudo utilizar los recursos jurídicos en el país, y el caso de un reclamante individual que, por no poder obtener representación legal debido a un temor generalizado en los círculos jurídicos del país, no pudo hacer uso de los recursos que le brindaba la ley. La Corte señaló que:

22. La parte final del artículo 1.1 prohíbe al Estado discriminar por diversas razones, entre ellas la posición económica. El sentido de la expresión discriminación que menciona el artículo 24 debe ser interpretado, entonces, a la luz de lo que menciona el artículo 1.1. Si una persona que busca la protección de la ley para hacer valer los derechos que la Convención le garantiza, encuentra que su posición económica (en este caso, su indigencia) le impide hacerlo porque no puede pagar la asistencia legal necesaria o cubrir los costos del proceso, queda discriminada por motivo de su posición económica y colocada en condiciones de desigualdad ante la ley.

(...)

29. Naturalmente que no es la ausencia de asistencia legal lo único que puede impedir que un indigente agote los recursos internos. Puede suceder, incluso, que el Estado provea asistencia legal gratuita, pero no los costos que sean necesarios para que el proceso sea el debido que ordena el artículo 8.(...)¹³

El Relator Especial de la Comisión de Derechos Humanos, señor Cherif Bassiouni, sobre el derecho de restitución, indemnización y rehabilitación de las víctimas de violaciones graves de los derechos humanos y las libertades fundamentales, ha indicado que:

Opinión Consultiva
Corte Interamericana
de Derechos Humanos

Corte Interamericana, Opinión Consultiva OC-11/90 del 10 de agosto de 1990, “Excepciones al agotamiento de los recursos internos” (arts. 46.1, 46.2.a y 46.2.b Convención Americana), párrs. 22 y 29.

El derecho de la víctima a acceder a la justicia comprende todas las acciones judiciales, administrativas o de otra índole que ofrezca el derecho interno o internacional en vigor. El derecho interno debería garantizar las obligaciones de respetar el derecho individual o colectivo a acceder a la justicia y a un juicio justo e imparcial previstas en el derecho internacional. Con tal fin, los Estados deberían:

- a) Dar a conocer, por medio de mecanismos oficiales y privados, todos los recursos disponibles contra las violaciones de las normas internacionales de derechos humanos y del derecho internacional humanitario;**
- b) Adoptar, durante los procedimientos judiciales, administrativos o de otra índole que afecten a los intereses de las víctimas, medidas para reducir al mínimo las molestias a las víctimas, proteger su intimidad según proceda, y garantizar su seguridad, así como la de sus familiares y la de los testigos, contra todo acto de intimidación o represalia;**
- c) utilizar todos los medios diplomáticos y jurídicos apropiados para que las víctimas puedan ejercer su derecho a interponer recurso y obtener reparación por las violaciones de las normas internacionales de derechos humanos o del derecho internacional humanitario.¹⁴**

La violación del derecho de acceder a la administración de justicia también puede producirse por medio de la expedición de leyes de amnistía. Respecto a la incompatibilidad de las leyes de amnistía con la Convención Americana, la Corte Interamericana ha dicho:

41. Esta Corte considera que son inadmisibles las disposiciones de amnistía, las disposiciones de prescripción y el establecimiento de excluyentes de responsabilidad que pretendan impedir la investigación y sanción de los responsables de las violaciones graves de los derechos humanos tales como la tortura, las ejecuciones sumarias, extrajudiciales o arbitrarias y las desapariciones forzadas, todas ellas prohibidas por

14 Naciones Unidas, Comisión de Derechos Humanos, Informe final del Relator Especial, señor M. Cherif Bassiouni, presentado en virtud de la resolución 1999/33 de la Comisión de Derechos Humanos en relación con “El derecho de restitución, indemnización y rehabilitación de las víctimas de violaciones graves de los derechos humanos y las libertades fundamentales”, E/CN.4/2000/62 del 18 de enero de 2000, Principio 12.

contravenir derechos inderogables reconocidos por el Derecho Internacional de los Derechos Humanos.

42. La Corte, conforme a lo alegado por la Comisión y no controvertido por el Estado, considera que las leyes de amnistía adoptadas por el Perú impidieron que los familiares de las víctimas y las víctimas sobrevivientes en el presente caso fueran oídas por un juez, conforme a lo señalado en el artículo 8.1 de la Convención; violaron el derecho a la protección judicial consagrado en el artículo 25 de la Convención; impidieron la investigación, persecución, captura, enjuiciamiento y sanción de los responsables de los hechos ocurridos en Barrios Altos, incumpliendo el artículo 1.1 de la Convención, y obstruyeron el esclarecimiento de los hechos del caso. Finalmente, la adopción de las leyes de autoamnistía incompatibles con la Convención incumplió la obligación de adecuar el derecho interno consagrada en el artículo 2 de la misma.

43. La Corte estima necesario enfatizar que, a la luz de las obligaciones generales consagradas en los artículos 1.1 y 2 de la Convención Americana, los Estados Partes tienen el deber de tomar las providencias de toda índole para que nadie sea sustraído de la protección judicial y del ejercicio del derecho a un recurso sencillo y eficaz, en los términos de los artículos 8 y 25 de la Convención. Es por ello que los Estados Partes en la Convención que adopten leyes que tengan este efecto, como lo son las leyes de autoamnistía, incurren en una violación de los artículos 8 y 25 en concordancia con los artículos 1.1 y 2 de la Convención. Las leyes de autoamnistía conducen a la indefensión de las víctimas y a la perpetuación de la impunidad, por lo que son manifiestamente incompatibles con la letra y el espíritu de la Convención Americana. Este tipo de leyes impide la identificación de los individuos responsables de violaciones a [sic] derechos humanos, ya que se obstaculiza la investigación y el acceso a la justicia e impide a las víctimas y a sus familiares conocer la verdad y recibir la reparación correspondiente.

44. Como consecuencia de la manifiesta incompatibilidad entre las leyes de autoamnistía y la Convención Americana sobre Derechos Humanos, las mencionadas leyes carecen de efectos jurídicos y no pueden seguir representando un obstáculo para la investigación de los hechos

que constituyen este caso ni para la identificación y el castigo de los responsables, ni pueden tener igual o similar impacto respecto de otros casos de violación de los derechos consagrados en la Convención Americana acontecidos en el Perú.¹⁵

La Corte Europea ha conocido numerosos casos sobre la supuesta violación del derecho de todo individuo a tener acceso a un tribunal, reconocido en los anteriores instrumentos internacionales y en el artículo 6 (1) de la Convención Europea. En la jurisprudencia de esta Corte pueden distinguirse dos tipos de casos: a) en los que se ha alegado una denegación del derecho a presentar una demanda o acción penal; b) en los que se ha señalado que los costos onerosos o la complejidad del procedimiento habían denegado “de hecho” el derecho a acceder a un tribunal, a pesar de que este derecho se encontraba reconocido en su legislación.

Algunos de los casos más relevantes conocidos por la Corte Europea en los que los peticionarios alegaron que se había violado su derecho a interponer una demanda, fueron presentados por personas privadas de libertad en cárceles o prisiones. Por ejemplo, en el caso *Golder*,¹⁶ la Corte Europea señaló que existió una violación del derecho a la inviolabilidad de la correspondencia (art. 8) y del derecho a tener acceso a un juez o tribunal establecido en el artículo 6 (1) de la Convención, dado que las autoridades carcelarias censuraron y retuvieron la correspondencia intercambiada entre un preso –que quería presentar una demanda civil por difamación en contra de un guardia de la prisión que le había acusado falsamente de haber instigado una revuelta en la cárcel–, su asesor legal y la Comisión Europea de Derechos Humanos.

Igualmente, en el caso *Campbell and Fell*,¹⁷ autoridades carcelarias no permitieron que distintas personas privadas de la libertad, que habían sido acusadas de haber cometido infracciones disciplinarias por haber participado en una protesta no violenta en la cárcel, pudieran consultar con un abogado. Aunque posteriormente las autoridades carcelarias accedieron a que se realizara esta consulta, durante la reunión que mantuvieron los presos con su abogado se encontró presente un oficial de la prisión. Por este motivo, la Corte Europea sostuvo que se violó el artículo 6 (1) de la Convención Europea, ya que la ausencia de una comunicación privilegiada entre un abogado y su cliente puede considerarse como una interferencia al derecho a tener acceso a una corte o tribunal.

15 Corte Interamericana, caso Barrios Altos, sentencia del 14 de marzo de 2001, párrs. 41, 42, 43 y 44.

16 Corte Europea, *Golder*, judgment of 21 February 1975, Series A, No. 18.

17 Corte Europea, *Campbell and Fell*, judgment of 28 June 1984, Series A, No. 80.

En el ámbito civil la Corte Europea, en el caso Keegan,¹⁸ sostuvo que se había violado el derecho de un padre natural a tener acceso a un juez o tribunal, dado que la ley irlandesa relativa al procedimiento general de adopción no reconocía ningún tipo de derecho a los padres naturales, incluido el derecho a oponerse a la adopción misma.

Entre los casos en los que la Corte Europea ha señalado que los costos onerosos o la complejidad del procedimiento habrían denegado “de hecho” el derecho a acceder a un tribunal, a pesar de que este derecho se encontraba reconocido en su legislación, se encuentra el caso Airey.¹⁹ En éste, la Corte Europea sostuvo que al habersele negado ayuda legal gratuita a una mujer indigente para separarse de su abusivo marido, se había violado su derecho a tener acceso a un tribunal, ya que este derecho debe ser sustantivo y no únicamente formal.

Cabe destacar que la mayor parte de los casos conocidos por la Corte Europea, en los que se ha denunciado una presunta violación del derecho a tener acceso a un tribunal, han versado sobre procesos civiles. Sin embargo, el ejercicio de este derecho es igualmente importante en los procesos penales, ya que protege al individuo de acusaciones penales formuladas por autoridades que no reúnen los requisitos o estándares establecidos en el artículo 6 (1), es decir, independencia e imparcialidad.

La Corte Constitucional ha expresado que el derecho constitucional del libre acceso a la jurisdicción es aquél en virtud del cual las personas tienen derecho a ser parte en un proceso, promoviendo la actividad jurisdiccional que desemboque en una decisión judicial sobre las pretensiones que se le formulen.

El artículo 229 de la CP²⁰ reconoce a todas las personas el derecho a obtener tutela judicial efectiva por parte de los jueces y tribunales que integran la administración de justicia, garantía que entraña la posibilidad de acudir libremente a la jurisdicción y hacer parte de un proceso promoviendo la actividad jurisdiccional que concluya con una decisión final motivada, razonable y fundada en el sistema de fuentes (art. 230 de la CP). También implica la existencia de pretensiones legítimas en cabeza de quienes accionan el aparato de la justicia.²¹

Asimismo, ha manifestado que el derecho de acceder a la administración de justicia es un derecho fundamental, cuyo alcance no puede concebirse dentro de los estrechos moldes de la posibilidad formal de llegar ante los jueces, o en la

Corte Europea, Keegan, judgment of 26 May 1994, Serie A, No. 290.	18
Corte Europea, Airey, judgment of 9 October 1979, Serie A, No. 32.	19
Constitución Política, art. 229: “Se garantiza el derecho de toda persona para acceder a la administración de justicia. La ley indicará en qué casos podrá hacerlo sin la representación de abogado”.	20
Corte Constitucional, sentencia C-893 de 2001, M. P. Clara Inés Vargas Hernández.	21

simple existencia de una estructura judicial lista a atender las demandas de los asociados, puesto que su esencia reside en la certidumbre de que, ante los estrados judiciales, serán surtidos los procesos a la luz del orden jurídico aplicable, con la objetividad y la suficiencia probatoria que aseguren un real y ponderado conocimiento del fallador acerca de los hechos materia de su decisión.²²

En este sentido, el acceso a la justicia se integra al núcleo esencial del debido proceso, su garantía supone necesariamente la vigencia de aquél, si se tiene en cuenta que no es posible asegurar el cumplimiento de las garantías sustanciales y de las formas procesales establecidas por el legislador sin que se garantice adecuadamente dicho acceso el cual consiste, como ya se dijo, no solamente en poner en movimiento el aparato jurisdiccional, a través de los actos de postulación requeridos por la ley procesal, sino en que se surtan los trámites propios del respectivo proceso, se dicte sentencia estimatoria o desestimatoria de las pretensiones de la demanda, y que ésta sea efectivamente cumplida.²³

En desarrollo del principio de gratuidad de la justicia, el ordenamiento jurídico colombiano establece mecanismos para garantizar el acceso a la justicia de las personas de bajos recursos. Así, el artículo 160 del Código de Procedimiento Civil establece que:

Se concederá el amparo de pobreza a quien no se halle en capacidad de atender los gastos del proceso sin menoscabo de lo necesario para su propia subsistencia y la de las personas a quienes por ley debe alimentos, salvo cuando pretenda hacer valer un derecho litigioso adquirido a título oneroso, y en virtud de este amparo se estipula que el “no estará obligado a prestar cauciones procesales ni a pagar expensas, honorarios de los auxiliares de la justicia u otros gastos de la actuación, y no será condenado en costas”.

3.1.2. Derecho de toda persona a ser tratada con igualdad ante los tribunales (principio de igualdad de armas)

El principio de igualdad de armas se desprende del derecho a un juicio justo, que aunque no se encuentra explícitamente reconocido en la Convención Americana y en el PIDCP, subyace en las distintas garantías procesales que se establecen en ambos instrumentos internacionales, y constituye el propósito del

Artículo 160.
Código de
Procedimiento Civil

22 Corte Constitucional, sentencia T-004 de 1995, M. P. José Gregorio Hernández.

23 Corte Constitucional, sentencia T-268 de 1996, M. P. Antonio Barrera Carbonell.

reconocimiento del derecho al debido proceso legal. El principio de igualdad de armas se desprende del artículo 14.1 del PIDCP, cuando señala que: “Todas las personas son iguales ante las cortes de justicia”. El principio de igualdad de armas reconoce que ninguna de las partes del proceso gozará de una ventaja sustancial sobre su oponente.

En numerosos casos, la Corte Europea de Derechos Humanos ha considerado que se violó el artículo 6.(1) de la Convención Europea (homólogo del 8.1 de la Convención Americana y 14.1 PIDCP), al no haberse cumplido este principio en distintos procedimientos civiles y penales elevados ante este Tribunal.

El principio de igualdad de armas fue definido por la Comisión Europea en el caso *Ofner and Hopfinger*²⁴ contra Austria, como la igualdad procesal del acusado en relación con el fiscal y, por tanto, como un elemento inherente a un juicio justo. En este caso, la Comisión examinó el cumplimiento de tres criterios para determinar la compatibilidad de la práctica austriaca con el artículo 6 (1) de la Convención. Estos criterios, que han sido aplicados con posterioridad en otros casos por la Corte Europea (principalmente los dos primeros), son los siguientes:

- a) el papel del procurador o fiscal en el procedimiento;
- b) las circunstancias en las que se desarrolló el procedimiento;
- c) el efecto del procedimiento en relación con la situación del acusado.

En relación con las circunstancias en las que debe desarrollarse un procedimiento penal, la Corte Europea argumentó en el caso *Brandstetter* que:

El principio de igualdad de armas es solamente un elemento del concepto más amplio de un juicio justo, el cual incluye también el derecho fundamental a que los procedimientos penales sean contradictorios. (...) El derecho a un juicio contradictorio significa, en un procedimiento penal determinado, que tanto el fiscal como la defensa deben tener la oportunidad de conocer y comentar las observaciones sometidas y la evidencia presentada por la otra parte. Las leyes nacionales pueden garantizar este requisito de distintas formas. Sin embargo, cualquiera que sea el método elegido, se deberá asegurar que la otra parte estará al tanto de las observaciones que se han sometido y tendrá una verdadera oportunidad de dar su opinión al respecto.²⁵

Jurisprudencia
Corte Europea de
Derechos Humanos

Comisión Europea, Nos.524/59 and 617/59 (joined), Dec.19.12.60, Yearbook 6, page 680.
Corte Europea, *Brandstetter*, judgment of 28 August 1991, Series A, No. 211, párrs. 66-67. Traducción propia.

24
25

Según lo establecen expresamente el preámbulo y los artículos 1° y 2° de la CP dentro de los propósitos constitucionales que orientan la actividad de los jueces –como sucede con todas las autoridades públicas– están los de propugnar por la promoción y protección de la dignidad de la persona, y por el respeto de la vida, la justicia, la libertad y la igualdad. De conformidad con lo anterior, los códigos que rigen el sistema judicial colombiano contemplan como norma rectora la igualdad ante la ley.

La Corte Constitucional ha manifestado que:

La igualdad, además de ser un principio vinculante para toda la actividad estatal, está consagrado en el artículo 13 de la Carta como derecho fundamental de las personas. Este derecho comprende dos garantías fundamentales: la igualdad ante la ley y la igualdad de protección y trato por parte de las autoridades. Sin embargo, estas dos garantías operan conjuntamente en lo que respecta a la actividad judicial, pues los jueces interpretan la ley y como consecuencia materialmente inseparable de esta interpretación, atribuyen determinadas consecuencias jurídicas a las personas involucradas en el litigio. Por lo tanto, en lo que respecta a la actividad judicial, la igualdad de trato que las autoridades deben otorgar a las personas supone además una igualdad en la interpretación en la aplicación de la ley.²⁶

Refiriéndose específicamente a los límites del poder judicial para interpretar autónomamente el ordenamiento jurídico, a la luz de lo dispuesto por la parte dogmática de la CP, la Corte Constitucional ha sostenido:

23. Finalmente, debe esta Sala reiterar la prevalencia de la parte dogmática de la Constitución, (...) respecto de aquella que determina la organización estatal, pues son éstos [principios y valores, en conjunto con los derechos fundamentales] los que orientan y legitiman la actividad del Estado. * En virtud de esta jerarquía, (...) la autonomía judicial y la libertad que tienen los jueces de interpretar y aplicar la ley no puede llegar al extremo de implicar un desconocimiento de los derechos fundamentales de las personas, ni un incumplimiento del deber de

Jurisprudencia
Corte Constitucional

Jurisprudencia
Corte Constitucional

26

*

Corte Constitucional, sentencia C-836 de 2001, M. P. Rodrigo Escobar Gil.

Ver, entre otras, las sentencias T-474 de 1992, SU-327 de 1995 y, refiriéndose en particular a la prevalencia de los derechos fundamentales respecto de la autonomía judicial, la sentencia T-1017 de 1999.

proteger especialmente a aquellas que se encuentren en situaciones de debilidad manifiesta, reduciendo el ámbito de aplicación y por ende la eficacia de los mecanismos legales que desarrollen el objetivo constitucional de la igualdad.²⁷

Además de las anteriores consideraciones, conviene tener en cuenta que en el procedimiento procesal penal colombiano se debe respetar el “principio de igualdad de armas” en lo que respecta al papel de la Fiscalía y del imputado en el proceso penal.

3.1.3. Derecho a una audiencia pública: publicidad del proceso

Este derecho se encuentra consagrado en los artículos 14.1 del PIDCP y 8.5 de la Convención Americana. Mientras que el Pacto reconoce este derecho tanto en los procesos penales como en los civiles, la Convención solamente lo contempla en relación con los procedimientos penales.

Ambos artículos establecen una serie de restricciones a este derecho. En el caso del artículo 14.1 del PIDCP,

(...) La prensa y el público podrán ser excluidas de la totalidad o parte de los juicios por consideraciones de la moral, orden público o seguridad nacional en una sociedad democrática, o cuando lo exija el interés de la vida privada de las partes o, en la medida estrictamente necesaria en opinión del tribunal, cuando por circunstancias especiales de asunto la publicidad pudiera perjudicar a los intereses de la justicia.(...)

El artículo 8.5 de la Convención Americana solamente señala: “salvo en lo que sea necesario para preservar los intereses de la justicia”.

Respecto a la publicidad de las sentencias, el artículo 14.1 del PIDCP indica que: “(...) toda sentencia en materia penal o contenciosa será pública, excepto en los casos en que el interés de menores de edad exija lo contrario, o en las acusaciones referentes a pleitos matrimoniales o a la tutela de menores”.

El Comité de Derechos Humanos, en su Observación General No. 13 señaló que:

Artículo 14.
Pacto Internacional
de Derechos Civiles
y Políticos

Corte Constitucional, sentencia T-1072 de 2000, M. P. Vladimiro Naranjo Mesa.

Observación General
Comité de Derechos
Humanos

La publicidad de la audiencia constituye una importante salvaguardia de los intereses del individuo y de la sociedad en general. Al mismo tiempo, el párrafo 1 del artículo 14 reconoce que los tribunales tienen la facultad de excluir a la totalidad o parte del público por las razones que se enumeran en dicho párrafo. Debe observarse que, con independencia de esas circunstancias excepcionales, el Comité considera que las audiencias deben estar abiertas al público en general, incluidos los miembros de la prensa, sin estar limitadas, por ejemplo, a una determinada categoría de personas. Debe observarse que, aún en los casos en que el público quede excluido del proceso, la sentencia, con algunas excepciones estrictamente definidas, debe hacerse pública.²⁸

En el caso peruano de Petruzzi y otros la Comisión Interamericana de Derechos Humanos (CIDH) sostuvo que:

Jurisprudencia
Corte Interamericana
de Derechos Humanos

La etapa del juicio debe ser pública, es decir, debe contar con asistencia del público en general y debe darse participación a los medios de comunicación social. Este principio encuentra su fundamento en normas internacionales como el artículo 14.1 y 14.2 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, en los artículos 10 y 11.1 de la Declaración Universal de los Derechos Humanos y en el artículo XXVI de la Declaración Americana de los Derechos del Hombre. Este tipo de juicio debe ser también (un) juicio concentrado y con intermediación, lo que lleva necesariamente a que todo lo que pueda influir en la decisión judicial tiene que haberse practicado en presencia judicial, de modo que la decisión no puede atender sino a las alegaciones o a las pruebas hechas o practicadas ante el juez de sentencia y en audiencia pública.²⁹

Con relación al derecho a una audiencia pública y a la publicidad del proceso, la Corte Interamericana dio la razón a la CIDH al señalar que:

Jurisprudencia
Corte Interamericana
de Derechos Humanos

La Corte considera probado que los procesos militares de civiles supuestamente incurso en delitos de traición a la patria son desarrollados por jueces y fiscales “sin rostro”, y conllevan una serie de restricciones que los

28 Comité de Derechos Humanos, Observación General No. 13, “La igualdad ante los tribunales y el derecho de toda persona a ser oída públicamente por un tribunal competente establecido por la ley”, párr. 6.
29 Corte Interamericana, sentencia del 30 de mayo de 1999, párr. 170.

hacen violatorios del debido proceso legal. En efecto, se realizaron en recinto militar, al que no tiene acceso el público. En estas circunstancias de secreto y aislamiento tuvieron lugar todas las diligencias del proceso, entre ellas la audiencia misma. Evidentemente, no se observó el derecho a la publicidad del proceso, consagrado por la Convención.³⁰

La Corte Constitucional ha expresado que el principio de la publicidad del proceso es un derecho constitucional del acusado y una garantía jurídica, puesto que las actuaciones judiciales son públicas con las excepciones que señale la ley, además de constituirse en una manifestación del derecho a obtener información y del derecho a acceder a los documentos públicos. El propósito fundamental de la publicidad de los procesos es evitar las arbitrariedades en que puedan incurrir las autoridades judiciales, y proporcionar al acusado un juicio justo e imparcial. Sin embargo, dicha publicidad puede ser restringida o limitada por la ley, siempre y cuando sea proporcional con la finalidad protectora que se quiera cumplir, como es el caso de la reserva del sumario, que busca proteger la recolección de datos que ayuden a determinar responsabilidades. Tales restricciones, sin embargo, no pueden ser de tal magnitud que hagan nugatorio dicho derecho constitucional.³¹

De otra parte, manifestó que para evitar la arbitrariedad en las decisiones del Estado, el proceso ha de organizarse conforme a unos principios generales que constituyen lo que la doctrina universal conoce como el “debido proceso”. Entre tales principios, resultan esenciales en un Estado democrático el de la publicidad y la contradicción. El primero impide que en el proceso existan actuaciones ocultas para las partes o para quienes intervienen en él por ministerio de la ley como sujetos procesales. Tal publicidad resulta indispensable para la formación válida de la relación jurídico-procesal pues, de no ser así, el demandado quedaría expuesto a que contra él se profiriera una sentencia adversa sin haber sido debidamente informado de la existencia de la demanda promovida en su contra. Es decir, la publicidad es un presupuesto necesario para que, a lo largo del proceso, pueda existir la contradicción de las actuaciones que en él se surtan, por quienes se encuentran legitimados para el efecto. Sólo de esta manera puede tener cabal realización la garantía democrática de que nadie puede ser condenado sin haber sido oído y vencido en juicio.³²

Ibid., párr. 172.

Corte Constitucional, sentencia C-060 de 1994, M. P. Carlos Gaviria Díaz.

Corte Constitucional, sentencia T-1012 de 1999, M. P. Alfredo Beltrán Sierra.

30

31

32

3.1.4. Derecho a un juez o tribunal competente

El derecho a un tribunal competente es el derecho a un juez natural en los sistemas jurídicos nacionales. Se refiere a que nadie puede ser juzgado sino por juez preconstituido y establecido legalmente, con los presupuestos que connotan al juez auténtico, esto es, independencia, inamovilidad y responsabilidad. Además, la competencia de un tribunal normalmente está establecida por la ley en razón de la materia (penal, administrativa, constitucional, militar, entre otras), y del territorio (por ejemplo, en materia penal, el artículo 81 del Código Procesal Penal establece la competencia territorial de los distintos tribunales para efectos del juzgamiento).

La violación más frecuente del derecho a ser juzgado por un tribunal competente se produce cuando tribunales o jueces militares conocen sobre delitos comunes (cuyo conocimiento corresponde a la jurisdicción ordinaria) cometidos por la fuerza pública, o cuando juzgan a civiles sobre delitos en los que estos tribunales no tienen jurisdicción.

En el ámbito regional de protección de los derechos humanos, la Corte Interamericana encontró que el Estado peruano había violado el derecho a ser juzgado por un juez competente, reconocido en el artículo 8.1 de la Convención Americana, en el caso de María Elena Loayza Tamayo, ya que la jurisdicción militar del Perú aplicó los Decretos-Leyes No. 25.659 (que atribuía el conocimiento del delito de traición a la patria a los tribunales castrenses) y No. 25.475 (que atribuía el conocimiento del delito de terrorismo a los tribunales ordinarios). En este caso, la jurisdicción militar del Perú, después de dictar sentencia absolutoria por el delito de traición a la patria a favor de María Elena Loayza Tamayo, la mantuvo en detención y, en su fallo absolutorio de última instancia, declaró que “existiendo evidencia de la comisión del delito de terrorismo dispone remitir los actuados pertinentes al Fuero Común y poner a disposición de la Autoridad competente a la referida denunciada”.³³

La Corte Interamericana sostuvo que:

(...) Con esta conducta los tribunales castrenses actuando *ultra vires* usurparon jurisdicción e invadieron facultades de los organismos judiciales ordinarios, ya que según el mencionado Decreto Ley No. 25.475 (delito de terrorismo), correspondía a la Policía Nacional y al Ministe-

rio Público la investigación de ese ilícito y a los jueces ordinarios el conocimiento del mismo. Por otra parte, dichas autoridades judiciales comunes eran las únicas que tenían la facultad de ordenar la detención y decretar la prisión preventiva de los acusados.(...)³⁴

La Corte Interamericana sostuvo además que del hecho de que la señora María Elena Loayza Tamayo fuera condenada por la justicia ordinaria, pero con fundamento en pruebas supuestamente obtenidas en el procedimiento militar (a pesar de que éste era incompetente), se derivaron una serie de consecuencias negativas en su contra, ya que:

(...) la señora María Elena Loayza Tamayo fue enjuiciada y condenada por un procedimiento excepcional en el que, obviamente, están sensiblemente restringidos los derechos fundamentales que integran el debido proceso. Estos procesos no alcanzan los estándares de un juicio justo ya que no se reconoce la presunción de inocencia; se prohíbe a los procesados contradecir las pruebas y ejercer el control de las mismas; se limita la facultad del defensor al impedir que éste pueda libremente comunicarse con su defendido e intervenir con pleno conocimiento en todas las etapas del proceso. (...)³⁵

La Corte Constitucional ha expresado que el “juez natural” es aquél a quien la Constitución o la ley le ha asignado el conocimiento de ciertos asuntos para su resolución.³⁶

Este principio constituye, en consecuencia, el elemento medular del debido proceso, en la medida en que desarrolla y estructura el postulado constitucional establecido en el artículo 29 superior que señala que “Nadie podrá ser juzgado sino conforme a las leyes preexistentes al acto que se le imputa, ante juez o tribunal competente y con observancia de la plenitud de las formas propias de cada juicio”.

Para una mayor comprensión del tema, debe señalarse que la competencia de una autoridad judicial ha sido entendida como “la porción, la cantidad, la medida o el grado de la jurisdicción que corresponde a cada juez o tribunal, mediante la determinación de los asuntos que le corresponde conocer, atendidos determinados factores (materia, cuantía, lugar, etc)”.³⁷ Los factores y las condiciones especiales que

Jurisprudencia
Corte Interamericana
de Derechos Humanos

Ibíd. 34

Ibíd., párr. 62. 35

Corte Constitucional, sentencia C-444 de 1995, M. P. Carlos Gaviria Díaz. 36

Corte Constitucional, sentencia C-040 de 1997, M. P. Antonio Barrera Carbonell. 37

debe reunir la asignación de una competencia en particular, según lo anotado por la Corte Constitucional, tienen las siguientes características:

La competencia se fija de acuerdo con distintos factores, a saber: la naturaleza o materia del proceso y la cuantía (factor objetivo), la calidad de las partes que intervienen en el proceso (factor subjetivo), la naturaleza de la función que desempeña el funcionario que debe resolver el proceso (factor funcional), el lugar donde debe tramitarse el proceso (factor territorial), el factor de conexidad.

La competencia debe tener las siguientes calidades: legalidad, pues debe ser fijada por la ley; imperatividad, lo que significa que no es derogable por la voluntad de las partes; inmodificabilidad por que no se puede variar en el curso de un proceso (*perpetuatio jurisdictionis*); la indelegabilidad, ya que no puede ser delegada por quien la detenta; y es de orden público puesto que se funda en principios de interés general.³⁸

3.1.5. Derecho a un juez o tribunal independiente e imparcial

En términos generales, las medidas jurídicas que se pueden adoptar para garantizar un juicio imparcial pueden clasificarse como: a) medidas relativas a la organización de los órganos decisorios y; b) garantías procesales para la celebración del juicio. Mientras que las cuestiones de organización se refieren a los procedimientos para el nombramiento de jueces y demás personas competentes encargadas de adoptar decisiones, las garantías procesales contribuyen a garantizar la objetividad de los procedimientos judiciales.³⁹

Respecto a las medidas que se deben adoptar para la organización de los órganos decisorios, cabe indicar que todos los aspectos de la organización de la judicatura deben contribuir a crear condiciones para el desarrollo de procedimientos judiciales, que excluyan toda influencia externa en la evaluación de los hechos y la aplicación de la ley por el tribunal pues, en último término, las medidas de organización para lograr un juicio imparcial garantizan la independencia de los jueces en cuanto particulares y la independencia de la judicatura

38 Corte Constitucional, sentencia C-655 de 1997, M. P. Carlos Gaviria Díaz.

39 Naciones Unidas, Comisión de Derechos Humanos, Subdivisión de prevención de discriminaciones y protección a las minorías, “El derecho a un juicio imparcial: reconocimiento actual y medidas necesarias para su consolidación”, Informe Final preparado por el señor Stanislav Chernichenko y el señor William Trent, E/CN.4/Sub.2/1994/24 del 3 de junio de 1994, párr. 62.

en su conjunto. Sin estas medidas de organización, las garantías procesales de imparcialidad no serán eficaces.⁴⁰

(...) La imparcialidad se refiere al desarrollo del juicio e indica que el juez o persona encargada de dirimir el caso no se inclinará a favor de una de las partes durante el juicio y que las partes tendrán igual oportunidad de presentar sus posiciones. La imparcialidad describe también la actitud apropiada del tribunal con respecto al caso que se esté enjuiciando y exige que no haya una evaluación sesgada de las pruebas. La objetividad se refiere a la adecuación de los procedimientos judiciales y la manera en que se evalúen las pruebas a fin de elegir el enfoque jurídico más eficaz para descubrir la verdad.⁴¹

Los principios de independencia e imparcialidad de los jueces y tribunales, establecidos en el artículo 14.1 del PIDCP y 8.1 de la Convención Americana, fueron desarrollados en el Séptimo Congreso de las Naciones Unidas sobre Prevención del Delito y Tratamiento del Delincuente, y confirmados por la Asamblea General de las Naciones Unidas⁴² mediante la adopción de los “principios básicos relativos a la independencia de la judicatura”. Según su preámbulo, estos principios tienen como finalidad “ayudar a los Estados Miembros en su tarea de garantizar y promover la independencia de la judicatura”. En este sentido, el Principio 1 establece que: “La independencia de la judicatura será organizada por el Estado y proclamada por la Constitución o la legislación del país. Todas las instituciones gubernamentales y de otra índole respetarán y acatarán la independencia de la judicatura”. Respecto a la forma de resolver el Principio 2 indica que: “los jueces resolverán los asuntos que conozcan con imparcialidad, basándose en los hechos y en consonancia con el derecho, sin restricción alguna y sin influencias, alicientes, presiones, amenazas o intromisiones indebidas, sean directas o indirectas, de cualesquiera sectores o por cualquier motivo”.

En relación con la designación de las personas seleccionadas para ocupar cargos judiciales, el Principio 10 señala que:

(...) serán personas íntegras e idóneas y tendrán la formación o las calificaciones jurídicas apropiadas. Todo método utilizado para la selección del personal judicial garantizará que éste no sea nombrado por

Informe
Relatores Especiales
de las Naciones Unidas

Principio 10.
Principios básicos
relativos a la
independencia de
la judicatura

Ibid., párr. 63. 40

Ibid., párr. 66. 41

Resoluciones 40/32 del 29 de noviembre de 1985 y 40/46 del 13 de diciembre de 1995. 42

motivos indebidos. En la selección de los jueces, no se hará discriminación alguna por motivo de raza, color, sexo, religión, opinión pública u otra índole, origen nacional o social, posición económica, nacimiento o condición;(...).

Además, estos principios también garantizan la libertad de expresión y de asociación de los jueces; establecen estándares sobre su competencia profesional, selección y formación; las condiciones de servicio e inamovilidad; el secreto profesional y la inmunidad; las medidas disciplinarias, la suspensión y separación del cargo.

Por su parte, el Comité de Derechos Humanos señaló que:

La imparcialidad del tribunal y la publicidad de las actuaciones son importantes aspectos del derecho a un juicio justo en el sentido del párrafo 1 del artículo 14. La “imparcialidad” del tribunal supone que los jueces no deben tener ideas preconcebidas en cuanto al asunto de que entienden y que no deben actuar de manera que promuevan los intereses de las partes.⁴³

Según el Comité de Derechos Humanos en su comunicación No. 263/1987, “el derecho a ser juzgado por un tribunal independiente e imparcial es un derecho absoluto que no puede ser objeto de excepción alguna”.⁴⁴

En el ámbito regional de protección de los derechos humanos, en su Informe Anual de 1995 la CIDH señaló que: “la imparcialidad supone que el tribunal o juez no tienen opiniones preconcebidas sobre el caso *sub judice* y, en particular, no presume la culpabilidad del acusado”.⁴⁵

De acuerdo con la jurisprudencia de la Corte Europea, en relación con el artículo 6 (1) de la Convención Europea, el derecho a ser juzgado por un tribunal independiente e imparcial establecido por la ley requiere, en primer lugar, que exista una separación de poderes dentro de la estructura constitucional de país (requisito institucional).

En este sentido, la Corte Europea considera que la separación del poder ejecutivo del judicial es particularmente importante para asegurar las bases de

43 Comité de Derechos Humanos, *Karttunen c. Finlandia*, comunicación No. 387/1989, decisión del 17 de noviembre de 1992, CCPR/C/46/D/387/1989, párr. 7.2.

44 Comité de Derechos Humanos, comunicación No. 263/1987, *González del Río c. Perú*, decisión del 20 de noviembre de 1992, CCPR/46/D/263/1987, párr. 5.2.

45 CIDH, Informe anual 1995. Capítulo III: Perú, 10.970 d.

una judicatura independiente e imparcial. Por ejemplo, si los jueces pueden ser removidos en cualquier momento por el gobierno o por otras autoridades, su independencia institucional no se encuentra asegurada.

En relación con el elemento institucional, la Corte Europea consideró que Holanda violó el artículo 6 (1) de la Convención Europea en el caso Van de Hurk, dado que el ejecutivo tenía la potestad de cumplir o no con las sentencias de algunos tribunales judiciales sobre solicitudes de aumento de ganadería. La Corte consideró que, en relación con la determinación de un derecho u obligación de carácter civil, el poder de los jueces o tribunales de emitir decisiones vinculantes, es decir, que no puedan ser alteradas por una autoridad no judicial en detrimento de una de las partes, es inherente a la noción de “tribunal”, y debe ser considerado como uno de los componentes de la independencia requerida en el artículo 6 (1) de la Convención. Esta interpretación, a juicio de la Corte, se encuentra confirmada por la palabra “determinación”, que aparece en la formulación del artículo 6 (1) de la Convención.⁴⁶

De acuerdo con la jurisprudencia de esta Corte, para determinar si se ha violado o no el derecho a ser juzgado por un tribunal imparcial establecido por la ley en un caso concreto, es necesario realizar dos pruebas: a) una de carácter objetivo, y b) otra de carácter subjetivo. La Corte definió el término “imparcialidad”, en el caso Piersack,⁴⁷ como la ausencia de todo prejuicio.

La primera prueba que debe realizarse es de carácter objetivo e intenta determinar si el juez ofreció las garantías necesarias para excluir cualquier duda razonable acerca de su imparcialidad en el proceso. El segundo elemento, o test subjetivo, intenta determinar el convencimiento personal del juez en el caso concreto. Se presume que el elemento subjetivo existe hasta que se pruebe lo contrario.

Como resultado de la aplicación de estos tests, en los casos Piersack,⁴⁸ De Cubber,⁴⁹ Ben Yaacoub⁵⁰ y Hauschildt,⁵¹ la Corte Europea encontró que se había violado el derecho a ser juzgado por un juez imparcial sobre la base de que el estándar objetivo de imparcialidad no se había cumplido, ya que los jueces o fiscales señalados por los peticionarios habían conocido los procesos en etapas anteriores.

Corte Europea, Van de Hurk v. Netherlands, judgment of 19 april 1994, Series A, No. 288-A, párr. 45.	46
Corte Europea, Piersack v. Belgium, judgment of 1 October 1982, Series A, No. 53, párr. 30.	47
Corte Europea, Ibíd.	48
Corte Europea, De Cubber, judgment of 26 October 1984, Series A, No. 86.	49
Corte Europea, Ben Yaacoub, judgment of 27 November 1987, Series A, No. 127.	50
Corte Europea, Hauschildt, judgment of 24 May 1989, Series A, No. 154.	51

Igualmente, el principio de independencia o imparcialidad es aplicable a los jurados, en los países donde se hayan establecido por ley.⁵²

3.1.6. La jurisdicción militar

En relación con la competencia de los jueces o tribunales militares para conocer sobre determinados delitos, el artículo 221 de la CP señala que: “De los delitos cometidos por los miembros de la fuerza pública en servicio activo, y en relación con el mismo servicio, conocerán las cortes marciales o tribunales militares, con arreglo a las prescripciones del Código Penal Militar. Tales cortes o tribunales estarán integrados por miembros de la fuerza pública en servicio activo o en retiro.” A este respecto la Corte Constitucional señaló que:

(...) la ley que señala cuáles son los delitos que corresponde conocer a esta jurisdicción debe respetar la orden constitucional que impone tanto el contenido esencial del fuero militar como su carácter limitado y excepcional. La extensión de éste, por fuera de los supuestos constitucionales, menoscabaría la jurisdicción ordinaria, que impone como juez natural general, por mandato de la misma Constitución y, por contera, violaría asimismo el principio de igualdad, el cual sólo se concilia con una interpretación restrictiva de las excepciones a la tutela judicial común.⁵³

Respecto al término “servicio”, la Corte Constitucional señaló que éste “alude a las actividades concretas que se orienten a cumplir o realizar las finalidades propias de las fuerzas militares –defensa de la soberanía, la independencia, la integridad del territorio nacional y del orden constitucional– y de la policía nacional –mantenimiento de las condiciones necesarias para el ejercicio de los derechos y libertades públicas y la convivencia pacífica.”⁵⁴

Por ello, la Corte Constitucional señaló que son únicamente justiciables por tribunales militares “los miembros de la fuerza pública en servicio activo, cuando cometan delitos que tengan relación con el mismo servicio”. El ámbito restringido sobre el cual opera la justicia militar por mandato constitucional, “no posibilita el que entren a este ámbito judicial de excepción, otros comporta-

Jurisprudencia
Corte Constitucional

52 Corte Europea, Holm c. Suecia, sentencia del 25 de noviembre de 1993, Serie A, No. 279-A.

53 Corte Constitucional, sentencia C-358 de 1997, M. P. Eduardo Cifuentes Muñoz.

54 *Ibíd.*

mientos u otros procesados ni siquiera por vía del Instituto de la conexidad o de la acumulación. De ahí, pues, que para que éstos operen, debe tratarse de personas procesadas que tengan ese carácter y realicen conductas de tan específica índole”.⁵⁵

Según la Corte Constitucional, para que un delito sea competencia de la justicia penal militar:

a) **Debe existir un vínculo claro de origen entre él y la actividad del servicio, esto es, el hecho punible debe surgir como una extralimitación o un abuso de poder ocurrido en el marco de una actividad ligada directamente a una función propia del cuerpo armado. Pero aún más, el vínculo entre el delito y la actividad propia del servicio debe ser próximo y directo, y no puramente hipotético y abstracto. Esto significa que el exceso o la extralimitación deben tener lugar durante la realización de una tarea que en sí misma constituya un desarrollo legítimo de los cometidos de las Fuerzas Armadas y la Policía Nacional. Por el contrario, si desde el inicio el agente tiene propósitos criminales, y utiliza entonces su investidura para realizar el hecho punible, el caso corresponde a la justicia ordinaria, incluso en aquellos eventos en que pudiera existir una cierta relación abstracta entre los fines de la Fuerza Pública y el hecho punible del actor. En efecto, en tales eventos no existe concretamente ninguna relación entre el delito y el servicio, ya que en ningún momento el agente estaba desarrollando actividades propias del servicio, puesto que sus comportamientos fueron *ab initio* criminales.**

b) **que el vínculo entre el hecho delictivo y la actividad relacionada con el servicio se rompe cuando el delito adquiere una gravedad inusitada, tal como ocurre con los llamados delitos de lesa humanidad. En estas circunstancias, el caso debe ser atribuido a la justicia ordinaria, dada la total contradicción entre el delito y los cometidos constitucionales de la Fuerza Pública. Al respecto es importante mencionar que esta Corporación ya ha señalado que las conductas constitutivas de los delitos de lesa humanidad son manifiestamente contrarias a la dignidad humana y a los derechos de la persona, por lo cual no guardan ninguna conexidad con la función constitucional de la Fuerza Pública, hasta el punto de que una orden de cometer un hecho de esa naturaleza no**

Jurisprudencia
Corte Constitucional

Ibíd. 55

merece ninguna obediencia. En efecto, en la sentencia C-578 de 1995, en el fundamento jurídico 5.3.1. se expresó:

“La orden del servicio es la que objetivamente se endereza a ejecutar los fines para los cuales está creada la institución. Una orden que de manera ostensible atente contra dichos fines o contra los intereses superiores de la sociedad, no puede reclamar válidamente obediencia. La orden de agredir sexualmente a una persona o de infligirle torturas, bajo ninguna circunstancia puede merecer el calificativo de orden del servicio. Estas acciones, que se enuncian a título de ilustración, son ajenas completamente al objeto de la función pública confiada a los militares y al conjunto de sus deberes legales”.

Por consiguiente, un delito de lesa humanidad es tan extraño a la función constitucional de la Fuerza Pública que no puede jamás tener relación con actos propios del servicio, ya que la sola comisión de esos hechos delictivos disuelve cualquier vínculo entre la conducta del agente y la disciplina y la función propiamente militar o policial, por lo cual su conocimiento corresponde a la justicia ordinaria (...). Lo que la Corte señala es que existen conductas punibles que son tan abiertamente contrarias a la función constitucional de la Fuerza Pública que su sola comisión rompe todo nexo funcional del agente con el servicio.

c) que la relación con el servicio debe surgir claramente de las pruebas que obran dentro del proceso. Puesto que la justicia penal militar constituye la excepción a la norma ordinaria, ella será competente solamente en los casos en los que aparezca nítidamente que la excepción al principio del juez natural general debe aplicarse. Ello significa que en las situaciones en las que exista duda acerca de cuál es la jurisdicción competente para conocer sobre un proceso determinado, la decisión deberá recaer en favor de la jurisdicción ordinaria, en razón de que no se pudo demostrar plenamente que se configuraba la excepción.⁵⁶

En relación con la independencia e imparcialidad de los tribunales castrenses en el ámbito regional de protección de los derechos humanos, los jueces de la Corte Interamericana –Cañado Trindade y Jackman– en el caso de María Elena Loayza, a través de un voto concurrente conjunto, sostuvieron que:

56 Ibid., párr. 10.

(...) tribunales militares especiales, compuestos por militares nombrados por el Poder Ejecutivo y subordinados a los cánones de la disciplina militar, asumiendo una función que compete específicamente al Poder Judicial, dotados de jurisdicción para juzgar no sólo a militares sino también a civiles, que emiten sentencias –como en el presente caso– desprovistas de motivación, no alcanzan los estándares de las garantías de independencia e imparcialidad requeridos por el artículo 8.1 de la Convención Americana, como elemento esencial del debido proceso legal.⁵⁷

Jurisprudencia
Corte Interamericana
de Derechos Humanos

La CIDH, en su informe de 1985 sobre la situación de los derechos humanos en Chile, señaló que, en determinados países, dada la composición y las funciones asignadas a la jurisdicción militar, así como la forma en que han resuelto los casos, se ha violado el derecho a la justicia y el principio de igualdad ante la ley:

(...) la clara y sostenida tendencia de ampliación de la jurisdicción de los tribunales militares (...), lo cual, sumado a la composición y función asignadas a ellos y la forma en que han resuelto algunos casos demostrativos, permiten concluir que el sistema establecido viola el derecho a la justicia y afecta profundamente el principio de igualdad ante la ley. La Comisión estima asimismo que, en la práctica, la actuación de esos tribunales ha servido para otorgar un viso de legalidad formal a la impunidad de que gozan los miembros de los servicios de seguridad cuando se han visto involucrados en flagrantes violaciones de los derechos humanos.⁵⁸

Informe
Comisión Interamericana
de Derechos Humanos

La Corte Interamericana ha dicho sobre el particular:

128. La Corte advierte que la jurisdicción militar ha sido establecida por diversas legislaciones con el fin de mantener el orden y la disciplina dentro de las fuerzas armadas. Inclusive, esta jurisdicción funcional reserva su aplicación a los militares que hayan incurrido en delito o falta dentro del ejercicio de sus funciones y bajo ciertas circunstancias.

Jurisprudencia
Corte Interamericana
de Derechos Humanos

Corte Interamericana, caso Loayza Tamayo, sentencia de 17 de septiembre de 1997, voto concurrente conjunto de los jueces Cançado Trindade y Jackman.

57

CIDH, "Informe sobre la situación de los derechos humanos en Chile", 1985, p. 210.

58

En este sentido se definía en la propia legislación peruana (artículo 282 de la Constitución Política de 1979). El traslado de competencias de la justicia común a la justicia militar y el consiguiente procesamiento de civiles por el delito de traición a la patria en este fuero, supone excluir al juez natural para el conocimiento de estas causas. En efecto, la jurisdicción militar no es la naturalmente aplicable a civiles que carecen de funciones militares y que por ello no pueden incurrir en conductas contrarias a deberes funcionales de este carácter. Cuando la justicia militar asume competencia sobre un asunto que debe conocer la justicia ordinaria, se ve afectado el derecho al juez natural y, a *fortiori*, al debido proceso, el cual, a su vez, encuéntrase íntimamente ligado al propio derecho de acceso a la justicia.

129. Constituye un principio básico relativo a la independencia de la judicatura que toda persona tiene derecho a ser juzgada por tribunales de justicia ordinarios con arreglo a procedimientos legales establecidos. El Estado no debe crear “tribunales que no apliquen normas procesales debidamente establecidas para sustituir la jurisdicción que corresponda normalmente a los tribunales ordinarios.”*

130. El juez encargado del conocimiento de una causa debe ser competente, independiente e imparcial de acuerdo con el artículo 8.1 de la Convención Americana. En el caso en estudio, las propias fuerzas armadas inmersas en el combate contra los grupos insurgentes, son las encargadas del juzgamiento de las personas vinculadas a dichos grupos. Este extremo mina considerablemente la imparcialidad que debe tener el juzgador. Por otra parte, de conformidad con la Ley Orgánica de la Justicia Militar, el nombramiento de los miembros del Consejo Supremo de Justicia Militar, máximo órgano dentro de la justicia castrense, es realizado por el Ministro del sector pertinente. Los miembros del Consejo Supremo Militar son quienes, a su vez, determinen los futuros ascensos, incentivos profesionales y asignación de funciones de sus inferiores. Esta constatación pone en duda la independencia de los jueces militares.

* Principios Básicos Relativos a la independencia de la Judicatura, adoptados por el Séptimo Congreso de las Naciones Unidas sobre Prevención del Delito y Tratamiento del delincuente, celebrado el Milán del 26 de agosto al 6 de septiembre de 1985, y confirmados por la Asamblea General en sus resoluciones 40/32 del 29 de noviembre de 1985 y 40/146 del 13 de diciembre de 1985.

131. Este Tribunal ha señalado que las garantías a que tiene derecho toda persona sometida a proceso, además de ser indispensables deben ser judiciales, “lo cual implica la intervención de un órgano judicial independiente e imparcial, apto para determinar la legalidad de las actuaciones que se cumplan dentro del estado de excepción”.^{* 59}

Incluso la CIDH se ha pronunciado sobre la justicia penal militar colombiana:

60. La Comisión ha expresado repetidamente que por su naturaleza y estructura la jurisdicción penal militar no satisface los requisitos de independencia e imparcialidad establecidos en el artículo 8 de la Convención Americana. La idoneidad de los tribunales penales militares como foro para examinar casos que involucran violaciones de los derechos humanos ya ha sido materia de pronunciamiento por parte de la Comisión:

“El sistema de la justicia penal militar tiene varias características singulares que impiden el acceso a un recurso judicial efectivo e imparcial en esta jurisdicción. En primer lugar, el fuero militar no puede ser siquiera considerado como un verdadero sistema judicial. El sistema de justicia militar no forma parte del Poder Judicial del Estado colombiano. Esta jurisdicción es operada por las fuerzas de la seguridad pública y, en tal sentido, queda comprendida dentro del Poder Ejecutivo. Quienes toman las decisiones no son jueces de la carrera judicial y la Fiscalía General no cumple su papel acusatorio en el sistema de la justicia militar”.^{ 60}**

Informe
Comisión Interamericana
de Derechos Humanos

El hábeas corpus bajo suspensión de garantías (arts. 27.2, 25.1 y 7.6 Convención Americana), supra nota 86, párr. 30 y Garantías judiciales en estados de emergencia (arts. 27.2, 25 y 8 Convención Americana), supra nota 86, párr. 20. *
Corte Interamericana, caso Castillo Petruzzi y otros, sentencia del 30 de mayo de 1999, párrs. 128 a 131. 59
CIDH, Tercer Informe sobre la Situación de los Derechos Humanos en Colombia (1999), pp. 175 a 186. Ver también Segundo Informe sobre la Situación de los Derechos Humanos en Colombia (1993), p. 237, donde se expresa “Los tribunales militares no garantizan la vigencia del derecho a obtener justicia, ya que carecen de independencia, que es un requisito básico para la existencia de este derecho. Además, en las sentencias que han dictado han puesto de manifiesto pronunciada parcialidad, pues con frecuencia se han abstenido de imponer sanciones a los miembros de las fuerzas de seguridad que, probablemente, han participado en graves violaciones de derechos humanos”. **
CIDH, caso 11.020 (Colombia), Informe 35/00 aprobado el 13 de abril de 2000, párr. 60. 60

3.1.7. Las jurisdicciones especiales

Además de los tribunales militares, en muchos países se han establecido jurisdicciones especiales para juzgar a personas de ciertas condiciones. Una característica particular de estos tribunales son los jueces anónimos, conocidos como “jueces sin rostro”.

Con respecto a los “jueces sin rostro”, el Comité de Derechos Humanos señaló, que:

(...) los juicios ante tribunales especiales integrados por jueces anónimos son incompatibles con el artículo 14 del Pacto (...) la misma naturaleza de los juicios ante “jueces sin rostro” en una prisión remota se basa en la exclusión del público de las actuaciones. En esta situación, los acusados desconocen quiénes son los jueces que les juzgan, y la posibilidad de que los acusados preparen su defensa y se comuniquen con sus abogados tropieza con obstáculos inaceptables. Además, este sistema no garantiza un aspecto fundamental de un juicio justo de conformidad con el significado del artículo 14 del Pacto: el de que el Tribunal deba tanto ser, como parecer ser independiente e imparcial. En el sistema de juicios con “jueces sin rostro”, ni la independencia ni la imparcialidad de los jueces están garantizadas, ya que el tribunal, establecido ad hoc, puede estar compuesto por militares en servicio activo. En opinión del Comité, ese sistema tampoco asegura el respeto a la presunción de inocencia, garantizado en el párrafo 2 del artículo.⁶¹

Igualmente, en relación con los jueces sin rostro y los testigos anónimos, este Comité señaló en 1997, en su informe sobre observaciones finales a Colombia, que: “Aunque el Comité toma nota del próximo desmantelamiento del sistema judicial regional, insiste sin embargo en que ese sistema judicial, que permite la existencia de jueces sin rostro y de testigos anónimos, no está en consonancia con el artículo 14 del Pacto, y en particular los apartados b) y e) del párrafo 3, ni con la Observación General 13 (21) del Comité”.⁶²

En Colombia, hasta el año de 1999, existieron los “jueces sin rostro”—denominados jueces regionales—, los cuales formaban parte de la jurisdicción de orden

61 Rosa Espinoza de Polay c. Perú, comunicación 577/94, decisión del 6 de noviembre de 1997, CCPR/C/61/D/577/1994, párr. 8.8.
62 Comité de Derechos Humanos, Observaciones finales del Comité de Derechos Humanos: Colombia, 5 de mayo de 1997, CCPR/C/79/Add.76, párr. 21.

público, con una estructura administrativa propia –jueces de orden público y tribunal de orden público–, separados e independientes del resto de la estructura judicial, con normas procesales específicas para conocer de determinados delitos. Esta jurisdicción fue eminentemente especial y transitoria, como quiera que nació a la vida jurídica por decretos legislativos dictados por el presidente de la república en virtud de haber sido declarado el Estado de Sitio, conforme a lo previsto por el artículo 121 de la Constitución anterior.

Derogada la Constitución de 1886 y todas sus reformas por el artículo 380 de la Constitución de 1991, la consecuencia ineludible de ello en relación con la justicia de orden público era su desaparición inmediata; debido a esto, por una necesidad jurídico-política se prolongó la vigencia de los decretos expedidos en ejercicio de las facultades conferidas al presidente por el artículo 121 de la Carta Política derogada, para que continuaran “rigiendo por un plazo máximo de noventa días”, vencido el cual podrían convertirse “en legislación permanente” por decreto del gobierno si la Comisión Especial Legislativa no los improbaba, como efectivamente sucedió con la expedición de los decretos 2265, 2266 y 2272 de 1991.

Sin embargo, la adopción de las instituciones propias de la justicia regional como legislación permanente siguió siendo temporal por expresa voluntad del Congreso de la República que, al expedir la Ley 270 de 1996, estatutaria de la administración de justicia, dispuso en el artículo 205 transitorio que “en todo caso, la justicia regional dejara de funcionar a más tardar el 30 de junio de 1999”, norma ésta declarada exequible por la Corte Constitucional.⁶³

La Corte Constitucional, en varias sentencias,⁶⁴ avaló algunas veces la constitucionalidad y en otras declaró inexecutable diferentes normas relacionadas con la llamada justicia regional. Pero esa Corporación aclara que cuando la Corte encontró ajustadas a la Constitución disposiciones relacionadas con dicha justicia lo hizo bajo la convicción de que se trataba de una normatividad que obedecía a una situación socio-política excepcional, que debía ser temporal y no permanente.

La Corte Constitucional, al estudiar la Ley 504 de 1999, modificadora de los decretos anteriores, declaró la inconstitucionalidad de los jueces sin rostro y testigos anónimos, a partir de estas consideraciones:

Corte Constitucional, sentencia C-037 del 5 de febrero de 1996, M. P. Vladimiro Naranjo Mesa.
Sentencias C-093 de 1993, M. P. Fabio Morón Díaz y Alejandro Martínez Caballero; C-037 de 1996, M. P. Vladimiro Naranjo Mesa; C-245 de 1996, M. P. Vladimiro Naranjo Mesa; C-449 de 1996, M. P. —; C-040 de 1997, M. P. Antonio Barrera Carbonell; C-592 de 1998, M. P. Fabio Morón Díaz; C-272 de 1999, M. P. Eduardo Cifuentes Muñoz, entre otras.

63

64

Jurisprudencia
Corte Constitucional

Así, si se priva al sindicato del conocimiento de la identidad del funcionario a cuyo cargo se encuentra la instrucción o el juzgamiento, aún cuando existieran causales para recusarlo si no se declara impedido, el sindicato se vería impedido para plantear siquiera la recusación y, así, se expondría a que su causa fuera instruida por alguien que careciera de la indispensable condición de la imparcialidad que constituye una de las garantías mínimas a que se tiene derecho en un Estado Democrático, conquista ésta que en la historia de la humanidad constituye pilar fundamental del debido proceso, no sólo para contener eventuales abusos en contra de los justiciables, sino, así mismo, para que la transparencia de las actuaciones de estos gane para las decisiones judiciales confiabilidad y respetabilidad en el marco social en que ellas se produzcan.⁶⁵

También la Corte Constitucional estudió un proyecto de ley que pretendía reemplazar, de manera permanente, la derogada justicia regional que en la Ley 270 de 1996 tenía una vigencia temporal, que expiraba en 1999. En dicha ocasión se estipuló lo que sigue:

Jurisprudencia
Corte Constitucional

A juicio de la Corte esta nueva estructura de la administración de justicia no puede ser permanente. Del hecho de que haya sido aceptada como exequible la llamada justicia regional, por las circunstancias excepcionales que se vivían cuando fue puesta en vigencia, con carácter expresamente transitorio, no puede deducirse ahora que también sea exequible su prolongación, con otro nombre y de modo definitivo, ya que ello significaría permitir que fuese modificada la Constitución por el Congreso en el curso de un proceso distinto de los que contempla el artículo 375 de la Carta Política.⁶⁶

Finalmente, la Corte Constitucional precisó que no debe confundirse a las denominadas jurisdicciones especiales con la institución de los jueces especializados.

Jurisprudencia
Corte Constitucional

La jurisdicción en general consiste en la potestad que tiene el Estado para administrar justicia en ejercicio de la soberanía de que es titular, mediante el conocimiento y decisión de las diferentes causas (civiles,

65 Corte Constitucional, sentencia C-392 de 2000, M. P. Antonio Barrera Carbonell.

66 Corte Constitucional, sentencia C-393 de 2000, M. P. José Gregorio Hernández Galindo.

criminales, administrativas, etc.) y, en tal virtud, es única e indivisible. Es por ello que todos los jueces ejercen jurisdicción en nombre del Estado, pero circunscrita al ámbito propio de la competencia que le asigna la ley.

Razones de naturaleza política, y la necesidad de asegurar la mayor eficacia de la administración de justicia por el Estado mediante la distribución del trabajo, justifican la existencia de jurisdicciones especiales autorizadas por la Constitución, que forman parte de la rama judicial; pero la diversidad de jurisdicciones especiales no implica rompimiento de la unidad ontológica de la jurisdicción del Estado.

Conforme a lo anterior, la Constitución sólo admite la existencia de la jurisdicción ordinaria y de jurisdicciones especiales como la contencioso administrativa, la constitucional, la disciplinaria, la de paz, y la de las comunidades indígenas, como se deduce del Título VIII de la Constitución.

No es posible, en consecuencia, la existencia de una jurisdicción especial para que a través de ella se ejerza la función punitiva del Estado, pues ello pugna con la concepción del Estado Social Democrático de Derecho que sólo admite que el juzgamiento de las conductas tipificadas como delitos por el juzgador han de ser juzgadas de manera permanente por los funcionarios y órganos que integran la jurisdicción ordinaria, con el fin de asegurar plenamente, el derecho fundamental al debido proceso, el cual comprende la garantía del juzgamiento por el juez natural; es decir, la existencia de órganos judiciales permanentes preestablecidos por la ley a los cuales deben tener acceso todas las personas, en los términos de los arts. 29 y 229 de la Constitución, y así mismo la aplicación concreta del principio de igualdad. En virtud de este principio se garantiza a todos los justiciables el acceso a unos mismos jueces, eliminando toda suerte de privilegios o discriminaciones, y se excluye naturalmente el juzgamiento de algunas personas por jueces pertenecientes a una jurisdicción especial.

Los jueces especializados, no pueden ser asimilados a jueces extraordinarios pertenecientes a una jurisdicción especial distinta a las autorizadas por la Constitución. La existencia de dichos jueces, por consiguiente, sólo puede admitirse bajo la idea de que se trata de funcionarios judi-

ciales, que hacen parte de la justicia ordinaria y a quienes se les adscribe de manera habitual el conocimiento de ciertas causas en razón de la especificidad o particularidad de la materia, sin que ello implique el desconocimiento de las garantías procesales y sustanciales básicas propias del debido proceso.⁶⁷

3.2. Garantías procesales mínimas de los procesos penales

Además de las garantías previstas en el párrafo 1 de los artículos 14 del PIDCP y 8 de la Convención Americana, estos instrumentos internacionales protegen a individuos acusados de delitos con otra serie de garantías mínimas, establecidas en su párrafo 3. Todas las personas acusadas de haber cometido un delito tienen derecho a estas garantías, incluso cuando no hayan sido privadas de libertad. El propósito final de estos artículos es asegurar que la persona acusada pueda defenderse, especialmente cuando está privada de libertad.

Respecto a las garantías mínimas que se establecen en el párrafo 3 del artículo 14 del PIDCP y 8 de la Convención Americana, conviene señalar que aunque prácticamente son las mismas, la Convención además de las reconocidas en el PIDCP, incluye como garantía mínima el “derecho a recurrir el fallo ante un juez o tribunal superior”, que a pesar de encontrarse reconocido en el artículo 14 párrafo 5, no aparece en este listado de garantías mínimas. Por otro lado, la Convención a diferencia del PIDCP, califica como “irrenunciable” el derecho a ser asistido por un defensor proporcionado por el Estado si el inculpa-do no se defiende por sí mismo ni nombra defensor dentro del plazo establecido por la ley; y amplía el derecho reconocido en el PIDCP a obtener la comparecencia de los testigos de descargo, a “otras personas que puedan arrojar luz sobre los hechos”.

La Corte Interamericana, en su Opinión Consultiva OC-11/90 en relación con las garantías que se establecen en el artículo 8.3 de la Convención Americana, sostuvo que si bien éstas deben de ser consideradas como garantías mínimas (tal y como se indica en el párrafo 2 de este artículo), dependiendo de las circunstancias específicas de cada caso, pueden ser necesarias otras garantías adicionales para que se cumpla con el debido proceso legal:

67

Corte Constitucional, sentencia C-392 de 2000, M. P. Antonio Barrera Carbonell.

Este artículo distingue entre acusación[es] penal[es] y procedimientos de orden civil, laboral, fiscal o de cualquier otro carácter. Aún cuando ordena que toda persona tiene derecho a ser oída, con las debidas garantías por un juez o tribunal en ambas circunstancias, estipula adicionalmente, en los casos de delitos, unas garantías mínimas. El concepto del debido proceso en casos penales incluye, entonces, por lo menos, esas garantías mínimas. Al denominarlas mínimas la Convención presume que, en circunstancias específicas, otras garantías adicionales pueden ser necesarias si se trata de un debido proceso legal.⁶⁸

Por último, conviene señalar que estas garantías mínimas deben ser analizadas a la luz del Código de Procedimiento Penal, en especial con las normas rectoras consagradas en el título preliminar de dicho Código (arts. 1 al 24), entre las que se destacan los principios de dignidad humana, libertad, igualdad, legalidad, presunción de inocencia, acceso a la administración de justicia, autonomía e independencia judicial, contradicción, publicidad, celeridad y eficiencia, doble instancia, cosa juzgada, investigación integral y gratuidad, entre otros.

3.2.1. El derecho a ser informado de la naturaleza y las causas de la acusación formulada en su contra

Toda persona acusada de haber cometido un delito tiene el derecho a entender de qué se le acusa o cuáles son los cargos que existen en su contra (arts. 14.3 a) PIDCP y art. 8.2 b) Convención Americana). Igualmente, este derecho requiere que las autoridades den suficiente información al acusado para que prepare una defensa adecuada.

El Comité de Derechos Humanos en la Observación General No. 13, señaló que:

(...) El apartado a) del párrafo 3 del artículo 14 se aplica a todos los casos de acusación de carácter penal, incluidos los de las personas no detenidas. El Comité observa también que el derecho a ser informado sin demora de la acusación exige que la información se proporcione de la manera descrita tan pronto como una autoridad competente formule

Corte Interamericana, Opinión Consultiva OC-11/90 del 10 de agosto de 1990, "Excepciones al agotamiento de los recursos internos" (arts. 46.1, 46.2.a y 46.2.b Convención Americana), párr. 24.

la acusación. En opinión del Comité, este derecho debe surgir cuando, en el curso de una investigación, un tribunal o una autoridad del ministerio público decida adoptar medidas procesales contra una persona sospechosa de haber cometido un delito o la designe públicamente como tal. Las exigencias concretas del apartado a) del párrafo 3 pueden satisfacerse formulando la acusación ya sea verbalmente o por escrito, siempre que en la información se indique tanto la ley como los supuestos hechos en que se basa.⁶⁹

Se debe hacer una distinción entre la notificación de las razones que motivan la detención de una persona, que deben ser comunicadas al producirse ésta (arts. 9.2 del PIDCP y 7.4 de la Convención Americana), de las acusaciones formuladas en su contra, que deben ser notificadas “sin demora” (art. 14 del PIDCP y 8 de la Convención Americana).

En el sistema europeo de protección de los derechos humanos, la Comisión Europea distinguió entre el alcance del artículo 6.3 (a) (Todo acusado tiene derecho a ser informado, en el más breve plazo posible, en una lengua que comprenda y detalladamente, de la naturaleza y de la causa de la acusación formulada contra él) y el artículo 5.2 (Toda persona detenida debe ser informada, en el plazo más breve posible y en una lengua que comprenda, de los motivos de su detención y de cualquier acusación formulada contra ella) de la Convención Europea. La Comisión señaló que la información que debe proporcionarse a toda persona acusada de un delito tiene que ser más específica y detallada que la que se da a las personas en el momento de su detención, dada la intrínseca relación del artículo 6 con el derecho a tener un juicio justo. A juicio de la Comisión Europea, mientras que el artículo 5.2 no requiere que se dé a la persona detenida toda la información del proceso, el artículo 6.3(a) requiere que se dé a la persona acusada “información detallada”.⁷⁰

Por otro lado, el derecho a ser notificado “sin demora” de las causas de la acusación, establecido en el artículo 6, tampoco coincide, según la Comisión Europea, con el derecho a ser informado “en el plazo más breve posible” de los motivos de la detención previsto en el artículo 5.2. Si el tiempo que se requiere para que a una persona detenida o privada de libertad se le informe sobre los motivos de su detención consiste en “unas horas” (art. 5.2), se permite que la “brevedad” en que una persona debe ser informada de la naturaleza y la causa de la acusación formulada contra ella demore días (72 horas).

69 Comité de Derechos Humanos, Observación General No. 13, “La igualdad ante los tribunales y el derecho de toda persona a ser oída públicamente por un tribunal competente”, párr. 8.

70 Comisión Europea, No. 347/57, Dec. 2.9.59, Yearbook 2, p. 412 (462).

En relación con el derecho a ser informado de la naturaleza y de la causa de la acusación formulada, los términos “naturaleza” y “causa”, se refieren a los hechos y al presunto delito cometido. En este sentido, es importante que el acusado, por ejemplo, conozca si el delito del que se le acusa es asesinato u homicidio culposo. Según la Corte Europea, si el tribunal de sentencia encuentra una serie de hechos que justifican una ampliación de la acusación, pero no informa de los mismos al acusado en un tiempo razonable, puede existir una violación del artículo 6.3.a) de la Convención.⁷¹

Por último, y en relación con el derecho a ser informado de la naturaleza y causa de la acusación “en un idioma que comprenda”, conviene señalar que la puesta en práctica de este derecho requiere que el acusado entienda el lenguaje usado por el juez o tribunal, no que el acusado pueda elegir el idioma en el que presente la acusación.

En Colombia, el artículo 338 del Código de Procedimiento Penal prevé este derecho cuando establece que en la diligencia de indagatoria se le pondrá de presente al procesado la imputación jurídica provisional. Por otra parte, y como garantía del procesado para acceder a su expediente, en aras de conocer a fondo las imputaciones y preparar una defensa adecuada, el artículo 323 del mismo estatuto otorga al defensor del imputado que haya rendido versión preliminar, durante la etapa de investigación previa, el derecho a conocer y sacar copias de las diligencias. Adicionalmente, una vez iniciada la etapa de instrucción, los intervinientes en el proceso tienen derecho a que se les expida copia de las actuaciones, y se les impone la obligación de guardar la reserva legal. La notificación de las providencias es el mecanismo para darlas a conocer al imputado, y determinan la validez de las actuaciones judiciales:

Pero, para que todo ello pueda realizarse [las garantías procesales del artículo 29 de la Constitución], es necesario que el imputado conozca que se adelanta un proceso en su contra, sepa los motivos de su vinculación al mismo y establezca cuáles son las pruebas que al respecto han sido aportadas, así como los mecanismos idóneos previstos en la ley para su protección, pues adelantar el proceso sin conocimiento o audiencia del procesado desconoce su dignidad y hace inútil la presunción de inocencia, a la vez que lesiona de modo flagrante la garantía constitucional en cuanto imposibilita la defensa, retrotrayendo el Derecho Penal a las épocas más oscuras de la historia.

Jurisprudencia
Corte Constitucional

Corte Europea, Chichlian and Ekindjian, judgment of 28 November 1989, Series A, No. 162-B.

71

Ello implica que la notificación, como medio de conocimiento oficial y cierto sobre la existencia del proceso, inclusive en sus etapas preliminares, es requisito sine qua non para la validez de la actuación correspondiente. Si falta, todo lo que se haya llevado a cabo es nulo, incluida la sentencia condenatoria.⁷²

3.2.2. Derecho a disponer del tiempo y de los medios adecuados para la preparación de la defensa

Este derecho (arts. 14.3 (b) PIDCP y art. 8.2 c) de la Convención Americana) se encuentra vinculado con el derecho a ser informado detalladamente de la naturaleza y causa de la acusación formulada en su contra, reconocido en los artículos 14.3 a) del PIDCP y 8.2 b) de la Convención Americana, y con el derecho a la representación legal, reconocido en los artículos 14.3 c) del PIDCP y 8.2 e) de la Convención. Además, el “Conjunto de principios para la protección de todas las personas sometidas a cualquier forma de detención o prisión” (Principio 18), adoptados por la resolución No. 43/143 de la Asamblea General de la ONU de 9 de diciembre de 1988, y los “Principios básicos para la función de los abogados” (numeral 21), desarrollan este derecho.

El Comité de Derechos Humanos, en su Observación General No. 13, señaló que:

El apartado b) del párrafo 3 dispone que el acusado debe disponer del tiempo y de los medios adecuados para la preparación de su defensa y poder comunicarse con un defensor de su elección. Lo que constituye un “tiempo adecuado” depende de las circunstancias de cada caso, pero los medios deben incluir el acceso a los documentos y demás testimonios que el acusado necesite para preparar su defensa, así como la oportunidad de contratar a un abogado y de comunicarse con éste. Cuando el acusado no desee defenderse personalmente ni solicite una persona o una asociación de su elección, debe poder recurrir a un abogado. Además, este apartado exige que el defensor se comunique con el acusado en condiciones que garanticen plenamente el carácter confidencial de sus comunicaciones. Los abogados deben poder ases-

rar y representar a sus clientes de conformidad con su criterio y normas profesionales establecidas, sin ninguna restricción, influencia, presión o injerencia indebida de ninguna parte.⁷³

En el ámbito regional de protección de los derechos humanos, la Corte Interamericana sostuvo que existió una violación de los artículos 8.2 b) y 8.2 c) de la Convención en el caso Castillo Petruzzi contra Perú, al quedar demostrado que:

(...) los inculpados no tuvieron conocimiento oportuno y completo de los cargos que se les hacían; las condiciones en que actuaron los defensores fueron absolutamente inadecuadas para su eficaz desempeño y sólo tuvieron acceso al expediente el día anterior al de la emisión de la sentencia de primera instancia. En consecuencia, la presencia y actuación de los defensores fueron meramente formales. No se puede sostener que las víctimas contaron con una defensa adecuada.⁷⁴

Por su parte, la Comisión Interamericana de Derechos Humanos ha señalado en reiteradas oportunidades que el establecimiento de plazos muy breves para la preparación de la defensa puede obstruirla o imposibilitarla en la práctica.

3.2.3. Derecho a ser juzgado sin dilaciones indebidas o en un plazo razonable

El derecho a ser juzgado sin dilaciones indebidas o en un plazo razonable, se encuentra reconocido en los artículos 9.3 del PIDCP y 7.5 de la Convención Americana, relativos al derecho a la libertad y seguridad personales, y en los artículos 14.3 c) del PIDCP y 8.1 de la mencionada Convención, relativos a las garantías procesales del acusado. Sin embargo, mientras que los artículos de estos instrumentos relativos a la libertad personal se refieren a la institución de la prisión preventiva y su excepcionalidad como regla general, los artículos 14 y 8 de los mismos se refieren a este derecho en relación con la duración total del proceso (véase el Capítulo VI, numeral 4).

Jurisprudencia
Corte Interamericana
de Derechos Humanos

Comité de Derechos Humanos, Observación General No. 13, "La igualdad ante los tribunales y el derecho de toda persona a ser oída públicamente por un tribunal competente establecido por la ley", párr. 9. 73

Corte Interamericana, caso Castillo Petruzzi y otros, sentencia del 30 de mayo de 1999, párrs. 141 y 142. 74

El artículo 29 de la CP establece el derecho a un debido proceso “sin dilaciones injustificadas”, y el 228 se refiere a la diligencia en la administración de justicia.

El Comité de Derechos Humanos, en su Observación General No. 13 señaló que:

En el apartado (c) del párrafo 3 se dispone que el acusado será juzgado sin dilación indebida. Esta garantía se refiere no sólo al momento en que debe comenzar un proceso sino también a aquel en que debe concluir y pronunciarse la sentencia; todas las fases del proceso deben celebrarse sin dilación indebida. Con objeto de que este derecho sea eficaz debe disponerse de un procedimiento para garantizar que el proceso se celebre sin dilación indebida, tanto en primera instancia como en apelación.⁷⁵

La Corte Interamericana, en el caso de Suárez Rosero contra Ecuador señaló que: “El principio de ‘plazo razonable’ al que hacen referencia los artículos 7.5 y 8.1 de la Convención Americana tiene como finalidad impedir que los acusados permanezcan largo tiempo bajo acusación y asegurar que ésta se decida prontamente”.(...)⁷⁶

En el sistema europeo de protección de los derechos humanos, una de las razones más frecuentes por las que se ha considerado violado el derecho a un juicio justo (art. 6, garantías judiciales), ha sido que el proceso se ha prolongado más allá de lo que se considera un plazo razonable.

Este requisito es particularmente importante cuando el acusado se encuentra sometido a prisión preventiva. En estos casos, los requisitos establecidos en el artículo 6 (1) (homólogo de los artículos 14 del PIDCP y 8 de la Convención Americana) se añaden a los requisitos establecidos en el artículo 5.3 de la Convención Europea (homólogo del 9.3 del PIDCP y 7.5 de la Convención), que reconoce el derecho a ser “juzgado en un tiempo razonable o ser puesto en libertad hasta que se realice el juicio”.

Al igual que el Comité de Derechos Humanos, la Corte Europea señala que el periodo que debe considerarse bajo el artículo 6 (1), no solamente comienza a contabilizarse desde que una persona es detenida o arrestada hasta que comienza el juicio, sino que se refiere a la duración total del proceso, incluyendo

75 Comité de Derechos Humanos, Observación General No. 13, “La igualdad ante los tribunales y el derecho de toda persona a ser oída públicamente por un tribunal competente establecido por la ley”, párr. 10.

76 Corte Interamericana, caso Suárez Rosero, sentencia del 12 de noviembre de 1997, párr. 70.

la apelación ante un tribunal superior, la corte o tribunal supremo u otra autoridad judicial superior (como las cortes de casación).

Algunos de los criterios aplicados por la Comisión y la Corte Europea de Derechos Humanos para determinar si se cumplió con el deber de ser juzgado en un tiempo razonable, en un proceso civil o penal, son los siguientes:

- a) La complejidad del caso en cuestión.
- b) Lo que se juega el peticionario en el proceso (What is at stake for the applicant).
- c) La conducta de las autoridades.
- d) La conducta del peticionario.

En otros casos, la Corte Europea ha determinado si se ha cumplido o no con el principio fundamental de la razonabilidad de la duración de los procedimientos, tomando en consideración las circunstancias concretas del caso y realizando una evaluación global del proceso. Por ejemplo, en el caso Obermeier contra Austria, esta Corte consideró que un periodo de nueve años sin llegar a una decisión definitiva por parte de los tribunales austríacos, excedía el estándar de un plazo razonable, por lo que encontró que Austria había violado el artículo 6 (1) de la Convención.⁷⁷

En el sistema interamericano de protección de los derechos humanos, la Corte Interamericana ha sostenido que el derecho a ser juzgado en un plazo razonable, reconocido en el artículo 8.1 de la Convención “no es un concepto de sencilla definición”. En el caso de Genie Lacayo contra Nicaragua, y en el de Suárez Rosero contra Ecuador, la Corte indicó que:

Se pueden invocar para precisarlo los elementos que ha señalado la Corte Europea de Derechos Humanos en varios fallos en los cuales se analizó este concepto pues este artículo de la Convención Americana es equivalente en lo esencial, al 6 del Convenio Europeo para la Protección de Derechos Humanos y de las Libertades Fundamentales. De acuerdo con la Corte Europea, se deben tomar en cuenta tres elementos para determinar la razonabilidad del plazo en el cual se desarrolla el proceso: a) la complejidad del asunto; b) la actividad procesal del interesado; c) la conducta de las autoridades judiciales (ver entre otros, Eur. Court H.R., Motta judgment of 19 February 1991, Series A, No.

Jurisprudencia
Corte Interamericana
de Derechos Humanos

Corte Europea, Obermeier v. Austria, judgment of 28 June 1990, párrs. 72 y 73.

195-A, párr. 30; Eur. Court H.R., Ruiz Mateos v. Spain, judgment of 23 June 1993, Series A, No. 262).⁷⁸

En el caso de Genie Lacayo, la Corte Interamericana analizó estos elementos de la siguiente manera:

78. Por lo que respecta al primer elemento, es claro que el asunto que se examina es bastante complejo, ya que dada la gran repercusión de la muerte del joven Genie Lacayo, las investigaciones fueron muy extensas y las pruebas muy amplias (supra 69). Todo ello podría justificar que el proceso respectivo, que adicionalmente ha tenido muchos incidentes e instancias, se haya prolongado más que otros de características distintas.

79. En cuanto al segundo elemento que se refiere a la actividad procesal del afectado no consta en autos que el señor Raymond Genie Peñalba, padre de la víctima, hubiere tenido una conducta incompatible con su carácter de acusador privado ni entorpecido la tramitación, pues se limitó a interponer los medios de impugnación reconocidos por la legislación de Nicaragua (supra 70).

80. En lo que al tercer elemento se refiere, es decir, en cuanto a la conducta de las autoridades judiciales de Nicaragua, esta Corte estima que no se han producido dilaciones excesivas en las diversas etapas del proceso, con excepción de la última fase todavía pendiente (supra 71), es decir, del recurso de casación ante la Corte Suprema de Justicia interpuesto por la parte acusadora el 29 de agosto de 1994, admitido por dicho Tribunal el 31 siguiente y que, no obstante las diversas solicitudes de las partes todavía no ha sido resuelto. Incluso considerando la complejidad del asunto, así como las excusas, impedimentos y sustitución de los magistrados de la Corte Suprema de Justicia, el plazo de más de dos años que ha transcurrido desde la admisión del citado recurso de casación no es razonable y por consiguiente este Tribunal debe considerarlo violatorio del artículo 8.1 de la Convención. Lo hará en la parte resolutive en relación con el artículo 1.1 de la misma que es el que contiene la obligación general de respetar la Convención.

81. Adicionalmente al estudio de las eventuales demoras en las diversas etapas del proceso, la Corte Europea ha empleado para determinar la

78

Corte Interamericana, caso Genie Lacayo, sentencia del 29 de enero de 1997, párr. 77; caso Suárez Rosero, sentencia del 12 de noviembre de 1997, párr. 72.

razonabilidad del plazo en el conjunto de su trámite lo que llama “análisis global del procedimiento” (Motta. *supra* 77, párr. 24; Eur. Court H.R., Vernillo judgment of 20 February 1991, Series A, No. 198 and Eur. Court H.R., Unión Alimentaria Sanders S.A. judgment of 7 July 1989. Series A, No. 157). Aun cuando se excluyan la investigación policial y el plazo que empleó la Procuraduría General de la República de Nicaragua para formular acusación ante el juez de primera instancia, es decir, realizando el cómputo a partir del 23 de julio de 1991 fecha en que ese juez dictó el auto de apertura del proceso, hasta la actualidad en que todavía no se ha pronunciado sentencia firme, han transcurrido más de cinco años en este proceso, lapso que esta Corte considera que rebasa los límites de la razonabilidad prevista por el artículo 8.1 de la Convención.⁷⁹

En el caso de Suárez Rosero, esta Corte sostuvo que:

70. El principio de “plazo razonable” al que hacen referencia los artículos 7.5 y 8.1 de la Convención Americana tiene como finalidad impedir que los acusados permanezcan largo tiempo bajo acusación y asegurar que ésta se decida prontamente. En el presente caso, el primer acto del procedimiento lo constituye la aprehensión del señor Suárez Rosero el 23 de junio de 1992 y, por lo tanto, a partir de ese momento debe comenzar a apreciarse el plazo.

71. Considera la Corte que el proceso termina cuando se dicta sentencia definitiva y firme en el asunto, con lo cual se agota la jurisdicción (cf. Cour Eur D.H., arrêt Guincho du 10 juillet 1984, Série A, No. 81, p. 13, párr. 29) y que, particularmente en materia penal, dicho plazo debe comprender todo el procedimiento, incluyendo los recursos de instancia que pudieran eventualmente presentarse. Con base en la prueba que consta en el expediente ante la Corte, ésta estima que la fecha de conclusión del proceso contra el señor Suárez Rosero en la jurisdicción ecuatoriana fue el 9 de septiembre de 1996, cuando el Presidente de la Corte Superior de Justicia de Quito dictó sentencia condenatoria. Si bien en la audiencia pública el señor Suárez Rosero mencionó la interposición de un recurso contra dicha sentencia, no fue demostrada esa afirmación.⁸⁰

Jurisprudencia
Corte Interamericana
de Derechos Humanos

Corte Interamericana, caso Genie Lacayo, sentencia del 29 de enero de 1997, párrs. 78-81.

79

Corte Interamericana, caso Suárez Rosero, sentencia del 12 de noviembre de 1997, párrs. 70 y 71.

80

En relación con los hechos concretos del caso, la Corte concluyó que:

72. Esta Corte comparte el criterio de la Corte Europea de Derechos Humanos, la cual ha analizado en varios fallos el concepto de plazo razonable y ha dicho que se deben tomar en cuenta tres elementos para determinar la razonabilidad del plazo en el cual se desarrolla el proceso: a) la complejidad del asunto, b) la actividad procesal del interesado y c) la conducta de las autoridades judiciales (cf. caso *Genie Lacayo*, Sentencia de 29 de enero de 1997. Serie C, No. 30, párr 77; y cf. *Eur Court H.R., Motta judgment of 19 February 1991, Series A, No. 195-A*, párr. 30; *Eur. Court H.R., Ruiz Mateos v. Spain Judgment of 23 June 1993, Series A No. 262*).

73. Con fundamento en las consideraciones precedentes, al realizar un estudio global del procedimiento en la jurisdicción interna contra el señor Suárez Rosero la Corte advierte que dicho procedimiento duró más de 50 meses. En opinión de la Corte, este periodo excede en mucho el principio de plazo razonable consagrado en la Convención Americana.

74. Asimismo, la Corte estima que el hecho de que un tribunal ecuatoriano haya declarado culpable al señor Suárez Rosero del delito de encubrimiento no justifica que hubiese sido privado de libertad por más de tres años y diez meses, cuando la ley ecuatoriana establecía un máximo de dos años como pena para ese delito.

75. Por lo anteriormente expresado, la Corte declara que el Estado del Ecuador violó en perjuicio del señor Rafael Iván Suárez Rosero el derecho establecido en los artículos 7.5 y 8.1 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos a ser juzgado dentro de un plazo razonable o ser puesto en libertad.⁸¹

3.2.4. Derecho a hallarse presente en el proceso

El derecho a asistir al proceso se encuentra reconocido en el artículo 14.3 d) del PIDCP. Sin embargo, no se encuentra consagrado de manera explícita en el artículo 8 de la Convención Americana. Normalmente, este derecho se vincula con los procesos realizados *in absentia*, es decir, sin la comparecencia del

81 *Ibíd.*, párrs. 72-75.

imputado o acusado, lo cual no implica que no se admitan los procesos en ausencia, sino que se requiere que el acusado sea fehacientemente notificado e informado con anticipación de la fecha y lugar de su juicio, de manera que se posibilite su presencia. Si de hecho no desea hacer uso de su derecho, resulta una decisión del acusado, a menos que se encuentre privado de libertad y no sea llevado por la autoridad a presenciar el juicio.

El Comité de Derechos Humanos, en su Observación General No. 13, señaló que cuando se celebren juicios *in absentia*, deben observarse más estrictamente los derechos a la defensa:

No en todos los informes se han abordado todos los aspectos del derecho de defensa según se define en el apartado d) del párrafo 3. El Comité no siempre ha recibido información suficiente sobre la protección del derecho del acusado a estar presente durante la sustanciación de cualquier acusación formulada contra él, ni cómo el sistema jurídico garantiza su derecho, ya sea de defenderse personalmente o de recibir la asistencia de un abogado de su elección, o qué arreglos se establecen si una persona carece de medios suficientes para pagar esta asistencia. El acusado o su abogado deben tener el derecho de actuar diligentemente y sin temor, valiéndose de todos los medios de defensa disponibles, así como el derecho a impugnar el desarrollo de las actuaciones si consideran que son injustas. Cuando excepcionalmente y por razones justificadas se celebren juicios *in absentia*, es tanto más necesaria la estricta observancia de los derechos de la defensa.⁸²

El Comité, en la comunicación No. 16/1977 del 25 de marzo de 1983, señaló que los procedimientos en ausencia son permisibles, en ciertas circunstancias, en aras de una adecuada administración de justicia. Por ejemplo, cuando la persona acusada, a pesar de haber sido informada de la audiencia con suficiente tiempo, renuncia a su derecho de estar presente. Sin embargo, para el ejercicio efectivo de los derechos señalados en el artículo 14 es necesario que se tomen una serie de medidas a fin de informar al acusado del procedimiento establecido en su contra. El juicio en ausencia requiere, según el Comité, que a pesar de la ausencia del acusado, se le haya notificado debidamente acerca de la fecha y el lugar en que se iba a celebrar su juicio, y se haya solicitado su presencia. En caso contrario, no se da al acusado el tiempo y las facilidades necesarias

Observación General
Comité de Derechos
Humanos

Comité de Derechos Humanos, Observación General No. 13, "La igualdad ante los tribunales y el derecho de toda persona a ser oída públicamente por un tribunal competente establecido por la ley", párr. 11.

para preparar su defensa (art. 14.3.b), no se le da la oportunidad de defenderse a través de un abogado de su propia elección (art. 14.3.d), y de interrogar a los testigos de cargo (art. 14.3.e).⁸³

Igualmente, el Comité de Derechos Humanos indicó en una comunicación individual, que:

Decisión
Comité de
Derechos Humanos

El Estado Parte no ha negado que al Sr... se le juzgó en rebeldía. Sin embargo, no ha logrado demostrar que se citara al autor con tiempo suficiente ni que se le informara del proceso que se había entablado contra él. Se ha limitado a declarar que supone que su abogado lo informó del proceso que se había entablado contra él en Italia. Esto es claramente insuficiente para satisfacer la carga de la prueba que incumbe al Estado Parte que quiere justificar su decisión de juzgar en rebeldía a un acusado. El Tribunal que entendió en la causa tenía la obligación de verificar que el autor hubiera sido informado de que se le iba a entablar un proceso contra él, antes de juzgarlo en rebeldía. Habida cuenta de que no hay pruebas de que el Tribunal procediera de esa manera, el Comité estima que se violó el derecho del autor a que el juicio se celebrara en su presencia.⁸⁴

Sobre este particular, la Corte Constitucional ha dicho lo siguiente:

Jurisprudencia
Corte Constitucional

La obligatoriedad de la presencia del sindicado en el proceso, se explica por la innegable relación que existe entre tal hecho y la efectividad del derecho de defensa. No resulta absurdo sostener, que además de las actuaciones directas que con su presencia puede efectuar el procesado, la comunicación entre éste y su abogado constituyen una pieza fundamental para lograr una estrategia de defensa con mayores probabilidades de éxito. La defensa tiene como base el conocimiento real de los hechos, del cual depende en buena medida la posibilidad de solicitar pruebas que desvirtúen las acusaciones o de controvertir eficazmente las existentes. Ello no implica que la designación de un abogado

83 Comité de Derechos Humanos, caso *Mhenge c. Zaire*, comunicación 16/1997 del 25 de marzo de 1983, CCPR/C/18/D/16/1977, párrs. 14.1 y 14.2.

84 Comité de Derechos Humanos, caso *Maleki c. Italia*, comunicación 699/1996, decisión del 15 de julio de 1999, CCPR/C/66/D/699/1996, párr. 9.4.

de oficio para atender a la persona ausente suponga una violación del derecho de defensa. Simplemente, que las posibilidades de defensa –su estrategia– se verán menguadas por la inasistencia del sindicado al proceso.⁸⁵

Finalmente, el sindicado puede hacer parte del proceso en cualquier momento, y la vinculación tardía no puede generar un menoscabo de sus garantías procesales; así lo ha expresado la Corte Constitucional:

El sindicado que permaneció ausente –por o sin su voluntad–, durante una parte del trámite de la investigación que se adelanta en su contra, una vez concurre al proceso o es capturado, cuenta con iguales derechos a los de aquél que estuvo presente desde la iniciación de la investigación previa y, por tanto, tiene derecho a ser oído por el funcionario a cargo del proceso, y a “solicitar sin necesidad de motivación alguna cuantas ampliaciones de indagatoria considere necesarias”. El funcionario judicial que falte al deber de recibirlas (injustificadamente) en el menor tiempo posible, viola el derecho fundamental a la defensa material del sindicado.⁸⁶

3.2.5. Derecho a defenderse personalmente, o a ser asistido por un defensor de su elección, o por un defensor de oficio

Este derecho se encuentra reconocido en los artículos 14.3 d) del PIDCP y 8.2 d) de la Convención Americana. Igualmente, ha sido desarrollado en el “Conjunto de principios para la protección de todas las personas sometidas a cualquier forma de detención o prisión”, y en los “Principios básicos para la función de los abogados” (Principios 1, 2, 3 y 6). El artículo 29 de la CP establece que: “(...) Quien sea sindicado tiene derecho a la defensa y a la asistencia de un abogado escogido por él, o de oficio, durante la investigación y el juzgamiento”.

El Principio 17 del “Conjunto de principios para la protección de todas las personas sometidas a cualquier forma de detención o prisión” dispone que: “Las personas detenidas tendrán derecho a asistencia de un abogado. La autoridad competente les informará de ese derecho prontamente después de su arresto y les facilitará medios adecuados para ejercerlo”. Por su parte, los “Principios

Jurisprudencia
Corte Constitucional

Corte Constitucional, sentencia SU-014 de 2001, M. P. Martha Victoria Sáchica.

85

Corte Constitucional, sentencia T-362 de 1997, M. P. Carlos Gaviria Díaz.

86

básicos para la función de los abogados”, en su Principio 1 dispone que: “Toda persona está facultada para recurrir a la asistencia de un abogado de su elección para que proteja y demuestre sus derechos y lo defienda en todas las fases del procedimiento penal.”

En relación con este derecho, la Corte Interamericana, en su Opinión Consultiva OC-11/90, señaló que:

Los literales d) y e) del artículo 8.2 expresan que el inculpado tiene derecho de defenderse personalmente o de ser asistido por un defensor de su elección y que si no lo hiciera tiene el derecho irrenunciable de ser asistido por un defensor proporcionado por el Estado, remunerado o no según la legislación interna. En estos términos, un inculpado puede defenderse personalmente, aunque es necesario entender que esto es válido solamente si la legislación interna se lo permite. Cuando no quiere o no puede hacer su defensa personalmente, tiene derecho de ser asistido por un defensor de su elección. Pero en los casos en los cuales no se defiende a sí mismo o no nombra defensor dentro del plazo establecido por la ley, tiene el derecho de que el Estado le proporcione uno, que será remunerado o no según lo establezca la legislación interna. Es así como la Convención garantiza el derecho de asistencia legal en procedimientos penales.⁸⁷

Respecto a si existe o no una obligación por parte del Estado de prestar asistencia legal gratuita, la Corte señaló en esta misma Opinión Consultiva que, como la Convención

(...) no ordena que la asistencia legal, cuando se requiera, sea gratuita, un indigente se vería discriminado por razón de su situación económica si, requiriendo asistencia legal, el Estado no se la provee gratuitamente. Hay que entender, por consiguiente, que el artículo 8 exige asistencia legal solamente cuando ésta es necesaria para que se pueda hablar de debidas garantías (...)⁸⁸

87 Corte Interamericana, Opinión Consultiva OC-11/90 del 10 de agosto de 1990, “Excepciones al agotamiento de los recursos internos” (arts. 46.1, 46.2.a y 46.2.b Convención Americana), párr. 25.

88 *Ibid.*, párrs. 25 y 26.

Asimismo, señala que podría presentarse una violación del artículo 8 de la Convención cuando un acusado, al no poder contar con asistencia legal, se ve obligado a defenderse a sí mismo y se puede probar que esa circunstancia afectó el debido proceso a que tiene derecho bajo dicho artículo.⁸⁹

La Corte sostuvo que el concepto de las debidas garantías se aplica también al orden civil, laboral, fiscal o de cualquier otra índole, y que por tanto,

(...) en ese tipo de materias el individuo tiene derecho también al debido proceso que se aplica en materia penal. Cabe señalar aquí que las circunstancias de un procedimiento particular, su significación, su carácter y su contexto en un sistema legal particular, son factores que fundamentan la determinación de si la representación legal es o no necesaria para el debido proceso.⁹⁰

El derecho a ser asistido por un abogado defensor opera incluso en situaciones de incomunicación, a las que pueden verse sometidas las personas privadas de libertad. A este respecto, la Corte Interamericana señaló, en el caso de Suárez Rosero contra Ecuador, que:

Aún en ese caso el Estado está obligado a asegurar al detenido el ejercicio de las garantías mínimas e inderogables establecidas en la Convención y, concretamente, el derecho a cuestionar la legalidad de la detención, y la garantía del acceso, durante su aislamiento, a una defensa efectiva.⁹¹

En Colombia, la Corte Constitucional ha estimado que el derecho de defensa no se agota con la defensa técnica, pues comprende también la defensa material que el sindicado está facultado para ejercer:

(...) el ejercicio del derecho de defensa no se limita a la actividad que debe cumplir el abogado defensor –defensa técnica– sino que se refiere también a las actividades de autodefensa que corresponden al inculpa-do –defensa material– las cuales confluyen con la labor desplegada por el abogado con el mismo objetivo: defender al imputado.* Esta doble

Opinión Consultiva
Corte Interamericana
de Derechos Humanos

Jurisprudencia
Corte Interamericana
de Derechos Humanos

Jurisprudencia
Corte Constitucional

Ibíd., párr. 27. 89

Ibíd., párr. 28. 90

Corte Interamericana, caso Suárez Rosero, sentencia del 12 de noviembre de 1997, párr. 51. 91

Corte Constitucional, sentencia SU- 014 de 2001, M. P. Martha Victoria Sánchez. *

faceta del derecho de defensa emana de la misma Constitución, la cual en su artículo 29 indica que “(q)uien sea sindicado tiene derecho a la defensa y a la asistencia de un abogado escogido por él”. Para la Corte la conjunción copulativa “y” utilizada por el constituyente, indica claramente que el derecho de defensa no se limita a la facultad de ser asistido por un abogado, sino que se extiende a la posibilidad reconocida al sindicado de llevar a cabo su propia intervención dentro del proceso.⁹²

Por otra parte, en el ordenamiento interno se ha considerado que el derecho a la defensa técnica procede también en los procesos policivos, pues el debido proceso se debe observar en toda clase de actuaciones judiciales y administrativas.⁹³ En referencia a las personas habilitadas para ejercer la defensa técnica, la Corte ha dicho lo siguiente:

“En asuntos penales es requisito indispensable que quien obre en representación del sindicado, esto es, quien deba asumir su defensa, ha de ser un profesional del derecho, es decir, aquella persona que ha optado al título de abogado y, por consiguiente, tiene los conocimientos jurídicos suficientes para ejercer una defensa técnica, especializada y eficaz, en aras a garantizar al procesado su derecho de defensa”. Sin embargo, ha de tenerse en cuenta que en la práctica es difícil que siempre se cuente con profesionales del derecho y, por tanto, solamente para los casos excepcionales en que ello ocurra, la ley “puede habilitar defensores que reúnan al menos las condiciones de egresados, o de estudiantes de derecho pertenecientes a un consultorio jurídico, pues de esta forma se consigue el objetivo de que dichos defensores sean personas con cierta formación jurídica”.⁹⁴

En el mismo sentido, la Corte Constitucional declaró inexecutable una disposición que permitía que la defensa técnica en los procesos policivos la realizara un ciudadano honorable y alfabeto, pero sin conocimientos jurídicos, cuando se presentara la hipótesis de que el presunto contraventor no podía estar asistido por un abogado o un egresado o estudiante de derecho:

92 Corte Constitucional, sentencia C-648 de 2001, M. P. Marco Gerardo Monroy Cabra.

93 Corte Constitucional, sentencia SU-044 de 1995, M. P. Antonio Barrera Carbonell.

94 Corte Constitucional, sentencia C-025 de 1998, M. P. Fabio Morón Díaz.

Legitimar la intervención de un ciudadano honorable y alfabeto como representante de un sindicato durante la actuación del proceso contravencional significa, ni más ni menos, que desproteger de toda defensa al encartado y desconocer de este modo, la garantía que significa el derecho a ser asistido por un defensor idóneo, que es en el fondo la prerrogativa que reconoce a favor de un sindicato el artículo 29 de la Carta Política.⁹⁵

Conviene tener en cuenta que el ordenamiento penal colombiano se rige por los principios de defensa integral, ininterrumpida, técnica y material (art. 8º, Código de Procedimiento Penal), y de gratuidad de la actuación procesal (art. 22). En desarrollo de estos principios, el capítulo IV, título III del Código de Procedimiento Penal regula todo lo relativo al defensor, y los artículos 130 y 131 establecen lo siguiente:

Artículo 130. Defensoría pública. El servicio de defensoría pública, bajo la dirección y organización del Defensor del Pueblo, se prestará en favor de quienes carecen de recursos económicos para proveer su propia defensa a solicitud del sindicado, el Ministerio Público o el funcionario judicial.

Artículo 131. Defensoría de oficio. Si en el lugar donde se adelanta la actuación procesal no existiere o fuere imposible nombrar un defensor público, se escogerá un defensor de oficio.

Los estudiantes de derecho adscritos a los consultorios jurídicos pueden ejercer la función de defensores en los procesos de competencia de los jueces penales o promiscuos municipales.

Adicionalmente, la ley exige la presencia del defensor en ciertas actuaciones procesales, y el artículo 280 del Código de Procedimiento Penal establece que toda confesión requiere que la persona esté asistida de su defensor.

3.2.5.1. DERECHO A COMUNICARSE LIBRE Y PRIVADAMENTE CON EL ABOGADO

Un aspecto relevante del derecho a disponer de asistencia letrada es el derecho a contar con un abogado durante la etapa anterior al juicio, dado que

Jurisprudencia
Corte Constitucional

Artículos 130 y 131.
Código de
Procedimiento Penal

uno de los elementos más importantes para la preparación de la defensa del acusado consiste en darle la oportunidad de entrevistarse y de discutir la estrategia de su defensa con su abogado, en privado.

Al respecto, la Corte Interamericana en el caso de Suárez Rosero, concluyó que:

Debido a su incomunicación durante los primeros 36 días de su detención, el señor Suárez Rosero no tuvo la posibilidad de preparar debidamente su defensa, ya que no pudo contar con el patrocinio letrado de un defensor público y, una vez que pudo obtener un abogado de su elección, no tuvo posibilidad de comunicarse en forma libre y privada con él. Por ende, la Corte considera que el Ecuador violó el artículo 8.2.c, 8.2.d y 8.2.e de la Convención Americana.⁹⁶

En su Observación General No. 13 el Comité de Derechos Humanos señaló que:

(...) Cuando el acusado no desee defenderse personalmente ni solicite una persona o una asociación de su elección, debe poder recurrir a un abogado. Además, este apartado exige que el defensor se comunique con el acusado en condiciones que garanticen plenamente el carácter confidencial de sus comunicaciones. (...)⁹⁷

Como resultado de esta interpretación, dicho Comité ha sostenido en distintas comunicaciones individuales que:

El Comité concluye que no permitir que el firmante tuviese asistencia letrada después que la pidió e interrogarlo durante ese lapso de tiempo constituye una violación de sus derechos con arreglo al apartado b) del párrafo 3 del artículo 14 del Pacto. Es más, el Comité tiene en cuenta que también constituye una violación del apartado b) del párrafo 3 del artículo 14 del Pacto que el autor no pudo consultar a su abogado en privado, lo que el Estado Parte no ha refutado.⁹⁸

Jurisprudencia
Corte Interamericana
de Derechos Humanos

Observación General
Comité de Derechos
Humanos

Decisión
Comité de
Derechos Humanos

96 Corte Interamericana, caso Suárez Rosero, sentencia del 12 de noviembre de 1997, párr. 83.

97 Comité de Derechos Humanos, Observación General No. 13, “La igualdad ante los tribunales y el derecho de toda persona a ser oída públicamente por un tribunal competente establecido por la ley”, párr. 9.

98 Comité de Derechos Humanos, caso Gridin c. Rusia, comunicación 770/1997, decidida el 20 de julio de 2000, CCPR/C/69/D/770/1997, párr. 8.5.

En el sistema europeo de protección de los derechos humanos, los peticionarios del caso *Campbell and Fell*⁹⁹ argumentaron ante la Corte Europea que la presencia de policías o de otras autoridades durante las entrevistas que sostuvieron con su abogado violó su derecho a “disponer del tiempo y de las facilidades necesarias para la preparación de su defensa”, y el “derecho a defenderse a través de la asistencia de un abogado”.

La Comisión Europea sostuvo que, en principio, las consultas que se realicen entre la persona acusada de haber cometido un delito y su abogado deben llevarse a cabo en privado para preservar tanto la confidencialidad de la relación abogado/cliente, como el secreto profesional del abogado. Sin embargo, la Corte Europea sostuvo que, en circunstancias excepcionales, el Estado puede restringir estas entrevistas privadas, por ejemplo, cuando existen razones importantes para sospechar que un abogado está abusando de su posición profesional para convencer a su cliente de que esconda o destruya pruebas, o entorpezca el procedimiento legal de alguna manera. En el mencionado caso, la Corte concluyó que existió una violación del artículo 6.3 b) y c) de la Convención Europea.

3.2.5.2. OBLIGACIONES DEL ABOGADO/DEFENSOR

En su Observación General No. 13 (párrafo 9) el Comité de Derechos Humanos señaló que: “(...) Los abogados deben poder asesorar y representar a sus clientes de conformidad con su criterio y normas profesionales establecidas, sin ninguna restricción, influencia, presión o injerencia indebida de ninguna parte”.¹⁰⁰ A su vez, en el Comentario General No. 8 dispuso que: “(...) el acusado o su abogado deben tener el derecho de actuar diligentemente y sin temor, valiéndose de todos los medios de defensa disponibles (...)”.¹⁰¹

La CIDH ha sostenido que también se vulnera el derecho a una defensa efectiva por el incumplimiento del letrado de sus deberes profesionales.¹⁰² El incumplimiento de sus deberes debe ser verificado, en al menos tres aspectos: a) por el vencimiento de plazos legales para la interposición de recursos, presentación de peticiones o pruebas, etc.; b) por no concurrir a visitar al detenido en forma periódica, y c) por incompetencia profesional (ya sea por falta de idoneidad o por no utilizar todos los conocimientos necesarios).

Corte Europea, <i>Campbell and Fell</i> , judgment of 28 June 1984, Series A, No. 80.	99
Comité de Derechos Humanos, Observación General No. 13, “La igualdad ante los tribunales y el derecho de toda persona a ser oída públicamente por un tribunal competente establecido por la ley”, párr. 9.	100
Ibid., párr. 11.	101
CIDH, informe Miskito (1984).	102

Los “Principios Básicos para la función de los abogados”, en los puntos 12 a 15, establecen las obligaciones y responsabilidades de los abogados; entre éstos se destacan los principios 14: “Los abogados, al proteger los derechos de sus clientes y defender la causa de la justicia, procurarán apoyar los derechos humanos y las libertades fundamentales reconocidos por el derecho nacional e internacional, y en todo momento actuarán con libertad y diligencia, de conformidad con la ley y las reglas y normas éticas reconocidas que rigen su profesión”, y 15 “Los abogados velarán lealmente en todo momento por los intereses de sus clientes”. Los principios 16 a 22 se refieren a las “garantías para el ejercicio de la profesión” entre las que se consagra el principio de que el profesional en el ejercicio de su cargo no debe sufrir “interferencias indebidas”.

En Colombia, la Corte Constitucional ha aceptado que la falta de defensa técnica y material dentro del proceso penal conduce a la anulación del mismo. Así, la Corte estudió el caso de un ciudadano condenado a prisión por homicidio, sin que se le permitiera su defensa material, porque no se le notificaron las actuaciones, ni se le garantizó la defensa técnica, pues aunque se le nombró un defensor de oficio, la grave negligencia en que éste incurrió produjo un desconocimiento de las garantías procesales. En este caso la Corte consideró que la sentencia condenatoria constituía una vía de hecho, por vulneración de la defensa material y técnica del implicado, y por consiguiente ordenó la nulidad de lo actuado en el juicio.

Particularmente en cuanto a las actuaciones negligentes de los defensores de oficio en los procesos penales, esta Corporación ha sostenido que cuando aquéllas no pueden ser conocidas ni corregidas por el procesado –por falta de calificación de éste o por negligencia del Estado en la notificación del proceso–, y pueden aparejar una grave vulneración de sus derechos fundamentales, no le pueden ser imputadas para efectos de impedirle el acceso a mecanismos de defensa eficaces como la acción de tutela.(...)

Para solicitar el amparo constitucional mediante la mencionada acción será necesario, adicionalmente, demostrar cuatro elementos: 1) que efectivamente existieron fallas en la defensa que, desde ninguna perspectiva posible, pueden ser amparadas bajo el amplio margen de libertad con que cuenta el apoderado para escoger la estrategia de defensa adecuada; 2) que las mencionadas deficiencias no le son imputables al procesado; 3) que la falta de defensa material o técnica tuvo o puede tener un efecto definitivo y evidente sobre la decisión judicial de mane-

ra tal que pueda afirmarse que ésta incurre en uno de los cuatro defectos anotados –sustantivo, fáctico, orgánico o procedimental–; 4) que, como consecuencia de todo lo anterior, aparezca una vulneración palmaria de los derechos fundamentales del procesado. En otras palabras, si las deficiencias en la defensa del implicado no tienen un efecto definitivo y notorio sobre la decisión judicial o si no aparece una afectación ulterior de sus restantes derechos fundamentales, no podría proceder la acción de tutela contra las decisiones judiciales del caso.¹⁰³

3.2.6. Derecho a presentar e interrogar testigos y peritos

En cuanto al derecho a presentar e interrogar testigos y peritos, el artículo 14.3 e) del PIDCP reconoce “el derecho de toda persona acusada a interrogar o hacer interrogar a los testigos de cargo y a obtener la comparecencia de los testigos de descargo y que éstos sean interrogados en las mismas condiciones que los testigos de descargo”, y el artículo 8.2 f) de la Convención Americana, “reconoce el derecho de la defensa de interrogar a los testigos presentes en el tribunal y de obtener la comparecencia, como testigos o peritos, de otras personas que puedan arrojar luz sobre los hechos”. Como se observa, ambos artículos establecen una de las más obvias manifestaciones del principio de igualdad de armas, ya que tienen como objetivo asegurar que la persona acusada de haber cometido un delito tenga una adecuada y verdadera oportunidad de cuestionar la veracidad de los testimonios de los testigos en su contra.

La Corte Interamericana ha dicho que aquellos ordenamientos nacionales en los que no resulte posible interrogar a agentes –tanto de la policía como del ejército– que hayan participado en las diligencias de la investigación vulneran la garantía consagrada en el artículo 8.2.f. de la Convención Americana.¹⁰⁴

Según la Corte Europea, en principio, todas las pruebas existentes en un proceso penal deben ser expuestas en presencia del acusado, en una audiencia pública, teniendo en cuenta la estrategia de la contraparte en el proceso. Para esta Corte esto no significa que para que las declaraciones de los testigos puedan utilizarse como prueba, éstas deban realizarse siempre en una audiencia pública ante un tribunal o una corte, es decir, no constituye una inconsistencia con los artículos 6 (1) y 6.3 d) usar como prueba declaraciones obtenidas en la etapa preparatoria del proceso siempre y cuando los derechos de la defensa hayan sido

Corte Constitucional, sentencia T-654 de 1998, M. P. Eduardo Cifuentes Muñoz.

Corte Interamericana, caso Castillo Petruzzi y otros, sentencia del 30 de mayo de 1999, numerales 153 a 156.

103

104

respetados.¹⁰⁵ Como una regla, esos derechos requieren que se dé al acusado una adecuada y verdadera oportunidad de cuestionar la veracidad del testimonio de un testigo en su contra, y de hacerle preguntas, bien cuando este testigo esté realizando su declaración o en una etapa posterior del proceso.¹⁰⁶

Los casos conocidos por la Corte Europea sobre testimonios que no pudieron ser cuestionados por el acusado se refieren, principalmente, a la utilización de declaraciones de testigos anónimos y de testigos privilegiados o protegidos. Por ejemplo, en el caso Kostovski, el peticionario fue condenado sobre la base de los informes de dos personas anónimas que habían sido escuchadas por la policía y por el juez. Ninguno de los dos testigos fue escuchado en el juicio. La Corte Europea sostuvo en este caso que si la defensa no conoce la identidad de la persona que intenta interrogar, puede ser privada de muchos detalles que le permitan demostrar que esta persona se encuentra prejuiciada, hostil o, simplemente, no es confiable. El testimonio u otras declaraciones que inculpen a un acusado pueden ser no confiables o simplemente erróneos y, en estos casos, la defensa, a duras penas, podrá demostrarlo si carece de la información que le podría permitir cuestionar la confiabilidad de su autor o dudar acerca de su credibilidad. Los peligros inherentes a esta situación son, para la Corte Europea, obvios.¹⁰⁷

A pesar de que el gobierno de Holanda argumentó en este caso que se temía que los testigos anónimos fueran objeto de represalias si su identidad era revelada, la Corte señaló que, aunque la utilización de fuentes anónimas puede estar justificada durante la etapa de investigación del procedimiento penal, el grado de confiabilidad dado a esos testimonios para lograr la condena del peticionario no podía reconciliarse con las garantías contenidas en el artículo 6 de la Convención Europea.¹⁰⁸

Los principios de publicidad y de contradicción de la prueba establecen el ejercicio pleno del derecho a rechazar un testigo cuando existan motivos para dudar de su imparcialidad. Sobre el particular la Corte Constitucional ha dicho:

(...) En efecto, para nadie es desconocido que las condiciones personales del testigo como órgano de la prueba, pueden ser también materia de debate en el ejercicio del derecho de contradicción, cual sucede por ejemplo, si el testigo ciego afirma haber visto algo, y se discute por el

Jurisprudencia
Corte Constitucional

- 105 Corte Europea, Kostovski, judgment of 20 November 1989, párr. 41; Barbera, Messegue and Jabardo judgment of 6 December 1988, párr. 78.
- 106 Corte Europea, Unterpentinger, judgment of 24 November 1986, párr. 31.
- 107 Corte Europea, Kostovski, judgment of 20 November 1989, párr. 42.
- 108 Corte Europea, *Ibid.*, párr. 43.

sindicado si aquél tiene un sentido de la vista normal, disminuido, o carece del mismo por completo; e igual podría predicarse de quien afirma haber oído siendo sordo; o igual sucedería cuando el testigo asevera haber visto y oído, con explicación sobre lo que oyó y lo que vio, con profunda convicción personal de que así en efecto ocurrió, asunto que podría ser objeto de discusión por el sindicado que intentara la demostración de que el declarante no faltó a la verdad, pero padece de alucinaciones visuales o auditivas, o de ambas, en razón de padecer una esquizofrenia. Del mismo modo, la relación personal del testigo con el sindicado, con las autoridades o con quienes eventualmente puedan resultar afectados o beneficiados con su declaración, puede ser objeto de confrontación y examen en la contradicción de la prueba. Además, el contacto directo de las partes con el testigo durante la recepción de la declaración de éste, permite al procesado o a su apoderado la percepción inmediata de la reacción anímica del deponente ante las preguntas que se le formulan, lo cual puede resultar útil para ejercer el derecho de preguntar o contrapreguntar en ese preciso momento algo que permita examinar lo declarado para mayor precisión en relación con los hechos objeto de la investigación, oportunidad que, conforme a la psicología judicial puede ser imposible de repetir luego, lo que quiere decir que, si se ignora quién es el testigo y si el sindicado se encuentra ausente cuando aquél declara, de esta manera se vulnera también su derecho a la publicidad y a la contradicción de la prueba, parte fundamental del debido proceso judicial. Lo mismo puede predicarse de las especiales circunstancias de tiempo, de modo y de lugar de las que afirma el declarante existieron para percibir los hechos que narra en el proceso, las cuales pueden constituir una explicación verosímil y suficiente, o por el contrario pueden servir para descartar tal verosimilitud y, en consecuencia, la credibilidad del testigo.¹⁰⁹

3.2.7. Derecho a ser asistido gratuitamente por un intérprete, si no comprende o no habla el idioma empleado en el tribunal

Este derecho está reconocido en los artículos 14.3. f) del PIDCP, y 8.2 a) de la Convención Americana. Se encuentra íntimamente relacionado con el dere-

Principio 14.
Conjunto de principios
para la protección de
todas las personas
sometidas a
detención o prisión

cho “a ser informado sin demora, en un idioma que comprenda, (...) de la naturaleza y causa de la acusación formulada contra ella”, reconocido en el artículo 14.3 a) del PIDCP, ya que junto con el derecho a disponer de asistencia letrada, conforman el contenido básico del derecho a la defensa. Igualmente, del principio consagrado en el artículo 14.1 del PIDCP y en el artículo 5 a) de la Convención sobre la eliminación de todas las formas de discriminación racial se desprende que reconocen que todas las personas son iguales ante los tribunales y demás órganos que administran justicia.

El Principio 14 del “Conjunto de principios para la protección de todas las personas sometidas a cualquier forma de detención o prisión”, desarrolla el contenido de los anteriores artículos de la siguiente manera:

Toda persona que no comprenda o no hable adecuadamente el idioma empleado por las autoridades responsables del arresto, detención o prisión tendrá derecho a que se le comunique sin demora, en un idioma que comprenda, la información mencionada en el principio 10 (informar de la razón del arresto y notificada sin demora de la acusación), el párrafo 2 (comunicación inmediata y completa de la orden de detención y las razones de ella) del principio 11, el párrafo 1 del principio 12 (relativo a las cuestiones atinentes al arresto) y el principio 13 (relativo al conocimiento de los derechos del detenido) y a contar con la asistencia, gratuita si fuese necesario, de un intérprete en las actuaciones judiciales posteriores a su arresto.

En relación con la interpretación del artículo 14.3. f), el Comité de Derechos Humanos, en su Observación General No. 13 señaló que:

En el apartado f) del párrafo 3 se dispone que si el acusado no comprende o no habla el idioma empleado en el tribunal tendrá derecho a ser asistido gratuitamente por un intérprete. Este derecho es independiente del resultado del procedimiento y se aplica tanto a los extranjeros como a los nacionales. Tiene importancia básica cuando la ignorancia del idioma utilizado por un tribunal o la dificultad de su comprensión pueden constituir un obstáculo principal al derecho de defensa.¹¹⁰

Observación General
Comité de Derechos
Humanos

110

Comité de Derechos Humanos, Observación General No. 13, “La igualdad ante los tribunales y el derecho de toda persona a ser oída públicamente por un tribunal competente establecido por la ley”, párr. 13.

En el sistema europeo de protección de los derechos humanos, la Corte Europea ha clarificado el alcance del término “el idioma usado por el juzgado o tribunal” en los casos Luedicke, Belkacem y Koc, al señalar que esta previsión se aplica a “todos los documentos o declaraciones del procedimiento (...) que sean necesarios para que el acusado comprenda, en aras de que tenga el beneficio de un juicio justo”. Entre los documentos que requieren interpretación o traducción a expensas de las autoridades, se encuentran: la acusación (tal y como lo requiere el artículo 6.3 a), las razones en las que se basa el arresto y la audiencia.¹¹¹ En teoría, y sobre la base de los anteriores casos, se requiere que el acusado entienda todos los aspectos del proceso. Sin embargo, en el caso Kamasinski, la Corte no encontró que se había violado el artículo 6(3) e), ya que el abogado del acusado era formalmente competente en la lengua materna del acusado.¹¹² En todo caso, para la Corte Europea no se requiere interpretación o traducción en la lengua que el acusado elija, solamente en la lengua que él comprenda.

La legislación colombiana contempla dentro de su normatividad la designación, por parte del juez, de un intérprete para aquellas personas que como implicados o declarantes dentro de los procesos no hablen el idioma castellano.

En este sentido, el artículo 192 del Código de Procedimiento Civil expresa: “Declaración con intérprete. Siempre que deba recibirse declaración a un sordo o mudo que se dé a entender por signos o a alguna persona que no entienda el castellano o no se exprese en este idioma, se designará por el juez un intérprete, quien deberá tomar posesión del cargo bajo juramento.”

Lo anterior está en concordancia con el artículo 147 del Código de Procedimiento Penal que en su primer inciso señala:

Requisitos formales de actuación. Las actuaciones deberán adelantarse en idioma castellano y se recogerán por el medio más idóneo disponible. Si estuvieran en otro idioma o la persona no pudiere expresarse en castellano, se hará la traducción correspondiente o se utilizará un intérprete

El derecho a un intérprete se aplica en dos sentidos: por una parte, el intérprete debe traducir al tribunal las declaraciones del imputado que no hable el idioma castellano; por otra, el intérprete debe traducir al imputado que no hable adecuadamente el castellano acerca de las razones del arresto y la acusación, entre otras.

Artículo 147.
Código de
Procedimiento Penal

Corte Europea, Luedicke, Belkacem and Koc, judgment of 28 November 1978, Series A, No. 29.

111

Corte Europea, Kamasinski, judgment of 19 December 1989, Series A, No. 168.

112

3.2.8. *Derecho a no ser obligado a declarar contra sí mismo ni a confesarse culpable*

Este derecho se encuentra reconocido en los artículos 14.3 g) del PIDCP y en el artículo 8.2 g) de la Convención Americana. Igualmente, el artículo 15 de la Convención contra la tortura y otros tratos crueles, inhumanos o degradantes reconoce este derecho al señalar que: “Todo Estado Parte se asegurará de que ninguna declaración que se demuestre que ha sido hecha como resultado de tortura pueda ser invocada como prueba en ningún procedimiento, salvo en contra de una persona acusada de tortura como prueba de que se ha formulado la declaración”.

En relación con la interpretación de este derecho, el Comité de Derechos Humanos en su Observación General No. 13 fue claro al señalar que:

El apartado g) del párrafo 3 dispone que el acusado no puede verse obligado a declarar contra sí mismo ni a confesarse culpable. Al examinar esta garantía deben tenerse presentes las disposiciones del artículo 7 y del párrafo 1 del artículo 10. Con el fin de obligar al acusado a confesarse culpable o a declarar contra sí mismo se utilizan con frecuencia métodos que violan estas disposiciones. Debe establecer por ley que las pruebas obtenidas por estos métodos o cualquier otra forma de coerción son enteramente inaceptables.¹¹³

Para evitar la violación de este derecho, así como del derecho a la integridad personal, constituye un requisito indispensable que los interrogatorios sean tomados por la autoridad judicial competente y en presencia del abogado defensor¹¹⁴ (véase el Capítulo V).

Al respecto, la CP desarrolla el artículo 33, que reza: “Nadie podrá ser obligado a declarar contra sí mismo o contra su cónyuge, compañero permanente o parientes dentro del cuarto grado de consanguinidad, segundo de afinidad o primero civil”.

113 Comité de Derechos Humanos, Observación General No. 13, “La igualdad ante los tribunales y el derecho de toda persona a ser oída públicamente por un tribunal competente establecido por la ley”, párr. 14.

114 CIDH, informe Miskito (1984) e informe sobre Guatemala (1983).

3.2.9. Derecho a recurrir el fallo ante un juez o tribunal superior

El derecho a recurrir el fallo ante un juez o tribunal superior se encuentra reconocido en los artículos 14.5 del PIDCP y 8.2 h) de la Convención Americana. Mientras que en el PIDCP este derecho no se encuentra contemplado como una garantía mínima que debe otorgarse a toda persona sujeta a un proceso penal, y por tanto no se encuentra contemplado en el párrafo 3 del mencionado artículo, la Convención Americana lo considera como tal.

En este Manual, el derecho a recurrir el fallo ante un juez o tribunal superior se considerará como una garantía mínima que deberá observarse en todo procedimiento penal, ya que en el derecho internacional de los derechos humanos (DIDH) se aplica la norma más favorable para la protección de la persona humana.

Respecto a la interpretación del párrafo 5 del artículo 14 del PIDCP, el Comité de Derechos Humanos, en su Observación General No. 13, señaló que:

En el párrafo 5 del artículo 14 se dispone que toda persona declarada culpable de un delito tendrá derecho a que el fallo condenatorio y la pena que se le haya impuesto sean sometidos a un tribunal superior, conforme a lo prescrito por la ley. Se señalan en especial a la atención las versiones de la palabra “delito” en los demás idiomas (“*infraction*”, “*crime*”, “*prestuplenie*”), que muestran que esta garantía no se limita tan sólo a las infracciones más graves.(...) ¹¹⁵

Por tanto, se puede concluir que el derecho a recurrir un fallo ante un juez o tribunal superior debe estar reconocido por la legislación de los países partes del PIDCP, con relación a las faltas penales, los delitos o cualquier procedimiento que sin llegar a tener una naturaleza penal imponga sanciones de este tipo.

En cuanto al contenido de este derecho la Corte Interamericana, en la sentencia Castillo Petruzzi, señaló que:

El derecho de recurrir del fallo, consagrado por la Convención, no se satisface con la mera existencia de un órgano de grado superior al que juzgó y condenó al inculpado, ante el que éste tenga o pueda tener acceso. Para que haya una verdadera revisión de la sentencia, en el

Observación General
Comité de Derechos
Humanos

Jurisprudencia
Corte Interamericana
de Derechos Humanos

Comité de Derechos Humanos, Observación General No. 13, “La igualdad ante los tribunales y el derecho de toda persona a ser oída públicamente por un tribunal competente establecido por la ley”, párr. 17.

sentido requerido por la Convención, es preciso que el tribunal superior reúna las características jurisdiccionales que lo legitiman para conocer del caso concreto. Conviene subrayar que el proceso penal es uno solo a través de sus diversas etapas, tanto la correspondiente a la primera instancia como las relativas a instancias ulteriores. En consecuencia, el concepto del juez natural y el principio del debido proceso legal rigen a lo largo de esas etapas y se proyectan sobre las diversas instancias procesales. Si el juzgador de segunda instancia no satisface los requerimientos del juez natural, no podrá establecerse como legítima y válida la etapa procesal que se desarrolle ante él. En el caso que nos ocupa, el tribunal de segunda instancia forma parte de la estructura militar. Por ello no tiene la independencia necesaria para actuar ni constituye un juez natural para el enjuiciamiento de civiles. En tal virtud, pese a la existencia, bajo condiciones sumamente restrictivas, de recursos que pueden ser utilizados por los procesados, aquéllos no constituyen una verdadera garantía de reconsideración del caso por un órgano jurisdiccional superior que atienda las exigencias de competencia, imparcialidad e independencia que la Convención establece.¹¹⁶

En algunos países, el recurso de revisión o apelación se denomina casación (en otros, además del recurso de apelación, existe el de casación). Respecto a los países donde el recurso de apelación o revisión se denomine casación, el Comité de Derechos Humanos señaló, al resolver una comunicación individual, que:

(...) el Comité pone de manifiesto que al margen de la nomenclatura dada al recurso en cuestión, éste ha de cumplir con los elementos que exige el Pacto. (...)El Comité concluye que la inexistencia de la posibilidad de que el fallo condenatorio y la pena del autor fueran revisados íntegramente, (...), limitándose dicha revisión a aspectos formales o legales, no cumple con las garantías que exige el párrafo 5, artículo 14, del Pacto. Por consiguiente, al autor le fue denegado el derecho a la revisión del fallo condenatorio y de la pena, en violación del párrafo 5 del artículo 14 del Pacto.¹¹⁷

116 Corte Interamericana, caso Castillo Petruzzi y otros, sentencia del 30 de mayo de 1999, párr. 161.

117 Comité de Derechos Humanos, caso Gómez Vázquez c. España, comunicación 701/1996, decisión adoptada el 20 de julio de 2000, CCPR/C/69/D/701/1996, párr. 11.1.

El Comité de Derechos Humanos consideró que España había violado el artículo 14.5 del PIDCP en el caso de Cesario Gómez Vázquez, sobre la base de que la legislación española solamente contemplaba la posibilidad de recurrir en casación las sentencias relativas a delitos muy graves (como el homicidio frustrado). Cabe señalar que, en esta época, el recurso de casación solamente se podía interponer por razones jurídicas muy limitadas y no había posibilidad de que este tribunal volviera a evaluar las pruebas, al considerarse “definitiva” toda decisión del tribunal inferior sobre los hechos. El Comité señaló:

En cuanto a si el autor ha sido objeto de una violación del párrafo 5 del artículo 14 del Pacto, porque su condena y sentencia solamente han sido revisadas en casación ante el Tribunal Supremo, en lo que su abogado, siguiendo los parámetros establecidos en los artículos 876 y siguientes de la Ley de Enjuiciamiento Criminal, denomina un recurso incompleto de revisión, el Comité toma nota de la alegación del Estado Parte de que el Pacto no exige que el recurso de revisión se llame de apelación. No obstante el Comité pone de manifiesto que al margen de la nomenclatura dada al recurso en cuestión éste ha de cumplir con los elementos que exige el Pacto. De la información y los documentos presentados por el Estado Parte no se refuta la denuncia del autor de que su fallo condenatorio y la pena que le fue impuesta no fueran revisados íntegramente. El Comité concluye que la inexistencia de la posibilidad de que el fallo condenatorio y la pena del autor fueran revisadas íntegramente, como se desprende de la propia sentencia de casación citada en el punto 3.2, limitándose dicha revisión a los aspectos formales o legales de la sentencia, no cumple con las garantías que exige el párrafo 5, artículo 14, del Pacto. Por consiguiente, al autor le fue denegado el derecho a la revisión del fallo condenatorio y de la pena, en violación del párrafo 5 del artículo 14 del Pacto.¹¹⁸

Por tanto, se puede concluir que según la jurisprudencia de la Corte Interamericana, la mera existencia de un recurso de apelación o revisión en la legislación de los países no cumple, por sí misma, las exigencias del artículo 8 de la Convención. Además de su reconocimiento formal, este recurso debe contemplar todas las garantías del debido proceso legal (incluyendo el derecho a ser juzgado por un juez competente, independiente e imparcial), ya que el debido proceso legal se aplica a todas las etapas del procedimiento, no únicamente a la

Decisión
Comité de
Derechos Humanos

Jurisprudencia
Corte Constitucional

primera instancia. En cuanto al contenido del recurso de apelación, éste debe revisar en su totalidad el fallo condenatorio y la pena, según el Comité de Derechos Humanos. No puede limitarse a revisar, únicamente, aspectos legales o formales.

A raíz de la consagración constitucional del derecho de toda persona a impugnar la sentencia condenatoria (art. 29, CP), la Corte Constitucional ha expresado que, en el ámbito penal, dicha garantía sí forma parte del núcleo esencial del derecho fundamental al debido proceso. Así lo precisó, por ejemplo, al referirse a la doble instancia en los procesos relativos al menor infractor.

La jurisprudencia ha sostenido reiteradamente que la doble instancia, a través de la apelación o la consulta, no es parte esencial del debido proceso, y la Constitución no la ordena como exigencia del juicio adecuado.

Empero, la tesis jurisprudencial que se menciona tiene hoy un carácter relativo pues si bien es cierto que la Constitución no establece la doble instancia como un principio del debido proceso, de manera abstracta y genérica, no lo es menos que la posibilidad de impugnar las sentencias condenatorias sí es un derecho que hace parte del núcleo esencial del debido proceso. En otros términos, una norma que impida impugnar las sentencias condenatorias será inconstitucional por violación del debido proceso. En todos los demás casos, la doble instancia es un principio constitucional cuyas excepciones pueden estar contenidas en la ley (art. 31 de la CN).¹¹⁹

La Corte Constitucional, al desarrollar el inciso segundo del artículo 31 de la CP consideró que la prohibición de agravar la pena impuesta al condenado cuando éste es apelante único eleva a nivel constitucional la garantía de la proscripción de la *reformatio in peius*, y proyecta su aplicación al derecho penal.¹²⁰

Jurisprudencia
Corte Constitucional

Definición y alcance de la “*reformatio in peius*” o reforma peyorativa es un principio general del derecho procesal y una garantía constitucional que hace parte del derecho fundamental al debido proceso (CN, art 29). Ella es consecuencia de la regla ínsita en la máxima latina “*tantum devolutum quantum appellatum*”, en virtud de la cual se ejerce

119 Corte Constitucional, sentencia C-019 de 1993, M. P. Ciro Angarita Barón.

120 Corte Constitucional, sentencia T-474 de 1992, M. P. Eduardo Cifuentes Muñoz.

la competencia del juez superior. El ejercicio de las competencias judiciales radicadas en el juez superior y su límite, ambos, se suscitan y a la vez se limitan por virtud de la impugnación y las pretensiones que ella involucra.

La interdicción de la reforma en perjuicio del condenado constituye, igualmente, una garantía procesal fundamental del régimen de los recursos, a su vez contenido en el derecho de defensa y en el núcleo esencial del derecho al debido proceso. Al superior no le es dable por expresa prohibición constitucional empeorar la pena impuesta al apelante único, porque al fallar *ex officio* sorprende al recurrente, quien formalmente por lo menos no ha tenido la posibilidad de conocer y controvertir los motivos de la sanción a él impuesta, operándose por esta vía una situación de indefensión.¹²¹

3.3. Otras garantías aplicables a los procesos penales

3.3.1. Derecho a la presunción de inocencia

El derecho a la presunción de inocencia se encuentra reconocido en los artículos 14.2 del PIDCP, 8.2 de la Convención Americana, el artículo 11.1 de la Declaración Universal de los Derechos Humanos, y en el artículo XXVI de la Declaración Americana sobre Derechos y Deberes del Hombre.

El derecho a la presunción de inocencia constituye uno de los principios fundamentales de los artículos 14 del PIDCP y 8 de la Convención. Con base en este derecho, todas las personas (incluso las culpables) tienen derecho a que se les presuma inocentes hasta que se emita una decisión judicial definitiva. La aplicación más conocida de este derecho es el principio *in dubio pro reo*, que consiste en que el acusado siempre tiene el beneficio de la duda y, por tanto, la carga de la prueba recae en las autoridades. Además, este principio implica que si el juez o tribunal tiene alguna duda sobre la culpabilidad del acusado, sobre la base de las pruebas presentadas en su contra, esta duda debe favorecer al acusado. El derecho a la presunción de inocencia se aplica únicamente a las personas acusadas de haber cometido un delito, no se aplica en relación con la “determinación de derechos y obligaciones de carácter civil”.

Corte Constitucional, sentencia T-474 de 1992, M. P. Eduardo Cifuentes Muñoz.

Observación General
Comité de Derechos
Humanos

Jurisprudencia
Corte Interamericana
de Derechos Humanos

Al interpretar el alcance y contenido del artículo 14 del PIDCP, el Comité de Derechos Humanos, en su Observación General No. 13, señaló que:

(...) En virtud de la presunción de inocencia, la carga de la prueba recae sobre la acusación y el acusado tiene el beneficio de la duda. No puede suponerse a nadie culpable a menos que se haya demostrado la acusación fuera de toda duda razonable. Además, la presunción de inocencia implica el derecho a ser tratado de conformidad con este principio. Por lo tanto, todas las autoridades públicas tienen la obligación de no prejuzgar el resultado de un proceso.¹²²

En este mismo sentido la Corte Interamericana, en el caso Cantoral Benavides, señaló que:

El principio de la presunción de inocencia, tal y como se desprende del artículo 8.2 de la Convención, exige que una persona no pueda ser condenada mientras no exista prueba plena de su responsabilidad penal. Si obra contra ella prueba incompleta o insuficiente, no es procedente condenarla, sino absolverla.¹²³

En el sistema europeo de derechos humanos, la Corte Europea ha sostenido, desde el primer caso en el que encontró la violación del derecho a la presunción de inocencia, que este principio se aplica a todas las etapas de los procedimientos penales, independientemente del resultado de la investigación realizada por el juez o fiscal, y de los méritos de la acusación.¹²⁴ Según la Corte Europea, se violaría el principio a la presunción de inocencia si, con anterioridad a que se haya probado la culpabilidad de un acusado de acuerdo con la ley y, evidentemente cuando todavía no se le ha concedido la oportunidad de ejercer su derecho a la defensa, una decisión judicial refleja la opinión de que esta persona es culpable. A juicio de esta Corte, es suficiente que exista algún tipo de razonamiento que sugiera que el juez o tribunal considera que el acusado es culpable, para que se considere violado este derecho.¹²⁵

- 122 Comité de Derechos Humanos, Observación General No. 13, “La igualdad ante los tribunales y el derecho de toda persona a ser oída públicamente por un tribunal competente establecido por la ley”, párr. 7.
- 123 Corte Interamericana, caso Cantoral Benavides, sentencia del 18 de agosto de 2000, párr. 120.
- 124 Corte Europea, Minelli, judgment of 25 March 1983, Series A, No. 62, párr. 30.
- 125 Corte Europea, *Ibid.*, párr. 37.

En Colombia, la presunción de inocencia se encuentra reconocida en el artículo 29 inciso 4° de la CP, mandato por el cual:

Toda persona se presume inocente mientras no se la haya declarado judicialmente culpable. [Por tal razón], adquiere el rango de derecho fundamental, por virtud del cual, el acusado no está obligado a presentar prueba alguna que demuestre su inocencia y por el contrario ordena a las autoridades judiciales competentes la demostración de la culpabilidad del agente. Este derecho acompaña al acusado desde el inicio de la acción penal (por denuncia, querrela o de oficio) hasta el fallo o veredicto definitivo y firme de culpabilidad, y exige para ser desvirtuada la convicción o certeza, más allá de una duda razonable, basada en el material probatorio que establezca los elementos del delito y la conexión del mismo con el acusado. Esto es así, porque ante la duda en la realización del hecho y en la culpabilidad del agente, se debe aplicar el principio del *in dubio pro reo*, según el cual toda duda debe resolverse en favor del acusado.¹²⁶

El derecho a la presunción de inocencia es violado por medio de la aplicación de la institución de la prisión preventiva, cuando se restringe la libertad del individuo más allá de los límites estrictamente necesarios para asegurar que el acusado no impedirá el desarrollo de las investigaciones y no eludirá la acción de la justicia. La prisión preventiva no puede ser la regla general (véase el Capítulo VI). En caso contrario, es decir, si fuera la regla general, se estaría violando el principio de presunción de inocencia de que goza todo acusado, e implicaría la aplicación anticipada de una pena por un delito por el que el acusado no ha sido todavía juzgado. Hay que tener en cuenta que la prisión preventiva es una medida cautelar y no una medida punitiva.

A este respecto, en el caso de Suárez Rosero la Corte Interamericana señaló que:

Esta Corte estima que en el principio de presunción de inocencia subyace el propósito de las garantías judiciales, al afirmar la idea de que una persona es inocente hasta que su culpabilidad sea demostrada. De lo dispuesto en el artículo 8.2 de la Convención se deriva la obligación estatal de no restringir la libertad del detenido más allá de los límites estrictamente necesarios para asegurar que no impedirá el desarrollo

Jurisprudencia
Corte Constitucional

Jurisprudencia
Corte Interamericana
de Derechos Humanos

Corte Constitucional, sentencia C-774 de 2001, M. P. Rodrigo Escobar Gil.

126

eficiente de las investigaciones y que no eludirá la acción de la justicia, pues la prisión preventiva es una medida cautelar, no punitiva. Este concepto está expresado en múltiples instrumentos del derecho internacional de los derechos humanos y, entre otros, en el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, que dispone que la prisión preventiva de las personas que hayan de ser juzgadas no debe ser la regla general (art. 9.3). En caso contrario se estaría cometiendo una injusticia al privar de libertad, por un plazo desproporcionado respecto de la pena que correspondería al delito imputado, a personas cuya responsabilidad criminal no ha sido establecida. Sería lo mismo que anticipar una pena a la sentencia, lo cual está en contra de principios generales del derecho universalmente reconocidos.¹²⁷

En Colombia, la detención preventiva ha sido demandada por inconstitucionalidad en varias ocasiones; no obstante, la Corte Constitucional la ha considerado compatible con la Constitución.¹²⁸ La Corte estudió el conflicto entre la prisión preventiva y la presunción de inocencia y dijo lo siguiente:

Jurisprudencia
Corte Constitucional

(...) La presunción de inocencia, en la cual descansa buena parte de las garantías mínimas que un Estado democrático puede ofrecer a sus gobernados, no riñe, sin embargo, con la previsión de normas constitucionales y legales que hagan posible la aplicación de medidas preventivas, destinadas a la protección de la sociedad frente al delito y a asegurar la comparecencia ante los jueces de aquellas personas en relación con las cuales, según las normas legales preexistentes, existan motivos válidos y fundados para dar curso a un proceso penal, según elementos probatorios iniciales que hacen imperativa la actuación de las autoridades competentes (...)¹²⁹

La Corte volvió a abordar este conflicto y dijo que:

Jurisprudencia
Corte Constitucional

(...) la detención preventiva no puede convertirse en un mecanismo de privación de la libertad personal indiscriminado, general y automático, es decir que, su aplicación o práctica ocurra siempre que una persona se encuentra dentro de los estrictos límites que señala la ley.

- 127 Corte Interamericana, caso Suárez Rosero, sentencia del 12 de noviembre de 1997, párr. 77.
 128 Corte Constitucional, sentencias C-301 de 1993, C-106 de 1994, M. P. José Gregorio Hernández Galindo, C-689 de 1996, M. P. José Gregorio Hernández Galindo, C-327 de 1997 M. P. Fabio Morón Díaz y C-425 de 1997, M. P. Fabio Morón Díaz.
 129 Corte Constitucional, sentencia C-689 de 1996, M. P. José Gregorio Hernández Galindo.

(...) Bajo esta consideración, para que proceda la detención preventiva no sólo es necesario que se cumplan los requisitos formales y sustanciales que el ordenamiento impone, sino que se requiere, además, y con un ineludible alcance de garantía, que quien haya de decretarla sustente su decisión en la consideración de las finalidades constitucionalmente admisibles para la misma.

(...)

La presente limitación en la procedencia de la detención preventiva, de acuerdo con los mandatos constitucionales, ha sido reconocida como norma rectora en el nuevo Código de Procedimiento Penal, cuando en su artículo 3° inciso 2°, sostiene: “(...) La detención preventiva, en los términos regulados en este código, estará sujeta a la necesidad de asegurar la comparecencia al proceso del sindicado, la preservación de la prueba y la protección de la comunidad (...)”, mandato constitutivo del ordenamiento procesal penal, de acuerdo con el artículo 24 del nuevo Código de Procedimiento Penal, quien otorga prevalencia a las normas rectoras sobre las demás disposiciones del código, al señalar que: “Las normas rectoras son obligatorias y prevalecen sobre cualquier otra disposición de este código. Serán utilizadas como fundamento de interpretación”.¹³⁰

(Véase el Capítulo V, numeral 5.2.2., y el Capítulo VI, numeral 4.1.)

3.3.2. El principio non bis in idem o derecho a no ser juzgado dos veces por el mismo delito o por los mismos hechos

Este derecho se encuentra consagrado en los artículos 14.7 del PIDCP y en el artículo 8.4 de la Convención Americana. Según el Comité de Derechos Humanos, el principio *ne bis in idem*, contenido en el párrafo 7 del artículo 14 del Pacto, prohíbe que se incoen nuevos procesos cuando una persona ha sido condenada o absuelta sobre la base de un delito por sentencia firme. Este principio no significa que no se pueda reabrir un proceso si se descubren nuevos hechos o pruebas, o si existió un defecto fundamental en el procedimiento que podría haber afectado la sentencia emitida (circunstancias excepcionales).¹³¹

Comité de Derechos Humanos, Observación General No. 13, “La igualdad ante los tribunales y el derecho de toda persona a ser oída públicamente por un tribunal competente establecido por la ley”, párr. 19.

Corte Constitucional, sentencia C-774 de 2001, M. P. Rodrigo Escobar Gil.

130
131

La Corte Interamericana interpretó el alcance del artículo 8.4 de la Convención Americana en el caso de María Elena Loayza Tamayo, al sostener que:

Este principio busca proteger los derechos de los individuos que han sido procesados por determinados hechos para que no vuelvan a ser enjuiciados por los mismos hechos. A diferencia de la fórmula utilizada por otros instrumentos internacionales de protección de derechos humanos (por ejemplo, el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos de las Naciones Unidas, artículo 14.7, que se refiere al mismo “delito”), la Convención Americana utiliza la expresión “los mismos hechos”, que es un término más amplio en beneficio de la víctima.¹³²

En este caso, la Corte sostuvo que Perú violó el principio *non bis in idem*, ya que:

La Corte considera que en el presente caso la señora María Elena Loayza Tamayo fue absuelta por el delito de traición a la patria por el fuero militar, no sólo en razón del sentido técnico de la palabra “absolución”, sino también porque el fuero militar, en lugar de declararse incompetente, conoció de los hechos, circunstancias y elementos probatorios del comportamiento atribuido, los valoró y resolvió absolverla.

De lo anterior la Corte concluye que, al ser juzgada la señora María Elena Loayza Tamayo en la jurisdicción ordinaria por los mismos hechos por los que había sido absuelta en la jurisdicción militar, el Estado peruano violó el artículo 8.4 de la Convención Americana.¹³³

El artículo 29 de la CP dice que toda persona tiene derecho “a no ser juzgada dos veces por el mismo hecho”. A este respecto, la Corte Constitucional estudió la constitucionalidad del recurso de casación contra sentencias penales ejecutoriadas, norma que fue demandada por considerarla contraria al principio de *non bis in idem*. La Corte, tras explicar que este principio se encuentra íntimamente relacionado con la cosa juzgada y que es parte integral del debido proceso, declaró la exequibilidad de la norma demandada con fundamento en lo siguiente:

132 Corte Interamericana, caso Loayza Tamayo, sentencia del 17 de septiembre de 1997, párr. 66.

133 *Ibíd.*, párrs. 76-77.

Para efectos de la aplicación de tal principio es básico distinguir entre la reanudación de un proceso por circunstancias excepcionales, como sería por ejemplo, la acción de revisión, que procede contra sentencias ejecutoriadas, y cuyo fundamento es la existencia de hechos nuevos no conocidos durante el trámite del proceso que inciden necesariamente en la decisión dictada, y la apertura de un nuevo proceso para juzgar a la misma persona por los mismos hechos (*non bis in idem*).

En el proceso de casación no se vuelve a juzgar al procesado cuya situación jurídica ya fue definida mediante una sentencia sino la legalidad del fallo, es decir, si la decisión fue dictada con la estricta observancia del ordenamiento legal y constitucional. En consecuencia, no advierte la Corte que aquél resulte vulnerado.¹³⁴

En cuanto a la posibilidad de iniciar varios procesos a una persona por los mismos hechos, la Corte Constitucional ha explicado en reiteradas ocasiones que no se incurre en una vulneración del principio del *non bis in idem* cuando se imponen por los mismos hechos varias sanciones de diversa naturaleza:¹³⁵

El principio de *non bis in idem* prohíbe que se imponga a una persona más de una sanción de la misma naturaleza por la comisión de un mismo hecho. Dicho principio constituye una garantía esencial del derecho penal contemporáneo e integra, sin duda, el núcleo esencial del derecho fundamental al debido proceso. En consecuencia, está proscrito al legislador sancionar, a través de distintos tipos y en una misma rama del derecho, una misma e idéntica conducta. No obstante, dicho principio no prohíbe que una persona pueda ser objeto de dos o más sanciones de naturaleza diferente –v. gr. pecuniaria, disciplinaria, administrativa o penal– por la comisión de un mismo hecho. En este sentido, por ejemplo, la Corte ha establecido que la posibilidad legal de que un funcionario público resulte sancionado penal y disciplinariamente por haber incurrido en un delito que, al mismo tiempo, constituye falta administrativa, no vulnera el principio mencionado.¹³⁶

Corte Constitucional, sentencia C-252 de 2001, M. P. Carlos Gaviria Díaz.	134
Corte Constitucional, sentencias T-413 de 1992, M. P. Ciro Angarita Barón; C-244 de 1996, M. P. Carlos Gaviria Díaz, y C-280 de 1996, M. P. Alejandro Martínez Caballero.	135
Corte Constitucional, sentencia T-260 de 1999, M. P. Eduardo Cifuentes Muñoz.	136

3.3.3. *El principio de legalidad y favorabilidad de la ley penal*

A pesar de que las leyes nacionales de los países son las encargadas de tipificar qué conductas se consideran delitos y cuál será su correlativa pena, estas legislaciones no pueden violar o transgredir los artículos 11. 2 de la Declaración Universal de los Derechos Humanos, el 15.1 del PIDCP y el 9 de la Convención Americana, que señalan que:

- a) Nadie puede ser condenado por actos u omisiones que en el momento de cometerse no fueran delictivos según el derecho internacional o nacional (principio de legalidad).
- b) Tampoco se impondrá una pena más grave que la aplicable en la comisión del delito (irretroactividad de la ley penal más gravosa).
- c) Si con posterioridad a la comisión del delito la ley dispone la imposición de una pena más leve, el delincuente se beneficiará de ello.

El artículo 15 del PIDCP, a diferencia de la Convención Americana, establece una excepción en su párrafo 2 al principio de legalidad, cuando señala que una persona sí podrá ser juzgada y condenada por actos u omisiones que en el momento de cometerse fueran delictivos según los principios generales del derecho reconocidos por la comunidad internacional (aunque no se encuentren tipificados en la legislación nacional ni en los tratados internacionales ratificados por el país en cuestión) (véase el Capítulo I).

El principio de legalidad se encuentra igualmente consagrado en los artículos 9.1 del PIDCP y 7.2 de la Convención Americana, cuando indican que: “Nadie puede ser privado de su libertad, salvo por las causas fijadas por la ley y con arreglo al procedimiento establecido en ésta.” La legislación penal colombiana reconoce los anteriores principios en los artículos 3 y 6 de su Código Penal.

En la práctica, el principal problema que suele presentarse en cuanto al principio de legalidad se produce cuando los legisladores formulan tipos penales ambiguos. A este respecto, la Corte Interamericana, en la sentencia Cantoral Benavides, señaló que:

En la elaboración de los tipos penales se debe tener presente el principio de legalidad penal, es decir, una clara definición de la conducta incriminada, que fije sus elementos y permita deslindarla de comportamientos no punibles o conductas ilícitas sancionables con medidas no penales. La ambigüedad en la formulación de los tipos penales genera

dudas y abre el campo al arbitrio de la autoridad, particularmente indeseable cuando se trata de establecer la responsabilidad penal de los individuos y sancionarla con penas que afectan severamente bienes fundamentales, como la vida o la libertad.

Resulta claro que las normas sobre los delitos de terrorismo y traición a la patria vigentes en el Estado en la época de los hechos de esta causa, incurren en la ambigüedad a la que acaba de hacerse referencia.

La Corte concluye, en consecuencia, que el Estado violó, en perjuicio de Luis Alberto Cantoral Benavides, el artículo 9 de la Convención Americana.¹³⁷

El principio de legalidad también se aplica al ámbito del derecho sancionatorio administrativo, cuando implica menoscabo, privación o alteración de los derechos de las personas como consecuencia de una conducta ilícita. Así, la Corte Interamericana, en el caso panameño de Ricardo Baena y otros señaló que:

El Preámbulo de la Convención reafirma el propósito de los Estados americanos de “consolidar en [el] Continente [americano], dentro del cuadro de las instituciones democráticas, un régimen de libertad personal y de justicia social, fundado en el respeto de los derechos esenciales del hombre”. Asimismo, el artículo 29.c de la Convención señala que ninguna disposición de este tratado puede ser interpretada en el sentido de “excluir otros derechos y garantías que son inherentes al ser humano o que se derivan de la forma democrática representativa de gobierno”.

En relación con lo anterior, conviene analizar si el artículo 9 de la Convención es aplicable a la materia sancionatoria administrativa, además de serlo, evidentemente, a la penal. Los términos utilizados en dicho precepto parecen referirse exclusivamente a esta última. Sin embargo, es preciso tomar en cuenta que las sanciones administrativas son, como las penales, una expresión del poder punitivo del Estado y que tienen, en ocasiones, naturaleza similar a la de éstas. Unas y otras implican menoscabo, privación o alteración de los derechos de las personas, como consecuencia de una conducta ilícita. Por lo tanto, en un

Jurisprudencia
Corte Interamericana
de Derechos Humanos

Corte Interamericana, caso Cantoral Benavides, sentencia del 18 de agosto de 2000, párrs. 157 y 158.

sistema democrático es preciso extremar las precauciones para que dichas medidas se adopten con estricto respeto a los derechos básicos de las personas y previa una cuidadosa verificación de la efectiva existencia de la conducta ilícita. Asimismo, en aras de la seguridad jurídica es indispensable que la norma punitiva, sea penal o administrativa, exista y resulte conocida, o pueda serlo, antes de que ocurran la acción o la omisión que la contravienen y que se pretende sancionar. La calificación de un hecho como ilícito y la fijación de sus efectos jurídicos deben ser preexistentes a la conducta del sujeto al que se considera infractor. De lo contrario, los particulares no podrían orientar su comportamiento conforme a un orden jurídico vigente y cierto, en el que se expresan el reproche social y las consecuencias de éste. Éstos son los fundamentos de los principios de legalidad y de irretroactividad desfavorable de una norma punitiva.

En suma, en un Estado de Derecho, los principios de legalidad e irretroactividad presiden la actuación de todos los órganos del Estado, en sus respectivas competencias, particularmente cuando viene al caso el ejercicio del poder punitivo en el que se manifiesta, con máxima fuerza, una de las más graves e intensas funciones del Estado frente a los seres humanos: la represión.¹³⁸

Por su parte, el artículo 29 de la CP consagra de manera expresa el denominado principio de legalidad, *nullum crimen, nulla poena sine lege*, principio reconocido y aceptado como inherente al Estado democrático de derecho, sobre el cual se sustenta la estricta legalidad que se predica del derecho penal, característica con la que se garantiza la no aplicación de la analogía jurídica en materia penal,¹³⁹ la libertad de quienes no infringen la norma, y la seguridad para quienes lo hacen de que la pena que se les imponga lo será por parte del juez competente, quien deberá aplicar aquélla previamente definida en la ley.

Dicho principio encuentra expresión en varios componentes que la doctrina especializada reconoce como “los principios legalistas que rigen el derecho penal”, los cuales se definen de la siguiente manera:

138 Corte Interamericana, caso Baena Ricardo y otros, sentencia del 2 de febrero de 2001, párrs. 105-107.

139 Carlos Cossio, “El repudio de la analogía jurídica en materia penal es justicia racional”, en Luis Jiménez de Asúa, *Tratado de Derecho Penal*, Buenos Aires, Losada, 1950.

(...) *nullum crimen sine praevia lege*: no puede considerarse delito el hecho que no ha sido expresa y previamente declarado como tal por la ley; *nulla poena sine praevia lege*: esto es, no puede aplicarse pena alguna que no esté conminada por la ley anterior e indicada en ella; *nemo iudex sine lege*: o sea que la ley penal sólo puede aplicarse por los órganos y jueces instituidos por la ley para esa función; *nemo damnatur nisi per legale indicum*, es decir que nadie puede ser castigado sino en virtud de juicio legal.¹⁴⁰

Desde esta perspectiva, para la realización plena del principio de legalidad, paralelamente deben tenerse en cuenta otros principios que se derivan de él, tales como el de reserva legal y el de tipicidad.¹⁴¹

En el Estado democrático de derecho, el principio de reserva legal implica que el único facultado para producir normas de carácter penal es el legislador, pues además de ser esa su función natural en desarrollo del principio de división de poderes, en él descansa la representación popular, la cual es esencial en la elaboración de todas las leyes, en especial en las de carácter penal que, como lo ha dicho la Corte Constitucional, por sus características

(...) deben estar precedidas de un proceso público de debate y aprendizaje en la concepción y ejecución de las políticas criminales, es decir una elaboración más democrática (...). Esta discusión pública debe permitir que la respuesta penal no sea un recurso contingente que el poder político utiliza a discreción, sin debate, para hacer frente a las dificultades del momento (...) el respeto riguroso del principio de legalidad opera no solo como un mecanismo de protección de las libertades fundamentales, sino que también obliga a la discusión colectiva y democrática de las políticas criminales a fin de evitar la intervención penal inútil y perjudicial. El principio de legalidad es expresión no sólo del Estado de derecho, sino también de las exigencias del Estado democrático, pues gracias a su riguroso respeto pueden llegar a estar representados los intereses de todos los miembros de la comunidad en la elaboración de la política criminal.¹⁴²

Doctrina
Luis Jiménez de Asúa

Jurisprudencia
Corte Constitucional

Luis Jiménez de Asúa, *Tratado de Derecho Penal*, tomo II, "Filosofía y ley penal", Buenos Aires, 1950.

Corte Constitucional, sentencia C-739 de 2000, M. P. Fabio Morón Díaz.

Corte Constitucional, sentencia C- 559 de 1999, M. P. Alejandro Martínez Caballero.

140

141

142

Respecto del principio de tipicidad, que se deriva del principio de legalidad, la Corte Constitucional ha dicho lo siguiente:

Este principio busca que las personas a quienes las normas van dirigidas, conozcan hasta dónde va la protección jurídica de sus actos. Con la tipicidad se desarrolla el principio fundamental “*nullum crimen, nulla poena sine lege*”, es decir, la abstracta descripción que tipifica el legislador con su correspondiente sanción, debe ser de tal claridad que permita que su destinatario conozca exactamente la conducta punitiva; en principio se debe evitar pues la indeterminación para no caer en una decisión subjetiva y arbitraria.

Quiere decir lo anterior que cuando el legislador redacta un tipo penal está obligado a definir de manera precisa el acto, el hecho o la omisión que constituye el delito, y que si no lo hace propicia un atentado contra la libertad individual, pues deja al arbitrio de la autoridad que deba aplicarlo la calificación de los actos, vulnerando la libertad y la seguridad individuales consagrados como derechos fundamentales en el ordenamiento superior.¹⁴³

Al abordar el análisis del principio de legalidad y de sus derivados –los principios de reserva legal y de tipicidad en el ordenamiento jurídico colombiano, especialmente en el derecho penal–, la Corte Constitucional se ha pronunciado en el siguiente sentido:

De acuerdo con nuestro ordenamiento constitucional sólo el legislador puede establecer hechos punibles y señalar las sanciones a que se hacen acreedores quienes incurran en ellos. Un hecho no puede considerarse delito ni ser objeto de sanción si no existe una ley que así lo señale. Ley, que ineludiblemente debe ser anterior al hecho o comportamiento punible, es decir, previa o “preexistente”.

El artículo 6 del Código Penal incluye tal principio dentro de las normas rectoras del proceso penal, en estos términos: “Nadie podrá ser juzgado sino conforme a las leyes preexistentes al acto que se le impu-

143 Corte Constitucional, sentencia C-127 de 1993, M. P. Alejandro Martínez Caballero.

ta, ante el juez o tribunal competente y con la observancia de la plenitud de las formas propias de cada juicio”. Y en el artículo 10 del mismo estatuto establece: “La ley penal definirá de manera inequívoca, expresa y clara las características básicas estructurales del tipo penal”.

El principio de legalidad garantiza la seguridad jurídica de los ciudadanos por cuanto les permite conocer cuándo y por qué motivos pueden ser objeto de penas ya sean privativas de la libertad o de otra índole evitando de esta forma, toda clase de arbitrariedad o intervención indebida por parte de las autoridades penales respectivas.¹⁴⁴

En conclusión, de conformidad con la jurisprudencia constitucional, el principio de legalidad en materia penal se ha entendido en sentido lato, y comprende dos aspectos: primero la estricta reserva legal en la creación de los delitos y las penas, y segundo, la prohibición de la aplicación retroactiva de las leyes y, en sentido estricto, la necesidad de la descripción taxativa de los elementos que estructuran el hecho punible y de que su descripción sea inequívoca.¹⁴⁵

En materia disciplinaria, la normatividad nacional y la jurisprudencia constitucional han establecido la garantía constitucional del principio de legalidad, imponiendo al legislador la obligación de definir previa, taxativa e inequívocamente las conductas consideradas como reprochables y las sanciones en las que incurrirá quien cometa alguna de las conductas prohibidas, pues sólo de esa manera el principio de legalidad cumple verdaderamente su función garantista y democrática, protege la libertad de las personas y asegura la igualdad ante el poder punitivo estatal. Cuando ello no ocurre así, la norma en cuestión viola la Carta, bien sea porque no determina claramente la conducta reprochada, o porque no define con precisión cuál es la sanción que debe imponerse o los criterios que permiten su determinación.¹⁴⁶

El principio de favorabilidad, como elemento integrante del debido proceso en materia penal, se encuentra consagrado en el artículo 29 del estatuto superior, en estos términos: “En materia penal, la ley permisiva o favorable, aun cuando sea posterior, se aplicará de preferencia a la restrictiva o desfavorable.”

Corte Constitucional, sentencia C-133 de 1999, M. P. Carlos Gaviria Díaz.

144

Corte Constitucional, sentencia C-996 de 2000, M. P. Antonio Barrera Carbonell.

145

Corte Constitucional, sentencia C-653 de 2001, M. P. Manuel José Cepeda Espinosa.

146

3.3.4. El derecho a ser indemnizado en caso de error judicial

Este derecho se encuentra reconocido en los artículos 14.6 del PIDCP y 10 de la Convención Americana. El artículo 14.6 del Pacto establece que:

Cuando una sentencia condenatoria firme haya sido posteriormente revocada, o el condenado haya sido indultado por haberse producido o descubierto un hecho plenamente probatorio de la comisión de error judicial, la persona que haya sufrido una pena como resultado de tal sentencia deberá ser indemnizada, conforme a la ley, a menos que demuestre que le es imputable en todo o en parte el no haberse revelado oportunamente el hecho desconocido.

En relación con este artículo, el Comité de Derechos Humanos ha señalado que:

En el párrafo 6 del artículo 14 se establece una indemnización con arreglo a la ley en ciertos casos de error judicial especificados en él. Al parecer, de los informes de muchos Estados se desprende que con frecuencia no se observa este derecho o que está insuficientemente garantizado en la legislación interna. Cuando sea necesario, los Estados deberían complementar su legislación en esta materia para ajustarla a las disposiciones del Pacto.¹⁴⁷

(Véase el Capítulo III, numeral 3.4.)

En Colombia, el artículo 90 de la CP regula la responsabilidad del Estado en los siguientes términos:

El Estado responderá patrimonialmente por los daños antijurídicos que le sean imputables, causados por la acción o la omisión de las autoridades públicas.

Artículo 14.
Pacto Internacional
de Derechos Civiles
y Políticos

Observación General
Comité de Derechos
Humanos

Artículo 90.
Constitución Política

147 Comité de Derechos Humanos, Observación General No. 13, “La igualdad ante los tribunales y el derecho de toda persona a ser oída públicamente por un tribunal competente establecido por la ley”, párr. 18.

En el evento de ser condenado el Estado a la reparación patrimonial de uno de tales daños, que haya sido consecuencia de la conducta dolosa o gravemente culposa de un agente suyo, aquél deberá repetir contra éste.

En desarrollo de esta norma, el capítulo VI de la Ley 270 de 1996, estatutaria de la administración de justicia, regula la responsabilidad del Estado y de sus funcionarios y empleados judiciales, estableciendo que “el Estado responderá por el defectuoso funcionamiento de la administración de justicia, por el error jurisdiccional y por la privación injusta de la libertad” (art. 65). Esa misma Ley define el error jurisdiccional como “aquel cometido por una autoridad investida de facultad jurisdiccional, en su carácter de tal, en el curso de un proceso, materializado a través de una providencia contraria a la ley” (art. 66); también dice que “Quien haya sido privado injustamente de la libertad podrá demandar al Estado reparación de perjuicios” (art. 68), y define el funcionamiento defectuoso de la administración de justicia en los siguientes términos: “Fuera de los casos previstos en los artículos 66 y 68 de esta Ley, quien haya sufrido un daño antijurídico, a consecuencia de la función jurisdiccional tendrá derecho a obtener la consiguiente reparación” (art. 69). Adicionalmente, en el artículo 71 se establece que el Estado deberá repetir contra el agente que causó el daño antijurídico, lo cual fue posteriormente regulado en la Ley 678 de 2001.

Tipología de las violaciones

Tipologías

Violación del derecho de toda persona a tener acceso a la administración de justicia

Teniendo en cuenta que este derecho se aplica a todo procedimiento y protege tanto a las víctimas y sus familiares como a las personas acusadas de haber cometido una infracción de carácter civil, penal, administrativa, laboral, fiscal o de cualquier índole, la violación de este derecho se configura cuando:

- a) La legislación nacional no reconoce la acción judicial, administrativa o de otra índole para garantizar un derecho individual o colectivo reconocido tanto en el PIDCP como en la Convención Americana.
- b) A pesar de que la legislación nacional reconoce las acciones judiciales necesarias para garantizar un derecho individual o colectivo reconocido en los anteriores instrumentos, los onerosos costos o la complejidad del procedimiento impiden a una persona o a un grupo acceder, de hecho, a la administración de justicia.
- c) Cuando se dictan leyes de amnistía que impiden la investigación y sanción de los responsables de violaciones graves de los derechos humanos, como por ejemplo, ejecuciones sumarias, extrajudiciales o extralegales, desapariciones forzadas o torturas.

En relación con personas privadas de libertad, se viola este derecho cuando:

- a) Se les impide consultar con un abogado sobre la posibilidad de interponer una acción o un recurso, o cuando no se les permite una comunicación privilegiada abogado/cliente.
- b) Se retiene o censura por parte de las autoridades carcelarias la correspondencia entre las personas privadas de libertad y su abogado.

En estos dos supuestos, además de configurarse una violación del derecho a tener acceso a la administración de justicia, se estaría violando el derecho a la defensa y el derecho a la inviolabilidad de la correspondencia de las personas privadas de libertad.

Violación del derecho de toda persona a ser tratada con igualdad ante los tribunales

Esta violación se configura cuando no se permite el desarrollo de un juicio contradictorio, es decir, una de las partes del proceso (normalmente el fiscal o la defensa) no tiene la oportunidad de conocer y comentar las observaciones sometidas, así como la evidencia presentada por la otra parte. Esta violación se puede presentar en cualquier procedimiento penal, administrativo o de cualquier índole.

Violación del derecho a una audiencia pública y a la publicidad de la sentencia

- a) La violación se configura cuando se restrinja el acceso del público o de la prensa a las audiencias o juicios ante los tribunales, siempre y cuando esta restricción no esté fundamentada en:
- Consideraciones de moral, orden público o seguridad nacional en una sociedad democrática.
 - El interés de la vida privada de las partes.
 - Cuando a juicio del tribunal, y por las circunstancias especiales del asunto, la publicidad pudiera perjudicar a los intereses de la justicia.

- b) Igualmente se produce una violación de este derecho cuando las sentencias penales o contenciosas no son públicas, con excepción de las acusaciones referentes a pleitos matrimoniales y la tutela de menores.

Violación del derecho a un juez o tribunal competente

Esta violación se configura cuando se somete al imputado o demandado a un tribunal distinto del ordinario y, por tanto, se transgrede el procedimiento legalmente establecido. Especialmente en los casos en que:

- a) No se observa la competencia territorial o sobre la materia de los jueces o tribunales.
- b) Se establecen tribunales especiales para sustituir la jurisdicción que normalmente corresponde a los tribunales ordinarios.
- c) Se juzgue a civiles en tribunales militares.
- d) Se juzgue a militares acusados de haber cometido delitos que no tengan relación con el mismo servicio.
- e) Cuando se juzgue a civiles por jueces sin rostro.

Violación del derecho a un juez independiente e imparcial

La violación se configura cuando:

- a) El juez o tribunal haya sufrido restricciones, influencias, alicientes, presiones, amenazas o intromisiones indebidas, sean directas o indirectas, de cualquier sector o institución o por cualquier motivo.
- b) Las instituciones gubernamentales no respeten o no acaten las resoluciones de los jueces o tribunales.

- c) El juez tiene opiniones preconcebidas sobre el caso, por ejemplo, cuando lo ha conocido en etapas anteriores, o cuando está incurso en alguna de las causales de impedimento o recusación y sigue conociendo el caso.
- d) Cualquier actuación procesal del juez o tribunal se basa en consideraciones subjetivas o prejuicios y no en las normas aplicables.
- e) El tribunal esté compuesto por jueces sin rostro.

Violación del derecho a la defensa

La violación del derecho a ser informado de la naturaleza y causa de la acusación se configura cuando:

- a) Tan pronto como se formule una acusación, o cuando en el curso de una investigación el fiscal decida adoptar medidas procesales contra una persona, y no se le dé información detallada acerca de la naturaleza o la causa de la acusación.
- b) Cuando se amplía la acusación pero no se informa al acusado de tal ampliación, en un tiempo razonable.

Violación del derecho a disponer del tiempo y de los medios adecuados para la preparación de la defensa

La violación se configura cuando:

- a) Se impide al acusado o a su abogado el acceso al expediente, o a documentos o testimonios necesarios para preparar su defensa.
- b) Cuando se establecen plazos muy breves para la preparación de la defensa.

Violación del derecho a hallarse presente en el proceso

La violación se configura cuando se juzga en rebeldía a una persona:

- a) Sin haberla citado con el tiempo suficiente, o no se le haya informado del proceso iniciado en su contra.
- b) Cuando en los juicios *in absentia* o en rebeldía no se observen los derechos a la defensa, por ejemplo, porque no se le nombra un defensor.

Violación del derecho a defenderse personalmente o ser asistido por un defensor de su elección o de oficio

La violación se configura cuando:

- a) Una persona es investigada y juzgada sin la asistencia de un abogado defensor.
- b) Se impide que el imputado designe libremente a su abogado defensor.
- c) No se pone a disposición del imputado de forma gratuita un abogado, cuando éste no disponga de los medios suficientes para pagarlo.
- d) Un acusado, al no disponer de asistencia legal, se ve obligado a defenderse a sí mismo y esta circunstancia afecta su defensa.
- e) Se impide a un incomunicado durante su aislamiento el ejercicio de su defensa, por ejemplo porque se impide la comunicación con su abogado.
- f) Se impide la comunicación libre, privada y confidencial entre un detenido y su abogado.
- g) Se amenaza, intimida o interfiere de manera indebida en contra de los abogados defensores o en su función.

Violación del derecho a presentar e interrogar testigos y peritos

La violación se configura cuando:

- a) No resulte posible interrogar a agentes, tanto de la policía como del ejército, que hayan participado en las diligencias de la investigación.
- b) La persona acusada de haber cometido un delito no tenga una verdadera y adecuada oportunidad de cuestionar la veracidad de los testimonios de los testigos en su contra.
- c) Se utilicen testigos o fuentes anónimas para lograr la condena de un acusado.

Violación del derecho a ser asistido gratuitamente por un intérprete

Esta violación se configura cuando no se provee, de forma gratuita, de un traductor o intérprete al imputado que no habla la lengua del tribunal. Al producirse esta violación se configura además la violación del derecho a ser informado de la naturaleza y causa de la acusación. Este derecho requiere que el acusado entienda todos los aspectos del caso, y se aplica tanto a nacionales como a extranjeros.

Violación del derecho a ser juzgado en un plazo razonable

Con la finalidad de determinar si existió una violación de este derecho, se deberá analizar el caso concreto, teniendo en cuenta:

- a) La complejidad del caso en cuestión.
- b) La pena que se puede imponer al acusado.
- c) La diligencia con que han actuado las autoridades para juzgar al acusado.
- d) Si el acusado ha sido sometido al régimen de prisión preventiva, en cuyo caso el plazo en el que debe ser juzgado es más corto.
- e) La conducta del peticionario. En este sentido conviene señalar que la interposición de todos los recursos disponibles en la legislación interna no supone un entorpecimiento u obstaculización del proceso.

El plazo a ser considerado abarca desde el momento en que se inicia el proceso (se encuentre o no la persona privada de libertad) hasta que se le impone la sentencia definitiva (incluida la apelación o casación).

Se configurará una violación de este derecho, independientemente de las consideraciones señaladas anteriormente, cuando no se respetan los plazos establecidos en la legislación nacional.

Violación del derecho a no declarar contra sí mismo

Constituye una violación de este derecho:

- a) Toda declaración que realice el imputado contra sí mismo o en la que confiese su culpabilidad, cuando ha sido realizada bajo cualquier tipo de coacción o presión.
- b) Cuando a la anterior declaración se le otorga valor probatorio.
- c) Cuando es realizada ante una autoridad diferente a la competente según la legislación interna, o en ausencia de su abogado defensor.

Violación del derecho a recurrir el fallo

La violación de este derecho se produce cuando:

- a) La legislación nacional no reconoce el recurso de apelación o revisión de una sentencia condenatoria emitida en primera instancia.
- b) A pesar de que este recurso se encuentra reconocido, el recurso de apelación no permite la revisión de la condena y de la pena emitida por el tribunal de menor jerarquía.
- c) El juez o tribunal que conoce en segunda instancia no reúne los requisitos de competencia, independencia e imparcialidad, o no se garantizan los derechos procesales del acusado reconocidos tanto en el PIDCP como en la Convención Americana.
- d) Por imposibilidad material no se puede recurrir el fallo en primera instancia (por imposición de requisitos de imposible cumplimiento o irrazonables, o cuando se requiere del pago de sumas de dinero importantes por concepto de tasa, o cualquier otra razón).

Violación del principio de presunción de inocencia

Constituyen violaciones de este principio:

- a) Los actos y las decisiones del juez o tribunal que se fundamentan en la presunción de culpabilidad del imputado.
- b) Cuando no se respeta que la carga de la prueba es del acusador y se exige que el imputado pruebe su inocencia.
- c) Cuando se emite una condena sin que exista prueba suficiente o prueba plena (principio *in dubio pro reo*).
- d) Cuando los tipos penales incluyen una presunción de culpabilidad.

Violación del principio *non bis in dem*

La violación de este principio se produce cuando una persona es juzgada dos veces por los mismos hechos, habiendo sido condenada o absuelta en una sentencia firme de acuerdo con la ley y el procedimiento penal del país. Cabe señalar que la reapertura de un proceso, si se descubren nuevos hechos o pruebas, o si existió un defecto fundamental del procedimiento que podría haber afectado la sentencia emitida, no se configura como una violación de este derecho.

Violación del principio de legalidad y favorabilidad de la ley penal

La violación de este derecho se configura cuando tanto en procedimientos penales como administrativos que tengan una naturaleza similar a la penal:

- a) Se condena a una persona por acciones u omisiones que en el momento de cometerse no fueran delictivas según la legislación nacional.
- b) Cuando se imponga una pena más grave que la reconocida en la legislación nacional al momento de la comisión del delito.
- c) Cuando con posterioridad a la comisión de un delito el acusado no se beneficia de una ley que dispone la imposición de una pena más leve.
- d) Cuando se formulan tipos penales ambiguos.

Violación del derecho a ser indemnizado en caso de error judicial

La violación se configura cuando una persona no sea indemnizada conforme a la ley, al haber sufrido una pena como consecuencia de:

- a) Una sentencia condenatoria firme que haya sido ulteriormente revocada por error judicial.
- b) Haberse producido o descubierto un hecho plenamente probatorio del error judicial.
- c) Privación ilegal o arbitraria de la libertad.

No se configura esta violación cuando se demuestre que era imputable –en todo o en parte–, a la persona que sufrió esta pena, el no haber revelado oportunamente el hecho desconocido.

1. Introducción

El derecho a la intimidad se encuentra reconocido en Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos (PIDCP), y en el artículo 11 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos (en adelante Convención Americana). En Colombia, la Constitución Política (CP) reconoce el derecho a la intimidad personal y familiar en su artículo 15, el derecho a la honra en el artículo 21 y el derecho al respeto del domicilio en el artículo 28.

Tanto el PIDCP como la Convención Americana señalan que: “Nadie será objeto de injerencias arbitrarias o ilegales en su vida privada, su familia, su domicilio o su correspondencia, ni de ataques ilegales a su honra y reputación”. El artículo 11.1 de la Convención Americana señala, además, que: “Toda persona tiene derecho al respeto de su honra y su dignidad.” En los tres instrumentos internacionales se indica, tras reconocer estos derechos, que: “Toda persona tiene derecho a la protección de la ley contra esas injerencias o esos ataques”.

Tanto el artículo 4 del PIDCP como el 27 de la Convención Americana, permiten la suspensión de estos derechos en circunstancias excepcionales que amenacen la independencia o seguridad del Estado Parte. Sin embargo, no pueden ser objeto de suspensión las garantías judiciales, ni el derecho a un recurso efectivo para la protección de estos derechos (véase el Capítulo VIII y el Capítulo III, numeral 4).

La importancia del derecho a la intimidad o privacidad deriva de su íntima relación con el funcionamiento de una verdadera democracia, en cuanto este derecho constituye uno de los pilares básicos de los derechos civiles y políticos. El derecho a la intimidad tiene una relación directa con el derecho a la libertad de pensamiento, conciencia y religión; con el derecho a la libertad de expresión; con el derecho a un juicio justo, y con el derecho de rectificación y respuesta. El derecho a no ser objeto de injerencias arbitrarias en la vida privada de la familia, tiene relación con el derecho a la familia reconocido en el artículo 16 (3) de la Declaración Universal de Derechos Humanos, 23 (1) del PIDCP y 17 de la Convención Americana.

Por su parte, el Comité de Derechos Humanos, al interpretar el alcance del artículo 17 del PIDCP, en su Observación General No. 16 señaló que:

Observación General
Comité de Derechos
Humanos

En el artículo 17 se prevé el derecho de toda persona a ser protegida respecto de injerencias arbitrarias o ilegales en su vida privada, su familia, su domicilio o su correspondencia, así como de ataques ilegales a su honra y reputación. A juicio del Comité, este derecho debe estar garantizado respecto de todas esas injerencias y ataques, provengan de las autoridades estatales o de personas físicas o jurídicas. Las obligaciones impuestas por este artículo exigen que el Estado adopte medidas legislativas y de otra índole para hacer efectivas la prohibición de esas injerencias y ataques y la protección de este derecho¹

El derecho a la intimidad no es absoluto, por lo que puede ser restringido con base en los intereses de una sociedad democrática. Sin embargo, las restricciones deben realizarse conforme a ley, que deberá especificar detalladamente los supuestos en los que operará la restricción:

Observación General
Comité de Derechos
Humanos

Como todas las personas viven en sociedad, la protección de la vida privada es por necesidad relativa. Sin embargo, las autoridades públicas competentes sólo deben pedir aquella información relativa a la vida privada de las personas cuyo conocimiento resulte indispensable para los intereses de la sociedad en el sentido que tienen con arreglo al Pacto. En consecuencia, el Comité recomienda que los Estados señalen en sus informes las leyes y reglamentos que regulan las injerencias autorizadas en la vida privada.

Incluso con respecto a las injerencias que sean conformes al Pacto, en la legislación pertinente se deben especificar con detalle las circunstancias precisas en que podrán autorizarse esas injerencias. La decisión correspondiente competirá sólo a la autoridad designada por la ley a ese efecto, que dará la autorización necesaria tras examinar cada caso en particular.(...)²

Respecto a qué se consideran injerencias ilegales, el Comité indicó que:

- 1 Comité de Derechos Humanos, Observación General No. 16, “El derecho al respeto a la vida privada, la familia, el domicilio y la correspondencia, y la protección de la honra y la reputación”, párr. 1.
- 2 *Ibid.*, párrs. 7 y 8.

El término “ilegales” significa que no puede producirse injerencia alguna, salvo en los casos previstos por la ley. La injerencia autorizada por los Estados sólo puede tener lugar en virtud de la ley, que a su vez debe conformarse a las disposiciones, propósitos y objetivos del Pacto.³

Las injerencias arbitrarias son, a juicio del Comité, extensivas a las injerencias previstas en la ley debido a que:

(...) Con la introducción del concepto de arbitrariedad se pretende garantizar que incluso cualquier injerencia prevista en la ley esté en consonancia con las disposiciones, los propósitos y los objetivos del Pacto y sea, en todo caso, razonable en las circunstancias particulares del caso.⁴

Luego, una injerencia, aunque esté prevista por la ley, puede ser considerada arbitraria, y por tanto violatoria de los instrumentos internacionales, cuando esté en contra del objeto y propósito de los mismos (principio *pro homine*) (véase el Capítulo I).

Respecto del derecho a la intimidad, la Corte Constitucional ha manifestado lo siguiente:

El respeto a este derecho supone, desde luego, el de la dignidad de la persona humana (artículo 5° de la Constitución), que no puede desconocerse ni postergarse en aras de intereses económicos o publicitarios, y –claro está– el de la familia como institución básica de la sociedad (artículos 5° y 42), en cuanto uno y otro corresponden a postulados de nuestro Derecho Público que se erigen en pilares de la actividad oficial y privada, razón que fundamenta el especial celo del Constituyente al proveer sobre su guarda.⁵

El derecho a la intimidad personal y familiar se encuentra expresamente consagrado en el artículo 15 de la CP, y la Corte ha señalado que es un derecho inalienable, imprescriptible y sólo susceptible de limitación por razones legítimas.

Observación General
Comité de Derechos
Humanos

Observación General
Comité de Derechos
Humanos

Jurisprudencia
Corte Constitucional

Ibíd., párr. 3. 3

Ibíd., párr. 4. 4

Corte Constitucional, sentencia T-611 de 1992, M. P. José Gregorio Hernández Galindo. 5

mas y debidamente justificadas constitucionalmente, cuyo núcleo esencial “se define como el espacio intangible, inmune a intromisiones externas sin el consentimiento de su titular, del que se deduce un derecho a no ser visto o escuchado cuando no se desea (...)” .⁶

Esta misma Corte ha señalado que:

El ámbito de la vida privada, ajeno a las intervenciones de los demás, garantiza a la persona su libertad. Quien se ve compelido a soportar injerencias arbitrarias en su intimidad sufre una restricción injustificada de su espacio vital, de su autonomía y de sus posibilidades de libre acción. Esto sucede especialmente cuando el contenido del derecho es significativamente recortado por las exigencias o cargas impuestas al mismo como resultado de la interrelación con otros derechos fundamentales.⁷

2 El derecho a no ser objeto de injerencias arbitrarias o ilegales en la correspondencia y en las comunicaciones

En relación con este derecho, el Comité de Derechos Humanos, en su Observación General No. 16 señala que:

(...) El cumplimiento del artículo 17 exige que la integridad y el carácter confidencial de la correspondencia estén protegidos de jure y de facto. La correspondencia debe ser entregada al destinatario sin ser interceptada ni abierta o leída de otro modo. Debe prohibirse la vigilancia, por medios electrónicos o de otra índole, la intervención de las comunicaciones telefónicas, telegráficas o de otro tipo, así como la intervención y grabación de conversaciones.(...)⁸

En el sistema europeo de protección de los derechos humanos se planteó si la vigilancia secreta de personas por parte de las fuerzas de seguridad, dentro del ámbito de las investigaciones criminales, violaba el derecho a no ser objeto

6 Corte Constitucional, sentencia T-066 de 1995, M. P. Hernando Herrera Vergara.

7 Corte Constitucional, sentencia T-210 de 1994, M. P. Eduardo Cifuentes Muñoz.

8 Comité de Derechos Humanos, Observación General No. 16, “El derecho al respeto a la vida, la familia, el domicilio y la correspondencia, y la protección de la honra y la reputación”, párr. 8.

de interferencias en la vida privada y en la correspondencia (teniendo en cuenta que este último derecho se refiere a todo tipo de comunicaciones privadas).

En el caso *Klass and others*, la Corte Europea sostuvo que no son, en principio, violatorias de la Convención aquellas leyes por las que se confiere potestad a las autoridades para interceptar el correo y las telecomunicaciones de ciertos individuos en circunstancias excepcionales, dada su necesidad en una sociedad democrática. Esta aceptación se basa, a juicio de esta Corte, en que las sociedades democráticas se encuentran hoy en día amenazadas por formas altamente sofisticadas de espionaje y terrorismo, por lo que el Estado debe ser capaz de investigar en secreto a los sujetos subversivos que operan en su jurisdicción.⁹

Sin embargo, la Corte señaló que lo anterior no significa que los Estados Partes puedan disfrutar de una discreción ilimitada para someter a las personas que se encuentren en su territorio a vigilancia secreta, ya que es consciente del peligro que este tipo de leyes puede implicar en el debilitamiento e incluso la destrucción de la democracia bajo la justificación de que la están defendiendo. Por estos motivos, la Corte Europea señaló que los Estados Partes no pueden adoptar cualquier tipo de medidas que estimen apropiadas. Cualquiera que sea el sistema de vigilancia que se adopte, deben existir garantías adecuadas y efectivas contra su abuso.¹⁰

En el caso *Malone*, la Corte Europea tuvo que analizar el derecho a la privacidad en relación con la interceptación y grabación de llamadas telefónicas, así como el registro de los números marcados desde un teléfono particular por parte de la policía en el marco de una investigación criminal. Respecto a este tema la Corte se refirió a los dos elementos que debe contener este tipo de legislación para que exista una protección legal de este derecho: razonabilidad y precisión.

La Corte señaló que la ley que permita la interceptación y grabación de las telecomunicaciones debe ser lo suficientemente clara, de forma que dé a los ciudadanos una indicación adecuada de las circunstancias y de las condiciones en las que las autoridades públicas tienen la potestad de recurrir a esta secreta, y potencialmente peligrosa, interferencia. Como consecuencia de lo anterior, la ley, para dar al individuo una adecuada protección en contra de toda interferencia arbitraria, debe indicar expresamente y con suficiente claridad en qué casos se da esta potestad a las autoridades competentes, la forma en que debe ser ejercitada y la finalidad legítima de la medida en cuestión.¹¹

Corte Europea, *Klass and others*, judgment of 6 September 1978, Series A, No. 28, párr. 48.

Ibid., párrs. 49-50.

Corte Europea, *Malone v. The United Kingdom*, judgment of 2 August 1984, Series A, No. 82, párrs. 67-68.

9
10
11

Jurisprudencia
Corte Constitucional

En el caso Malone, la Corte encontró que la terminología utilizada en la ley objeto de revisión era demasiado vaga, al utilizar expresiones como “puede” (*may*) y “para finalidades similares o en la misma forma” (*for the like purposes and in the like manner*),¹² por lo que señaló que, con la aplicación de esta ley, Inglaterra estaba violando el artículo 8 de la Convención Europea.

Según el artículo 15 de la CP: “La correspondencia y demás formas de comunicación privada son inviolables. Sólo pueden ser interceptadas o registradas mediante orden judicial, en los casos y con las formalidades que establezca la ley”. La Corte Constitucional ha interpretado esta disposición, de conformidad con las normas de derecho internacional, en los siguientes términos:

La Corte Constitucional, en guarda de la cabal interpretación y aplicación de las normas constitucionales enunciadas y de los tratados internacionales sobre derechos humanos, que han sido estrictos y celosos en la materia (...), debe declarar sin ambages que ninguna persona pública ni privada, por plausible o encomiable que sea el objetivo perseguido, está autorizada para interceptar, escuchar, grabar, difundir ni transcribir las comunicaciones privadas, esto es, las que tienen lugar entre las personas mediante conversación directa, o por la transmisión o registro de mensajes, merced a la utilización de medios técnicos o electrónicos aptos para ello, tales como teléfonos convencionales o celulares, radioteléfonos, citófonos, buscapersonas, equipos de radiocomunicaciones, entre otros, a menos que exista previa y específica orden judicial y que ella se haya impartido en el curso de procesos, en los casos y con las formalidades que establezca la ley, según los perentorios términos del artículo 15 de la Constitución Política.¹³

Por estas razones, la Corte declaró la inexecutable del artículo 34 de la Constitución de la Unión Internacional de Telecomunicaciones (Ley 252 de 1995), que consagraba autorización para que el Estado obstruyera la transmisión de telegramas entre particulares o interrumpiera telecomunicaciones privadas. Se destaca de esa jurisprudencia el siguiente aparte:

Jurisprudencia
Corte Constitucional

La amplitud y vaguedad de las facultades que por esta cláusula se confieren a las autoridades públicas y su carácter altamente restrictivo de las libertades la hacen del todo inaceptable por parte de Colombia frente

12 Ibid., párr. 76.

13 Corte Constitucional, sentencia C-626 de 1996, M. P. José Gregorio Hernández Galindo.

a la Constitución Política, cuyo sentido democrático es proclamado desde el Preámbulo e inspira toda su preceptiva.

(...)

Por otra parte, no es posible que las autoridades colombianas, ni administrativas ni judiciales, ejerzan en el orden interno las mencionadas facultades para interceptar o interrumpir comunicaciones de particulares con base en razones de Estado como las previstas, pues ello vulnera la inviolabilidad de la correspondencia e implica notorio abuso de quien ejerce el poder público.¹⁴

En otra sentencia la Corte revisó una tutela interpuesta por un deudor moroso de un edificio a quien la administración le estaba reteniendo la correspondencia, afirmando lo siguiente:

Considera la Sala, conforme a lo anotado anteriormente, que el incumplimiento en el pago de las cuotas de administración de la copropiedad no justifica la restricción del núcleo esencial del derecho fundamental a que alude el inciso 3 del art. 15 de la Constitución, que se encuentra vinculado igualmente en el derecho a la intimidad, y que se traduce en la facultad de enviar y recibir correspondencia, a que no sea objeto de interceptación o registro sin orden judicial y, en fin, de injerencias arbitrarias o ilegales (art. 17-1 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos), que comporten desconocimiento del principio de su inviolabilidad.¹⁵

Frente a la viabilidad de aportar a un proceso pruebas magnetofónicas grabadas sin el conocimiento de quienes intervienen, la Corte ha considerado que tal acto es violatorio del derecho a la intimidad y que, por ende, las pruebas son nulas de pleno derecho:

Teniendo en cuenta el derecho a la intimidad consagrado en el artículo 15 de la Carta, (...) es claro que éste, fuera de garantizar a las personas el derecho de no ser constreñidas a enterarse de lo que no les interesa, así como la garantía de no ser escuchadas o vistas si no lo quieren,

Jurisprudencia
Corte Constitucional

Jurisprudencia
Corte Constitucional

Corte Constitucional, sentencia C-382 de 1996, M. P. José Gregorio Hernández Galindo. 14
Corte Constitucional, sentencia T-143 de 2000, M. P. Antonio Barrera Carbonell. 15

impide también que las conversaciones íntimas puedan ser grabadas subrepticamente, a espaldas de todos o algunos de los partícipes, especialmente si lo que se pretende es divulgarlas o convertirlas en pruebas judiciales.¹⁶

El Código de Procedimiento Penal desarrolla esta disposición constitucional en sus artículos 297 y siguientes. Respecto a la interceptación de comunicaciones, el artículo 301 de este Código establece que:

Artículo 301.
Código de
Procedimiento Penal

El funcionario judicial podrá ordenar, con el único objeto de buscar pruebas judiciales, que se intercepten mediante grabación magnetofónica las comunicaciones telefónicas, radiotelefónicas y similares que utilicen el espectro electromagnético, que se hagan o reciban y que se agreguen al expediente las grabaciones que tengan interés para los fines del proceso. En este sentido, las entidades encargadas de la operación técnica de la respectiva interceptación, tienen la obligación de realizar la misma dentro de las cuarenta y ocho horas siguientes a la notificación de la orden.

Cuando se trate de interceptación durante la etapa de la investigación la decisión debe ser remitida dentro de las veinticuatro horas siguientes a la Dirección Nacional de Fiscalías (...).

Por su parte, el Código Penal tipifica las conductas violatorias de este derecho en los artículos 192 al 197. El primero de ellos establece lo siguiente:

Artículo 192.
Código Penal

Artículo 192 - Violación ilícita de comunicaciones. El que ilícitamente sustraiga, oculte, extravíe, destruya, intercepte, controle o impida una comunicación privada dirigida a otra persona, o se entere indebidamente de su contenido, incurrirá en prisión de uno (1) a tres (3) años, siempre que la conducta no constituya delito sancionado con pena mayor. Si el autor de la conducta revela el contenido de la comunicación, o la emplea en provecho propio o ajeno o con perjuicio de otro, la pena será prisión de dos (2) a cuatro (4) años.

16

Corte Constitucional, sentencia T-003 de 1997, M. P. Jorge Arango Mejía.

2.1. Personas privadas de libertad

En relación con la censura de la correspondencia de las personas privadas de libertad, el Comité de Derechos Humanos señaló en la comunicación 74/1980 que es normal que las autoridades de prisiones ejerzan medidas de control y censura sobre la correspondencia de los reos. Sin embargo, el artículo 17 del PIDCP requiere que esas medidas de control y censura sean objeto de una serie de salvaguardias legales contra su aplicación arbitraria. Además, el grado de restricción debe ser consistente con el estándar de tratamiento digno que deben gozar las personas detenidas o privadas de libertad conforme al artículo 10.1 del PIDCP. En particular se debe permitir, bajo la necesaria supervisión, que las personas privadas de libertad se comuniquen con sus familias y amigos de forma regular, tanto por carta como recibiendo visitas.¹⁷

Igualmente, en la comunicación 27/1997, el Comité de Derechos Humanos señaló que si la ley que permite el control o la censura de la correspondencia de los presos es demasiado vaga o imprecisa, no protege a las personas privadas de libertad contra su arbitraria aplicación, en contravención del artículo 17.2 del PIDCP. En el caso concreto, el Comité señaló que la legislación canadiense que se aplicó al autor de la comunicación era violatoria del PIDCP por cuanto establecía que todas las cartas de un reo (con excepción de las “enviadas a” o recibidas por su abogado) podían ser leídas por el guardián, y que quedaba a su discreción el retener o censurar la carta o cualquier parte de la carta, si consideraba que su contenido era “desagradable” o la carta era demasiado larga¹⁸ (véase el Capítulo VI, numeral 5).

En Colombia, la Ley 65 de 1993, en su artículo 110, fija un régimen para las comunicaciones y las visitas de los reclusos en el que señala, entre otras cosas, que:

(...) El director del centro establecerá de acuerdo con el reglamento interno, el horario y modalidades para la comunicación con sus familiares. En casos especiales y en igualdad de condiciones pueden autorizarse llamadas telefónicas, debidamente vigiladas.

Las comunicaciones orales o escritas previstas en este artículo, podrán ser registradas mediante orden de funcionario judicial, a juicio de éste

Artículo 110.
Código Penitenciario
y Carcelario

Comité de Derechos Humanos, Miguel Ángel Estrella contra Uruguay, comunicación 74/1980, CCPR/C/18/D/74/1980, párr. 9.2.

17

Comité de Derechos Humanos, Larry James Pinkney v. Canadá, comunicación 27/1997, CCPR/C/14/D/27/1977 de 29 de octubre de 1981, párr. 34.

18

o a solicitud del Instituto Nacional Penitenciario y Carcelario, bien para la prevención o investigación de un delito o para la debida seguridad carcelaria. Las comunicaciones de los internos con sus abogados no podrán ser objeto de interceptación o registro.

La Corte Constitucional se pronunció frente a estos incisos en los siguientes términos:

Los incisos segundo, tercero y quinto del artículo 111 se ajustan a la Carta Política, advirtiendo que, si bien es cierto, las comunicaciones tanto verbales como escritas en los establecimientos carcelarios deben estar sujetas a naturales limitaciones y controles, debe respetarse el derecho a la intimidad en su núcleo esencial. Es decir, las limitaciones y controles de que se habla deben ser los encaminados a garantizar la seguridad carcelaria y la prevención de delitos o alteraciones del orden y no extenderse a campos como el de la libre expresión de los sentimientos afectivos o manifestaciones del fuero íntimo de la persona.¹⁹

En otra sentencia la Corte Constitucional se pronunció frente a una tutela interpuesta por un recluso que alegaba que la guardia penitenciaria escuchaba sus llamadas personales. La Corte argumentó que algunos derechos de los reclusos se pueden limitar o suspender, aunque nunca desconocer en su totalidad, siempre que tales suspensiones y restricciones se ajusten a las prescripciones de un examen de proporcionalidad. Diciendo esto, y en referencia a la ley transcrita, concluyó lo siguiente:

Por consiguiente, es claro que en virtud del interés social de controlar y prevenir el delito, de la necesidad de investigar, y en razón a la búsqueda de condiciones de seguridad al interior del Penal, el derecho a la intimidad en las llamadas telefónicas puede ser limitado y restringido, siempre y cuando se cumplan las condiciones anteriormente señaladas. En efecto, resulta el límite proporcional a los fines y a las necesidades de la restricción, garantizando entonces los intereses constitucionales.

(...)

Jurisprudencia
Corte Constitucional

Jurisprudencia
Corte Constitucional

Adicionalmente, y como se dijo, interferir de manera ilegítima en la órbita privada de las personas es violatorio de derechos fundamentales, pero en el caso que nos ocupa, es claro que no hay interceptación telefónica de las conversaciones de los reclusos, que las llamadas se pasan de manera directa a los patios y que la simple posibilidad de escuchar eventualmente risas de los guardias o el ruido producto del radioteléfono que está junto al teléfono o ser informado del vencimiento del tiempo de conversación, no constituyen violación del derecho a la intimidad del actor.²⁰

3 El derecho a no ser objeto de injerencias o ataques arbitrarios o ilegales en el domicilio

En relación con los registros del domicilio, así como los personales y corporales, el Comité de Derechos Humanos señaló, en su Observación General No. 16, que:

(...)Los registros en el domicilio de una persona deben limitarse a la búsqueda de pruebas necesarias y no debe permitirse que constituyan un hostigamiento. Por lo que respecta al registro personal y corporal, deben tomarse medidas eficaces para garantizar que esos registros se lleven a cabo de manera compatible con la dignidad de la persona registrada. Las personas sometidas a registro corporal por funcionarios del Estado o por personal médico que actúe a instancias del Estado serán examinadas sólo por personas de su mismo sexo.²¹

En Colombia, en la comunicación 687/1996 sobre el caso de Rafael Armando Rojas, el Comité de Derechos Humanos examinó si las condiciones concretas en las que se produjo el allanamiento de la vivienda de la familia Rojas García (hombres encapuchados entrando en la vivienda por el tejado a las 2:00 horas de la madrugada) constituían una violación del artículo 17 del PIDCP. El Comité concluyó que a pesar de que la injerencia podía haber tenido una base legal, fue arbitraria en violación del artículo 17.1 del PIDCP:

Observación General
Comité de Derechos
Humanos

Corte Constitucional, sentencia T-517 de 1998, M. P. Alejandro Martínez Caballero.
Comité de Derechos Humanos, Observación General, No. 16, “El derecho al respeto a la vida, la familia, el domicilio y la correspondencia, y a la protección de la honra y la reputación”, párr. 8.

20
21

10.3 (...) En su comunicación de 28 de diciembre de 1999, el Estado Parte reitera que el allanamiento en el domicilio de la familia Rojas García se realizó según la letra de la ley, de acuerdo con el artículo 343 del Código de Procedimiento Penal. El Comité no entra en la cuestión de la legalidad del allanamiento, no obstante considera que, a tenor del artículo 17 del Pacto, no sólo es necesario que la injerencia en el domicilio sea legal, sino que no sea arbitraria. El Comité considera, de acuerdo con su Observación General No. 16 (HRI/GEN/1/Rev.4, de 7 de febrero de 2000) que el concepto de arbitrariedad en el artículo 17 pretende garantizar que cualquier injerencia prevista en la ley esté en consonancia con las disposiciones, los propósitos y los objetivos del Pacto y sea, en todo caso, razonable en las circunstancias particulares del caso. Asimismo, considera que el Estado Parte no ha proporcionado argumentos suficientes para justificar la actuación descrita. Consecuentemente, el Comité concluye que ha existido una violación del párrafo 1 del artículo 17 en cuanto se ha producido una interferencia arbitraria en el domicilio de la familia Rojas García.

(...)

12. En virtud de lo establecido en el inciso a) del párrafo 3 del artículo 2 del Pacto, el Estado Parte está obligado a garantizar a Rafael A. Rojas García y a su familia un recurso efectivo que incluya indemnización. El Estado Parte también está obligado a adoptar medidas para impedir violaciones semejantes en el futuro.²²

Según el artículo 28 de la CP: “(...) Nadie puede ser molestado en su persona o familia, (...), ni su domicilio registrado”. El artículo 189 del Código Penal desarrolla este precepto de la siguiente manera: “El que se introduzca arbitraria, engañosa o clandestinamente en habitación ajena o en sus dependencias inmediatas, o que por cualquier medio indebido, escuche, observe, grabe, fotografíe o filme, aspectos de la vida domiciliaria de sus ocupantes, incurrirá en multa.” En el mismo sentido, el artículo 191 tipifica la violación en el lugar de trabajo.

Respecto a la inviolabilidad del domicilio, la Corte Constitucional ha considerado que “la definición constitucional de domicilio excede la noción civilista y comprende, además de los lugares de habitación, todos aquellos espacios cerrados, en donde las personas desarrollan de manera más inmediata su intimidad y su personalidad mediante el libre ejercicio de su libertad”.²³

22 Comité de Derechos Humanos, comunicación 687/1996: Colombia, 16/05/2001, CCPR/C/71/D/687/1996, párrs. 10.3 y 12.
23 Corte Constitucional, sentencia C-024 de 1994, M. P. Alejandro Martínez Caballero.

De esta manera ha protegido como domicilio otros espacios diferentes al lugar de habitación:

El derecho a la intimidad de toda persona y de toda familia, protegido por la Constitución, que las autoridades deben respetar y hacer respetar según el precepto mencionado, comprende el ámbito reservado e inalienable al que aquéllas se acogen, con total independencia de la propiedad o administración del inmueble que las cobija, o del tiempo durante el cual permanezcan dentro de él, por lo cual no es menos susceptible de amparo constitucional la casa tomada en arriendo, la habitación de un inquilinato o el cuarto de un hotel, que la casa cuyo derecho de dominio puede demostrar quien la habita, o en la cual ha vivido por muchos años.²⁴

Por tanto, según la jurisprudencia de la Corte, la definición constitucional de domicilio “comprende, además de los lugares de habitación, trabajo, estudio, todos aquellos espacios o recintos aislados en los que la persona normal y legítimamente pretenda desarrollar su propia vida privada, separada de los terceros y sin su presencia”.²⁵

De otra parte, esa misma Corporación ha establecido que, según la CP, para poder efectuar un registro deben concurrir tres requisitos: a) la legalidad del motivo que origina el registro (CP, art. 28); b) el estricto cumplimiento de las formalidades legales (CP, art. 28), y c) la orden judicial de allanamiento, esto es el mandamiento escrito de autoridad judicial competente (CP, arts. 15 y 28).²⁶

En razón de lo anterior, la Ley 383 de 1997 fue demandada por inconstitucional por cuanto uno de sus artículos otorga a la Dirección de Impuestos y Aduanas Nacionales (DIAN) la facultad para “decretar el registro de las oficinas, los establecimientos comerciales, industriales o de servicios y los demás locales del contribuyente, o de terceros depositarios de sus documentos contables o sus archivos”. Sin embargo, la Corte declaró que esta norma era constitucional porque, aun cuando el funcionario que ordena el allanamiento no es judicial sino administrativo y, por ende, se incumple con el tercer requisito constitucional para la realización de un registro, la protección que recae sobre los lugares de trabajo es menor a la que se predica del lugar de residencia, y aunque ambos

Jurisprudencia
Corte Constitucional

Corte Constitucional, sentencia C-181 de 1997, M. P. José Gregorio Hernández Galindo.

24

Corte Constitucional, sentencia C-041 de 1994, M. P. Eduardo Cifuentes Muñoz.

25

Corte Constitucional, sentencias C-024 de 1994, M. P. Alejandro Martínez Caballero y C-179 de 1994, M. P. Carlos Gaviria Díaz, entre otras.

26

lugares han sido considerados como “domicilios”, “esto no significa que todas las garantías que la Carta confiere al domicilio en sentido estricto, esto es, al lugar de residencia de una persona natural, se extienden automáticamente a estos otros lugares cerrados, como los sitios de trabajo o los centros de estudio.” Puesto que “la inviolabilidad del domicilio no protege tanto un espacio físico en sí mismo considerado sino al individuo en su seguridad, libertad e intimidad”.²⁷

Para llegar a esta conclusión, la Corte se funda en un estudio de jurisprudencia comparada, en donde encuentra que se hacen distinciones entre diversas esferas de la intimidad, cada una de las cuales tiene un grado de protección constitucional diferente.²⁸ Y argumenta que, en caso de extender la necesidad de una orden judicial para todos los espacios cerrados de orden privado se llegaría a resultados irrazonables que obstaculizarían profundamente el cumplimiento de los cometidos de las autoridades públicas pues, por ejemplo, “sería necesaria una orden judicial para que una autoridad sanitaria inspeccione la cocina de un restaurante, que puede estar ocasionando problemas de salubridad.”²⁹

El artículo 294 del Código de Procedimiento Penal establece la procedencia y los requisitos de los allanamientos, de la siguiente manera:

Artículo 294.
Código de
Procedimiento Penal

Cuando hubiere serios motivos para presumir que en un bien inmueble, nave o aeronave se encuentre alguna persona contra quien obra orden de captura, o las armas, instrumentos o efectos con los que se haya cometido la infracción o que provengan de su ejecución, el funcionario judicial ordenará en providencia motivada el allanamiento o registro.

En los casos de flagrancia cuando se esté cometiendo un delito en lugar no abierto al público, la policía judicial podrá ingresar sin orden escrita del funcionario judicial, con la finalidad de impedir que se siga ejecutando la conducta.

27 Corte Constitucional, sentencia C-505 de 1999, M. P. Alejandro Martínez Caballero.

28 En Alemania, por ejemplo, “el tribunal constitucional ha diferenciado tres ámbitos: la esfera más íntima corresponde a los pensamientos o sentimientos más personales que un individuo sólo ha expresado a través de medios muy confidenciales, (...) Luego encontramos la esfera privada en sentido amplio, que corresponde a la vida en ámbitos usualmente considerados reservados, como la casa o el ambiente familiar de las personas, (...) Y, finalmente, el tribunal de ese país habla de la esfera social o individual de las personas, que corresponde a las características propias de una persona en sus relaciones de trabajo o más públicas, en donde la protección constitucional a la intimidad y autonomía es mucho menor”. *Ibid.*, párr. 15.

29 *Ibid.*

4 El derecho a no ser objeto de injerencias arbitrarias en la vida privada

Según la jurisprudencia del Comité de Derechos Humanos, la noción de vida privada “se refiere a la esfera de la vida de una persona en la que ésta puede expresar libremente su identidad, ya sea en sus relaciones con los demás o sola”.³⁰

En el caso holandés de AR Coeriel and M.A.R. Aurik, el Comité tuvo que decidir si el hecho de que las autoridades neerlandesas se negaran a autorizarles a cambiar de apellido (lo cual les impedía proseguir sus estudios para llegar a ser sacerdotes hindúes), violaba el artículo 18 del PIDCP (derecho a la libertad de pensamiento, conciencia y religión), y constituía una injerencia ilegal o arbitraria en su vida privada.

El Comité, para señalar que esta negativa constituía una injerencia arbitraria, se basó en la siguiente fundamentación:

(...)

10.2. La primera cuestión que debe determinar el Comité es si el artículo 17 del Pacto protege el derecho a elegir el propio apellido y a cambiar de apellido. El Comité observa que el artículo 17 prevé, entre otras cosas, que nadie será objeto de injerencias arbitrarias o ilegales en su vida privada, su familia, su domicilio o su correspondencia. El Comité considera que la noción de vida privada se refiere a la esfera de la vida de una persona en la que ésta puede expresar libremente su identidad, ya sea en sus relaciones con los demás o sola. El Comité considera que el apellido constituye un componente importante de la identidad de una persona y que la protección contra las injerencias arbitrarias o ilegales en la vida privada incluye la protección contra las injerencias arbitrarias o ilegales en el derecho a elegir el propio apellido y a cambiar de apellido. Por ejemplo, si un Estado obligara a los extranjeros a cambiar de apellido, ello constituiría una injerencia que violaría el artículo 17. Se plantea la cuestión de si la negativa de las autoridades a autorizar un cambio de apellido no supera también el límite de las injerencias permitidas en el sentido del artículo 17.

10.3. El Comité examina ahora si en las circunstancias del presente caso el rechazo por el Estado Parte de la solicitud de los autores de que se les permitiera cambiar de apellido constituye una injerencia arbitra-

Decisión
Comité de
Derechos Humanos

ria o ilegal en su vida privada. El Comité nota que la decisión del Estado Parte se fundó en las leyes y reglamentos vigentes en los Países Bajos, por lo que no se puede considerar que la injerencia fuera ilegal. Queda por determinar si es arbitraria.

10.4. El Comité toma nota de que las circunstancias en que se reconoce un cambio de apellido se definen minuciosamente en las Directrices y que el poder discrecional en otras instancias se limita a casos excepcionales. El Comité recuerda su comentario general sobre el artículo 17, en que observó que con el concepto de arbitrariedad “se pretende garantizar que incluso cualquier injerencia prevista en la ley esté en consonancia con las disposiciones, los propósitos y los objetivos del Pacto y sea, en todo caso, razonable en las circunstancias particulares del caso”. Así pues, sólo podrá rechazarse una solicitud de cambio de nombre por motivos que sean razonables en las circunstancias particulares del caso.

10.5. En el presente caso, la solicitud de los autores de que se reconociera el cambio de sus nombres de pila a nombres hindúes para poder proseguir sus estudios religiosos había sido atendida en 1986. El Estado Parte basó su rechazo de la solicitud de que se cambiaran también sus apellidos alegando que los autores no habían demostrado que los cambios deseados fueran esenciales para seguir sus estudios, que los apellidos tenían connotaciones religiosas y que no sonaban a neerlandeses. El Comité opina que los motivos para limitar así los derechos de los autores con arreglo al artículo 17 no son razonables. Por lo tanto, en las circunstancias del presente caso, el rechazo de la solicitud de los autores fue arbitrario en el sentido del párrafo 1 del artículo 17 del Pacto.³¹

En la comunicación 488/1992, el Comité de Derechos Humanos tuvo que pronunciarse sobre la conformidad de dos disposiciones del Código Penal de Tasmania (uno de los seis Estados que constituyen Australia), por las que se consideraban delitos diversas formas de contacto sexual entre hombres incluidas aquéllas entre hombres homosexuales adultos con su consentimiento y en privado, con el artículo 17.1 del PIDCP.

31 Ibid., párrs. 10.2 a 10.5.

El autor de la comunicación señaló que los artículos mencionados del Código Penal de Tasmania facultaban a los oficiales de policía a investigar aspectos íntimos de su vida privada y a detenerlo, si tenían motivos para creer que participaba en actividades sexuales contrarias a los artículos citados.

El Comité, al determinar que tales artículos violaban el derecho a no ser objeto de injerencias arbitrarias en la vida privada, señaló que:

(...)

8.2 En lo que atañe al artículo 17, es indiscutible que la actividad sexual consensual llevada a cabo en privado entre adultos queda incluida en el concepto de “vida privada” y que en la actualidad el Sr. Toonen se ve realmente afectado por el mantenimiento de las leyes impugnadas. El Comité considera que los apartados a) y c) del artículo 122 y el artículo 123 del Código Penal de Tasmania representan una “injerencia” en la vida privada del autor, aun cuando esas disposiciones no se apliquen desde hace un decenio. En ese contexto, el Comité señala que la política del ministerio público de no entablar acciones penales en relación con una conducta homosexual privada no constituye una garantía de que en el futuro no se iniciarán acciones contra homosexuales, especialmente si se tienen en cuenta las declaraciones no desmentidas del Director del ministerio público de Tasmania formuladas en 1988 y las de los miembros del Parlamento de Tasmania. En consecuencia, el mantenimiento de las disposiciones impugnadas representa una “injerencia” continua y directa en la vida privada del autor.

8.3 La prohibición del comportamiento homosexual privado está establecida por la ley, concretamente los artículos 122 y 123 del Código Penal de Tasmania. En cuanto a si puede considerarse arbitraria, el Comité recuerda que, de conformidad con su Observación General 16 (32) sobre el artículo 17, “(...) Con la introducción del concepto de arbitrariedad se pretende garantizar que incluso cualquier injerencia prevista en la ley esté en consonancia con las disposiciones, los propósitos y los objetivos del Pacto y sea, en todo caso, razonable en las circunstancias particulares del caso”. El Comité interpreta que el requisito de ser razonable implica que cualquier injerencia en la vida privada debe ser proporcional al propósito perseguido y necesaria en las circunstancias particulares del caso.

Decisión
Comité de
Derechos Humanos

8.4 Si bien el Estado parte reconoce que las disposiciones impugnadas constituyen una injerencia arbitraria en la vida privada del Sr. Toonen, las autoridades de Tasmania sostienen que las leyes impugnadas se justifican por motivos de salud pública y de moral, ya que en parte tienen por objeto impedir la propagación del VIH y del SIDA en Tasmania, y también porque, en ausencia de cláusulas limitativas específicas en el artículo 17, las cuestiones morales deben considerarse como una cuestión que cada país ha de decidir.

8.5 Por lo que se refiere al argumento de las autoridades de Tasmania referente a la salud pública, el Comité señala que la penalización de las prácticas homosexuales no puede considerarse un medio razonable o una medida proporcionada para lograr el objetivo de impedir la propagación del VIH y del SIDA. El Gobierno de Australia señala que las leyes que penalizan las actividades homosexuales tienden a impedir la ejecución de los programas de salud pública, empujando a la clandestinidad a muchas de las personas que corren el riesgo de infectarse. Así pues, la penalización de las prácticas homosexuales iría en contra de la ejecución de programas de educación eficaces en materia de prevención de la infección por el VIH y del SIDA. En segundo lugar, el Comité señala que no se ha observado relación entre el mantenimiento de la penalización de las actividades homosexuales y el control eficaz de la difusión del VIH/SIDA.

8.6 El Comité no puede aceptar que, a los fines del artículo 17 del Pacto, las cuestiones de moral constituyan exclusivamente un asunto de preocupación para el país en cuestión, ya que ello permitiría que se eliminase de la lista de asuntos que ha de examinar el Comité un número potencialmente grande de leyes que representan una injerencia en la vida privada. El Comité señala asimismo que, salvo en Tasmania, todas las leyes que penalizaban la homosexualidad se han derogado en toda Australia y que, incluso en Tasmania, es evidente que no hay consenso en cuanto si también convendría derogar los artículos 122 y 123. Considerando además que actualmente esas disposiciones no se aplican, lo que implica que no se las considera fundamentales para proteger la moral en Tasmania, el Comité concluye que las disposiciones no superan la prueba de lo que resulta “razonable” en las circunstancias particulares del caso, y constituyen una injerencia arbitraria en el derecho que confiere al Sr. Toonen el párrafo 1 del artículo 17.

(...)

10. Con arreglo al inciso a) del párrafo 3 del artículo 2 del Pacto, el autor, víctima de una violación del párrafo 1 del artículo 17 y del párrafo 1 del artículo 2, tiene derecho a recurso. El Comité opina que un recurso eficaz sería la revocación de los párrafos a) y c) de la sección 122 y la sección 123 del Código Penal de Tasmania.³²

En el ámbito nacional, la CP reconoce en su artículo 15 el derecho de todas las personas a la intimidad personal, así como el deber del Estado de respetarlo y hacerlo respetar. A este respecto, la Corte Constitucional ha dicho lo siguiente:

La intimidad, el espacio exclusivo de cada uno, es aquella órbita reservada para cada persona y de que toda persona debe gozar, que busca el aislamiento o inmunidad del individuo frente a la necesaria injerencia de los demás, dada la sociabilidad natural del ser humano. Es el área restringida inherente a toda persona o familia, que solamente puede ser penetrada por extraños con el consentimiento de su titular o mediante orden dictada por autoridad competente, en ejercicio de sus funciones y de conformidad con la Constitución y la ley.

(...)

De otra parte, tres son las maneras de vulnerar el derecho a la intimidad. La primera de ellas es la intrusión o intromisión irracional en la órbita que cada persona se ha reservado; la segunda, consiste en la divulgación de los hechos privados; y la tercera, finalmente, en la presentación tergiversada o mentirosa de circunstancias personales, aspectos los dos últimos que rayan con los derechos a la honra y al buen nombre.³³

Y frente al derecho a la intimidad personal que recae en cabeza de funcionarios públicos:

Jurisprudencia
Corte Constitucional

Comité de Derechos Humanos, caso Toonen v. Australia, comunicación 488/1992, CCPR/C/50/D/488/1992, de 4 de abril de 1994, párrs. 8.2 a 8.6 y 10. 32

Corte Constitucional, sentencia T-034 de 1995, M. P. Fabio Morón Díaz. 33

(...)

Sin embargo, una tendencia mundialmente aceptada y a la que no ha sido ajena esta Corporación al sentar jurisprudencia, ve un desdibujamiento en la intimidad de las personas con proyección pública, pues de sus actuaciones serán testigos, casi necesariamente y más cuando actúen en un recinto público, quienes en ellas estén interesados, quienes de alguna manera por ellas se vean afectados y/o quienes simplemente asistan al recinto, directamente o por medio de los conductos de información.

Dicho desdibujamiento, sobra decirlo, en manera alguna puede ser absoluto. Si bien el ámbito exclusivo de los personajes públicos se reduce en razón de su calidad y, eventualmente, de las actividades que desarrollen, las cuales, se repite, inciden en un conglomerado social o son de interés general, no es posible pensar que lo hayan perdido y, en consecuencia, que no puedan ser titulares del derecho constitucional fundamental a la intimidad. No. Para diferenciar el campo que puede ser objeto de conocimiento general del que no puede serlo, en las condiciones señaladas, se requiere analizar la presencia de dos factores: primero, la actuación de la persona dentro de un ámbito público; y segundo, si lo hace con la intención de ser vista y escuchada por quienes allí se encuentran, cuya verificación permitirá pensar, como es lógico, que ella está actuando por fuera de su zona de privacidad y, al mismo tiempo, que pueden su imagen y manifestaciones ser captadas por quienes la rodean.³⁴

5. El derecho a no ser objeto de injerencias arbitrarias en la vida familiar

En el ámbito nacional, la CP reconoce en su artículo 15 que: “Todas las personas tienen derecho a su intimidad familiar”. Además, según el artículo 85, se trata de un derecho de aplicación inmediata.

Lo primero que conviene determinar para establecer qué derechos se desprenden tanto del artículo 17 del PIDCP como del 11 de la Convención Americana, y del artículo 15 de la CP, es qué se considera “familia”, o cuál es el núcleo que se beneficia de este derecho.

Al respecto, según la doctrina del Comité de Derechos Humanos, el concepto de familia se entiende en un sentido amplio, y tal y como ésta se entienda en cada sociedad en particular, por lo que al definir el término “familia” en una situación concreta, se deben tener en cuenta las tradiciones culturales.³⁵ Además, el concepto de familia puede

(...) diferir en algunos aspectos de un Estado a otro, y aún entre regiones dentro de un mismo Estado, de manera que no es posible dar una definición uniforme del concepto. Sin embargo, el Comité destaca que, cuando la legislación y la práctica de un Estado consideren a un grupo de personas como una familia, éste debe ser objeto de la protección prevista en el artículo 23.(...)³⁶

En Colombia, el artículo 42 de la norma constitucional indica que: “La familia es el núcleo fundamental de la sociedad. Se constituye por vínculos naturales o jurídicos; por la decisión de un hombre y una mujer de contraer matrimonio o por la voluntad responsable de conformarla (..).”

Aunque desde el Decreto 2820 de 1974 y la Ley 1ª de 1976 se reconoce la igualdad entre los cónyuges y entre los hijos concebidos dentro y fuera del matrimonio, la interpretación jurisprudencial de este artículo reafirma un concepto amplio de familia:

La unión marital de hecho corresponde a una de las formas legítimas de constituir la familia, la que no se crea sólo en virtud del matrimonio. La unión libre de hombre y mujer, “aunque no tengan entre sí vínculos de sangre ni contractuales formales”, debe ser objeto de protección del Estado y la sociedad, pues ella da origen a la institución familiar.³⁷

Según la Constitución, son igualmente dignas de respeto y protección las familias originadas en el matrimonio o constituidas al margen de éste. La igualdad pugna con toda forma de discriminación basada en el origen familiar, ya sea ejercida contra los hijos o contra descendientes

Observación General
Comité de Derechos
Humanos

Jurisprudencia
Corte Constitucional

Comité de Derechos Humanos, Observación General No. 16, “El derecho al respeto a la vida privada, la familia, el domicilio y la correspondencia, y la protección de la honra y la reputación”, párr. 5.	35
Comité de Derechos Humanos, Observación General No. 19, “La protección de la familia, el derecho al matrimonio y la igualdad de los esposos”, párr. 2.	36
Corte Constitucional, sentencia C-098 de 1996, M. P. Eduardo Cifuentes Muñoz.	37

de cualquier grado. De tiempo atrás, la ley colombiana ha establecido la igualdad de derechos entre los hijos legítimos, extramatrimoniales y adoptivos.³⁸

Pero aunque la lectura literal del artículo 42 parece permitir cualquier tipo de familia, no sólo la monogámica y heterosexual, la Corte Constitucional ha avalado el artículo 1° de la Ley 54 de 1990, según el cual la unión marital de hecho se circunscribe a las parejas formadas entre un hombre y una mujer, vale decir, se excluyen las parejas homosexuales. En sentido análogo, la sentencia C-814 de 2001 estudió la posibilidad de que las parejas homosexuales adopten hijos. Para esto realizó unas interpretaciones exegéticas e históricas del artículo 42 de la Constitución, concluyendo que la familia sólo puede estar conformada por una unión heterosexual, y que a las parejas homosexuales no les está permitido adoptar hijos, sin que esto constituya una discriminación frente a las otras parejas:

A juicio de la Corte, no se da la identidad de hipótesis que impone al legislador dispensar un idéntico tratamiento jurídico, si se tiene en cuenta que la adopción es ante todo una manera de satisfacer el derecho prevalente de un menor a tener familia, y que la familia que el constituyente protege es la heterosexual y monogámica, como anteriormente quedó dicho. Desde este punto de vista, al legislador no le resulta indiferente el tipo de familia dentro del cual autoriza insertar al menor, teniendo la obligación de proveerle aquella que responde al concepto acogido por las normas superiores. Por lo tanto, no solo no incurrió en omisión discriminatoria, sino que no le era posible al Congreso autorizar la adopción por parte de homosexuales, pues la concepción de familia en la Constitución no corresponde a la comunidad de vida que se origina en este tipo de convivencia, y las relaciones que se derivan de la adopción.³⁹

Deberá tenerse en cuenta el concepto de “familia” del Comité de Derechos Humanos, especialmente en relación con los diversos pueblos indígenas y comunidades de afrocolombianos (véanse los artículos 7, 286 y 330 de la CP).

38 Corte Constitucional, sentencia C-105 de 1994, M. P. Jorge Arango Mejía.

39 Corte Constitucional, sentencia C-814 de 2001, M. P. Marco Gerardo Monroy Cabra. Esta decisión fue tomada por cinco magistrados de la Corte, los otros cuatro (Manuel José Cepeda, Jaime Córdoba, Eduardo Montealegre y Jaime Araújo) salvaron el voto, considerando que la familia heterosexual no es la única que se permite en la Constitución.

En la comunicación 549/1993, los peticionarios (polinesios) alegaron que su expulsión de un terreno para la construcción de un complejo hotelero constituía una violación del párrafo 1 del artículo 17 del PIDCP y el párrafo 1 del artículo 23 (derecho a la familia) del mismo Pacto. El Comité de Derechos Humanos, al resolver la comunicación, señaló que:

(...)

10.3. Los autores afirman que la construcción del complejo hotelero en los terrenos en disputa destruiría un antiguo cementerio que representa un lugar importante de su historia, cultura y vida y constituiría una injerencia arbitraria en su vida privada y familiar, en violación de los artículos 17 y 23. También sostienen que en esos terrenos están sepultados miembros de sus familias. El Comité observa que los objetivos del Pacto exigen que el término “familia” se interprete como un criterio amplio que incluya a todas las personas que componen la familia, tal como se entienda ésta en la sociedad de que se trate. De ello se desprende que al definir el término “familia” en una situación concreta se deben tener en cuenta las tradiciones culturales. Las reclamaciones de los autores revelan que éstos consideran que la relación con sus antepasados constituye un elemento esencial de su identidad y cumple una función importante en su vida familiar. Esto no ha sido rebatido por el Estado Parte; tampoco ha objetado el Estado Parte el argumento de que el cementerio en cuestión desempeña un papel importante en la historia, cultura y vida de los autores. El Estado Parte ha impugnado la reclamación de los autores sólo por el hecho de que no han establecido un vínculo de parentesco entre los restos descubiertos en el cementerio y ellos mismos. El Comité considera que el hecho de que los autores no hayan establecido un vínculo de parentesco directo no puede invocarse en contra de ellos en las circunstancias de la comunicación, en que el cementerio en cuestión es anterior a la llegada de los colonos europeos y se reconoce como lugar que contiene restos de los antepasados de los actuales habitantes polinesios de Tahití. Por consiguiente, el Comité concluye que la construcción de un complejo hotelero en el terreno de un cementerio ancestral de los autores sí interfirió en el derecho de éstos a la protección de la familia y la vida privada. El Estado Parte no ha demostrado que esa injerencia haya sido razonable en las circunstancias del caso y nada en la información de que dispone el Comité demuestra que el Estado Parte haya tenido debidamente en

Decisión
Comité de
Derechos Humanos

cuenta la importancia del cementerio para los autores cuando decidió arrendar el terreno para la construcción de un complejo hotelero. El Comité llega a la conclusión de que ha habido una injerencia arbitraria en el derecho de los autores a la protección de la familia y la vida privada, en violación del párrafo 1 del artículo 17 y el párrafo 1 del artículo 23.

(...)

12. El Comité de Derechos Humanos opina que los autores tienen derecho, en virtud del apartado a) del párrafo 3 del artículo 2 del Pacto, a interponer un recurso efectivo. El Estado Parte tiene la obligación de proteger los derechos de los autores efectivamente y garantizar que no vuelvan a producirse violaciones similares en el futuro.⁴⁰

En la comunicación No. 930/2000, el Comité de Derechos Humanos tuvo que determinar si la decisión de las autoridades australianas de expulsar a una pareja de indonesios que había permanecido en ese país por 14 años, y de cuya unión había nacido un niño de ciudadanía australiana que tenía en ese momento 13 años (Barry), violaba el derecho a no ser objeto de injerencias en la vida privada de la familia. El Comité, al fundamentar la violación de este derecho, señaló:

(...)

7.1. En relación con la denuncia de violación del artículo 17, el Comité se hace cargo de los argumentos del Estado Parte de que no se ha producido ninguna “injerencia”, ya que la decisión de que Barry acompañe a sus padres a Indonesia o permanezca en Australia, en cuyo caso se produciría una separación física, incumbe exclusivamente a la familia y que no viene determinada por la actuación del Estado. El Comité señala que ciertamente puede haber casos en que la negativa de un Estado Parte de permitir que un miembro de una familia permanezca en su territorio suponga una injerencia en la vida familiar de esa persona. Sin embargo, el simple hecho de que un miembro de una familia

40

Comité de Derechos Humanos, Francis Hugu y Tepoaitu Bessert v. Francia, comunicación 549/1993: France, 29/12/97. CCPR/C/60/D/549/1993/Rev.1, párrs. 10.3 y 12.

tenga *derecho* a permanecer en el territorio de un Estado Parte no significa necesariamente que el exigir a otros miembros de la familia que abandonen el Estado entrañe tal injerencia.

7.2. En el presente caso, el Comité estima que se debe considerar “injerencia” en la familia que el Estado Parte tome la decisión de deportar a ambos progenitores y obligar a la familia a escoger entre dejar solo en el Estado Parte a un niño de 13 años de edad, que después de vivir diez años en este país ya ha adquirido la ciudadanía, o llevárselo, por lo menos en circunstancias como las de este caso en que de una forma u otra se producirían trastornos importantes en la vida que la familia se ha forjado. Así, pues, se plantea la cuestión de si esa injerencia no sería arbitraria y contraria a lo dispuesto en el artículo 17 del Pacto.

7.3. Desde luego, el Pacto no contiene ninguna disposición contra la posibilidad de que un Estado Parte ordene conforme a la ley la salida de quien permanezca en su territorio una vez vencido el permiso de estadía limitada. Como tampoco es suficiente de por sí que un niño nazca o que por ministerio de la ley adquiera la ciudadanía por nacimiento o posteriormente para que la proyectada deportación de uno de sus padres o de ambos sea arbitraria. Por consiguiente, el campo de aplicación del Pacto es bastante amplio como para que los Estados Partes lleven a efecto su política de inmigración o exijan la salida de personas que se encuentren en su territorio legalmente. Ahora bien, estas facultades discrecionales no son ilimitadas y en determinadas circunstancias podrían llegar a utilizarse arbitrariamente. En el presente caso, los dos autores de la comunicación llevan más de 14 años en Australia. Su hijo ha vivido en Australia desde que nació hace 13 años, asistido a la escuela en Australia como cualquier otro niño y establecido los contactos sociales consiguientes. Habida cuenta de ese lapso de tiempo, para evitar la caracterización de arbitrariedad incumbe al Estado Parte demostrar factores que justificarían la expulsión de estas dos personas más allá de la simple aplicación de las leyes de inmigración. En las circunstancias particulares del caso, por tanto, el Comité considera que si el Estado Parte efectivamente expulsa a los autores de la comunicación, estaría cometiendo una injerencia arbitraria en la familia, a diferencia de lo dispuesto en el párrafo 1 del artículo 17 del Pacto, leído conjuntamente con el artículo 23 [derecho a la familia], con respecto a todas las presuntas víctimas, además de una violación

del párrafo 1 del artículo 24 [derechos del niño a medidas de protección por parte de su familia, la sociedad y el Estado] en el caso de Barry Winata por no adoptar las medidas de protección correspondientes en su caso.⁴¹

En Colombia, la Corte Constitucional ha introducido la llamada regla de cierre a la cual le ha dado aplicación en las sentencias sobre ambigüedad genital o hermafroditismo de menores de edad, estudiando la posibilidad de que los padres decidan la realización de cirugías y el suministro de hormonas para remodelar genitales, lo cual tiene una incidencia definitiva en la identidad sexual del menor. De acuerdo con la regla de cierre, el juez debe respetar la intimidad familiar y permitir que, en ciertos casos, sea esta misma quien tome las decisiones que afecten a sus miembros:

Jurisprudencia
Corte Constitucional

Por ello, la Corte indicó que el papel de los padres en la formación de sus hijos, así como la importancia constitucional del respeto a la intimidad familiar y al pluralismo en materia médica, implican una regla de cierre que opera en favor de la autonomía familiar: si el juez, en un caso controvertido, tiene dudas sobre la decisión a tomar, éstas deben ser resueltas en favor del respeto a la privacidad de los hogares (*in dubio pro familia*), a fin de que los desplazamientos de los padres por las autoridades estatales sean minimizados.⁴²

6 El derecho a la honra y la reputación

El Comité de Derechos Humanos, en su Observación General No. 16, señaló que:

Observación General
Comité de Derechos
Humanos

El artículo 17 garantiza la protección de la honra y la reputación de las personas y los Estados tienen la obligación de sancionar legislación apropiada a ese efecto. También se deben proporcionar medios para que toda persona pueda protegerse eficazmente contra los ataques ilegales que puedan producirse y para que pueda disponer de un recurso eficaz contra los responsables de esos ataques. Los Estados Partes de-

41 Comité de Derechos Humanos, Hendrick Winata y So Lan Li v. Australia, CCPR/C/72/D/930/2000 de 16 de agosto de 2001, párrs. 7.1 a 7.3.

42 Corte Constitucional, sentencia T-551 de 1999, M. P. Alejandro Martínez Caballero.

ben indicar en sus informes en qué medida se protegen por ley el honor o la reputación de las personas y cómo se logra esa protección con arreglo a sus respectivos sistemas jurídicos.⁴³

La Corte Interamericana de Derechos Humanos (en adelante Corte Interamericana), en su Opinión Consultiva sobre la “Exigibilidad del derecho de rectificación o respuesta” señaló que el derecho de rectificación o respuesta por informaciones inexactas o agraviantes dirigidas al público, tiene una relación directa con el derecho a la libertad de pensamiento o expresión, que sujeta esta libertad al “respeto a los derechos o a la reputación de los demás”, y con el derecho de toda persona al respeto de su honra y al reconocimiento de su dignidad, que debe protegerse legalmente frente a injerencias o ataques. Sin embargo, los anteriores derechos no son absolutos sino que tienen su límite en: a) los derechos de los demás; b) la seguridad de todos, y c) las justas exigencias del bien común en una sociedad democrática (artículo 32.2 de la Convención Americana)⁴⁴ (véase el Capítulo X).

La CP garantiza el derecho a la honra en su artículo 21, e indica que: “La ley señalará la forma de su protección”. En desarrollo del mandato constitucional, el Código Penal, en su Título V, establece los delitos contra la integridad moral (de la injuria y la calumnia).

Sobre este derecho, la Corte Constitucional ha señalado lo siguiente:

El concepto de honra se debe construir desde puntos de vista valorativos y, en consecuencia, con relación a la dignidad de la persona. Desde dicha perspectiva la honra es un derecho de la esfera personal y se expresa en la pretensión de respeto que corresponde a cada persona como consecuencia del reconocimiento de su dignidad.

Aunque honra y honor sean corrientemente considerados como sinónimos, existe una diferencia muy clara entre ellos. Honor se refiere a un valor propio que de sí mismo tiene la persona, independientemente de la opinión ajena; en cambio la honra o reputación es externa, llega desde afuera, como ponderación o criterio que los demás tienen de

Jurisprudencia
Corte Constitucional

Comité de Derechos Humanos, Observación General No. 16, “El derecho al respeto a la vida privada, la familia, el domicilio y la correspondencia, y a la protección de la honra y la reputación”, párr. 11.

Corte Interamericana de Derechos Humanos (en adelante Corte Interamericana), Opinión Consultiva OC-7/86, del 29 de agosto 1986, “Exigibilidad del Derecho de rectificación o respuesta”, párr. 23.

43

44

uno, con independencia de que realmente se tenga o no honor; uno es el concepto interno –el sentimiento interno del honor–, y otro el concepto objetivo externo que se tiene de nosotros –honra.

(...)

El contenido esencial de este derecho lo regulan los artículos 21 de la Constitución, 17 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos y 11 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos que prevén todos el mismo núcleo esencial. Los artículos mencionados anteriormente determinan que la ley señalará la forma de protección del derecho a la honra. Esta protección se manifiesta tanto en la acción de tutela como en los artículos 313 a 322 del Código Penal [hoy 220 a 228 del Nuevo Código Penal], relativos a los delitos contra la integridad moral, concretizados en los hechos punibles de injuria y calumnia (...).⁴⁵

Para determinar si se ha lesionado o no el núcleo esencial del derecho es necesario tener en cuenta, según el criterio de la Corte Constitucional, que:

No todo concepto o expresión mortificante para el amor propio puede ser considerada como imputación deshonrosa, ya que resultaría exagerado proteger o sancionar comportamientos que si bien afectan la vanidad personal, no tocan el núcleo esencial de los derechos a la honra y el buen nombre del sujeto. La imputación que se haga debe ser suficiente para generar un daño en el patrimonio moral del sujeto y su gravedad no depende en ningún caso de la impresión personal que le pueda causar al ofendido alguna expresión proferida en su contra en el curso de una polémica pública, como tampoco de la interpretación que éste tenga de ella, sino del margen razonable de objetividad que lesione el núcleo esencial del derecho. La labor del Juez en cada caso concreto, tomando en consideración los elementos de juicio existentes y el grado de proporcionalidad de la ofensa, es la de determinar si ocurrió una verdadera amenaza o vulneración de los derechos.⁴⁶

Jurisprudencia
Corte Constitucional

45 Corte Constitucional, sentencia T-412 de 1992, M. P. Alejandro Martínez Caballero.

46 Corte Constitucional, sentencia T-028 de 1996, M. P. Vladimiro Naranjo Mesa.

7. El recurso de hábeas data

En relación con la recopilación y el registro de información personal en computadoras, bancos de datos y otros dispositivos, el Comité de Derechos Humanos, en su Observación General No. 16, señaló que:

La recopilación y el registro de información personal en computadoras, bancos de datos y otros dispositivos, tanto por las autoridades públicas como por las particulares o entidades privadas, deben estar reglamentados por la ley. Los Estados deben adoptar medidas eficaces para velar por que la información relativa a la vida privada de una persona no caiga en manos de personas no autorizadas por ley para recibirla, elaborarla y emplearla y por que nunca se la utilice para fines incompatibles con el Pacto. Para que la protección de la vida privada sea lo más eficaz posible, toda persona debe tener el derecho de verificar si hay datos personales suyos almacenados en archivos automáticos de datos y, en caso afirmativo, de obtener información inteligible sobre cuáles son esos datos y con qué fin se han almacenado. Asimismo, toda persona debe poder verificar qué autoridades públicas o qué particulares u organismos privados controlan o pueden controlar esos archivos. Si esos archivos contienen datos personales incorrectos o se han compilado o elaborado en contravención de las disposiciones legales, toda persona debe tener derecho a pedir su rectificación o eliminación.⁴⁷

El artículo 15 de la CP, al reconocer el derecho de todas las personas a su intimidad personal y familiar, y a su buen nombre, señala que:

(...) De igual modo tiene derecho a conocer, actualizar y rectificar las informaciones que se hayan recogido sobre ellas en bancos de datos y en archivos de entidades públicas y privadas. En la recolección, tratamiento y circulación de datos se respetarán la libertad y demás garantías consagradas en la Constitución.

Según el Relator Especial para la Libertad de Expresión de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos (CIDH), el recurso de hábeas data se instituyó como una modalidad del proceso de amparo (acción de tutela en Colom-

Observación General
Comité de Derechos
Humanos

Artículo 15.
Constitución Política

Comité de Derechos Humanos, Observación General No. 16, "El derecho al respeto a la vida privada, la familia, el domicilio y la correspondencia, y la protección de la honra y la reputación", párr. 10.

Artículo 3.
Declaración de
principios sobre
libertad de expresión

bia), para proteger la intimidad de las personas. Mediante este procedimiento se garantiza a toda persona a acceder a información sobre sí misma o sus bienes, contenida en bases de datos o registros públicos o privados y, en el caso que fuera necesario, actualizar, rectificar, anular o mantener en reserva dicha información con la finalidad de proteger ciertos derechos fundamentales.⁴⁸

En este sentido, el Principio 3 de la Declaración de Principios sobre Libertad de Expresión de la CIDH, establece que:

Toda persona tiene el derecho a acceder a la información sobre sí misma o sus bienes en forma expedita y no onerosa, ya esté contenida en bases de datos, registros públicos o privados y, en caso de que fuere necesario, actualizarla, rectificarla y/o enmendarla.

El recurso de hábeas data se fundamenta en tres premisas:

- a) El derecho de cada persona a no ser perturbada en su privacidad.
- b) El derecho de toda persona a acceder a información sobre sí misma en bases de datos públicos y privados para modificar, anular o rectificar información sobre su persona por tratarse de datos sensibles (que es toda aquella información relacionada con la vida íntima de la persona), falsos, tendenciosos o discriminatorios.
- c) El derecho de las personas a utilizar el recurso de hábeas data como mecanismo de fiscalización.

El acceso y control de datos personales constituye un derecho fundamental en muchos ámbitos de la vida, pues la falta de mecanismos judiciales que permitan la rectificación, actualización o anulación de datos afectaría directamente el derecho a la privacidad, el honor, la identidad personal, la propiedad y la fiscalización sobre la recopilación de datos.⁴⁹

Según el Relator Especial sobre Libertad de Expresión, esta acción adquiere una importancia mayor con el avance de nuevas tecnologías:

Con la expansión en el uso de la computación e Internet, tanto el Estado, como el sector privado tienen a su disposición en forma rápida una gran cantidad de información sobre las personas. Por lo tanto, es ne-

Informe
Relator Especial sobre
Libertad de Expresión de la
Organización de
Estados Americanos

48 Comisión Interamericana de Derechos Humanos (CIDH), Informe Anual de la CIDH 2001, "Informe de la relatoría para la libertad de expresión", OEA/Ser.L/V/II.114, doc. 5 rev. del 16 de abril de 2001, vol. II, cap. III, párr. 26.
49 *Ibid.*, párr. 28.

cesario garantizar la existencia de canales concretos de acceso rápido a la información para modificar información incorrecta o desactualizada contenida en las bases de datos electrónicas protegiendo el derecho a la intimidad de los individuos.⁵⁰

El derecho a la intimidad se relaciona más directamente con los límites del ejercicio de la libertad de expresión y la libertad de información. Sin embargo, el derecho a la privacidad y la reputación, así como a la libertad de expresión no son absolutos, sino que deben ser armonizados y balanceados, de manera que no desemboquen en la negación de otros derechos. En este sentido, la Corte Interamericana señaló que: “Los derechos de cada persona están limitados por los derechos de los demás, por la seguridad de todos y por las justas exigencias del bien común, en una sociedad democrática”.⁵¹

Según el Relator sobre Libertad de Expresión, el derecho a la privacidad, de acuerdo con lo estipulado en la Convención Americana, debe dictarse en conformidad con leyes legítimas, y su contenido y finalidad deben atender el bien común y ser armonizadas sin limitar indebidamente el derecho a la libertad de expresión en la búsqueda y publicidad de información de interés público, entre otros.⁵²

En relación con las entidades que procesan información, el recurso de hábeas data les impone ciertas obligaciones tales como: usar los datos para los objetivos específicos y explícitos establecidos, y garantizar la seguridad de los datos contra el acceso accidental, no autorizado o la manipulación.⁵³

Además, en los casos en que antes del Estado o del sector privado hubieran obtenido datos de forma irregular y/o ilegalmente, el peticionario debe tener acceso a dicha información, incluso cuando ésta sea clasificada, con el objeto de devolver la tutela de la data al individuo que se ve afectado. El recurso de hábeas data habilita al damnificado o a sus familiares a tomar conocimiento del objeto de la recopilación y, en caso de que éstos hayan sido recabados en forma ilegal, determinar una posible sanción a los responsables.⁵⁴

Según el Relator, para que la acción de hábeas data sea llevada a cabo con eficiencia, se deben eliminar las trabas administrativas que obstaculizan la obtención de la información y deben implementarse sistemas de solicitud de infor-

Ibíd., párr. 29.	50
Ibíd., párr. 32.	51
Ibíd., párr. 33.	52
Ibíd., párr. 36.	53
Ibíd.	54

mación de fácil acceso, simples y de bajo costo para el solicitante. De lo contrario, se consagraría formalmente una acción que en la práctica no contribuye a facilitar el acceso a la información.⁵⁵

Asimismo, es necesario que para el ejercicio de dicha acción no se requiera revelar las causas por las cuales se requiere la información. La mera existencia de datos personales en registros públicos o privados es razón suficiente para el ejercicio de este derecho.⁵⁶

En definitiva, el derecho al acceso a la información y la acción de hábeas data, dentro del anterior marco, se constituyen como herramientas legales para alcanzar la transparencia de los actos del Estado, para proteger la intimidad de las personas frente a manejos arbitrarios o ilegítimos de datos personales y como medio de fiscalización y participación de la sociedad⁵⁷ (véase el Capítulo X).

La Corte Constitucional ha señalado que:

Interpretando en forma ostensiblemente errónea los alcances de la sentencia T-414 [de 1992] de esta Corporación, algunas decisiones judiciales recientes señalan que la divulgación de informes computarizados de crédito sólo vulneran los derechos de habeas data e intimidad cuando los datos sean erróneos. Lo cual equivale a considerar que no hay menoscabo alguno de tales derechos cuando los datos sean veraces y se haga de ellos un uso o manejo responsables. Satisfechas estas condiciones, algunos jueces estiman que su recolección y divulgación constituye un sistema eficaz de defensa de las instituciones financieras contra el llamado riesgo bancario.

Es claro a todas las luces que los anteriores planteamientos ponen en evidencia una equivocada concepción de la naturaleza y razón de ser del hábeas data y la intimidad (...)

Se olvida que, tanto el hábeas data como la intimidad encuentran su razón de ser y fundamento último en el ámbito de la autodeterminación y libertad que el ordenamiento jurídico reconoce al sujeto como condición indispensable para el libre desarrollo de su personalidad y en homenaje justiciero a su dignidad.

55 Ibid., párr. 37.

56 Ibid., párr. 38.

57 Ibid., párr. 39.

Es por eso, precisamente, que dentro de ese refugio jurídicamente amurallado que lo protege, el sujeto puede actuar como a bien lo tenga. De ahí que las divulgaciones e investigaciones que penetren tal muro sólo podrán ocurrir por voluntad o aquiescencia del sujeto o cuando un verdadero interés general legitime la injerencia.

Mientras ello no ocurra, prevalecerán las exigencias propias del hábeas data y la intimidad, derechos estos cuyos núcleos esenciales están contruidos con libertad, tranquilidad, ausencia de control. Su titular es el único llamado a administrar los espacios que el derecho le garantiza como a bien tenga y a permitir o no el acceso de terceros.⁵⁸

Respecto a los datos personales relativos a obligaciones por cuya causa hubieren sido reportados a los bancos de datos de entidades de crédito, la Corte Constitucional señaló que:

En la sentencia T-527 de 2000, reiterando la consolidada jurisprudencia constitucional se dijo:

“(...) el núcleo esencial del Hábeas Data está integrado por el derecho a la autodeterminación informática y por la libertad, en general y en especial la económica; en este sentido, la autodeterminación implica una facultad de la persona a la cual se refieran los datos, para autorizar su conservación, uso y circulación, de conformidad con las regulaciones legales. En criterio de la Sala se puede afectar la libertad económica de una persona cuando la circulación de datos no sea veraz o que tal circunstancia haya sido autorizada expresamente por el titular de los datos; por lo tanto, en virtud del tránsito de los mismos se pueden conculcar derechos fundamentales de los ciudadanos.

(...) la Corte ha sostenido que el derecho a la información no es absoluto, de donde resulta que puede ser utilizado para revelar datos que lesionen la honra y el buen nombre de las personas. La información en los términos del ordenamiento superior, debe corresponder a la verdad, debe ser verídica e imparcial, pues no existe derecho a dirigir informaciones que no sean ciertas y objetivas. En este sentido, a juicio de la Corte, mientras las informaciones sobre un deudor sean fidedig-

Jurisprudencia
Corte Constitucional

Corte Constitucional, sentencia T-022 del 29 de enero de 1993, M. P. Ciro Angarita Barón.

nas, verídicas y completas, no se puede afirmar que el suministro y la circulación de los datos a quienes tienen un interés legítimo en conocerlos vulnera el buen nombre del titular.

(...) el artículo 15 superior establece tres derechos con sus dimensiones específicas a saber: el derecho a la intimidad, al buen nombre y al Hábeas Data, este último relacionado, en buena medida con los datos de carácter crediticio o económico.”

Así las cosas, la información que obre en la base de datos, conforme al artículo 15 superior, puede ser objeto de varias acciones por parte de los ciudadanos, esto es, conocida la información pertinente el titular puede solicitar “la actualización o la rectificación”; en el primero de los eventos, puede solicitar la rectificación que no es otra cosa que la concordancia del dato con la realidad, al tiempo que en la segunda hipótesis la actualización hace referencia a la vigencia del dato de tal manera que no se demuestren situaciones carentes de actualidad.

(...) Por otra parte, también debe la Corte recordar su doctrina en cuanto a que la temporalidad de los datos no puede ser indefinida, luego, los datos negativos no tienen vocación de perennidad, por lo que, una vez el ciudadano se ha puesto al día en sus obligaciones, debe merecer un tratamiento favorable en el sentido de que se le borren los datos negativos de los archivos de los bancos de datos, por no corresponder a la verdad o no ser actuales.

En este orden de ideas, los datos caducan y una vez producida la caducidad deben ser borrados del correspondiente sistema, de modo definitivo, conforme lo ha sostenido esta Corte entre otras sentencias, en la SU-082 y SU-089, ambas de 1995 (M. P. Dr. Jorge Arango Mejía).⁵⁹

En efecto, en cuanto al término de caducidad, en la sentencia SU-082 de 1995 la Corte hizo mención sobre el plazo prudencial de la siguiente manera: “(...) el cual se establece en dos años para los pagos voluntarios y en cinco años para los pagos forzados”, pero expresamente se exceptúa el caso en que la mora haya sido inferior a un año, evento en el cual “(...) el término de caducidad será igual al doble de la misma mora”.⁶⁰

59 Corte Constitucional, sentencia T-268 de 2002, M. P. Alfredo Beltrán Sierra.

60 Corte Constitucional, sentencia SU-082 de 1995, M. P. Jorge Arango Mejía.

Esta regulación por vía jurisprudencial quedó supeditada a una futura regulación expresa por parte del Congreso. Así, en los artículos 110 y 114 de la Ley 510 de 1999 se intentó regular la materia. Sin embargo, la Corte Constitucional declaró la inexecutable de estas normas considerando que tales disposiciones debían haberse promulgado a través de una ley estatutaria:

Todo lo anterior afecta sin lugar a dudas el derecho fundamental en referencia en lo más propio de su núcleo fundamental, pues “(l)os datos personales que se recogen, el tipo de tratamiento que reciben y las formas y límites de su circulación, son aspectos de una misma decisión que no deja de tener repercusiones sobre la autodeterminación informativa.” (Sentencia C-567 de 1997, M. P. Eduardo Cifuentes Muñoz). Por ello, la reserva de ley estatutaria sobre este punto es la garantía más importante en la protección de ese derecho fundamental. Así las cosas, la Corte encuentra que las disposiciones contenidas en la norma reprochada, no podían adoptarse sino mediante el trámite propio de una ley de esa naturaleza.⁶¹

Posteriormente, el artículo 19 de la Ley 716 de 2001 dispuso lo siguiente:

Las personas que dentro del año siguiente a la vigencia de la presente ley se pongan al día en obligaciones por cuya causa hubieren sido reportadas a los bancos de datos de que trata este artículo tendrán un alivio consistente en la caducidad inmediata de la información negativa histórica, sin importar el monto de la obligación e independientemente de si el pago se produce judicial o extrajudicialmente.

La Corte Constitucional, a su vez, declaró la inexecutable de esta norma considerando que:

(...) la consagración misma de un término de caducidad implica que el legislador, por medio de un ejercicio de ponderación, resuelve de determinada manera la tensión entre los derechos a la información, al buen nombre y al hábeas data. Igualmente, la consagración de ese término de caducidad es una forma de armonizar el alcance de esos derechos con aspectos medulares de la actividad financiera, que ha sido

Jurisprudencia
Corte Constitucional

Artículo 19.
Ley 716 de 2001

Jurisprudencia
Corte Constitucional

Corte Constitucional, sentencia C-384 de 2000, M. P. Vladimiro Naranjo Mesa.

definida por el constituyente como un bien de interés público de acuerdo al tenor del artículo 335 superior. El legislador, al adoptar esa decisión sobre la caducidad del dato, necesariamente realiza una ponderación entre derechos fundamentales, cuyo resultado deviene inevitablemente, en una regulación de los elementos conceptuales y estructurales mínimos de esos derechos fundamentales, puesto que, como resultado de esa ponderación, es delimitado el contenido constitucionalmente protegido de esos derechos.⁶²

Por tales razones, la Corte consideró que la norma tiene que ser expedida por medio de una Ley estatutaria, aclarando que:

Esto no significa que la existencia de un término de caducidad sea en sí mismo inconstitucional, pues encuentra amplio sustento en el derecho al olvido, o el derecho a la caducidad negativa del dato financiero, que es a su vez una expresión del derecho a la intimidad y del lugar prevalente de la dignidad humana en el ordenamiento constitucional.⁶³

De esta manera, y hasta tanto no sea expedida una ley estatutaria que regule la materia, se deben aplicar los criterios esbozados por las sentencias SU-082 y SU-089 de 1995, anteriormente transcritos.

62
63

Corte Constitucional, sentencia C-687 de 2002, M. P. Eduardo Montealegre Lynett.
Ibid.

Tipología de las violaciones

A la hora de determinar si existió una violación del derecho a la intimidad se deberán tener en cuenta, en cada caso concreto, los siguientes criterios:

- a) Si la injerencia o restricción del derecho se realizó conforme a una ley.
- b) Si la ley que permite esta injerencia:
 - Especifica con detalle las circunstancias precisas en que puede realizarse.
 - Es expedida por la autoridad competente, establecida por la ley.
 - Es razonable, teniendo en cuenta las circunstancias particulares del caso.

Violación del derecho a no ser objeto de injerencias arbitrarias o ilegales en la correspondencia

Conforme al artículo 297 del Código de Procedimiento Penal, el fiscal podrá ordenar la retención de la correspondencia privada, postal o telegráfica del implicado. Sin embargo, para la apertura de la correspondencia retenida se requiere providencia motivada, que se debe practicar en presencia del imputado o de su defensor (art. 299 del CPP). Por último, según el mandato del artículo 300 del Código de Procedimiento Penal, una vez abierta la correspondencia el funcionario devolverá la que no haga referencia a los hechos que se investigan.

Por tanto, la violación de este derecho se configurará cuando:

- a) La retención de la correspondencia no sea ordenada por un funcionario judicial.

- b) Se retenga la correspondencia que “un implicado” reciba o remita a su defensor o reciba de éste.
- c) La finalidad que persiga la retención no se justifique teniendo en cuenta las características concretas del caso en cuestión, o la medida fuere desproporcional con la finalidad que se persiga mediante la retención de la correspondencia.
- d) La apertura de la correspondencia retenida o interceptada no se realice en presencia del imputado o de su defensor.
- e) No se cumpla con el procedimiento establecido en los artículos 297 a 299 del Código de Procedimiento Penal.

De otro lado, conforme al Acto Legislativo 03 del 19 de diciembre de 2002,⁶⁴ se ha reformado el artículo 250 de la CP, de forma que la Fiscalía General de la Nación, en ejercicio de sus funciones, deberá:

Adelantar registros, allanamientos, incautaciones e interceptaciones de comunicaciones. En estos eventos el juez que ejerza las funciones de control de garantías efectuará el control posterior respectivo, a más tardar dentro de las treinta y seis (36 horas) siguientes, al sólo efecto de determinar su validez.⁶⁵

Por tanto, se configurará igualmente la violación de este derecho cuando no se realice el control posterior de la interceptación por parte del juez de garantías, dentro de las 36 horas siguientes de realizada.

En cuanto a las personas privadas de libertad, el artículo 111 de la Ley 65 de 1993, por la cual se expide el Código Penitenciario y Carcelario, dispone que los directores de los centros de reclusión establecerán horarios y modalidades para garantizar a los internos su derecho a sostener comunicación con el exterior, agregando que: “En casos especiales y en

64 *Diario Oficial* No. 45.040 del 20 de diciembre de 2002.

65 Artículo 250.2 de la CP.

igualdad de condiciones pueden autorizarse llamadas telefónicas, debidamente vigiladas". Adicionalmente, establece lo siguiente:

Las comunicaciones orales o escritas previstas en este artículo podrán ser registradas mediante orden de funcionario judicial, a juicio de éste o a solicitud de una autoridad del Instituto Nacional Penitenciario y Carcelario, bien para la prevención o investigación de un delito o para la debida seguridad carcelaria. Las comunicaciones de los internos con sus abogados no podrán ser objeto de interceptación o registro.

Por ningún motivo, ni en ningún caso, los internos podrán tener aparatos o medios de comunicación privados, tales como fax, teléfonos, buscapersonas o similares.

La recepción y envío de correspondencia se autorizará por la dirección conforme al reglamento (...)

Por tanto, la violación del derecho a la inviolabilidad de la correspondencia de las personas privadas de libertad se configurará cuando:

- a) Se intercepten las comunicaciones de los internos con sus abogados.
- b) Cuando las comunicaciones orales o escritas sean registradas en violación del anterior artículo.

Violación del derecho a no ser objeto de injerencias en las telecomunicaciones

Se configura una violación de este derecho cuando:

- a) La interceptación no sea ordenada por el funcionario judicial, o cuando no se realice el control posterior de la interceptación por parte del juez de garantías, dentro de las 36 horas siguientes de realizada la misma.

- b) El motivo de la interceptación no sea razonable en relación con la finalidad perseguida.
- c) La injerencia no sea proporcional al delito del que se le acusaría a la persona cuya comunicación ha sido interceptada.
- d) Se intercepten las comunicaciones del defensor.
- e) No se cumple con el procedimiento establecido en el artículo 301 del Código de Procedimiento Penal.

Violación del derecho a no ser objeto de injerencias en el domicilio

La violación de este derecho se configura cuando:

- a) El allanamiento o registro no ha sido ordenado en providencia motivada por funcionario judicial, o no se realice el control posterior del allanamiento por parte del juez de garantías, dentro de las 36 horas siguientes de realizada.
- b) No se cumplen las circunstancias establecidas en el artículo 294 del Código de Procedimiento Penal.
- c) El allanamiento no es razonable en relación con las circunstancias particulares del caso.

Violación del derecho al recurso de hábeas data

Teniendo presente que sería conveniente que una ley desarrollara el derecho contenido en el artículo 15 de la CP, en relación con la recopilación y el registro de información personal en computadoras y bancos de datos de entidades privadas, se configura una violación de este derecho, en un caso concreto, cuando:

- a) No se permita a una persona acceder a la información sobre sí misma en bases de datos públicas o privadas.
- b) Existan trabas administrativas que obstaculicen la obtención de información que sobre sí misma existe en las anteriores bases de datos, o se exija un alto costo económico para acceder a la misma.
- c) Se requiera revelar las causas por las que la persona solicita la información.
- d) No se realice la actualización o rectificación de los datos, una vez solicitada por el interesado en un plazo razonable.
- e) No se cumpla con los términos de caducidad de la información contenida en Datacrédito, conforme con la sentencia SU-082 de 1995 de la Corte Constitucional:
 - Dos años para los pagos voluntarios.
 - Cinco para los pagos forzados.
 - Cuando la mora haya sido inferior a un año, el doble de la misma mora.

1. Introducción

El derecho a la libertad de opinión y de expresión se encuentra consagrado en el artículo 19 de la Declaración Universal de los Derechos Humanos, en el artículo 19 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos (PIDCP) y en el artículo 13 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos (en adelante Convención Americana).

Este derecho comprende, según el PIDCP y la Convención Americana, “la libertad de buscar, recibir y difundir información e ideas de toda índole, sin consideración de fronteras, ya sea oralmente, por escrito o en forma impresa o artística, o por cualquier otro procedimiento de su elección”.

El Relator Especial de las Naciones Unidas sobre Libertad de Opinión y Expresión, en su informe a la Comisión de Derechos Humanos en 1995, señaló que:

La libertad de opinión y de expresión constituye uno de los derechos fundamentales del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos. Este derecho reviste a la vez el carácter de derecho civil, en cuanto protege esta esfera de la vida de las personas contra toda arbitrariedad del Estado, y un derecho político, en cuanto garantiza la participación de las personas en la vida política, en particular en las instituciones estatales. El derecho a la libertad de expresión puede considerarse en sí como un derecho demostrativo fundamental, cuyo disfrute ilustra el grado de disfrute de todos los demás derechos humanos consagrados en la Carta Internacional de Derechos Humanos, que abarca la Declaración Universal de Derechos Humanos, el Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, así como el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos. El respeto de este derecho refleja el nivel de equidad, justicia y probidad de un Estado.¹

**El derecho
a la libertad
de opinión,
expresión
ya buscar
información**

Informe
Relator Especial de
las Naciones Unidas

Naciones Unidas, Comisión de Derechos Humanos, Informe del Relator Especial sobre Libertad de Opinión y de Expresión, E/CN.4/1995/32 del 14 de diciembre de 1994, párr. 14.

1

El derecho a la libertad de expresión puede suspenderse conforme a los artículos 4 del PIDCP y 27 de la Convención Americana, en situaciones excepcionales que pongan en peligro la vida de la nación y cuya existencia haya sido proclamada oficialmente.² Sin embargo, conviene tener presente que cualquiera restricción a este derecho, conforme a los artículos 19.3 del PIDCP y 13.2 de la Convención Americana, deben “estar expresamente fijadas en la ley y, deben ser necesarias para: a) asegurar el respeto a los derechos o a la reputación de los demás; b) la protección de la seguridad nacional, el orden público o la salud o la moral públicas”.

La obligación de los gobiernos de intervenir surge sólo en los casos en que la expresión de una opinión afecta directamente los derechos de otras personas o constituye una amenaza directa a la sociedad.³

La importancia de la protección de la libertad de expresión en las Américas fue reconocida en el ámbito de la Organización de Estados Americanos (OEA), mediante la adopción, en octubre del año 2000, de la “Declaración de principios sobre la libertad de expresión”. Dicha Declaración constituye un documento fundamental para la interpretación del artículo 13 de la Convención Americana.

La Constitución Política de Colombia (CP), en su artículo 20, garantiza a toda persona “la libertad de expresar y difundir su pensamiento y opiniones, la de informar y recibir información veraz e imparcial, y la de fundar medios masivos de comunicación”.

2 El derecho a la libertad de opinión

Al revisar los debates de la Comisión de Derechos Humanos sobre la formulación del artículo 19 del PIDCP, se encuentran algunas diferencias entre la libertad de opinión y la libertad de expresión. Mientras que la libertad de opinión fue considerada como una cuestión estrictamente privada, la libertad de expresión se consideró como una cuestión pública. El derecho a la libertad de opinión fue considerado como un derecho absoluto que, a diferencia de la libertad de expresión, no podía estar sujeto a ningún tipo de restricción por ninguna ley o autoridad.⁴

- 2 Las disposiciones que, en la medida estrictamente limitada a las exigencias de la situación, suspendan las obligaciones contraídas en virtud del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos (PIDCP) y de la Convención Americana sobre Derechos Humanos (en adelante Convención Americana), deben ser: a) compatibles con las demás obligaciones que les impone el derecho internacional, y b) no deben entrañar discriminación alguna fundada en motivos de raza, color, sexo, idioma, religión y origen social.
- 3 Naciones Unidas, Comisión de Derechos Humanos, Informe del Relator Especial sobre Libertad de Opinión y de Expresión, E/CN.4/1995/32, del 14 de diciembre de 1994, párr. 19.
- 4 *Ibid.*, párr. 24.

El Comité de Derechos Humanos, en su Observación General No. 10 (relativa a la interpretación y el alcance del art. 19 del PIDCP) indicó que el derecho “a no ser molestado a causa de sus opiniones”, reconocido en el párrafo 1 del artículo 19, “se trata de un derecho para el que el Pacto no admite excepciones ni restricciones”.⁵

Respecto al carácter absoluto de la libertad de opinión, el Relator Especial de las Naciones Unidas sobre Libertad de Opinión y de Expresión señaló en su informe de 1994, que éste se basa en el carácter independiente del derecho “a no ser molestado a causa de sus opiniones”, consagrado en el párrafo 1 del artículo 19 del PIDCP, y reforzado en el párrafo 3 del mismo artículo, cuando impone deberes y responsabilidades especiales “únicamente” respecto al derecho a la libertad de expresión, pero no respecto al derecho de opinión.⁶

Aunque no está claro cuáles son los aspectos de la esfera privada de las personas cubiertos por el concepto de “opinión”, la libertad de opinión se encuentra estrechamente vinculada a la libertad de pensamiento consagrada en el artículo 18 del PIDCP: “Toda persona tiene derecho a la libertad de pensamiento, de conciencia y de religión (...)”.⁷

“La prohibición de la interferencia con la libertad de opinión se refiere no sólo a la que proceda del Estado, sino también a la que proceda de terceros”. Aunque no es fácil determinar en qué consiste o qué constituye una “interferencia indebida” en la libertad de opinión, esta interferencia existe cuando “se influye en una persona contra su voluntad y cuando esa influencia se ejerce mediante amenaza, coacción o fuerza”.⁸

Para la Corte Constitucional, la libertad de opinión difiere de la libertad de expresión e información, “Porque si la opinión implica un juicio de valor, la información lo que demanda es la elaboración de un juicio de ser, mediante el cual se comunica el conocimiento que se tiene acerca de una situación o de un hecho (...)”.⁹

La Corte Constitucional ha considerado que estas libertades tienen una doble implicación:

Comité de Derechos Humanos, Observación General No. 10, “La libertad de expresión”, párr. 1.	5
Naciones Unidas, Comisión de Derechos Humanos, Informe del Relator Especial sobre Libertad de Opinión y de Expresión, E/CN.4/1995/32 del 14 de diciembre de 1994, párr. 24.	6
Ibid., párr. 25.	7
Ibid., párrs. 26 y 27.	8
Corte Constitucional, sentencia C-087 de 1998, M. P. Carlos Gaviria Díaz.	9

La doctrina y también la jurisprudencia, han entendido que las libertades de pensamiento y opinión, religiosa y de conciencia, abarcan una doble significación: de una parte implican la autonomía jurídica del individuo en lo referente al objeto jurídico que amparan, y de otro, conllevan la inmunidad de coacción con respecto al mismo objeto. Es decir, se reconoce la facultad de autodeterminarse que compete a cada individuo en estos aspectos y también se impide el que el individuo sea forzado o presionado en torno a ellos.¹⁰

3 El derecho a la libertad de expresión

La importancia de la libertad de expresión en una sociedad democrática tiene su fundamento en que:

La libertad de expresión es una piedra angular en la existencia misma de una sociedad democrática. Es indispensable para la formación de la opinión pública. Es también *conditio sine qua non* para que los partidos políticos, los sindicatos, las sociedades científicas y culturales, y en general, quienes deseen influir sobre la colectividad puedan desarrollarse plenamente. Es, en fin, condición para que la comunidad, a la hora de ejercer sus opciones, esté suficientemente informada. Por ende, es posible afirmar que una sociedad que no está bien informada no es plenamente libre.¹¹

Conforme a la jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos (en adelante Corte Interamericana),¹² el contenido del derecho a la libertad de pensamiento y de expresión consiste en:

1. El derecho y la libertad de expresar su propio pensamiento.
2. El derecho y la libertad de buscar, recibir y difundir informaciones e ideas de toda índole.

10 Corte Constitucional, sentencia C-616 de 1997, M. P. Vladimiro Naranjo Mesa.

11 Corte Interamericana de Derechos Humanos (en adelante Corte Interamericana), Opinión Consultiva OC-5/85 del 13 de noviembre de 1985, “La colegiación obligatoria de periodistas”, párr. 70.

12 Corte Interamericana, caso “La última tentación de Cristo” (Olmedo Bustos y otros contra Chile), sentencia del 5 de febrero de 2001, párr. 64.

Como consecuencia de este doble contenido, se puede afirmar que la libertad de expresión tiene una dimensión individual y otra social:

(...) ésta requiere, por un lado, que nadie sea arbitrariamente menoscabado o impedido de manifestar su propio pensamiento y representa, por tanto, un derecho de cada individuo; pero implica también, por otro lado, un derecho colectivo a recibir cualquier información y a conocer la expresión del pensamiento ajeno.¹³

Ambas dimensiones “poseen la misma importancia y deben ser garantizadas en forma simultánea para dar efectividad total al derecho a la libertad de pensamiento y de expresión en los términos previstos por el artículo 13 de la Convención”.¹⁴

En su dimensión individual, la libertad de expresión

(...) no se agota en el reconocimiento teórico del derecho a hablar o escribir, sino que comprende además, inseparablemente, el derecho a utilizar cualquier medio apropiado para difundir el pensamiento y hacerlo llegar al mayor número de destinatarios. En este sentido, la expresión y la difusión del pensamiento y de la información son indivisibles, de modo que una restricción de las posibilidades de divulgación representa directamente, y en la misma medida, un límite al derecho de expresarse libremente.¹⁵

En su dimensión social, la libertad de expresión

(...) es un medio para el intercambio de ideas e informaciones entre las personas; comprende su derecho a tratar de comunicar a otras sus puntos de vista, pero implica también el derecho de todas a conocer opiniones, relatos y noticias. Para el ciudadano común tiene tanta importancia el conocimiento de la opinión ajena o de la información de que disponen otros como el derecho a difundir la propia.¹⁶

Jurisprudencia
Corte Interamericana
de Derechos Humanos

Jurisprudencia
Corte Interamericana
de Derechos Humanos

Jurisprudencia
Corte Interamericana
de Derechos Humanos

Ibíd., párr. 64.	13
Ibíd., párr. 67.	14
Ibíd., párr. 65.	15
Ibíd., párr. 66.	16

En este sentido, la CP consagra en su artículo 73 que: “la actividad periodística gozará de protección para garantizar su libertad e independencia profesional”.

Sobre la constitucionalidad de exigir tarjeta profesional como requisito para ejercer el periodismo, la Corte Constitucional consideró lo siguiente:

Entre el eventual daño social que pudiera seguirse de una información inadecuada, consecuencia de la libertad de informar, y la restricción general de ésta para precaverlo, la sociedad democrática prefiere afrontar el riesgo del primero. Y es que no hay duda de que impedirle a alguien que opine o informe habitualmente (“en forma permanente”, dice la ley), oponiéndole su incompetencia intelectual para hacerlo, es una modalidad de censura, así se la maquille con razones de conveniencia, incompatible con un sistema democrático y específicamente con una Constitución como la colombiana, que la rechaza incondicionalmente, en términos categóricos: “(...) no habrá censura”. El legislador carece de potestad para reducir el ámbito de validez personal de las normas constitucionales. En consecuencia, donde el Constituyente dijo: Toda persona, el legislador no puede agregar “(...) siempre que esté provista de tarjeta” (y, por tanto, haya satisfecho ciertas condiciones para obtenerla). Es por eso que del ejercicio de un derecho fundamental (universal por naturaleza) no puede hacerse una práctica profesional a la que sólo pueden acceder unos pocos.¹⁷

La Corte Interamericana, haciendo mención de una decisión de la Corte Europea de Derechos Humanos,¹⁸ ha declarado que la protección de la libertad de expresión debe extenderse no sólo a la información o a las ideas favorables, sino también a aquellas que “ofenden, resulten chocantes o perturben”, porque “tales son las exigencias del pluralismo, la tolerancia y apertura mental sin las cuales no existe una sociedad democrática”.¹⁹

A diferencia del PIDCP, la Convención Americana prohíbe explícitamente la censura previa en su artículo 13.²⁰ La censura previa supone el control y veto de la información antes de que ésta sea difundida, impidiendo tanto al individuo cuya expresión ha sido censurada, como a la totalidad de la sociedad, ejercer su

17 Corte Constitucional, sentencia C-087 de 1998, M. P. Carlos Gaviria Díaz.

18 Corte Europea de Derechos Humanos, Castells v. España, sentencia del 23 de abril de 1992, Serie A, No. 236, párr. 20.

19 Corte Interamericana, caso “La última tentación de Cristo” (Olmedo Bustos y otros contra Chile), sentencia del 5 de febrero de 2001, párr. 69.

20 La única excepción a la prohibición de censura previa es para regular el acceso a los espectáculos públicos de los menores de edad, para su protección moral (véase el art. 13, párr. 4).

derecho a la libertad de expresión e información. El deber de no interferir con el derecho de acceso a información se extiende a la libre circulación de información e ideas, y a la exhibición de obras artísticas que pueden o no contar con la aprobación de las autoridades estatales.²¹

En este sentido, el artículo 20 de la CP declara que: “(...) No habrá censura”.

Además, conviene tener en cuenta que, conforme al Principio 7 de la Declaración de Principios sobre la Libertad de Expresión de la Organización de Estados Americanos: “Condicionamientos previos, tales como la veracidad, oportunidad o imparcialidad por parte de los Estados son incompatibles con el derecho a la libertad de expresión reconocido en los instrumentos internacionales”.

Con relación a este principio, el Relator para la Libertad de Expresión de la Organización de Estados Americanos, señaló en su Informe de 2000, que una interpretación correcta de las normas internacionales y especialmente del artículo 13 de la Convención Americana

(...) nos lleva a concluir que el derecho a la información abarca toda información, inclusive aquella que denominaremos “errónea”, “no oportuna” o “incompleta”. (...) La exigencia de veracidad puede implicar la censura casi automática de toda aquella información que es imposible someter a prueba, lo que anularía, por ejemplo, prácticamente todo el debate político sustentado principalmente en ideas y opiniones de carácter netamente subjetivo. (...) La doctrina de la información veraz representa un retroceso para la libertad de expresión e información en el hemisferio ya que el libre flujo de información se vería limitado a la calificación previa de la misma entre “veraz” o “errónea”, lo que va en contraposición con la concepción amplia otorgada a este derecho dentro del Sistema Interamericano.²²

Aunque al garantizar la libertad de información el artículo 20 de la Constitución establece que ésta tiene que ser “veraz e imparcial”, esto no constituye, a juicio de la Corte Constitucional, una forma de censura previa, por las siguientes razones:

Informe
Comisión Interamericana
de Derechos Humanos

Corte Interamericana, caso “La última tentación de Cristo” (Olmedo Bustos y otros contra Chile), sentencia del 5 de febrero de 2001, párr. 61c. 21

Comisión Interamericana de Derechos Humanos (CIDH), Informe Anual del Relator Especial para la Libertad de Expresión (2000), OEA/Ser.L/V/II.111 del 16 de abril de 2001, cap. II, párrs. 32-34. 22

Jurisprudencia
Corte Constitucional

Quien difunde la información, no sólo tiene el derecho a hacerlo, sino el deber de ser veraz e imparcial. Pero esa veracidad e imparcialidad solamente pueden referirse a los hechos en sí, no a las opiniones del periodista. *El juicio o la valoración que él haga de los hechos, pertenece a su libertad de opinión, a su libertad de expresar sus opiniones, bajo su responsabilidad.*

Esa libertad de opinión debe necesariamente relacionarse con un principio medular de la Constitución: la *prohibición absoluta de la censura*, contenida en el artículo 20, según el cual “No habrá censura”.²³

Adicionalmente, éste es un principio que se debe estudiar según las circunstancias concretas de cada caso:

Jurisprudencia
Corte Constitucional

La aplicación del principio de veracidad difiere según la situación de que se trate. Así, si bien en algunos casos se puede ser muy estricto en la exigencia de la verdad-puesto que se advierte que lo publicado difiere notoriamente de los hechos reales, en otros casos lo que se puede exigir es que el medio precise su información y en otros, en los que es imposible determinar la total veracidad de un suceso, que el medio demuestre que ha sido suficientemente diligente en la búsqueda de la verdad. Es, fundamentalmente, en estos dos últimos eventos en los que el medio debe dar muestras de su imparcialidad. De acuerdo con este principio, el periodista debe guardar cierta distancia respecto de sus fuentes y no aceptar de plano, de manera irreflexiva, todas sus afirmaciones o incriminaciones. Por el contrario, las informaciones que le sean suministradas por ellas deberán ser contrastadas con versiones distintas sobre los mismos hechos, de parte de los implicados o de personas conocedoras de la materia que se debate.²⁴

De acuerdo con las normas internacionales y la jurisprudencia, sólo la información que haya sido producida con “real malicia”²⁵ puede ser sancionada. Sin embargo, incluso en estos casos, la sanción debe ser producto de una actuación ulterior y en ningún caso se puede buscar condicionarla con anterioridad.²⁶

23 Corte Constitucional, sentencia T-484 de 1994, M. P. Jorge Arango Mejía.

24 Corte Constitucional, sentencia T-066 de 1998, M. P. Eduardo Cifuentes Muñoz.

25 Corte Suprema de Justicia de los Estados Unidos, *New York Times v. Sullivan*, 376 U.S., 255 (1961).

26 CIDH, Informe Anual del Relator Especial para la Libertad de Expresión (2000), OEA/Ser.L/V/II.111 del 16 de abril de 2001, cap. II, párr. 35.

La imposición de restricciones a la libertad de expresión sólo admite responsabilidades ulteriores, que deben estar expresamente fijadas por la ley; los fines que se persigan deben ser legítimos, y los fundamentos para establecer la responsabilidad deben ser necesarios para asegurar dichos fines.²⁷

Así, frente a una norma que prohibía en Colombia la transmisión de programas radiales “en tono de arenga, discurso o declamación”, la Corte Constitucional estableció que, aun cuando se pensara que la restricción persigue una finalidad aceptable por cuanto busca proteger el orden público:

(...) para que la limitación sea legítima, es menester que, en los términos de la Corte Interamericana, reseñados anteriormente en esta sentencia, la restricción no sólo se ajuste estrechamente al logro de ese objetivo sino que, además, sea aquella que limite en menor escala la libertad de expresión. Y es obvio que el artículo acusado no cumple ese estándar (...) La enorme ambigüedad que implica la aplicación de una tal restricción pone entonces en riesgo excesivo la libertad de expresión, sin que sea claro que la disposición favorezca el cumplimiento de un objetivo constitucional de importancia, por lo cual no queda a la Corte otra alternativa sino declarar la inexecutable de la expresión “en tono de arenga, discurso o declamación” prevista en el artículo acusado.²⁸

Así mismo, y en relación con la censura previa, la Corte estudió en esa misma sentencia una norma que establecía que el operador privado que deseara transmitir un discurso político debía comunicarlo previamente al Ministerio de Comunicaciones. En este caso, la Corte se plantea si el simple deber de informar que la transmisión se hará constituye una forma de censura, y responde lo siguiente:

Para responder a ese interrogante, la Corte recuerda que la prohibición de la censura previa no excluye únicamente las prácticas que más groseramente han sido conocidas como censura, a saber, la necesidad de obtener anticipadamente, de parte de los censores, una autorización para publicar ciertos contenidos. En efecto, el artículo 13-3 de la Convención Interamericana establece que no se puede restringir la li-

Jurisprudencia
Corte Constitucional

Jurisprudencia
Corte Constitucional

Corte Interamericana, Opinión Consultiva OC-5/85 del 13 de noviembre de 1985, “La colegiación obligatoria de periodistas”, párr. 59.
Corte Constitucional, sentencia C-010 de 2000, M. P. Alejandro Martínez Caballero.

27
28

bertad de expresión por “medios indirectos, como el abuso de controles oficiales (...) encaminados a impedir la comunicación y la circulación de ideas y opiniones”. Una interpretación sistemática de esa prohibición de la restricción indirecta de la libertad de expresión, junto con la proscripción de la de censura previa, lleva a la conclusión de que cualquier control indirecto preventivo debe ser cuidadosamente examinado por el juez constitucional, ya que es sospechoso, en la medida en que puede configurar una censura, terminantemente prohibida por la Carta y por la Convención Interamericana.²⁹

El párrafo 3 del artículo 19 del PIDCP señala, a diferencia de la Convención Americana, que el ejercicio de la libertad de expresión “entraña deberes y responsabilidades especiales”. Estos deberes y responsabilidades “imponen a los que influyen en la opinión pública el deber de no abusar de su poder en perjuicio de terceros”, y obligan a los Estados a intervenir en el caso de que se violen los derechos de terceros. “Además, el Estado está obligado a adoptar medidas cuando un monopolio de los medios de información amenace la pluralidad de opiniones o el acceso a las opiniones que se publiquen”.³⁰

Frente a las restricciones legítimas de la libertad de informar, la Corte ha dicho lo siguiente: “una interpretación sistemática de los artículos 7º y 20 superiores permite concluir que la Carta protege el pluralismo informativo, por lo cual esta Corporación ha concluido que son legítimas ciertas intervenciones destinadas a asegurar una mayor equidad y pluralidad en el manejo de la información.”³¹

El artículo 75 de la CP consagra que:

El espectro electromagnético es un bien público inenajenable e imprescriptible sujeto a la gestión y control del Estado. Se garantiza la igualdad de oportunidades en el acceso a su uso en los términos que fije la ley.

Para garantizar el pluralismo informativo y la competencia, el Estado intervendrá por mandato de la ley para evitar las prácticas monopolísticas en el uso del espectro electromagnético.

Artículo 75.
Constitución Política

29 Ibid.
30 CIDH, Relator Especial de la Naciones Unidas sobre Libertad de Opinión y de Expresión, E/CN.4/1995/32 del 14 de diciembre de 1994, párr. 36.
31 Corte Constitucional, sentencia C-010 de 2000, M. P. Alejandro Martínez Caballero.

“El asesinato de un periodista representa la forma más brutal de coartar la libertad de expresión”.³² El Relator Especial para la Libertad de Expresión de la Organización de Estados Americanos señaló, en su Informe del año 2000, que el asesinato, secuestro, intimidación y amenaza a los comunicadores sociales, así como la destrucción de material de los medios de comunicación, viola los derechos fundamentales de las personas y coarta severamente la libertad de expresión. Aunque en todos los casos de violaciones de los derechos humanos existe el deber del Estado de prevenir e investigar estos hechos, sancionar a sus autores y asegurar a las víctimas una adecuada reparación (véase el Capítulo III), debido a la importancia de la libertad de expresión para el funcionamiento de los sistemas democráticos, es deber de los Estados intensificar sus esfuerzos para cumplir con esta obligación, en los casos en que los periodistas sean asesinados.³³

La Comisión Interamericana de Derechos Humanos (CIDH) ha establecido que la falta de investigación seria, el juzgamiento y la sanción de los autores materiales e intelectuales de estos crímenes contra periodistas constituye no sólo una violación de las garantías del debido proceso legal y otros derechos, sino también una violación del derecho a informar y a expresarse pública y libremente, generando por tanto una responsabilidad internacional del Estado.³⁴

4 El derecho de todo individuo de acceder a la información que sobre su persona se encuentre en bases de datos o registros públicos

La libertad de buscar información está consagrada en el párrafo 2 del artículo 19 del PIDCP, y en el párrafo 1 del artículo 13 de la Convención Americana.

Teniendo en cuenta que el concepto de libertad contiene dos elementos fundamentales: a) libertad de acceso al Estado, y b) libertad respecto del Estado, y que este último elemento exige una protección absoluta de la vida privada de las personas contra toda interferencia externa injustificada, “(...) la libertad de las personas respecto del Estado supone necesariamente que estén protegidas, en su ámbito privado, contra toda interferencia indebida del Estado en rela-

CIDH, Informe Anual del Relator Especial para la Libertad de Expresión (2000), OEA/Ser.L/V/II.111 del 16 de abril de 2001, cap. IV, párr. 3.	32
Ibid., párrs. 3 y 4.	33
CIDH, Informe 50/90, caso 11.739 (México), OAS/Ser.L/V/II. Doc. 57 del 13 de abril de 1999.	34

ción con la información a la cual el acceso está reservado única y principalmente al Estado(...).³⁵ Este aspecto de la libertad de buscar información guarda relación con el derecho a la vida privada protegido por el artículo 17 del PIDCP (véase el Capítulo IX, numeral 7).

En este sentido, el Principio 4 de la Declaración de Principios sobre la Libertad de Expresión de la Organización de Estados Americanos, señala:

Principio 4.
Declaración de
Principios sobre la
Libertad de Expresión

El acceso a la información en poder del Estado es un derecho fundamental de los individuos. Los Estados están obligado a garantizar el ejercicio de este derecho. Este principio sólo admite limitaciones excepcionales que deben estar establecidas previamente por la ley para el caso que exista un peligro real e inminente que amenace la seguridad nacional en sociedades democráticas.

El derecho a buscar información implica el derecho de las personas a requerir documentación e información registrada en archivos públicos o procesada por el Estado, es decir, información de una fuente pública o documentación oficial del Estado. Este aspecto cobra mayor importancia por encontrarse íntimamente relacionado con el principio de transparencia de la administración pública y la publicidad de los actos del gobierno.³⁶

Según el Relator para la Libertad de Expresión de la Organización de Estados Americanos,

Relator para la
Libertad de Expresión
de la Organización
de Estados
Americanos

(...) sin esta información, no puede ejercitarse plenamente el derecho a la libertad de expresión como un mecanismo efectivo de participación ciudadana ni de control democrático de la gestión gubernamental. Este control se hace aún más necesario por cuanto uno de los más graves obstáculos para el fortalecimiento de las democracias son los hechos de corrupción que involucren a funcionarios públicos. La ausencia de control efectivo implica una actividad reñida con la esencia del Estado democrático y deja la puerta abierta para transgresiones y abusos inaceptables. Garantizar el acceso a la información en poder del Estado contribuye a aumentar la transparencia de los actos de gobierno y la consecuente disminución de la corrupción de la gestión estatal.³⁷

35 Naciones Unidas, Comisión de Derechos Humanos, Informe del Relator Especial sobre Libertad de Opinión y de Expresión, E/CN.4/1995/32 del 14 de diciembre de 1994, párr. 34.

36 CIDH, Informe del Relator Especial para la libertad de Expresión 2002, cap. IV, OEA/Ser.L/V/11.117, 7 de marzo de 2003, párrs. 17 y 18.

37 *Ibid.*, párr. 20.

La CP, en su artículo 74, consagra el derecho de todas las personas a acceder a los documentos públicos “salvo en los casos que establezca la ley”, y establece que “El secreto profesional es inviolable”.

La Corte Constitucional ha considerado que en Colombia existe un derecho fundamental al acceso a la información vital, cuando la existencia autónoma y libre de una persona dependa del suministro de la información y su omisión vulnere directamente un derecho fundamental:

En la sociedad contemporánea, de manera creciente, la suerte de las personas y la toma de decisiones está sujeta a la recepción oportuna y correcta de la información, lo que constituye uno de los aspectos del “poder informático”. Este poder no puede, en un Estado social de derecho, ser inmune a la regulación estatal, máxime cuando el goce de la libertad y los restantes derechos constitucionales dependen de su correcta utilización. La ausencia de protección contra este poder, lo torna en mecanismo de opresión y coloca al ser humano en posición de convertirse en esclavo del controlador del dato, lo que repugna a la idea de dignidad humana (CP, art. 2) y desconoce la primacía de los derechos inalienables de las personas (CP, art. 5). De ahí que exista un derecho constitucional fundamental a que la información que, en circunstancias concretas, resulte vital para el ejercicio de sus derechos fundamentales, realmente circule y efectivamente llegue a las personas o a las autoridades que, en caso de desconocer la información, puedan vulnerar los derechos fundamentales de la persona.³⁸

5. Restricciones legítimas a la libertad de expresión

Tanto el artículo 19.3 del PIDCP como el artículo 13.2 de la Convención Americana señalan que el derecho a la libertad de expresión puede estar sujeto a ciertas restricciones. Sin embargo, estas restricciones, para ser legítimas, deben cumplir con los siguientes requisitos:

1. Deben estar expresamente fijadas por la ley.
2. Deben ser necesarias para asegurar el respeto a los derechos y la reputación de los demás, y proteger la seguridad nacional, el orden público, la salud pública y la moral pública.

Jurisprudencia
Corte Constitucional

En relación con las restricciones legítimas permitidas por el PIDCP, el Comité de Derechos Humanos, en su Observación General No. 10, señaló que:

(...) Es el equilibrio entre el principio de la libertad de expresión y esas limitaciones y restricciones lo que determina el ámbito real del derecho de la persona.

El párrafo 3 subraya expresamente que el ejercicio del derecho a la libertad de expresión entraña deberes y responsabilidades especiales y por esta razón se permiten ciertas restricciones del derecho en interés de terceros o de la comunidad en su conjunto. No obstante, cuando un Estado Parte considera procedente imponer ciertas restricciones al ejercicio de la libertad de expresión, éstas no deberán poner en peligro ese derecho en sí mismo. El párrafo 3 establece tres condiciones que han de cumplir las restricciones: las restricciones deberán estar “fijadas por la ley”; únicamente pueden imponerse por una de las razones establecidas en los apartados a) y b) del párrafo 3; y deben justificarse como “necesarias” a fin de que el Estado Parte alcance uno de estos propósitos.³⁹

Por su parte, el Relator sobre Libertad de Expresión de las Naciones Unidas indicó que la expresión “fijadas por la ley” supone que las restricciones y limitaciones del derecho a la libertad de expresión deben haber sido promulgadas oficialmente por ley: “La ley debe autorizar la injerencia de los órganos encargados de hacer cumplir sus disposiciones. Es importante el grado de autorización. Toda injerencia fundada únicamente en disposiciones administrativas viola *prima facie* el artículo 19”.⁴⁰

En cuanto a los fines que deben perseguir estas restricciones señaladas en el párrafo 3 del artículo 19 del PIDCP, el Relator Especial de las Naciones Unidas advirtió sobre:

(...) la importancia que reviste el principio de proporcionalidad para determinar si es necesaria una limitación del derecho a la libertad de expresión. A este respecto, la norma general es la protección de la libertad; la restricción de esta libertad debería ser la excepción a la norma. La restricción no puede aplicarse de modo que sencillamente

39
40

Comité de Derechos Humanos, Observación General No. 10, “La libertad de expresión”, párrs. 3 y 4.
Naciones Unidas, Comisión de Derechos Humanos, Informe del Relator Especial sobre Libertad de Opinión y de Expresión, E/CN.4/1995/32, del 14 de diciembre de 1994, párr. 42.

impida la expresión de una opinión sobre una determinada materia. La expresión de una opinión puede limitarse únicamente en la medida necesaria para alcanzar alguno de los fines antes citados.⁴¹

(...)Dado el ámbito limitado de la interferencia admisible con arreglo al párrafo 3 del artículo 19 –en particular si se compara con algunos instrumentos regionales de derechos humanos– el Relator Especial considera que en caso de duda, cualquier interferencia, especialmente cualquier restricción o limitación, debería interpretarse en sentido estricto.⁴²

Además de estas restricciones legítimas permitidas por el PIDCP, se puede justificar la injerencia en el derecho a la libertad de expresión con base en otras finalidades de carácter más amplio, en especial, “(...) el artículo 20 del Pacto obliga a los Estados a impedir el derecho a la libertad de expresión y otros derechos enunciados en el Pacto al prohibir la propaganda en favor de la guerra y la apología del odio racial”.⁴³ Igualmente, el artículo 4 de la Convención Internacional sobre la eliminación de todas las formas de discriminación racial,⁴⁴ establece la obligación de los Estados Parte de declarar “como acto punible conforme a la ley toda difusión de ideas basadas en la superioridad o en el odio racial (...)”.

Al respecto, el Comité de Derechos Humanos, en su Observación General No. 11, señaló que:

En el artículo 20 del Pacto se establece que toda propaganda en favor de la guerra y toda apología del odio nacional, racial o religioso que constituya incitación a la discriminación, la hostilidad o la violencia estarán prohibidas por la ley. En opinión del Comité, estas prohibiciones, necesarias, son plenamente compatibles con el derecho a la libertad de expresión enunciado en el artículo 19, cuyo ejercicio implica deberes y responsabilidades especiales. La prohibición establecida en el párrafo abarca toda forma de propaganda que amenace con un acto de agresión o de quebrantamiento de la paz contrario a la Carta de las Naciones Unidas o que pueda llevar a tal acto, mientras que el párrafo 2 está dirigido contra toda apología del odio nacional, racial o religioso que constituya incitación a la discriminación, la hostilidad o la violen-

Observación General
Comité de Derechos
Humanos

Ibid., párr. 44. 41

Ibid., párr. 46. 42

Ibid., párr. 45. 43

Entró en vigor en Colombia el 2 de octubre de 1981, en virtud de la Ley 22 de 1981. 44

cia, tanto si tal propaganda o apología tiene fines internos al Estado de que se trate como si tiene fines externos a ese Estado.(...)⁴⁵

En su artículo 458 el Código Penal colombiano tipifica la instigación a la guerra: “el colombiano, aunque haya renunciado a la calidad de nacional, o el extranjero que deba obediencia al Estado, que realice actos dirigidos a provocar contra Colombia guerra u hostilidades de otra u otras naciones, incurrirá (...)”.

5.1. Asegurar el respeto o la reputación de los demás

En relación con el respeto a la reputación de los demás, el Relator Especial señala que el párrafo 3 del artículo 19, leído juntamente con el artículo 17: [“Nadie puede ser objeto de injerencias arbitrarias o ilegales en su vida privada, (...)”], obliga al Estado a brindar protección jurídica en el caso de cualquier ataque deliberado contra el honor y la reputación que se haga mediante afirmaciones falsas. En todos los casos, se debe aplicar estrictamente el principio de la proporcionalidad a fin de no atentar contra la libertad de expresión.⁴⁶

La CIDH ha señalado que la obligación del Estado de proteger los derechos de los demás se cumple estableciendo una protección estatutaria contra los ataques intencionales al honor y la reputación mediante acciones civiles, y promulgando leyes que garanticen el derecho de rectificación y respuesta. Es en este sentido que el Estado garantiza la protección de la vida privada de todos los individuos, sin hacer un uso abusivo de sus poderes coactivos para reprimir la libertad individual de formarse una opinión y de expresarla.⁴⁷

En Colombia, la Corte Constitucional ha dicho lo siguiente sobre el carácter relativo del derecho a la información:

45 Comité de Derechos Humanos, Observación General No.11, “La prohibición de la propaganda en favor de la guerra y la apología al odio nacional, racial o religioso”, párr. 2.

46 Naciones Unidas, Comisión de Derechos Humanos, Informe del Relator Especial sobre Libertad de Opinión y de Expresión, E/CN.4/1995/32, del 14 de diciembre de 1994, párr. 47.

47 CIDH, Informe sobre la compatibilidad entre las leyes de desacato y la Convención Americana sobre Derechos Humanos, OEA/Ser.L/V/II.88, doc. 9 rev., 17 de febrero de 1995, párrs. 197-212.

El de la información es un derecho de doble vía, en cuanto no está contemplado, ni en nuestra Constitución ni en ordenamiento ni declaración alguna, como la sola posibilidad de emitir informaciones, sino que se extiende necesariamente al receptor de las informaciones y, más aún, las normas constitucionales tienden a calificar cuáles son las condiciones en que el sujeto pasivo tiene derecho a recibir las informaciones que le son enviadas. Una información falsa, tendenciosa o inoportuna, o una violación de la intimidad y la honra de una persona, no constituyen pues una manifestación de la libertad de expresión sino justamente lo contrario: una violación, por abuso, de la libertad de expresión. El derecho a la libertad de información y de expresión encuentra deberes correlativos. Por tanto tal derecho no es absoluto sino que tiene cargas que debe soportar.⁴⁸

Igualmente, la Corte Constitucional ha aceptado la posibilidad de realizar incriminaciones en los medios de comunicación en relación con la vida privada de los ciudadanos, bajo las siguientes premisas:

En aras del principio de imparcialidad, lo que sí se le puede exigir a los informadores es que, cuando sus publicaciones contengan incriminaciones, demuestren su empeño en intentar establecer la veracidad de las afirmaciones. Para ello deberán, por lo menos, darle la oportunidad a los acusados de manifestarse sobre los cargos que se les imputan; y si ello no es posible, habrán de intentar obtener los conceptos u opiniones de personas conocedoras de la materia que permitan apreciar las inculpaciones desde una perspectiva diferente. Ello con el objeto de que el público pueda conocer las distintas versiones existentes sobre los hechos. No cumplir con este procedimiento constituye una imprudencia, una negligencia grave (...) La obligación de los medios para con la verdad y la imparcialidad exige de éstos que intenten establecer la veracidad de esas afirmaciones y se esfuercen en contrastarlas con la versión de las personas objeto de la acusación.⁴⁹

Corte Constitucional, sentencia C-033 de 1993, M. P. Alejandro Martínez Caballero. 48
Corte Constitucional, sentencia T-066 de 1998, M. P. Eduardo Cifuentes Muñoz. 49

Por su parte, el Título V del Libro II del Código Penal (arts. 220 y siguientes) tipifica los “delitos contra la integridad moral”. En relación con los delitos contemplados (injuria; calumnia, injuria y calumnia indirectas, e injurias por vía de hecho), se señalan distintas penas de prisión y multas. No obstante, el artículo 225 (retractación) establece que:

Artículo 225.
Código Penal

No habrá lugar a responsabilidad si el autor o partícipe de cualquiera de las conductas previstas en este título, se retractare voluntariamente antes de proferirse sentencia de primera o única instancia, siempre que la publicación de la retractación se haga a costa del responsable, se cumpla en el mismo medio y con las mismas características en que se difundió la imputación o en el que señale el funcionario judicial, en los demás casos.

No se podrá iniciar acción penal, si la retractación o rectificación se hace pública antes de que el ofendido formule la respectiva denuncia.

Esta norma fue demandada por inconstitucionalidad, pero la Corte la declaró exequible argumentando que el artículo 20 de la Constitución garantiza el derecho a la rectificación en condiciones de equidad, y aclarando lo siguiente:

Jurisprudencia
Corte Constitucional

La rectificación procede cuando a través de un medio de comunicación se ha difundido una información que no corresponde a la verdad, o que presenta una visión parcializada o incompleta de los hechos, de manera que se afecte a una persona en su imagen o reputación.

(...)

En las disposiciones acusadas, el legislador ha previsto para la retractación en condiciones de equidad la capacidad de extinguir la acción penal, sin que para ello sea necesario el consentimiento de la víctima (...) tal decisión legislativa comporta también una protección adicional de la libertad de expresión, puesto que aún en el evento extremo de las conductas injuriosas o calumniosas, se excluye la posibilidad de derivar responsabilidad penal al agente, cuando quiera que el daño causado sea subsanado como consecuencia de la retractación pública y en condiciones de equidad.⁵⁰

En cuanto a la manera como debe hacerse la rectificación, la Corte ha manifestado:

El artículo 20 de la Carta establece que la rectificación deberá realizarse en condiciones de equidad. Ello significa que la noticia y su rectificación –o aclaración– deben tener un despliegue informativo equivalente. Es claro que la equivalencia no se puede predicar de la extensión, pero sí de la posición y el realce de la noticia, pues de lo que se trata es de que el lector pueda identificar con facilidad la relación existente entre la rectificación y el artículo enmendado.⁵¹

Con relación a las leyes de desacato, que son aquellas que limitan la libertad de expresión al castigar penalmente las expresiones que pudieran ofender a funcionarios públicos, la CIDH concluyó que tales leyes no eran compatibles con la Convención porque se prestan al abuso como un medio para silenciar ideas y opiniones impopulares, reprimiendo de ese modo el debate crítico para el efectivo funcionamiento de las instituciones democráticas.⁵² La CIDH ha declarado que las leyes de desacato proporcionan un mayor nivel de protección a los funcionarios públicos que a los ciudadanos privados, en directa contravención con el principio fundamental de un sistema democrático, que sujeta al gobierno a controles como el escrutinio público, para impedir y controlar el abuso de sus poderes coercitivos.⁵³

En la esfera del libelo y la difamación la jurisprudencia internacional siempre ha fallado a favor de la publicación de la crítica de figuras públicas, cuando ello se justifique. Por ejemplo, en el caso *Verbitsky c. Argentina*, proceso en el que el escritor había sido condenado en virtud de la Ley de desacato por difamar al Ministro de la Corte Suprema de Argentina, la CIDH afirmó que “en las sociedades democráticas, las figuras políticas y públicas deberían estar más y no menos expuestas al escrutinio y crítica del público”. En este caso, se anuló el fallo y el gobierno abrogó la Ley de desacato.⁵⁴

La Corte Europea de Derechos Humanos también ha examinado diversos casos, uno de los más famosos es el de *Lingens c. Austria*. En este caso un periodista acusó al Canciller de, entre otras cosas, “el oportunismo más abyecto” y de conducta

Corte Constitucional, sentencia T-066 de 1998, M. P. Eduardo Cifuentes Muñoz.	51
CIDH, Informe sobre la compatibilidad entre las leyes de desacato y la Convención sobre Derechos Humanos, OEA/Ser.L/V/II.88, doc. 9 rev., 17 de febrero de 1995, párr. 212.	52
Ibíd., párr. 207.	53
Naciones Unidas, Comisión de Derechos Humanos, Informe del Relator Especial sobre Libertad de Opinión y Expresión, E/CN.4/1999/64, del 29 de enero de 1999, párr. 26.	54

“inmoral y poco digna”. Cuando se celebró el proceso, el derecho de Austria exigía que se demostrara la verdad de las acusaciones. En parte, el periodista fue condenado por no lograr hacerlo. La Corte Europea sostuvo en este caso, entre otras cosas, que la ley no era razonable, que era imposible demostrar la veracidad de las opiniones, que la descripción del político había sido razonable, y que el artículo del periodista formaba parte de un debate político más grande y no era un simple ataque gratuito contra la persona interesada.⁵⁵

En este sentido, preocupa que el artículo 224 del Código Penal contemple como “eximente de responsabilidad” de las conductas de injuria, calumnia, injuria y calumnias indirectas: “quien probare la veracidad de la imputaciones”, ya que como se ha señalado, en determinados casos puede ser imposible demostrar la veracidad de las opiniones, violándose la libertad de expresión en su dimensión social.

En Colombia, la jurisprudencia constitucional ha sido clara en señalar la prevalencia del derecho a la información sobre los derechos al buen nombre y la honra cuando éstos entran en conflicto por razón de la difusión de informaciones que envuelvan temas o personajes de naturaleza pública.

En estos eventos, el derecho de información debe ser preferido, en principio, en razón del papel de control del poder que se asigna socialmente a los medios de comunicación. Del reconocimiento de que los medios cumplen en este campo una función importantísima para la vigencia del sistema democrático se deriva que ellos deben gozar de amplia libertad en la tarea de supervisión de las entidades estatales y de los poderes privados. Si se impusieran fuertes restricciones sobre la prensa en estas áreas se perjudicaría en medida notable su capacidad de vigilancia sobre el correcto desempeño de estos poderes.

No desconoce la Corte que la referida amplitud de la libertad de prensa en estos campos puede llegar a afectar los derechos de las personas que se desempeñan en posiciones de notoriedad e interés público. No obstante, en principio habrá de responderse que estas personas, al aceptar su situación social, han consentido tácitamente en una cierta restricción de esos derechos. En efecto, su papel de figuras públicas los convierte en objeto del interés general, por lo cual es de esperar que tanto sus actividades públicas como su vida privada sean observadas de manera minuciosa por parte de la sociedad.⁵⁶

55 Ibid., párr. 26.

56 Corte Constitucional, sentencia T-066 de 1998, M. P. Eduardo Cifuentes Muñoz.

Lo anterior, ha aclarado la Corte, no significa un desconocimiento de los derechos fundamentales a la honra y el buen nombre de las personas cuya situación social implica una posición de interés público, sino tan solo una mera reducción del ámbito de su intimidad.

Para asegurar que el derecho penal no sea utilizado “de mala forma para acabar con la conciencia pública y suprimir el debate de cuestiones de interés general específico”, el Relator para la Libertad de Expresión señaló, en su Informe de 1999, que:

Como mínimo debe quedar entendido que:

- a) el único propósito legítimo de las leyes de difamación, libelo, calumnia e insulto es proteger las reputaciones, lo cual implica que el concepto de difamación solamente se aplicará a personas, no a banderas, Estados, grupos, etc.; estas leyes nunca deberían utilizarse para impedir la crítica del Gobierno o ni siquiera por razones tales como el mantenimiento del orden público, para lo cual ya existen leyes específicas;
- b) las leyes sobre difamación deberían reflejar el principio de que las figuras públicas tienen que tolerar un mayor grado de crítica que los ciudadanos privados; las leyes sobre difamación no deberían ofrecer protección especial al Presidente ni a otras figuras políticas importantes; debería preverse recurso e indemnización de acuerdo con el derecho civil;
- c) las normas que se apliquen a la legislación sobre difamación no deberían ser tan estrictas como para menoscabar la libertad de expresión;
- d) exigir la verdad en el contexto de las publicaciones relacionadas con cuestiones de interés público es excesivo; debería bastar con que se hicieran esfuerzos razonables para averiguar la verdad;
- e) respecto de las opiniones, debería estar claro que solamente se pueden considerar calumnias las opiniones que sean abiertamente poco razonables;
- f) la responsabilidad de demostrar todos los elementos debería corresponder a quienes pretenden haber sido difamados más que al acusado; cuando se trate de determinar la verdad, la carga de la prueba debería corresponder al demandante;
- g) en los procesos por difamación y libelo, debería disponerse de distintos recursos tales como la disculpa y la corrección; y
- h) las sanciones por motivo de difamación no deberían ser tan enormes que menoscabaran la libertad de opinión y expresión y el derecho a

buscar, recibir e impartir información; nunca deberían aplicarse sanciones penales, en particular penas de prisión.⁵⁷

5.2. Proteger la seguridad nacional

El derecho a la libertad de expresión e información puede restringirse para proteger la seguridad nacional únicamente en los casos más graves, cuando exista una amenaza política o militar directa contra todo el país.⁵⁸

Teniendo en cuenta que “el terrorismo organizado es una maldición para toda la sociedad civilizada”, y que los gobiernos pueden verse en la necesidad de adoptar medidas efectivas para combatirlo, “(...) el gobierno debe garantizar al mismo tiempo que sus ciudadanos de todo tipo y opinión dispongan de una válvula de seguridad que les permita expresar libremente quejas auténticas o presuntas”.⁵⁹

Según el Informe de 1999, del Relator para la Libertad de Opinión y de Expresión, el abuso de las atribuciones concedidas en virtud de las leyes de seguridad nacional suele llevar a:

(...) detenciones arbitrarias, cortas y prolongadas; torturas; ejecuciones extrajudiciales, sumarias o arbitrarias; desapariciones; amenazas e intimidación; clausura de medios de información; prohibición de publicaciones y programas; prohibición de las reuniones públicas; proscripción y prohibición de organizaciones, grupos y asociaciones que no están relacionados en modo alguno con el terrorismo y la violencia; censura estricta de todas las formas de comunicaciones, y tolerancia, cuando no apoyo real, de los abusos y delitos cometidos por la policía, los servicios de seguridad, las fuerzas armadas y los grupos paramilitares.⁶⁰

57 Naciones Unidas, Comisión de Derechos Humanos, Informe del Relator Especial sobre Libertad de Opinión y de Expresión, E/CN.4/1999/64, del 29 de enero de 1999, párr. 28.

58 Naciones Unidas, Comisión de Derechos Humanos, Informe del Relator Especial sobre Libertad de Opinión y de Expresión, E/CN.4/1995/32, del 14 de diciembre de 1994, párr. 48.

59 Naciones Unidas, Comisión de Derechos Humanos, Informe del Relator Especial sobre Libertad de Opinión y de Expresión, E/CN.4/1999/64, del 29 de enero de 1999, párr. 19.

60 *Ibid.*, párr. 21.

En relación con los periodos anteriores a las elecciones en el contexto de las leyes de seguridad nacional y lucha contra el terrorismo, deben tenerse en cuenta varios puntos o principios respecto a los medios de información, radiotelevisión y prensa, si se quiere proteger plenamente la opinión, la expresión y la información:

- a) no se podrá justificar ninguna restricción por motivos de seguridad nacional cuando realmente tenga por objeto proteger a un gobierno contra la exposición de sus acciones abusivas, ocultar información acerca del funcionamiento de las instituciones públicas, introducir una ideología particular o suprimir los disturbios industriales;**
- b) no se podrá castigar la expresión que transmita información acerca de una organización que haya sido declarada una amenaza contra la seguridad nacional o un interés conexo; no se podrá prohibir la expresión en un determinado idioma, en particular, el idioma de una minoría;**
- c) no se podrá imponer ninguna restricción de acceso a la información a menos que se haya demostrado que sea necesaria para proteger un interés de seguridad nacional legítimo;**
- d) el interés público de conocer la información será una consideración primordial en todas las leyes y decisiones referentes al derecho a obtener información;**
- e) el derecho del público a estar informado primará sobre cualquier justificación para tratar de detener la publicación de información que esté a disposición del público en general, por cualquier medio, ya sea legal o no;**
- f) ninguna restricción a la libre circulación de la información podrá ir en contra de los propósitos de la legislación de derechos humanos y humanitaria.⁶¹**

5.3. Protección del orden público

Teniendo en cuenta que la noción de orden público es amplia, y que con base en esta noción pueden imponerse restricciones al derecho a la libertad de expresión, “(...) es indispensable que las medidas adoptadas por el Estado para limitar el ejercicio de la libertad de expresión por motivos de orden público satisfagan requisitos estrictos que muestren la necesidad de esas medidas”.⁶²

Según el Relator para la Libertad de Expresión, las restricciones a la libertad de expresión sólo pueden justificarse cuando el orden público del Estado está realmente en peligro. “(...) En tal caso esta restricción sólo puede estar en vigor durante un periodo limitado y en determinadas circunstancias específicas, y cualquier limitación debe definirse de modo claro para que toda persona sepa lo que se prohíbe y lo que ha quedado sujeto a estas limitaciones”.⁶³

Por su parte, la Corte Interamericana, en su Opinión Consultiva OC-5/85, declaró que si bien los conceptos de “orden público” y “bien común” pueden ser utilizados tanto para afirmar los derechos de la persona frente al poder público, como para justificar limitaciones a esos derechos en nombre de los intereses colectivos, en ningún caso estos conceptos pueden ser utilizados

(...) como medios para suprimir un derecho garantizado por la Convención o para desnaturalizarlo o privarlo de contenido real (ver el art. 29.a de la Convención). Esos conceptos, en cuanto se invoquen como fundamento de limitaciones a los derechos humanos, deben ser objeto de una interpretación estrictamente ceñida a las “justas exigencias” de “una sociedad democrática” que tenga en cuenta el equilibrio entre los distintos intereses en juego y la necesidad de preservar el objeto y fin de la Convención.⁶⁴

Según la CIDH, “las leyes de desacato en ningún caso pueden justificarse diciendo que su propósito es defender el ‘orden público’, ya que ello contraviene el principio de que una democracia que funciona adecuadamente constituye la mayor garantía de orden público”.⁶⁵

62 Naciones Unidas, Comisión de Derechos Humanos, Informe del Relator Especial sobre Libertad de Opinión y de Expresión, E/CN.4/1995/32, del 14 de diciembre de 1994, párr. 53.

63 *Ibid.*, párr. 53.

64 Corte Interamericana, Opinión Consultiva OC-5/85, 13 de noviembre 1985, “La colegiación obligatoria de periodistas” (arts. 13 y 29 de la Convención Americana), párr. 67.

65 CIDH, Informe sobre la compatibilidad entre las leyes de desacato y la Convención Americana sobre Derechos Humanos, OEA/Ser.L/V/II.88, doc. 9 rev., 17 de febrero de 1995, párr. 209.

En la sentencia C-033 de 1993, la Corte Constitucional revisó el Decreto 1812 de 1992, dictado por el gobierno nacional durante un Estado de Conmoción Interior, y que establecía prohibiciones en materia de información, como la de difundir comunicados provenientes de organizaciones delictivas, la de identificar testigos (para proteger sus vidas), la de divulgar entrevistas con guerrilleros o narcotraficantes, y la de transmitir en directo hechos que vulneraran el orden público. La Corte consideró que el Decreto se ajustaba a la Constitución y a los tratados internacionales, porque la libertad de información es un derecho-deber, cuyo ejercicio implica obligaciones y responsabilidades y, en ese sentido, al no ser absoluto, admite restricciones. En particular, la Corte consideró proporcionada la restricción impuesta, teniendo en cuenta que se circunscribía a un Estado de Conmoción Interior previamente declarado y que lo que se buscaba con ella era la preservación del orden público en aras del interés general.⁶⁶

En otra ocasión, la Corte aceptó la posibilidad de que las autoridades municipales impusieran restricciones a la libertad de expresión, estableciendo procedimientos para la fijación de vallas publicitarias y retirando los carteles que no cumplieran con los mismos. Al respecto, argumentó lo siguiente:

La libertad de expresión se encuentra limitada por el orden público, esto es, por la armonía social mediante la realización de la tranquilidad, la seguridad, la salubridad y la moralidad públicas. En consecuencia, ante la primacía del interés general y del bien común (art. 2o. CP), la libertad de expresión no puede trascender más allá de los límites que fundamentan al Estado mismo, porque de lo contrario se constituiría en un objeto jurídico imposible de proteger.⁶⁷

Con esto, la Corte estableció que el concepto de orden público no se circunscribe exclusivamente a las situaciones que atenten contra la estabilidad de las instituciones o contra la seguridad y la integridad de los asociados.

El núcleo esencial del orden público debe encontrarse en la armonía general, manifestada a través de la consonancia de los intereses particulares en uno sólo: el interés general. Por ello, mediante la concurrencia armoniosa y necesaria de la tranquilidad, la seguridad, la

Jurisprudencia
Corte Constitucional

Jurisprudencia
Corte Constitucional

Corte Constitucional, sentencia C-033 de 1993, M. P. Alejandro Martínez Caballero.
Corte Constitucional, sentencia T-317 de 1994, M. P. Vladimiro Naranjo Mesa.

66
67

salubridad y la moralidad dentro de un marco social, se logrará la coexistencia pacífica de los miembros de una determinada población o localidad.

(...)

De acuerdo con lo expuesto puede decirse que, al establecer un alcalde disposiciones relacionadas, por ejemplo, con la limpieza de las calles o con el mantenimiento estético de un parque, de un barrio o de toda una localidad, se están adoptando medidas propias para la permanencia del orden público.⁶⁸

5.4. Protección de la salud pública

El Relator de las Naciones Unidas para la Libertad de Opinión y de Expresión señaló, en su Informe de 1994, que:

En el interés de la salud pública se pueden prohibir las publicaciones engañosas sobre sustancias que amenazan la salud o sobre prácticas sociales o culturales que afectan negativamente la salud. A este respecto, el Relator Especial se refiere a prácticas tradicionales que afectan la salud de mujeres y niños. Estas prácticas comprenden la mutilación genital de la mujer, las deudas por dote y la quema de novias. En el caso de publicaciones engañosas sobre estas materias los gobiernos están obligados a adoptar medidas positivas en el interés de la salud pública, de ser necesario, limitando el derecho a la libertad de expresión.⁶⁹

5.5. Protección de la moral pública

La moral pública es otro motivo que permite a los Estados restringir el derecho a la libertad de expresión. Ejemplos típicos de limitaciones en estas esferas están relacionados con la pornografía y la blasfemia. El Relator Especial señala que las morales públicas pueden ser muy diferentes y dependen en gran medida del contexto nacional, incluidos sus aspectos políticos y culturales. Por

68 Ibid.

69 Naciones Unidas, Comisión de Derechos Humanos, Informe del Relator sobre Libertad de Opinión y de Expresión, E/CN.4/1995/32, del 14 de diciembre de 1994, párr. 54.

tanto, debe dejarse al Estado un margen de valoración. Sin embargo, “(...) las restricciones aplicadas a la libertad de expresión no deberían aplicarse de modo que fomenten el prejuicio y la intolerancia”.⁷⁰

La Corte Constitucional declaró la inexecutable del artículo 2º de la Ley 74 de 1966 que señalaba que en las emisiones radiales deberá “atenderse a los dictados universales del decoro y del buen gusto”. Para la Corte,

Esta restricción es particularmente grave porque permite silenciar, como opuestas al decoro y al buen gusto, las opiniones o discursos que son contrarios a las ideas dominantes, mientras que la libertad de expresión pretende proteger, como lo ha vigorosamente destacado la doctrina de las instancias internacionales de derechos humanos, no sólo la divulgación de informaciones u opiniones consideradas inofensivas o indiferentes por el Estado y por la mayoría de la población, sino también la difusión de ideas o datos que no son acogidos favorablemente por las mayorías sociales, que pueden juzgarlas inquietantes o peligrosas.⁷¹

De igual modo, la Corte Constitucional estableció que se violaba el pluralismo y la libertad de expresión al permitir que un funcionario se arrogara el derecho a calificar una obra artística como indecente, a fin de prohibir su exhibición:

En un Estado como el que define la Constitución de 1991, en el que las personas son moralmente autónomas, a nadie puede impedírsele difundir o tener acceso a las obras que quiera, so pretexto de su contenido inmoral o antiestético.

(...)

Según el inciso segundo del artículo 70, “la cultura en sus diversas manifestaciones es fundamento de la nacionalidad (...)” ¿Cómo hacer efectivo tal reconocimiento y respeto por la diversidad si las autoridades, en lugar de acatar y hacer cumplir el texto constitucional, se arrogan ilegítimamente la potestad de elegir, de entre esa pluralidad de manifestaciones que la Constitución legitima, únicamente las que a su juicio satisfacen los cánones morales y estéticos que estiman ortodoxos?⁷²

Jurisprudencia Corte Constitucional

Jurisprudencia Corte Constitucional

Ibíd., párr. 55.

Corte Constitucional, sentencia C-010 de 2000, M. P. Alejandro Martínez Caballero.

Corte Constitucional, sentencia T-104 de 1996, M. P. Carlos Gaviria Díaz.

70

71

72

Tipología de las violaciones

Tipologías

Violación de la libertad de opinión

La violación de la libertad de opinión se configura cuando se interfiere en la opinión de una persona contra su voluntad, por medio de amenazas, coacción o fuerza.

Violación de la libertad de expresión

La violación de la libertad de expresión se configura cuando:

- a) Se impide a una persona manifestar su propio pensamiento porque conlleva ideas que ofenden, resultan chocantes o perturban.
- b) Se censure a través de medios indirectos la publicación de ciertas ideas o informaciones. Por ejemplo, cuando se condiciona una información bajo premisas tales como la veracidad, oportunidad o imparcialidad de la información, particularmente en materias relacionadas con el interés público. Se deberá tener en cuenta que cuando se trate de determinar la verdad, la carga de la prueba deberá corresponder al demandante.
- c) Se impongan restricciones a la libertad de expresión que no tengan como finalidad proteger: 1) el respeto o la reputación de los demás; 2) la seguridad nacional; 3) el orden público; 4) la salud pública; o 5) la moral pública.

En relación con las restricciones legítimas que se impongan, se deberá tener en cuenta que éstas deben ser proporcionales con la finalidad que se persigue y, en ningún caso, deben aplicarse de modo que se impida la expresión sobre una determinada materia.

La reputación y la honra de las personas se debe proteger por medio de sanciones civiles y no penales. En todo caso, se debe permitir el derecho de rectificación o respuesta.

Con relación a las restricciones relativas a la protección de la seguridad nacional, no se podrá imponer ninguna, a menos que se haya demostrado que sea necesaria para proteger un interés legítimo de la seguridad nacional.

Las restricciones justificadas en la protección del orden público sólo pueden estar en vigor durante un periodo limitado y en determinadas circunstancias. Además, cualquier limitación debe definirse de modo claro. Tales restricciones deben ser objeto de una interpretación estrictamente ceñida a las “justas exigencias de una sociedad democrática”.

- d) Se castiguen penalmente las expresiones que pudieran ofender a funcionarios públicos.
- e) Se asesine, secuestre o intimide a los comunicadores sociales o periodistas, por parte de agentes del Estado o con su tolerancia, apoyo o aquiescencia.
- f) Se destruya el material de los medios de comunicación por parte de agentes del Estado o con su tolerancia, apoyo o aquiescencia, sin la existencia de un fin legítimo.
- g) El Estado no adopte medidas para evitar que un monopolio en los medios de comunicación amenace la pluralidad de opiniones.

No se configura violación cuando se penaliza y se castiga toda propaganda a favor de la guerra y toda apología de odio nacional, racial o religioso que constituya incitación a la discriminación, hostilidad o violencia.

Violación del derecho de todo individuo de acceder a la información que sobre su persona se encuentre en bases de datos o registros públicos

La violación se configura cuando:

- a) No se garantiza el ejercicio de este derecho.
- b) Su acceso se deniegue bajo justificaciones no establecidas en la ley, o si aun contempladas en ella no existe un peligro real e inminente que amenace la seguridad nacional en una sociedad democrática, por medio de la puesta a disposición de la información requerida.

1. Introducción

El Principio de Igualdad ante la Ley se encuentra reconocido en el artículo 7 de la Declaración Universal de los Derechos Humanos, el artículo 2 de la Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre (Declaración Americana), el artículo 26 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos (PIDCP) y el artículo 24 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos (en adelante Convención Americana). La Constitución Política de Colombia (CP) consagra este principio en su artículo 13.

Además de los anteriores artículos, en otros instrumentos se consagra la prohibición de la discriminación (entendida como la otra cara del concepto de igualdad):

- Los artículos 2 del PIDCP y 1 de la Convención Americana, que señalan la obligación de los Estados de respetar y garantizar los derechos humanos, sin discriminación alguna. En este sentido, el artículo 5 de la CP indica que: “El Estado reconoce, sin discriminación alguna, la primacía de los derechos inalienables de la persona humana (...)”.
- Por medio del artículo 3 del PIDCP, los Estados se comprometen a garantizar a hombres y mujeres la igualdad de todos los derechos civiles y políticos enunciados en el Pacto. En este mismo sentido, el artículo 43 de la CP señala que: “La mujer y el hombre tienen iguales derechos y oportunidades. La mujer no podrá ser sometida a ninguna clase de discriminación”.
- En el ámbito del debido proceso legal, los artículos 14.1 del PIDCP y 5 del Código de Procedimiento Penal, indican que todas las personas son iguales ante los tribunales.
- Respecto a la protección de la familia, los artículos 23.4 del PIDCP, 17.4 de la Convención Americana y 42 de la CP, señalan la igualdad de derechos y obligaciones de los esposos.
- En relación con los derechos del niño, los artículos 24 del PIDCP y 44 de la CP (que indica que los niños gozarán de los derechos consagrados

**El principio
de igualdad
ante la ley
y no
discriminación**

en los tratados internacionales ratificados por Colombia), reconocen que todo niño tiene derecho sin discriminación alguna a las medidas de protección que su condición de menor requiere.

- En el ámbito de los derechos políticos, los artículos 25 del PIDCP, 23 de la Convención Americana y 40 de la CP consagran el derecho de los ciudadanos a participar en la conformación, ejercicio y control del poder político en condiciones de igualdad.

El principio de igualdad ante la ley implica: 1) que todas las personas tienen el derecho a una protección igual ante la ley, y 2) que la ley proteja efectivamente a todo individuo de cualquier discriminación basada en motivos de raza, color, sexo, idioma, religión, opiniones políticas o de cualquier otra índole, de origen nacional o social, posición económica, nacimiento o cualquier otra condición.

Este principio, como se señaló, se encuentra íntimamente relacionado con el compromiso asumido por los Estados Partes de los instrumentos internacionales mencionados de “respetar y garantizar a todos los individuos que se encuentren en su territorio y estén sujetos a su jurisdicción” los derechos reconocidos en tales instrumentos, sin distinción o discriminación alguna (arts. 2.1 del PIDCP y 1 de la Convención Americana). (Véase el Capítulo III, numeral 3.1.)

Esta vinculación surge de que,

(...) en función del reconocimiento de la igualdad ante la ley se prohíbe todo tratamiento discriminatorio de origen legal. De este modo la prohibición de discriminación ampliamente contenida en el artículo 1.1 respecto de los derechos y garantías estipulados por la Convención, se extiende al derecho interno de los Estados Partes, de tal manera que es posible concluir que, con base en esas disposiciones, éstos se han comprometido, en virtud de la Convención, a no introducir en su ordenamiento jurídico regulaciones discriminatorias referentes a la protección de la ley.¹

El Comité de Derechos Humanos, en su Observación General No. 18 sobre “La no discriminación”, señaló que, a pesar de la íntima relación que existe

1

Corte Interamericana de Derechos Humanos (en adelante Corte Interamericana), Opinión Consultiva OC-4/84 del 19 de enero de 1984, “Propuesta de modificación a la Constitución Política de Costa Rica relacionada con la naturalización”, párr. 54.

entre los artículos 2.1 y 26 del PIDCP, las obligaciones que se derivan de estos artículos para los Estados no son las mismas. Mientras que por medio del artículo 2.1 del PIDCP los Estados se comprometen a respetar y garantizar los derechos reconocidos en éste “sin discriminación alguna”, el artículo 26 obliga a los Estados a que sus leyes y la aplicación de éstas (versen o no sobre los derechos reconocidos en el PIDCP), no conlleven ningún tipo de discriminación:

La no discriminación, junto con la igualdad ante la ley y la igual protección de la ley sin ninguna discriminación constituye un principio básico y general relativo a la protección de los derechos humanos. Así, el párrafo 1 del artículo 2 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos establece la obligación de cada Estado Parte de respetar y garantizar a todos los individuos que se encuentren en su territorio y estén sujetos a su jurisdicción, los derechos reconocidos en el Pacto, sin distinción alguna de raza, color, sexo, idioma, religión, opinión política o de otra índole, origen nacional o social, posición económica, nacimiento o cualquier otra condición social. En virtud del artículo 26 todas las personas no solamente son iguales ante la ley y tienen derecho a igual protección de la ley, sino que también se prohíbe cualquier discriminación en virtud de la ley y garantiza a todas las personas protección igual y efectiva contra cualquier discriminación por motivos de raza, color, sexo, idioma, religión, opiniones políticas o de cualquier índole, origen nacional o social, posición económica, nacimiento o cualquier otra condición social.

Si bien el artículo 2 del Pacto limita el ámbito de los derechos que han de protegerse contra la discriminación a los previstos en el Pacto, el artículo 26 no establece dicha limitación. Esto es, el artículo 26 declara que todas las personas son iguales ante la ley y tienen derecho sin discriminación a igual protección de la ley; también dispone que la ley garantizará a todas las personas protección igual y efectiva contra la discriminación por cualquiera de los motivos en él enumerados. A juicio del Comité, el artículo 26 no se limita a reiterar la garantía ya prevista en el artículo 2 sino que establece en sí un derecho autónomo. Prohíbe la discriminación de hecho o de derecho en cualquier esfera sujeta a la normativa y la protección de las autoridades públicas. Por lo tanto, el artículo 26 se refiere a las obligaciones que se imponen a los Estados Partes en lo que respecta a sus leyes y la aplicación de sus leyes. Por consiguiente, al aprobar una ley, un Estado Parte debe velar

Observación General
Comité de Derechos
Humanos

por que se cumpla el requisito establecido en el artículo 26 de que el contenido de dicha ley no sea discriminatorio. Dicho de otro modo, la aplicación del principio de no discriminación del artículo 26 no se limita al ámbito de los derechos enunciados en el Pacto.²

Si bien los artículos 4.1 del PIDCP y 27.1 de la Convención Americana autorizan la suspensión de este derecho en caso de guerra, peligro público o de otra emergencia que amenace la seguridad del Estado, las disposiciones que suspendan las obligaciones contraídas en estos instrumentos no pueden conllevar discriminación alguna. A diferencia del PIDCP, la Convención Americana señala expresamente que no podrá suspenderse el artículo 17 (Protección de la familia), que en su párrafo 4 indica que: “Los Estados partes deben tomar medidas apropiadas para asegurar la igualdad de derechos y la adecuada equivalencia de responsabilidades de los cónyuges en cuanto al matrimonio, durante el matrimonio y en caso de disolución del mismo”.

En este sentido, el Comité de Derechos Humanos ha señalado que:

Observación General
Comité de Derechos
Humanos

(...) Si bien el párrafo 1 del artículo 4 faculta a los Estados Partes para que en situaciones excepcionales adopten disposiciones que suspendan determinadas obligaciones contraídas en virtud del Pacto, ese mismo artículo exige, entre otras cosas, que dichas disposiciones no entrañen discriminación alguna fundada únicamente en motivos de raza, color, sexo, idioma, religión u origen social. (...)³

Concretamente, el Comité de Derechos Humanos, en su Observación General No. 29 sobre estados de emergencia, señaló que:

Observación General
Comité de Derechos
Humanos

Según el párrafo 1 del artículo 4, una de las condiciones para la justificación de cualquier suspensión de las disposiciones del Pacto es la de que las medidas adoptadas no entrañen discriminación alguna fundada únicamente en motivos de raza, color, sexo, idioma, religión u origen social. Aun cuando el artículo 26 y las demás disposiciones del Pacto relativas a la no discriminación (artículos 2 y 3, párrafo 1 del artículo 14, párrafo 4 del artículo 23, párrafo 1 del artículo 24 y artículo 25) no figuran entre las disposiciones que según el párrafo 2 del artículo 4 no pueden ser suspendidas, existen elementos o dimensiones del dere-

2 Comité de Derechos Humanos, Observación General No. 18 del 10 de noviembre de 1989, “La no discriminación”, párrs. 1 y 12.

3 *Ibid.*, párr. 2.

cho a la no discriminación que no admiten excepción en circunstancia alguna. En particular, se debe dar cumplimiento a esta disposición del párrafo 1 del artículo 4 cuando se hagan cualesquiera distinciones entre las personas al recurrir a medidas que suspenden la aplicación de determinados artículos del Pacto.⁴

No obstante que en Colombia los derechos humanos y las libertades fundamentales no podrán ser suspendidos durante los estados de excepción, conforme con el principio de la intangibilidad de los derechos humanos, se regula en todo caso que las medidas adoptadas y autorizadas durante su vigencia no pueden contrariar el principio de la no discriminación: “Las medidas adoptadas con ocasión de los Estados de Excepción, no pueden entrañar discriminación alguna, fundada en razones de raza, lengua, religión, origen nacional o familiar, opinión política o religiosa”.⁵

2 Igualdad y no discriminación

Conforme a lo indicado por la Corte Interamericana de Derechos Humanos (en adelante Corte Interamericana):

La noción de igualdad se desprende directamente de la unidad de naturaleza del género humano y es inseparable de la dignidad esencial de la persona, frente a la cual es incompatible toda situación que, por considerar superior a un determinado grupo, conduzca a tratarlo con privilegio; o que, a la inversa, por considerarlo inferior, lo trate con hostilidad o de cualquier forma lo discrimine del goce de derechos que sí se reconocen a quienes no se consideran incurso en tal situación de inferioridad. No es admisible crear diferencias de tratamiento entre seres humanos que no se correspondan con su única e idéntica naturaleza.⁶

Sobre la base del principio de igualdad ante la ley y, por tanto, de “no discriminación”, existen casos en que los Estados Partes del PIDCP y de la Convención Americana tienen el deber de tomar las medidas oportunas (que pueden

Opinión Consultiva
Corte Interamericana
de Derechos Humanos

Comité de Derechos Humanos, Observación General No. 29, “Los estados de emergencia”, párr. 8.	4
Ley 137 de 1994, por la cual se regulan los Estados de Excepción en Colombia, art. 14.	5
Corte Interamericana, Opinión Consultiva OC-4/84 del 19 de enero de 1984, “Propuesta de modificación a la Constitución Política de Costa Rica relacionada con la naturalización”, párr. 55.	6

ser de carácter legislativo, administrativo o de otro tipo), para garantizar la igualdad de derechos de ciertas personas o grupos de personas. Por ejemplo, con base en los artículos 23.4 del PIDCP y 17.4 de la Convención Americana, los Estados tienen la obligación positiva de asegurar que los esposos tengan igualdad de derechos y equivalencia de responsabilidades durante el matrimonio, y en caso de disolución del mismo:

Observación General
Comité de Derechos
Humanos

El Comité desea señalar a la atención de los Estados Partes el hecho de que en ciertos casos el Pacto les exige expresamente que tomen medidas que garanticen la igualdad de derechos de las personas de que se trate. Por ejemplo, el párrafo 4 del artículo 23 estipula que los Estados Partes tomarán las medidas apropiadas para asegurar la igualdad de derechos y de responsabilidad de ambos esposos en cuanto al matrimonio, durante el matrimonio y en caso de disolución del mismo. Las medidas que se adopten podrán ser de carácter legislativo, administrativo o de otro tipo, pero los Estados Partes tienen la obligación positiva de asegurarse de que los esposos tengan igualdad de derechos, como lo exige el Pacto. (...)⁷

En relación con el concepto de discriminación, a falta de una definición tanto en el PIDCP como en la Convención Americana, el Comité de Derechos Humanos ha definido este término, tal y como se emplea en el PIDCP, como:

Observación General
Comité de Derechos
Humanos

(...), toda distinción, exclusión, restricción o preferencia que se basen en determinados motivos, como la raza, el color, el sexo, el idioma, la religión, la opinión política o de otra índole, el origen nacional o social, la posición económica, el nacimiento o cualquier otra condición social, y que tengan por objeto o por resultado anular o menoscabar el reconocimiento, goce o ejercicio, en condiciones de igualdad, de los derechos humanos y libertades fundamentales de todas las personas.⁸

Para fundamentar el contenido de la anterior definición el Comité se basó tanto en el artículo 1 de la Convención Internacional sobre la eliminación de todas las formas de discriminación racial, como en el artículo 1 de la Convención sobre la eliminación de todas las formas de discriminación contra la mujer:

7 Comité de Derechos Humanos, Observación General No. 18, "La no discriminación", párr. 5.

8 *Ibid.*, párr. 7.

El Comité toma nota de que en el Pacto no se define el término “discriminación” ni se indica qué es lo que constituye discriminación. Sin embargo, en el artículo 1 de la Convención Internacional sobre la Eliminación de todas las Formas de Discriminación Racial se establece que la expresión “discriminación racial” denotará toda distinción, exclusión, restricción o preferencia basadas en motivos de raza, color, linaje u origen nacional o étnico que tenga por objeto o por resultado anular o menoscabar el reconocimiento, goce o ejercicio, en condiciones de igualdad, de los derechos humanos y libertades fundamentales en las esferas política, económica, social, cultural o en cualquier otra esfera de la vida pública. De igual manera, en el artículo 1 de la Convención sobre la Eliminación de Todas las Formas de Discriminación contra la Mujer se establece que la expresión “discriminación contra la mujer” denotará toda distinción, exclusión o restricción basada en el sexo que tenga por objeto o por resultado menoscabar o anular el reconocimiento, goce o ejercicio por la mujer, independientemente de su estado civil, sobre la base de la igualdad del hombre y la mujer, de los derechos humanos y las libertades fundamentales en las esferas política, económica, social, cultural y civil o en cualquier otra esfera.⁹

Frente a una demanda de inconstitucionalidad interpuesta contra una norma que establecía jornadas de trabajo distintas y más amplias a trabajadores que se desempeñaban en labores agrícolas, ganaderas o forestales, la Corte Constitucional, al declararla contraria al ordenamiento jurídico, definió el concepto de discriminación, así: “Discriminar, en el lenguaje corriente, significa separar a alguien o a un grupo de personas, o distinguirlo para darle un trato diferente por alguna razón”.¹⁰

La discriminación es toda actuación jurídica o social encaminada a separar, segregar o distinguir a una persona individual o grupo de ellas de las demás, sin ninguna razón justificada y razonable. Es, por tanto, dar un trato diferente no objetivo ni razonablemente justificado.

Esos lineamientos contienen la naturaleza del principio de la no discriminación. Al respecto, la Corte Constitucional ha expresado que:

Ibíd., párr. 6.
Corte Constitucional, sentencia C-1063 de 2000, M. P. Vladimiro Naranjo Mesa.

9
10

(...) la discriminación implica la violación del derecho a la igualdad, por lo que su prohibición constitucional se encamina a impedir que se coarte, restrinja o excluya el ejercicio de los derechos y libertades de una o varias personas, se les niegue el acceso a un beneficio o se otorgue un privilegio sólo a algunas de ellas, sin que exista justificación objetiva y razonable. La discriminación se presenta cuando la diferencia de trato se hace sin fundamento constitucional que tenga un carácter objetivo y razonable. No obstante, existen situaciones que justifican el trato diferenciado. [Por tanto,] el principio de no discriminación conlleva la prohibición de consagrar tratos injustificados. Así, la prohibición de establecer discriminaciones tiene estrecha relación con la noción de igualdad sustancial consagrada en la Carta Política.¹¹

Sin embargo, tanto para el Comité de Derechos Humanos como para la Corte Interamericana, no todo tratamiento jurídico diferente es propiamente discriminatorio, “(...) si los criterios para tal diferenciación son razonables y objetivos y lo que se persigue es lograr un propósito legítimo en virtud del Pacto.”¹²

No habrá, pues, discriminación si una distinción de tratamiento está orientada legítimamente, es decir, si no conduce a situaciones contrarias a la justicia, a la razón o a la naturaleza de las cosas. De ahí que no pueda afirmarse que exista discriminación en toda diferencia de tratamiento del Estado frente al individuo, siempre que esa distinción parta de supuestos de hecho sustancialmente diferentes y que expresen de modo proporcionado una fundamentada conexión entre esas diferencias y los objetivos de la norma, los cuales no pueden apartarse de la justicia o de la razón, vale decir, no pueden perseguir fines arbitrarios, caprichosos, despóticos o que de alguna manera repugnen a la esencial unidad y dignidad de la naturaleza humana.¹³

El Comité fundamenta la anterior afirmación en que:

- 11 Corte Constitucional, sentencia C-410 de 1996, M. P. Hernando Herrera Vergara.
 12 Comité de Derechos Humanos, Observación General No. 18, “La no discriminación”, párr. 13.
 13 Corte Interamericana, Opinión Consultiva OC-4/84 del 19 de enero de 1984, “Propuesta de modificación a la Constitución Política de Costa Rica relacionada con la naturalización”, párr. 57.

(...) el goce en condiciones de igualdad de los derechos y libertades no significa identidad de trato en toda circunstancia. A este respecto, las disposiciones del Pacto son explícitas. Por ejemplo, el párrafo 5 del artículo 6 prohíbe que se imponga la pena de muerte a personas de menos de 18 años de edad. El mismo párrafo prohíbe que se aplique dicha pena a las mujeres en estado de gravidez. De la misma manera, en el párrafo 3 del artículo 10 se requiere que los delincuentes menores estén separados de los adultos. Además, el artículo 25 garantiza determinados derechos políticos, estableciendo diferencias por motivos de ciudadanía y de edad.

El Comité desea también señalar que el principio de la igualdad exige algunas veces a los Estados Partes adoptar disposiciones positivas para reducir o eliminar las condiciones que originan o facilitan que se perpetúe la discriminación prohibida por el Pacto. Por ejemplo, en un Estado en el que la situación general de un cierto sector de su población impide u obstaculiza el disfrute de los derechos humanos por parte de esa población, el Estado debería adoptar disposiciones especiales para poner remedio a esa situación. Las medidas de ese carácter pueden llegar hasta otorgar, durante un tiempo, al sector de la población de que se trate un cierto trato preferencial en cuestiones concretas en comparación con el resto de la población. Sin embargo, en cuanto son necesarias para corregir la discriminación de hecho, esas medidas son una diferenciación legítima con arreglo al Pacto.¹⁴

Por su parte, la Corte Interamericana ha señalado que:

(...), por lo mismo que la igualdad y la no discriminación se desprenden de la idea de unidad de dignidad y naturaleza de la persona es preciso concluir que no todo tratamiento jurídico diferente es propiamente discriminatorio, porque no toda distinción de trato puede considerarse ofensiva, por sí misma, de la dignidad humana. Ya la Corte Europea de Derechos Humanos basándose “en los principios que pueden deducirse de la práctica jurídica de un gran número de Estados democráticos” definió que sólo es discriminatoria una distinción cuando “carece de

justificación objetiva y razonable” [Eur. Court H.R., Case “relating to certain aspects of the laws on the use of languages in education in Belgium” (merits), judgment of 23rd July 1968, pág. 34]. Existen, en efecto, ciertas desigualdades de hecho que legítimamente pueden traducirse en desigualdades de tratamiento jurídico, sin que tales situaciones contraríen la justicia. Por el contrario, pueden ser un vehículo para realizarla o para proteger a quienes aparezcan como jurídicamente débiles. Mal podría, por ejemplo, verse una discriminación por razón de edad o condición social en los casos en que la ley limita el ejercicio de la capacidad civil a quienes, por ser menores o no gozar de salud mental, no están en condiciones de ejercerla sin riesgo de su propio patrimonio.¹⁵

El principio de igualdad ante la ley implica justicia, ya que requiere que la ley se aplique correctamente y de la misma manera a cada individuo, sin tener en cuenta sus atributos personales. Sin embargo, el principio de igualdad ante la ley permite que se realicen distinciones entre individuos o grupos de individuos: 1) para reducir o eliminar las condiciones que originan o facilitan que se perpetúe la discriminación prohibida, o 2) porque sólo por medio de esta distinción o tratamiento jurídico diferente se puede lograr justicia, o 3) para proteger a quienes aparezcan jurídicamente más débiles (discriminación positiva o inversa).

2.1. Discriminación positiva

Esas distinciones que se coligen del principio de igualdad ante la ley se encuentran en la CP de 1991. En primer término, con la consagración expresa de la prohibición de los *factores de discriminación negativa*. En segundo lugar, respecto al deber del Estado de promover condiciones para lograr la igualdad real y efectiva *–igualdad material–*, así como de la posibilidad de conceder ventajas en favor de grupos discriminados y marginados, o en favor de quienes por su condición económica, física o mental se encuentren en circunstancias de debilidad manifiesta *–discriminación positiva–*. Así por ejemplo, en la CP se consagran algunas prerrogativas a favor de los adolescentes,¹⁶ de los indigentes¹⁷ y de los disminuidos físicos, sensoriales y psíquicos,¹⁸ entre otros.

15 Corte Interamericana, Opinión Consultiva OC-4/84 del 19 de enero de 1984, “Propuesta de modificación a la Constitución Política de Costa Rica relacionada con la naturalización”, párr. 56.

16 Constitución Política (CP): artículo 45: “El Estado y la sociedad garantizarán la participación activa de los jóvenes en los organismos públicos y privados que tengan a cargo la protección, educación y progreso de la juventud”.

Por tanto, la discriminación positiva puede definirse como el reconocimiento normativo, tanto estatal como internacional, de ciertas medidas que suponen un trato desigual favorable para aquellas personas que sufren una situación de discriminación por razones económicas o de nacionalidad, o de raza, o de sexo, o de insuficiencia física. Algunas de estas medidas son:

- Las medidas que se toman en virtud de este principio están destinadas a favorecer la participación de los grupos sociales menos favorecidos.
- Además, implican la igualdad de oportunidades en el acceso a la educación, al empleo, a los cargos políticos, entre otras, en definitiva, en el acceso a todas las esferas de la vida social, política, económica y cultural. Si se toma como ejemplo la igualdad de oportunidades en relación con las aptitudes para el desempeño de funciones como trabajadores, es posible constatar que existen grupos que se encuentran en desventaja, como puede ser el caso de los minusválidos. En condiciones iguales, el empresario dará preferencia a quienes se encuentren físicamente íntegros para la prestación de servicios. Se excluirá, en consecuencia, a un determinado grupo social –los minusválidos– de la participación en el proceso de producción. Pues bien, en virtud del principio de la discriminación positiva, y para conseguir la plena participación social de los minusválidos, en el ejemplo propuesto está justificado el trato normativo de favor que se les pueda dar, ayudando así a su integración social, entre otras vías, a través del proceso de producción.
- En la mayor parte de los ordenamientos jurídicos de los países existen medidas legales que establecen incentivos para aquellas empresas que emplean a personas físicamente disminuidas. Por ejemplo, en el ámbito regional europeo, esta garantía referida a los minusválidos está reconocida en el artículo 26 de la Carta Comunitaria de Derechos Sociales Fundamentales de los Trabajadores de 9 de diciembre de 1989:
 1. Todos los minusválidos, cualquiera que sea el origen y la naturaleza de su minusvalía, deben poder beneficiarse de medidas adicionales concretas dirigidas a favorecer su integración profesional y social.

CP: “El Estado les garantizará los servicios de seguridad social integral y el subsidio alimentario en caso de indigencia”.
 CP, artículo 47: “ El Estado adelantará una política de previsión, rehabilitación e integración social para los disminuidos físicos, sensoriales y psíquicos, a quienes se prestará la atención especializada que requieran”. Reglamentada por la Ley 361 de 1997, por la cual se establecieron mecanismos de integración social de las personas con limitaciones.

2. Estas medidas de mejora deberán referirse, en función de la capacidad de los interesados, a la formación profesional, la ergonomía, la accesibilidad, la movilidad, los medios de transporte y la vivienda.
- La garantía de la discriminación positiva pone de relieve la aspiración de lograr una igualdad real de los individuos y de los grupos sociales, superando el concepto negativo, meramente formal, de igual disfrute de las libertades, puesto que este concepto conlleva el perpetuar las diferencias existentes, siempre en perjuicio de los más débiles. Por ejemplo, el artículo 40 de la Constitución Política de Colombia señala en su último párrafo que: “Las autoridades garantizarán la adecuada y efectiva participación de la mujer en los niveles decisorios de la Administración Pública”.¹⁹

En este sentido, el artículo 13 (párrafos 2 y 3) de la CP indica que:

(...) El Estado promoverá las condiciones para que la igualdad sea real y efectiva y adoptará medidas a favor de grupos discriminados o marginados. El Estado protegerá especialmente a aquellas personas que por su condición económica, física o mental, se encuentran en circunstancias de debilidad manifiesta y sancionará los abusos o maltratos que contra ellas de cometan.

2.2. Acciones afirmativas

En las Naciones Unidas se está impulsando la utilización de la expresión “acción afirmativa” en reemplazo de la “discriminación positiva”. La Subcomisión nombró un Relator Especial para preparar un estudio sobre el concepto y la práctica de la acción afirmativa, cuyo informe final se presentó en la sesión de la Subcomisión del 2002.²⁰ Entre otras, dice el Relator:

19 Ley 587 de 2000, que trata sobre la participación de la mujer en niveles decisorios de la administración pública.

20 Naciones Unidas, Comisión de Derechos Humanos, Informe de prevención de la discriminación, “El concepto y la práctica de la acción afirmativa”, Informe final presentado por el señor Marc Bossuyt, Relator Especial, de conformidad con la resolución 1998/5 de la Subcomisión, E/CN.4/Sub.2/2002/21 del 17 de junio de 2002.

“Acción afirmativa” es un término de uso frecuente, pero desgraciadamente no siempre tiene el mismo significado. Aunque para algunos el concepto también encierra la “discriminación positiva”, es de suma importancia recalcar que este término no tiene sentido. De acuerdo con la práctica ya generalizada de utilizar la palabra “discriminación” exclusivamente para designar distinciones “arbitrarias”, “injustas” o “ilegítimas”, el término “discriminación positiva” es un contrasentido: la distinción a que se refiere se justifica y es legítima pues no es arbitraria y no puede llamarse “discriminación”, o es injustificada o ilegítima por ser arbitraria y no debe llamarse “positiva”. En cambio, el término “acción positiva” es equivalente a “acción afirmativa”. El primero es de uso más frecuente en el Reino Unido. En muchos otros países, se conoce con el nombre de “políticas de preferencia”, “reservas”, “justicia compensatoria o distributiva”, “trato de favor”, etc.

Como concepto jurídico, la “acción afirmativa” tiene su lugar en derecho internacional y en el ordenamiento jurídico interno. No obstante, es un concepto que no tiene una definición legal de aceptación general. Sin embargo, para discutirlo con seriedad es preciso, como condición previa, contar con una definición básica:

“La acción afirmativa es un conjunto coherente de medidas de carácter temporal dirigidas específicamente a remediar la situación de los miembros del grupo a que están destinadas en un aspecto o varios aspectos de su vida social para alcanzar la igualdad efectiva.”²¹

Algunos de los motivos más frecuentes de justificación de la acción afirmativa son enderezar o reparar injusticias históricas, reparar la discriminación social o estructural, crear diversidad o una representación proporcional de los grupos, aumentar la utilidad social, evitar la agitación social, incrementar la eficiencia del sistema económico, construir una sociedad más igualitaria, entre otras.²² La acción afirmativa puede revestir las formas de movilización afirmativa o de equidad afirmativa:

Ibíd., párrs. 5 y 6.

21

Ibíd., párrs. 16 a 39.

22

Las medidas especiales pueden denominarse medidas de “movilización afirmativa” cuando mediante la contratación afirmativa se anima y sensibiliza a determinados grupos para que soliciten un bien social como un empleo o una plaza en un centro de enseñanza.^{*} Una forma de conseguirlo son los anuncios u otras actividades de contratación en que se garantice que se llegue al grupo deseado. Un ejemplo sería el establecimiento de programas de formación profesional que permitan el adiestramiento de miembros de las minorías para que puedan competir por empleos y ascensos. El razonamiento es que de hecho no se conseguirá la igualdad si las consecuencias de la discriminación han privado a las personas de la posibilidad de adiestrarse para poder competir como es debido.^{**} Por tanto, la contratación afirmativa conseguirá que los desfavorecidos puedan competir gracias a actividades correctivas como la formación profesional, la divulgación y otros programas de formación o potenciación. Ese proceso también puede consistir en buscar miembros de grupos desfavorecidos que tal vez sepan a qué prestaciones tienen derecho en la esfera de la vivienda u otros bienes de carácter social y en sensibilizarlos al respecto.

Las medidas especiales pueden denominarse medidas de “equidad afirmativa” cuando se hace un examen meticuloso para garantizar que los miembros de un determinado grupo han sido tratados de forma equitativa en la atribución de los bienes sociales, por ejemplo en la admisión de una institución docente, el acceso a un puesto o un ascenso. En otras palabras, se trata de determinar si han sido juzgados sobre la base de sus méritos o si el racismo o el sexismo ha sido un factor en el proceso de evaluación. Esto se puede determinar estableciendo procedimientos de queja o denuncia efectivos y creíbles para tramitar las alegaciones de discriminación, procedimientos de revisión para supervisar las medidas relacionadas con el personal y el examen de procedimientos con el fin de eliminar las prácticas discriminatorias no

* Alison Sheridan (“Patterns in the policies: Affirmative action in Australia”, *Women in Management Review*, 1998, pp. 243 a 252) ha elaborado un sistema de clasificación que ilustra la gran variedad de medidas de esta índole de “movilización afirmativa” en el contexto de la lucha contra la discriminación sexual y la situación de desventaja de la mujer en el empleo.

** El artículo 35 de la Ley de relaciones raciales del Reino Unido legitima “todo acto realizado para que un grupo racial particular tenga acceso a instalaciones o servicios para satisfacer sus necesidades especiales en materia de educación, formación o bienestar social o a prestaciones afines”. El artículo 37 dice que se podrán adoptar medidas positivas para animar a los miembros de un grupo racial o a personas de un mismo sexo a solicitar puestos o formarse para desempeñar funciones en que no hayan estado suficientemente representados.

intencionadas. Todo ello tiene por objeto garantizar que se verifique la pertinencia de los criterios de contratación o ascenso para los puestos respectivos y que éstos no se utilizan para ocultar la discriminación racial o sexual. Ello significa que cuando se trata de contratar o ascender a las personas, el proceso de adopción de decisiones debe ser indiferente al color, y las personas deben ser tratadas de acuerdo con sus méritos personales y no con su situación como miembros de un determinado grupo. En resumidas cuentas, se trata de contratar siempre a las personas “mejor calificadas”.

Tanto la movilización afirmativa como la equidad afirmativa entrañan medidas destinadas a superar los problemas sociales de un determinado grupo, pero las medidas no suponen de por sí discriminación contra quienes no forman parte de ese grupo. Sí trasladan, en cambio, a toda la sociedad el costo de la acción afirmativa. De esta manera las medidas son indiferentes a las condiciones raciales, pero cuando se trata de la motivación de las medidas o de su planificación estratégica o supervisión, el criterio decididamente tiene en cuenta la raza. Probablemente es ésta la razón, entre otras, de que la contratación afirmativa y la equidad afirmativa tengan buena acogida y aceptación.²³

Las medidas de acción afirmativa no deben generar discriminación:

La acción afirmativa debe centrarse en la adopción de disposiciones que previsiblemente atiendan las necesidades especiales del sector al que pretende favorecer, y no en restringir las prestaciones derivadas de esas medidas sobre la base del elemento que distingue a dicha categoría de otros miembros de la población, pero que es irrelevante para el derecho de que se trate. La política podrá beneficiar al sector al que va dirigida sin violar los derechos de las personas que no pertenecen a ese sector, incluido su derecho a una protección igual de la ley sin discriminación dependiendo de las medidas que se seleccionen, del momento y del lugar de su aplicación. En ningún caso podrá privarse a nadie de un derecho básico so pretexto de que de esa manera se está ayudando a grupos especialmente desfavorecidos a superar las consecuencias de una discriminación previa.^{*24}

Ibíd., párrs. 72, 73 y 74.

Lord Denning: “De modo que si esa autoridad docente asignara a los varones a determinadas escuelas según el color de su pelo o, lo mismo da, el color de su piel, parecería tan absurdo, tan caprichoso, tan falta de relación con cualquier sistema de enseñanza digno de ese

2.3. El “test de razonabilidad”

La Corte Constitucional en su sentencia C-022 de 1996 (Demanda de inconstitucionalidad contra el artículo 40, literal b, de la Ley 48 de 1993), analizó el principio de igualdad a la luz del artículo 13 de la CP. Según este tribunal, el principio de igualdad puede ser descompuesto en dos principios parciales:

- a) Si no hay ninguna razón suficiente para la permisión de un tratamiento desigual, entonces está ordenado un tratamiento igual.
- b) Si hay una razón suficiente para ordenar un tratamiento desigual, entonces está ordenado un tratamiento desigual.²⁵

Según esta Corte, para justificar un trato desigual hay que aplicar un “test de razonabilidad”:

En la evaluación de la justificación de un trato desigual, la lógica predominante es la de la razonabilidad, “fundada en la ponderación y sopesación de los valores y no simplemente en la confrontación lógica de los mismos.”* Muestra de lo anterior es la sorprendente coincidencia de los criterios utilizados por los distintos tribunales encargados de analizar casos que involucran el principio de igualdad. La Corte Suprema de Estados Unidos ha sostenido que “los tribunales deben enfrentar y resolver la cuestión acerca de si las clasificaciones (diferenciadoras) establecidas en una ley son razonables a la luz de su finalidad”; ** el Tribunal Constitucional Federal de Alemania ha afirmado que “la máxima de la igualdad es violada cuando para la diferenciación legal o para el tratamiento legal igual no es posible encontrar una razón razonable (...),*** La Corte Europea de Derechos Humanos ha dicho que “una

Jurisprudencia
Corte Constitucional

nombre que sería completamente ultra vires y este tribunal tendría que prohibirlo de inmediato. Pero si existieran razones pedagógicas válidas para una política, como ocurre por ejemplo en un sector en que los niños inmigrantes tienen escasos conocimientos de la lengua inglesa y necesitan clases especiales, sería de todo punto correcto enviar a los que se encuentran en peores condiciones a centros especiales de enseñanza, donde se beneficiarían de medios extraordinarios para aprender inglés”. Citado por W. McKean, ob. cit., nota 67, p. 246.

24

Ibid., párr. 112.

25

Corte Constitucional, sentencia C-022 de 1996, M. P. Carlos Gaviria Díaz.

*

Corte Constitucional, sentencia T-230 de 1994, M. P. Eduardo Cifuentes Muñoz.

**

McLaughlin v. Florida, 379 U.S. 184, 191 (1964), citado por Laurence Tribe, *American Constitutional Law*, Mineola, N. Y., The Foundation Press, 1988, p. 1440.

BverfGE 1, 14 (52), citado por Alexy, ob. cit., p. 391.

diferenciación es discriminatoria si carece de justificación objetiva y razonable, es decir, si no persigue un fin legítimo o si carece de una relación razonable de proporcionalidad entre los medios empleados y el fin perseguido.*

El “test de razonabilidad” es una guía metodológica para dar respuesta a la tercera pregunta que debe hacerse en todo problema relacionado con el principio de igualdad: ¿cuál es el criterio relevante para establecer un trato desigual? O, en otras palabras, ¿es razonable la justificación ofrecida para el establecimiento de un trato desigual? Esta Corte en la sentencia T-230/94, estableció los lineamientos generales del test de razonabilidad; en esta ocasión, completará esos lineamientos e introducirá distinciones necesarias para su aplicación al caso objeto de la demanda de inexecutable.

Una vez determinada la existencia fáctica de un tratamiento desigual y la materia sobre la que él recaer, el análisis del criterio de diferenciación se desarrolla en tres etapas, que componen el test de razonabilidad y que intentan determinar:

- a. La existencia de un objetivo perseguido a través del establecimiento del tratamiento desigual.
- b. La validez de ese objetivo a la luz de la Constitución.
- c. La razonabilidad del trato desigual, es decir, la relación de proporcionalidad entre ese trato y el fin perseguido.

(...) El primer paso no reviste mayor dificultad, como quiera que puede llevarse a cabo a partir del sólo examen de los hechos sometidos a la decisión del juez constitucional; se trata únicamente de la determinación del fin buscado por el trato desigual. El segundo paso, por el contrario, requiere una confrontación de los hechos con el texto constitucional, para establecer la validez del fin a la luz de los valores, principios y derechos consignados en éste. Si el trato desigual persigue un objetivo, y éste es constitucionalmente válido, el juez constitucional debe proceder al último paso del test, que examina la razonabilidad del trato diferenciado. Este es el punto más complejo de la evaluación, y su

Corte Europea, Arret MARCKX c. Belgique, 13 juin, 1979.

*

comprensión y aplicación satisfactoria dependen de un análisis (descomposición en partes) de su contenido.

La teoría jurídica alemana, partiendo de la jurisprudencia del Tribunal Constitucional Federal, ha mostrado cómo el concepto de razonabilidad puede ser aplicado satisfactoriamente sólo si se concreta en otro más específico, el de proporcionalidad. El concepto de proporcionalidad sirve como punto de apoyo de la ponderación entre principios constitucionales: cuando dos principios entran en colisión, porque la aplicación de uno implica la reducción del campo de aplicación de otro, corresponde al juez constitucional determinar si esa reducción es proporcionada, a la luz de la importancia del principio afectado.*

El concepto de proporcionalidad comprende tres conceptos parciales: la adecuación de los medios escogidos para la consecución del fin perseguido, la necesidad de la utilización de esos medios para el logro del fin (esto es, que no exista otro medio que pueda conducir al fin y que sacrifique en menor medida los principios constitucionales afectados por el uso de esos medios), y la proporcionalidad en sentido estricto entre medios y fines, es decir, que el principio satisfecho por el logro de este fin no sacrifique principios constitucionalmente más importantes.

En el caso concreto del principio de igualdad, el concepto de proporcionalidad significa, por tanto, que un trato desigual no vulnera ese principio sólo si se demuestra que es (1) adecuado para el logro de un fin constitucionalmente válido; (2) necesario, es decir, que no existe un medio menos oneroso, en términos del sacrificio de otros principios constitucionales, para alcanzar el fin; y (3) proporcionado, esto es, que el trato desigual no sacrifica valores y principios (dentro de los cuales se encuentra el principio de igualdad) que tengan un mayor peso que el principio que se quiere satisfacer mediante dicho trato. Sobre este último punto, el de la proporcionalidad en sentido estricto, ha dicho la Corte en la sentencia T-422 de 1992:

“Los medios escogidos por el legislador no sólo deben guardar proporcionalidad con los fines buscados por la norma, sino compartir con su carácter de legitimidad. El principio de proporcionalidad busca que la

* Véanse, entre otras, las sentencias T-403/92, T-422, M. P. Eduardo Cifuentes Muñoz y U-089/95, M. P. Jorge Arango Mejía.

medida no sólo tenga fundamento legal, sino que sea aplicada de tal manera que los intereses jurídicos de otras personas o grupos no se vean afectados, o que ello suceda en grado mínimo”.²⁶

2.4. Casos internacionales sobre igualdad y no discriminación

Entre los casos en los que el Comité de Derechos Humanos ha señalado que existió una violación del principio de igualdad, reconocido en el artículo 26 del PIDCP, se encuentra el de Joseph Kavanagh contra Irlanda. En este caso, el autor de la comunicación fue juzgado por un Tribunal Penal Especial, ya que el ordenamiento jurídico irlandés y, concretamente la Ley sobre los delitos contra la seguridad del Estado, indicaba que ciertos delitos podían ser competencia del Tribunal Penal Especial, según decisión facultativa de la Fiscalía del Estado. Igualmente, esta ley disponía que cualquier otro delito podría ser juzgado por un Tribunal Penal Especial si la Fiscalía del Estado consideraba que los tribunales ordinarios eran “inadecuados para garantizar una administración efectiva de la justicia”. El Comité, al sostener que existió violación del principio de igualdad ante la ley, y a igual protección de la ley, señaló lo siguiente:

(...) En opinión del Comité, el enjuiciamiento en un tribunal distinto de los ordinarios no necesariamente constituye de por sí una violación del derecho a un juicio imparcial y los hechos en el presente caso no indican que se haya cometido esa violación.

La pretensión de que se ha violado el requisito de igualdad ante los tribunales y cortes de justicia, que dispone el párrafo 1 del artículo 14, equivale a la afirmación del autor de la comunicación de que se ha violado su derecho con arreglo al artículo 26 a la igualdad ante la ley y a igual protección de ésta. La decisión de la Fiscalía del Estado de formular la acusación ante el Tribunal Penal Especial tuvo como resultado que fuera objeto de un procedimiento judicial especial ante un tribunal especialmente constituido. Esta distinción privó al autor de la comunicación de ciertos procedimientos en virtud del ordenamiento jurídico interno, al separarlo de otras personas acusadas de delitos parecidos en los tribunales ordinarios. Dentro de la jurisdicción del

Decisión
Comité de
Derechos Humanos

Estado Parte, el enjuiciamiento por un jurado en particular se considera una salvaguardia importante, a disposición por lo general de los acusados. En virtud del artículo 26, el Estado Parte debe, pues, demostrar que la decisión de enjuiciar a una persona con arreglo a otro procedimiento estaba basada en motivos razonables y objetivos. A este respecto, el Comité señala que el ordenamiento del Estado Parte, en la Ley sobre los delitos contra la seguridad del Estado, tipifica cierto número de delitos que pueden ser competencia del Tribunal Penal Especial según decisión facultativa de la Fiscalía del Estado. Se dispone también que cualquier otro delito podrá ser juzgado por un tribunal penal especial si la Fiscalía del Estado considera que los tribunales ordinarios son “inadecuados para garantizar una administración efectiva de la justicia”. El Comité considera problemático que, incluso en la hipótesis de que sea aceptable un sistema penal doble para ciertos delitos graves siempre que sea imparcial, el Parlamento, por disposición legislativa, defina algunos delitos graves que estarán comprendidos dentro de la jurisdicción del Tribunal Penal Especial según decisión facultativa ilimitada de la Fiscalía del Estado (“considere apropiado”), y proceda a permitir, como en el caso del autor, que cualquier otro delito también sea juzgado de este modo si la Fiscalía del Estado considera inadecuados los tribunales ordinarios. No se han de comunicar los motivos de la decisión de que el Tribunal Penal Especial sería “adecuado” o de que los tribunales ordinarios serían “inadecuados” y en el presente caso no se han comunicado al Comité los motivos de la decisión. Además, la revisión judicial de las decisiones de la Fiscalía del Estado está restringida efectivamente a las circunstancias más excepcionales y casi imposibles de demostrar.

El Comité considera que el Estado Parte no ha conseguido demostrar que la decisión de enjuiciar al autor ante el Tribunal Penal Especial se basaba en fundamentos razonables y objetivos. En consecuencia, el Comité llega a la conclusión de que se ha violado el derecho del autor establecido en el artículo 26 a igualdad ante la ley y a igual protección de la ley.(...) ²⁷

En cuanto a los casos en los que el Comité de Derechos Humanos ha señalado que existió violación del artículo 26 del PIDCP por motivos de idioma, se encuentra la comunicación de J.G.A. Diergaardt contra Namibia. En el presente caso, a los autores de la comunicación se les negó el derecho a utilizar su idioma materno (afrikaans) en el proceso que entablaron ante un tribunal y en las comunicaciones que mantuvieron con las autoridades (el único idioma que se permitía utilizar era el inglés). El Comité, al señalar que existió discriminación por motivos de idioma, señaló:

Los autores han afirmado asimismo que la falta de legislación sobre el idioma en Namibia ha hecho que se les haya denegado el derecho a utilizar su lengua materna en la administración, la justicia, la educación y la vida pública. El Comité observa que los autores han demostrado que el Estado Parte ha dado instrucciones a los funcionarios públicos de que no contesten en afrikaans a las comunicaciones orales o escritas de los autores con las autoridades, aun cuando sean perfectamente capaces de hacerlo. Esas instrucciones de prohibir el uso del afrikaans no se refieren únicamente a la publicación de documentos públicos, sino incluso también a las conversaciones telefónicas. En defecto de toda respuesta del Estado Parte, el Comité debe dar la debida consideración a la denuncia de los autores de que la circular de que se trata va dirigida intencionalmente contra la posibilidad de utilizar el afrikaans en las relaciones con las autoridades públicas. Por consiguiente, el Comité concluye que los autores, en cuanto hablantes del afrikaans, son víctimas de una violación del artículo 26 del Pacto.²⁸

Respecto a los casos examinados por el Comité de Derechos Humanos en los que señaló que existió discriminación por “otra condición social”, se destaca el de Marc Vernier y Paul Nicolas (que eran objetores de conciencia) contra Francia. Los autores de la comunicación alegaban que el hecho de extender el servicio civil a una duración dos veces mayor que la del servicio militar suponía una diferencia de trato no basada en “criterios razonables y objetivos” y, por consiguiente, constituía una discriminación prohibida por el PIDCP. El Comité, para fundamentar que existió una violación del artículo 26 del PIDCP, señaló lo siguiente:

Decisión
Comité de
Derechos Humanos

Comité de Derechos Humanos, caso J.G.A. Diergaardt contra Namibia, Comunicación 760 de 1997, decisión del 25 de julio de 2000, CCPR/C/69/D760/1997, párr. 10.10.

La cuestión que tiene que resolver el Comité es saber si las condiciones concretas en que los autores tuvieron que prestar el servicio sustitutorio constituyen una violación del Pacto. El Comité observa que, a tenor del artículo 8, los Estados Partes pueden exigir la prestación de un servicio de carácter militar y, en caso de objeción de conciencia, de un servicio nacional sustitutorio, a condición de que tal servicio no sea discriminatorio. Los autores han afirmado que el requisito de la legislación francesa de que el servicio nacional sustitutorio dure 24 meses en lugar de los 12 meses del servicio militar es discriminatorio y viola el principio de la igualdad ante la ley y el derecho a igual protección de la ley que se establecen en el artículo 26 del Pacto. El Comité reitera su posición de que el artículo 26 no prohíbe todas las diferencias de trato. Sin embargo, como el Comité ha tenido ocasión de afirmar repetidamente, toda diferenciación debe basarse en criterios razonables y objetivos. A este respecto, el Comité reconoce que la ley y la práctica pueden establecer diferencias entre el servicio militar y el servicio nacional sustitutorio, y que estas diferencias pueden justificar, en casos particulares, un periodo de servicio más largo, si la diferenciación se basa en criterios razonables y objetivos, como la naturaleza del servicio o la necesidad de una formación especial para prestarlo. En el presente caso, sin embargo, las razones aducidas por el Estado Parte no mencionan ningún criterio de este tipo, o sólo mencionan criterios en términos generales sin referirse concretamente a los casos de los autores, sino que se basan en el argumento de que la duplicación de la duración del servicio es la única forma de poner a prueba la sinceridad de las convicciones del individuo. En opinión del Comité, este argumento no satisface el requisito de que, en los asuntos presentes, la diferencia de trato se basa en criterios razonables y objetivos. En estas circunstancias, el Comité considera que se ha violado el artículo 26, ya que los autores han sido objeto de discriminación en razón de su convicción de conciencia.²⁹

En cuanto a los casos en los que el Comité señaló que existió discriminación por motivos políticos se destaca en Perú el caso de Carlos Orihuela

Valenzuela. El autor de la comunicación era miembro del Colegio de Abogados del Perú y había sido funcionario público durante 26 años: fue nombrado letrado de la Cámara de Diputados en 1982 y prestó servicios en la Comisión Peruana de Derechos Humanos durante cinco años. A raíz del cambio de gobierno en el Perú, en 1985 fue destituido de su puesto en la Cámara de Diputados sin procedimiento administrativo alguno y no recibía la pensión de funcionario a la que alegaba tener derecho. El Comité, al fundamentar que existió violación del artículo 26 del PIDCP, señaló lo siguiente:

El Comité ha tomado nota de la denuncia del autor de que no ha recibido un trato equitativo ante los tribunales peruanos con respecto a su reclamación de una pensión. El Estado Parte no ha refutado la denuncia del autor de que la inacción de los tribunales, las demoras en los procedimientos y la falta permanente de aplicación de la resolución de octubre de 1989 sobre su derecho a una pensión de cesantía se fundan en motivos políticos. Sobre la base de los elementos que tiene ante sí, el Comité llega a la conclusión de que el hecho de negar una pensión de cesantía a un funcionario con muchos años de servicio que ha sido destituido por el Gobierno constituye, en las circunstancias del caso, una violación del artículo 26 y de que el Sr. Orihuela Valenzuela no pudo ejercer su derecho “sin discriminación a igual protección de la ley”. Por consiguiente, el Comité considera que se ha producido una violación del artículo 26 del Pacto.³⁰

2.5. Algunos casos de discriminación negativa relevantes en Colombia

Entre los casos más relevantes de discriminación por razones de sexo, raza, origen nacional o familiar, lengua, religión, opinión política o filosófica, manejados por la jurisprudencia de la Corte Constitucional, se encuentran los siguientes:

Comité de Derechos Humanos, caso Carlos Orihuela Valenzuela contra Perú, Comunicación 309 de 1998, decisión del 14 de julio de 1993, CCPR/48/D/309/1988, del 10 de agosto de 1993, párr. 6.3.

2.5.1. *Discriminación por razones de sexo*

En relación con una acción pública de inconstitucionalidad contra una norma por la cual se excluía de los servicios médicos asistenciales a los cónyuges de las empleadas del Ministerio de Defensa y de la Policía Nacional: “Parágrafo 1o. Se exceptúan de los servicios médicos y asistenciales aquellas lesiones o afecciones anteriores al ingreso que figuren en la ficha médica y al cónyuge de las empleadas del Ministerio de Defensa y de la Policía Nacional, salvo los casos de incapacidad absoluta, gran invalidez o edad superior a los sesenta y cinco (65) años”, la Corte Constitucional señaló:

No es posible justificar válidamente un tratamiento eminentemente discriminatorio, donde se excluye de un beneficio médico-asistencial a un grupo de personas –los cónyuges de las empleadas del Ministerio de Defensa y de la Policía Nacional– sin motivo alguno por el simple hecho de la condición femenina de éstas. No existe razón jurídica valedera que permita justificar dicho trato. Se incurre en una clara violación a la prohibición constitucional de consagrar discriminaciones en el mismo sector de trabajadores, otorgando privilegios para unos en detrimento de los otros que no disfrutaban de los beneficios de la seguridad social, al restringir el derecho a los servicios sin justificación alguna. No es admisible que se margine a un grupo de personas de un beneficio que se otorga a la generalidad del sector y que tiende a garantizarles la prestación y satisfacción de los derechos constitucionales a la vida, a la salud y a la seguridad social, por simples consideraciones subjetivas que no tienen asidero en los principios y valores constitucionales.³¹

2.5.2. *Discriminación por razones de lengua*

Dentro de una acción de tutela interpuesta por un miembro de la comunidad indígena Curripaco contra el secretario de gobierno del departamento de Guainía, por violación del derecho a la igualdad –discriminación por el lenguaje y la lengua nativa–, originada en una circular dirigida a los corregidores, inspectores departamentales y radio-operadores de equipos de radio de ese departamento, en torno a la prohibición de conferencias radiales de carácter político y

otros dentro de un periodo de elecciones (el texto de la circular era el siguiente: “Con el fin de garantizar la imparcialidad absoluta próximos debates electorales coma a partir de la fecha queda (sic) terminantemente prohibidas las conferencias radiales y de carácter político coma así como también las charlas por radio utilizando otro idioma ajeno al castellano punto. En lo sucesivo y para todos los efectos deberá usarse radiograma punto”), la Corte Constitucional consideró:

Los grupos étnicos que habitan el Departamento del Guainía, aún no han recibido los beneficios de la educación bilingüe. Como sus integrantes sólo hablan la respectiva lengua materna, la discriminación a la que se les someta en razón de ella, alcanza a todos los miembros de la comunidad. La discriminación en razón de la lengua deviene, entonces, discriminación racial. La prohibición de poder usar la lengua materna, desconoce principios fundamentales de la Carta Política y ha provocado la incomunicación entre grupos y personas indígenas. La Corte, en consecuencia, tutelaré el derecho a la igualdad del peticionario, ordenando que se le inaplique la circular 003 de 1994 que viola sus derechos fundamentales y que, cuando solicite el servicio de los equipos de la administración departamental, se le permita hacerlo en su lengua materna, la curripaco, que también es lengua oficial en esa entidad territorial, para cualquier fin permitido a aquellos que se expresan en español.³²

2.5.3. Discriminación por razones de origen familiar

Mediante una acción de tutela un pensionado reclamó la protección del derecho fundamental a la igualdad en favor de su compañera permanente para que el Ministerio de Defensa le prestara los servicios médicos asistenciales y le reconociera la sustitución pensional, beneficios que le habían sido negados a través de acto administrativo, por no ostentar aquella la condición de cónyuge.

Al resolver favorablemente la petición la Corte Constitucional consideró lo siguiente:

Jurisprudencia
Corte Constitucional

Igualdad de derechos entre conyuge y compañera permanente-Asistencia médica por pensión/Familia-Protección sin importar su origen/pensionado del Ministerio de Defensa-Derecho a la asistencia médica de compañera permanente.

En las normas aplicables al personal civil del Ministerio de Defensa, no se reconocen por igual a la cónyuge y a la compañera permanente del pensionado el derecho a la asistencia médica, con lo cual la Corte advierte una discriminación con respecto a ésta que la Constitución repudia, conforme a los artículos 13 y 42 de la Constitución, pues acorde con la protección constitucional que se otorga a la familia, sin importar su origen, para efectos de la prestación de la asistencia médica, la situación jurídica que se predica de la cónyuge, igualmente es aplicable a la compañera permanente.³³

3 Grupos especialmente vulnerables

La prohibición de discriminación, además de encontrarse en las disposiciones pertinentes de PIDCP y de la Convención Americana, ha sido tenida en cuenta en otros instrumentos y declaraciones que desarrollan las anteriores obligaciones, concretamente en relación con la prohibición de discriminación racial, contra la mujer, discriminación en materia laboral, en materia de la enseñanza, religiosa o por convicciones, y discriminación de las minorías. Tales instrumentos son:

- Convención sobre la eliminación de todas las formas de discriminación racial.³⁴
- Convención sobre la eliminación de todas las formas de discriminación contra la mujer.³⁵
- Convenio 111 de la Organización Internacional del Trabajo (OIT) relativo a la discriminación en materia de empleo y ocupación.³⁶

33 Corte Constitucional, sentencia C-397 de 1997, M. P. Antonio Barrera Carbonell.

34 Entró en vigor en Colombia el 2 de octubre de 1981, en virtud de la Ley 22 de 1981.

35 Entró en vigor en Colombia el 19 de febrero de 1982, en virtud de la Ley 51 de 1981.

36 Entró en vigor en Colombia el 4 de marzo de 1969, en virtud de la Ley 22 de 1967.

- Convenio 100 de la OIT relativo a la igualdad de remuneración entre la mano de obra masculina y la mano de obra femenina por un trabajo de igual valor.³⁷
- Convención relativa a la lucha contra las discriminaciones en la esfera de la enseñanza.
- Convención Internacional sobre la represión y castigo del crimen del *apartheid*.
- Convención Internacional contra el *apartheid* en los deportes.
- Declaración sobre la eliminación de todas las formas de intolerancia y discriminación fundadas en la religión o las convicciones.
- Declaración sobre los principios fundamentales relativos a la contribución de los medios de comunicación de masas al fortalecimiento de la paz y la comprensión internacional, a la promoción de los derechos humanos y a la lucha contra el racismo, el *apartheid* y la incitación a la guerra.
- Declaración sobre la raza y los prejuicios raciales.
- Declaración sobre los derechos de las personas pertenecientes a minorías nacionales o étnicas, religiosas y lingüísticas.

Además de los anteriores instrumentos y declaraciones internacionales que tratan el tema de la discriminación en relación con distintos grupos de la sociedad, o respecto al desempeño de distintas actividades, numerosos instrumentos internacionales contienen distintas disposiciones por las que los Estados se comprometen a garantizar los derechos reconocidos en estos tratados “sin discriminación” de ningún tipo, por ejemplo:

- Convención sobre los derechos del niño.
- Convención Internacional sobre la protección de los derechos de todos los trabajadores migratorios.
- Convención sobre el estatuto de los refugiados.
- Convenio 169 de la OIT sobre los pueblos indígenas y tribales en países independientes.
- Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales.
- Protocolo Adicional a la Convención Americana sobre Derechos Humanos en materia de derechos económicos, sociales y culturales (Protocolo de San Salvador).

Entró en vigor en Colombia el 4 de marzo de 1969, en virtud de la Ley 22 de 1967.

Estos instrumentos internacionales serán tratados en los capítulos específicos de este Manual que versen sobre cada uno de estos grupos o los derechos reconocidos en estos instrumentos (véanse los Capítulos XIV, XV, XVI, XIX y XXIV).

3.1. Sujetos especiales de protección en la Constitución Política

En el ordenamiento jurídico colombiano se destacan como sujetos de especial protección: los menores, la mujer, las personas de la tercera edad, los discapacitados, los reclusos, los indígenas y las minorías étnicas, los homosexuales y las personas en estado de indigencia.

Esas condiciones naturales especiales han constituido el fundamento de innumerables situaciones de discriminación que han tenido que soportar esos sectores de la población. Para contrarrestarlas, la Constitución de 1991, en desarrollo del deber del Estado de respetar y garantizar los derechos humanos, ha permitido su reconocimiento como sujetos especiales de protección.

3.1.1. Los menores

La CP reconoce a los menores como titulares de derechos propios. Los niños y adolescente son considerados como sujetos plenos y autónomos de derechos y no como simples objetos de protección.

En virtud de lo dispuesto en los artículos 43, 44 y 45 de la CP, y de la Convención sobre los Derechos de los Niños, ratificada por la Ley 12 de 1991, la protección al menor se fundamenta en los principios de dignidad humana, solidaridad, primacía de los derechos de la persona y de la familia, protección especial y en el de prevalencia de los derechos del niño.

3.1.2. La mujer

En el ordenamiento jurídico se han regulado mecanismos legales encaminados a la realización del principio constitucional de protección a la mujer sin discriminación alguna, según el cual: “(...) la mujer y el hombre tienen iguales derechos y oportunidades. La mujer no podrá ser sometida a ninguna clase de discriminación” (art. 43, CP).

El deber del Estado de respetar y garantizar los derechos humanos de las mujeres se encuentra regulado, entre otras normas, por la Ley 51 de 1981, que aprueba la Convención sobre la eliminación de todas las formas de discriminación contra la mujer; la Ley 82 de 1993, que apoya de manera especial a las mujeres cabeza de familia, y la Ley 581 de 2000, que establece que por lo menos el treinta por ciento de los altos cargos del Estado deben ser desempeñados por mujeres.

Así por ejemplo, se prohíbe la discriminación por razones de sexo o género. Según la Corte Constitucional, la igualdad de derechos que se reconoce al hombre y a la mujer no es simplemente de carácter formal, pues en algunos eventos se justifican diferenciaciones en aras de terminar con la histórica discriminación que ha sufrido la población femenina. En este sentido se permite, dentro de un principio de protección, la toma de medidas positivas dirigidas a corregir desigualdades de facto, para compensar la relegación sufrida, y a promover la igualdad real y efectiva de la mujer en todos los órdenes. Es decir, que no siempre que se utilicen criterios distintivos como el sexo, existe un tratamiento discriminatorio; sin embargo, para que estas diferenciaciones sean constitucionalmente válidas, deben sustentarse en criterios razonables y objetivos que así las justifiquen.³⁸

3.1.3. Las personas de la tercera edad

La Constitución de 1991 establece la protección y asistencia de las personas de la tercera edad y la promoción de su integración a la vida activa y comunitaria, garantizándoles los servicios de seguridad social integral y el subsidio alimentario en caso de indigencia (art. 46, CP).

Se entiende por seguridad social un conjunto de medidas que incluyen tanto un esquema de protección en salud como uno de protección contra la invalidez y la falta de ingreso durante los años improductivos. Es así como se ha reconocido a las personas de la tercera edad un trato constitucional preferente, sobre todo en materia de seguridad social, derecho que se ha visto afectado en diferentes situaciones. Por ejemplo, en el proceso de intervención que ordenó el gobierno nacional a la Caja Popular Cooperativa, en el que se congelaron los recursos de sus ahorradores, la Corte Constitucional consideró que si se llegare a comprobar que las medidas adoptadas efectivamente ponían en peligro la vida de los actores, personas de la tercera edad que dicen estar afectadas de graves

Corte Constitucional, sentencia C-623 de 1998, M. P. Hernando Herrera Vergara.

enfermedades y carecer de recursos para atender los gastos que demandan sus respectivos tratamientos, algunos de los cuales son especializados y de alto costo, la negativa a reintegrarles los recursos que depositaron en la entidad financiera demandada con el propósito de contar con sus rendimientos para atender sus necesidades básicas, conllevaría, necesariamente, la procedencia de la tutela de los derechos fundamentales para los cuales solicitaron protección.³⁹

3.1.4. Los discapacitados

En cuanto a los discapacitados se prevé que el Estado debe adelantar políticas de previsión, rehabilitación e integración social para los disminuidos físicos, sensoriales y psíquicos, a quienes se les prestará la atención especializada que requieran (art. 47, CP).

La Ley 361 de 1997, mediante la cual se establecieron los mecanismos de integración social de las personas con limitaciones, desarrolló frente a este segmento de población el principio de la discriminación positiva, con el cual se permite la puesta en práctica de acciones afirmativas en su favor, sin que implique un desconocimiento del derecho a la igualdad con respecto a los otros sectores.

3.1.5. Los reclusos

A pesar de que los reclusos tienen sus derechos, éstos se encuentran limitados en algunos casos y en otros suspendidos, por tanto el Estado les debe especial protección. Para el efecto se ha regulado una extensa normatividad legal, cuyo eje central es la Ley 65 de 1993.

No obstante, la tutela ha jugado un importante papel en la protección de este sector. En materia de igualdad, frente a una eventual situación de discriminación, la Corte Constitucional se pronunció en relación con la solicitud de una mujer que se encontraba detenida en un centro de reclusión femenina, para que se le concediera el beneficio de visita conyugal en igualdad de condiciones a las de los hombres.

En esa oportunidad la Corte Constitucional, al tutelar el derecho constitucional de libertad procreativa, dispuso la no aplicación de la resolución en aquellos apartes en los que resultaba discriminatoria, como la exigencia del uso

comprobado médicamente de algún sistema de control de la fecundidad femenina. Para la Corte, la manera en que la dirección y la dependencia de sanidad de la cárcel venían supeditando la autorización de la visita conyugal a la autorización por escrito de la implantación de un dispositivo anticonceptivo o la aplicación periódica de una droga con similares efectos violaba el derecho a la libertad procreativa.⁴⁰

3.1.6. Los indígenas y las minorías étnicas

La CP regula que el Estado reconozca y proteja la diversidad étnica y cultural de la nación (art. 7º). Para que ese principio constitucional sea efectivo, el Estado reconoce a los miembros de las comunidades indígenas todos los derechos que se reconocen a los demás miembros del Estado, prohibiendo toda forma de discriminación en su contra, al mismo tiempo que les otorga ciertos derechos radicados en la comunidad como ente colectivo.

3.1.7. Los homosexuales

Una de las principales causas de discriminación en Colombia se origina en la condición de homosexual que se ostenta como opción de vida. La CP consagró el principio constitucional de protección a la diferencia al que está obligado el Estado.

En este sentido, esa condición y su trascendencia social, no puede ser considerada como una razón válida para establecer mecanismos de discriminación e impedir con ello la expresión pública de la condición de homosexual. La Corte Constitucional ha decantado esa posición de la siguiente manera:

No puede decirse que el único foro posible para la afirmación y manifestación de la diversidad sexual esté restringido a un ámbito exclusivamente personal. Una posición semejante indica claramente una discriminación directa a una de las facetas de la condición homosexual, ya que la pretensión de evitar su trascendencia social implica una inferencia automática de que tal condición o sus conductas, son contrarias de por sí a la sociedad, o atentatorias de los intereses colectivos.⁴¹

Jurisprudencia
Corte Constitucional

Corte Constitucional, sentencia T- 273 de 1993, M. P. Alejandro Martínez Caballero.

40

Corte Constitucional, sentencia T-268 de 2000, M. P. Alejandro Martínez Caballero.

41

Tipología de las violaciones

Tipologías

La violación del derecho a la igualdad ante la ley y a igual protección de la ley se configura cuando una norma o disposición del ordenamiento jurídico interno contempla alguna regulación que conlleve un resultado discriminatorio respecto a la protección de la ley. Conviene señalar que no sólo se viola este derecho cuando una ley introduce cualquier distinción basada en motivos como la raza, el color, el sexo y el idioma, entre otros, sino también cuando la aplicación de una ley (que en principio puede no ser discriminatoria) conlleva un resultado contrario al principio de igualdad.

No se consideran discriminatorias:

- a) Las leyes que introducen una diferenciación basada en criterios objetivos y razonables, que persigan el logro de un propósito legítimo en virtud de la CP o de los instrumentos internacionales. Es decir, si la distinción del tratamiento está orientada a una aplicación justa (real y efectiva) del principio de igualdad, para lo cual deben establecer una diferenciación en cuanto al tratamiento a aplicar.
- b) Las leyes o disposiciones que contemplan un trato desigual favorable para aquellas personas que sufren una situación de discriminación por razones económicas, de nacionalidad, de raza, de sexo y de insuficiencia física, entre otros.

Para determinar si una ley o disposición que establece una distinción o diferenciación es discriminatoria o no, se aplicará el "test de razonabilidad":

- Primero, se deberá determinar el fin perseguido por medio del tratamiento desigual.
- Segundo, se deberá confrontar este fin con los valores, principios y derechos consignados en la CP, y con el objeto y fin de los instrumentos internacionales en materia de derechos humanos.

- Tercero, se examinará la razonabilidad del trato diferenciado, que implica la aplicación del concepto de “proporcionalidad”. Es decir, se analizará:
 - a) Si el trato desigual es adecuado para el logro de un fin constitucional e internacionalmente válido.
 - b) Si es necesario, es decir, si no existe un medio menos oneroso, en términos del sacrificio de otros principios constitucionales o reconocidos en los instrumentos internacionales.
 - c) Y si es proporcionado, esto es, si el trato desigual no sacrifica valores y principios (dentro de los cuales se encuentra el principio de igualdad) que tengan un mayor peso que el principio que se quiere satisfacer mediante dicho trato.

1. Introducción

Las libertades de reunión y de asociación se encuentran reconocidas en el artículo 20 de la Declaración Universal de los Derechos Humanos, los artículos 21 y 22 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos (PIDCP), y 15 y 16 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos (en adelante Convención Americana). Ambos derechos están íntimamente relacionados, aunque conviene tener en cuenta que mientras la asociación implica permanencia, la reunión se caracteriza por su transitoriedad. La Constitución Política de Colombia (CP) reconoce el derecho a reunirse y manifestarse pública y pacíficamente (art. 37), y el derecho a la libertad de asociación (art. 38).

En relación con “el derecho de reunión”, la Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre (en adelante Declaración Americana) consagra en su artículo XXI que: “Toda persona tiene el derecho de reunirse pacíficamente con otras, en manifestación pública o en asamblea transitoria, en relación con sus intereses comunes de cualquier índole”.

Respecto al derecho de asociación, el artículo XXII de la Declaración Americana reconoce que: “Toda persona tiene el derecho de asociarse con otras para promover, ejercer y proteger sus intereses legítimos de orden político, económico, religioso, social, cultural, profesional, sindical o de cualquier índole”. En el caso del PIDCP (art. 22.1), del Protocolo Adicional a la Convención Americana sobre Derechos Humanos en materia de Derechos Económicos, Sociales y Culturales (art. 8.1.(a)), conocido como Protocolo de San Salvador, y del Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales (PIDESC) (art. 8.1), se consagra además el derecho de toda persona a fundar sindicatos y a afiliarse a ellos para la protección de sus intereses. Igualmente, en su artículo 39 la CP reconoce el derecho de los empleadores y de los trabajadores a constituir sindicatos y asociaciones sin la intervención del Estado.

A pesar de que en los anteriores instrumentos internacionales se contempla la posibilidad de restringir estos derechos, para que estas restricciones se consideren legítimas:

**El derecho
a la libertad
de asociación,
reunión y a
la libertad
sindical**

1. Tienen que estar previstas por la ley.
2. Tienen que ser necesarias en una sociedad democrática en interés de: a) la seguridad nacional, b) la seguridad pública, o c) el orden público; o para proteger: a) la salud o la moral públicas, o b) los derechos y las libertades de los demás.

Sin embargo, y tal y como lo ha señalado la Corte Interamericana de Derechos Humanos (en adelante Corte Interamericana), respecto del requisito de previsión normativa contemplado en el artículo 16 de la Convención Americana:

La expresión *leyes*, en el marco de la protección a [sic] los derechos humanos, carecería de sentido si con ella no se aludiera a la idea de que la sola determinación del poder público no basta para restringir tales derechos. Lo contrario equivaldría a reconocer una virtualidad absoluta a los poderes de los gobernantes frente a los gobernados. En cambio, el vocablo *leyes* cobra todo su sentido lógico e histórico si se le considera como una exigencia de la necesaria limitación a la interferencia del poder público en la esfera de los derechos y libertades de la persona humana

Asimismo, la Convención no se limita a exigir la existencia de una ley para que sean jurídicamente lícitas las restricciones al goce y ejercicio de los derechos y libertades, sino que requiere que las leyes se dicten por razones de interés general y con el propósito para el cual han sido establecidas.¹

Únicamente en relación con el derecho de reunión y de manifestación, la CP (art. 37) establece que: “Sólo la ley podrá establecer de manera expresa los casos en los cuales se podrá limitar el ejercicio de este derecho”.

Los instrumentos internacionales mencionados permiten que se impongan restricciones legales e, incluso, se prive del ejercicio de la libertad de asociación a los miembros de las fuerzas armadas y de la policía (arts. 22.2 del PIDCP y 16.3 de la Convención Americana), sin afectar el alcance y contenido del derecho. En este sentido, el artículo 39 de la CP señala que: “No gozan del derecho de asociación sindical los miembros de la Fuerza Pública”.

1 Corte Interamericana de Derechos Humanos (en adelante Corte Interamericana), caso Baena Ricardo y otros, sentencia del 3 de febrero de 2001, párrs. 168-170.

2 El derecho de reunión

El derecho de reunión pacífica está relacionado con el derecho a la libertad de expresión, ya que a través de la manifestación o reunión pacífica de las personas se puede ejercer la libertad de opinión o expresión.

Como se mencionó en el apartado anterior, las restricciones a este derecho, para ser legítimas, deben reunir una serie de requisitos establecidos tanto en el artículo 21 del PIDCP como en el artículo 15 de la Convención Americana. En la práctica, la violación más común a este derecho se produce cuando los Estados exigen la notificación previa de estos eventos a la autoridad correspondiente, con la finalidad de autorizarla.

Por ejemplo, en el caso finlandés de Auli Kivenma, el Comité de Derechos Humanos tuvo que examinar si se había restringido el derecho de reunión y el derecho a la libertad de expresión reconocidos en los artículos 21 y 19 del PIDCP, cuando con ocasión de la visita de un jefe de Estado extranjero a Finlandia y de su reunión con el presidente de este país, la policía retiró una pancarta que había desplegado la autora de la comunicación (Auli Kivenma) en la que se criticaba la actuación del jefe de Estado visitante en el terreno de los derechos humanos. Además, en este incidente, en el que participaron unos 25 miembros de la organización a la que pertenecía la autora de la comunicación entre una multitud mayor frente al palacio presidencial, se distribuyeron volantes criticando igualmente la actuación del jefe de Estado visitante en el ámbito de los derechos humanos.

Como consecuencia de haber desplegado la pancarta, Auli Kivenma fue acusada posteriormente de violar la Ley de reuniones públicas por haber celebrado una reunión pública sin notificarlo previamente a las autoridades, tal y como exigía la ley finlandesa.

El Comité de Derechos Humanos, al señalar que el Estado de Finlandia violó los artículos 19 (derecho a la libertad de expresión) y 21 (derecho a la libertad de reunión pacífica) del PIDCP, a través de esta disposición legal, indicó que:

El Comité considera que el requisito de que se notifique a la policía que se proyecta realizar una manifestación en un lugar público seis horas antes de su iniciación puede ser compatible con las restricciones permitidas del artículo 21 del Pacto. En las circunstancias de este caso concreto, la información proporcionada por las partes pone de manifiesto que no puede calificarse de manifestación la reunión de varias personas en el lugar donde transcurren las ceremonias de bienvenida de un Jefe de Estado extranjero en visita oficial que las autoridades

Decisión
Comité de
Derechos Humanos

del Estado parte han anunciado públicamente con antelación. Dado que el Estado parte afirma que exhibir una pancarta convierte la presencia de esas personas en una manifestación, el Comité observa que cualquier restricción al derecho de reunión debe corresponderse con las disposiciones limitativas del artículo 21. El requisito de notificación previa de una manifestación normalmente se impondría por razones de seguridad nacional o seguridad pública, orden público, protección de la salud y la moral públicas o los derechos y libertades de los demás. Por consiguiente, no puede considerarse que la aplicación de la legislación finlandesa sobre las manifestaciones a una reunión de ese tipo sea la aplicación de una restricción autorizada por el artículo 21 del Pacto.

El derecho de toda persona a expresar sus opiniones políticas, incluidas obviamente sus opiniones sobre la cuestión de los derechos humanos, forma parte de la libertad de expresión garantizada por el artículo 19 del Pacto. En este caso en particular, la autora de la comunicación ejerció su derecho desplegando una pancarta. Es cierto que el artículo 19 autoriza a restringir por ley la libertad de expresión en determinadas circunstancias. No obstante, en el presente caso el Estado parte no ha hecho referencia a una ley que permita restringir esta libertad ni ha demostrado que era necesaria la restricción aplicada a la Sra. Kivenma para proteger los derechos e imperativos nacionales consignados en los apartados a) y b) del párrafo 2 del artículo 19 del Pacto.²

En este mismo sentido, el Relator Especial sobre la promoción y protección del derecho a la libertad de opinión y expresión de las Naciones Unidas, manifestó su preocupación en el informe presentado a la Comisión de Derechos Humanos de las Naciones Unidas en el año 2000, en relación con el ejercicio del derecho de reunión:

Por lo que se refiere a las manifestaciones públicas, el Relator Especial, además de destacar la frecuencia con que se reciben comunicaciones sobre el empleo excesivo de la fuerza por la policía y las fuerzas de seguridad en las manifestaciones, marchas y otros actos, señala otros motivos de preocupación, como los siguientes: imposición del re-

2 Comité de Derechos Humanos, caso Auli Kivenma contra Finlandia, Comunicación 412/1990, decisión del 31 de marzo de 1994, CCPR/C/50/D/412/1990, párrs. 9.2 y 9.3.

quisito de notificación previa; medidas para impedir la conmemoración pública de acontecimientos importantes; detención de estudiantes por manifestarse pacíficamente reclamando “libertad de pensamiento y expresión para todos sin excepción (...)”.³

En Colombia, el derecho de reunión se encuentra consagrado en el artículo 37 de la CP, y según ha dicho la Corte Constitucional, “(...) ha sido concebido como una libertad pública fundamental pues constituye una manifestación colectiva de la libertad de expresión y un medio para ejercer los derechos políticos. Esta libertad es la base de la acción política en las campañas electorales y también de los movimientos cívicos y otras manifestaciones legítimas de apoyo y protesta”.⁴

Respecto a las limitaciones a este derecho, la Corte Constitucional señaló que:

(...) sólo el legislador podrá establecer los casos en los cuales puede limitarse el ejercicio del derecho de reunión y manifestación. Aunque la norma aprobada no consagre expresamente las figuras de aviso o notificación previa para las reuniones públicas, como sí lo hacen otras constituciones europeas y latinoamericanas, la facultad otorgada por la Constitución de 1991 al legislador le permitirá reglamentar el derecho y establecer el aviso previo a las autoridades, determinar los casos en que se requiere y la forma como debe presentarse para informar la fecha, hora y lugar de la reunión o la manifestación. Es importante señalar, que la finalidad del aviso previo, a la luz de la Constitución de 1991, no puede ser la de crear una base para que la reunión o la manifestación sea prohibida. Tiene por objeto informar a las autoridades para que tomen las medidas conducentes a facilitar el ejercicio del derecho sin entorpecer de manera significativa el desarrollo normal de las actividades comunitarias.

Como la Constitución no determinó en forma expresa los valores o derechos que deben protegerse para justificar las limitaciones al derecho de reunión y manifestación, sino que otorgó una facultad general al legislador para determinar los casos en los cuales se puede limitar su

Jurisprudencia
Corte Constitucional

Naciones Unidas, Comisión de Derechos Humanos, Informe del Relator Especial sobre la promoción y protección del derecho a la libertad de opinión y expresión, E/CN.4/2000/63 del 18 de enero de 2000, párr. 38.
Corte Constitucional, sentencia C-024 de 1994, M. P. Alejandro Martínez Caballero.

3
4

ejercicio, será tarea de los jueces estudiar las limitaciones constitucionalmente aceptables, mediante la creación de fórmulas de equilibrio que permitan conciliar el libre ejercicio del derecho y el orden público, así como armonizar los conflictos del derecho de reunión y manifestación de ciertas personas con el ejercicio de los derechos fundamentales de los demás.

Generalmente las limitaciones al ejercicio del derecho de reunión y manifestación se encuentran vinculadas al mantenimiento del orden público. Con el fin de evitar posibles arbitrariedades se han establecido criterios para calificar las hipótesis de hecho en las cuales se justifica disolver o impedir el desarrollo de una reunión. En las líneas generales estos criterios deben estar dirigidos exclusivamente a evitar amenazas graves e inminentes. Por lo general, es insuficiente un peligro eventual y genérico, un simple temor o una sospecha. La naturaleza del derecho de reunión, en sí mismo conflictivo, no puede ser la causa justificativa de normas limitativas del mismo. No se puede considerar el derecho de reunión y manifestación como sinónimo de desorden público para restringirlo *per se*.⁵

Con base en este pronunciamiento, la Corte⁶ aceptó la constitucionalidad de la siguiente norma de la Ley 137 de 1994, “Por la cual se reglamentan los Estados de Excepción en Colombia”:

Artículo 38.
Ley 137 de 1994

Artículo 38. Facultades. Durante el Estado de Conmoción Interior el Gobierno tendrá además la facultad de adoptar las siguientes medidas.

(...)

d) Someter a permiso previo o restringir la celebración de reuniones y manifestaciones, que puedan contribuir, en forma grave e inminente, a la perturbación del orden público, y disolver aquellas que lo perturben.

5 Corte Constitucional, sentencia T-546 de 1992, M. P. Jaime Sanín Greiffenstein y Eduardo Cifuentes Muñoz.

6 Corte Constitucional, sentencia C-179 de 1994, M. P. Carlos Gaviria Díaz.

3 El derecho a la libertad de asociación

La libertad de asociación es el derecho del individuo de unirse con otros en forma voluntaria y durable para la realización común de un fin lícito. Las asociaciones se caracterizan por su permanencia y estabilidad, el carácter ideal o espiritual –por oposición al físico o material– de la unión, por la estructura más o menos compleja que se desarrolla en el tiempo y por la tendencia a expandirse y a cobijar el mayor número de miembros interesados en los mismos fines. En cuanto a éstos, los individuos voluntariamente asociados no pueden realizar actividades que correspondan o estén reservadas al poder público, ni que utilicen medios no permitidos para lograr su propósitos, ni para realizar actividades que estén prohibidas a los seres humanos individualmente considerados.⁷

El derecho a la libertad de asociación, según la Corte Interamericana, contiene dos facetas: por un lado el derecho a formar asociaciones (libertad de asociación en materia laboral) y, por otro, el derecho a crear sindicatos que funcionen sin intromisiones del Estado (libertad de asociación en materia sindical o libertad sindical).

En materia laboral, el derecho a la libertad de asociación comprende:

(...) un derecho y una libertad, a saber: el derecho a formar asociaciones sin restricciones distintas a las permitidas en los incisos 2 y 3 de aquel precepto convencional y la libertad de toda persona de no ser compelida u obligada a asociarse. El Protocolo de San Salvador de 17 de noviembre de 1988, en su artículo 8.3, recoge la misma idea y precisa que, en materia sindical, “[n]adie podrá ser obligado a pertenecer a un sindicato”.⁸

En materia sindical, el derecho a la libertad de asociación:

(...) consiste básicamente en la facultad de constituir organizaciones sindicales y poner en marcha su estructura interna, actividades y programa de acción, sin intervención de las autoridades públicas que

Opinión Consultiva
Corte Interamericana
de Derechos Humanos

Jurisprudencia
Corte Interamericana
de Derechos Humanos

Jurisprudencia
Corte Interamericana
de Derechos Humanos

Corte Interamericana, Opinión Consultiva, OC/85 del 13 de noviembre de 1985, “La colegiación obligatoria de periodistas (arts. 13 y 29 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos)”, opinión separada del juez Rafael Nieto Navia, párr. 6.

Corte Interamericana, caso Baena Ricardo y otros, sentencia del 3 de febrero de 2001, párr. 159.

7

8

limiten o entorpezcan el ejercicio del respectivo derecho. Por otra parte, esta libertad supone que cada persona pueda determinar sin coacción alguna si desea o no formar parte de la asociación. Se trata, pues, del derecho fundamental de agruparse para la realización común de un fin lícito sin presiones o intromisiones que puedan alterar o desnaturalizar su finalidad.⁹

En este sentido, esta Corte ha señalado que “la libertad de asociación, en materia sindical, reviste la mayor importancia para la defensa de los intereses legítimos de los trabajadores y se enmarca en el *corpus juris* de los derechos humanos.”¹⁰

En Colombia, el derecho a la libertad de asociación se encuentra consagrado en el artículo 38 de la CP, y la Corte Constitucional ha dicho que se debe concebir desde dos puntos de vista: “en un sentido positivo, consagra la libertad de los ciudadanos de unirse para la constitución de asociaciones, así como la libertad de vincularse a las que ya existen; y en un sentido negativo, implica la imposibilidad de constreñir u obligar a formar parte de alguna.”¹¹ En virtud de estas consideraciones, se ha establecido que las disposiciones contenidas en los reglamentos internos de las asociaciones no pueden imponer restricciones al retiro voluntario de los asociados, porque estarían vulnerando el derecho constitucional a la asociación:

En efecto, los intereses particulares de la asociación, no pueden oponerse a la prevalencia y efectividad de las normas superiores. El derecho de los ciudadanos de retirarse voluntariamente de una asociación, es un derecho constitucional consagrado no solamente en nuestra Constitución Política, sino en normas internacionales, tales como la Declaración Universal de Derechos Humanos (art. 20, Libertad de Asociación), Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos (Ley 74 de 1968, art. 22, Derecho de Asociación), Convención Americana sobre Derechos Humanos (Ley 16 de 1972, art. 16 Libertad de Asociación), entre otros.¹²

9 Ibid., párr. 156.

10 Ibid., párr. 158.

11 Corte Constitucional, sentencia T-781 de 1998, M. P. Alfredo Beltrán Sierra.

12 Ibid.

4 La libertad sindical

El párrafo 3 del artículo 22 del PIDCP señala que:

Ninguna disposición de este artículo autoriza a los Estados Partes en el Convenio de la Organización Internacional del Trabajo de 1948, relativo a la libertad sindical y a la protección del derecho de sindicación [Convenio 87 de la OIT], a adoptar medidas legislativas que puedan menoscabar las garantías previstas en él ni a aplicar la ley de tal manera que pueda menoscabar esas garantías.

Así mismo, el artículo 8.1.a del Protocolo de San Salvador consagra la obligación de los Estados Partes de garantizar:

(...) el derecho de los trabajadores a organizar sindicatos y a afiliarse al de su elección para la protección y promoción de sus intereses. Como proyección de este derecho los Estados partes permitirán a los sindicatos formar federaciones y confederaciones nacionales y asociarse a las ya existentes, así como formar organizaciones sindicales internacionales y asociarse a la de su elección. Los Estados partes también permitirán que los sindicatos, federaciones y confederaciones funcionen libremente.

Igualmente, el artículo 8 del Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales (PIDESC) consagra el derecho de toda persona a fundar sindicatos y a afiliarse al de su elección “con sujeción únicamente a los estatutos de la organización correspondiente, para promover y proteger sus intereses económicos y sociales”. En el mismo sentido que el PIDCP, el PIDESC consagra la obligación de los Estados Partes del Convenio 87 de la OIT sobre libertad sindical, de no adoptar medidas legislativas o aplicar la ley de forma que se menoscaben las garantías previstas en dicho Convenio.

En relación con la libertad sindical y como consecuencia de los anteriores artículos, es imprescindible referirse a los convenios suscritos en el ámbito de la Organización Internacional del Trabajo (OIT), que es un organismo especializado de las Naciones Unidas que procura fomentar la justicia social y los derechos humanos y laborales internacionalmente reconocidos.

La OIT formula normas internacionales del trabajo, que revisten la forma de convenios y recomendaciones, por las que se fijan unas condiciones mínimas en materia de derechos laborales fundamentales: libertad sindical, derecho de

Artículo 22.
Pacto Internacional
de Derechos Civiles
y Políticos

Artículo 8.
Protocolo de
San Salvador

sindicación, derecho de negociación colectiva, abolición del trabajo forzoso, igualdad de oportunidades y de trato, así como otras normas por las que se regulan condiciones que abarcan todo el espectro de cuestiones relacionadas con el trabajo.

Al respecto, la Corte Constitucional ha señalado que los Convenios de la OIT, entre ellos la Constitución de la OIT y los Convenios 87 y 98 sobre libertad sindical, forman parte del bloque de constitucionalidad, por lo que tienen jerarquía constitucional.¹³

El derecho a la libertad sindical es un principio establecido en la Constitución de la OIT, se constituye en una obligación para todos sus Estados Miembros. Por tal motivo, no obstante que un Estado miembro no haya ratificado los Convenios sobre Libertad Sindical, tiene la obligación de cumplir y aplicar las directrices que le son consustanciales.

En relación con el contenido de los Convenios 87 y 98 de la OIT, conviene tener en cuenta que:

- El Convenio 87 de la OIT *relativo a la libertad sindical y a la protección del derecho de sindicación*,¹⁴ establece el derecho de los trabajadores y los empleadores a constituir libremente organizaciones para fomentar y defender sus intereses respectivos, y a ingresar en las de su propia elección, sin autorización previa. También establece las garantías para su libre funcionamiento, sin injerencia de las autoridades.
- El Convenio 98 *sobre el derecho de sindicación y de negociación colectiva de 1949*,¹⁵ dispone la protección de los trabajadores contra todo acto de discriminación tendiente a menoscabar la libertad sindical, establece la protección de las organizaciones de trabajadores y empleadores contra actos de injerencia mutua, y prevé medidas encaminadas a promover la negociación colectiva.

La CP consagra el núcleo de los anteriores convenios en su artículo 39, al señalar que:

Los trabajadores y empleadores tienen el derecho a constituir sindicatos o asociaciones, sin intervención del Estado. Su reconocimiento jurídico se producirá con la simple inscripción del Acta de Constitución.

Artículo 39.
Constitución Política

13 Corte Constitucional, sentencias T-568 de 1999, M. P. Carlos Gaviria Díaz y C-567 de 2000, M. P. Alfredo Beltrán Sierra.
14 Entró en vigor en Colombia el 16 de noviembre de 1977, en virtud de la Ley 26 de 1976.
15 Entró en vigor en Colombia el 16 de noviembre de 1977, en virtud de la Ley 27 de 1976.

La estructura interna y el funcionamiento de los sindicatos y organizaciones sociales y gremiales se sujetarán al orden legal y a los principios democráticos.

La cancelación o la suspensión de la personería jurídica sólo procede por vía judicial.

Se reconoce a los representantes sindicales el fuero y las demás garantías necesarias para el cumplimiento de su gestión.

Frente a este derecho, la Corte Constitucional ha manifestado lo siguiente:

(...) la libertad de asociarse en sindicatos no es otra cosa que la proyección de un conjunto de libertades fundamentales del hombre, como las de expresión y difusión del pensamiento y opiniones e información, y de reunión, las cuales conducen a afirmar el derecho de participación en la toma de decisiones relativas a los intereses comunes de los asociados, que constituye el punto de partida para la participación política.¹⁶

Como se mencionó, los derechos sindicales fundamentales permiten a los trabajadores constituir y afiliarse a organizaciones sindicales. Para que una organización sindical pueda realizar sus funciones necesita normas de funcionamiento a fin de poder desarrollar un trabajo eficiente en la promoción y defensa de los derechos de los trabajadores y las trabajadoras.

Estas normas o reglas de funcionamiento se encuentran contenidas en los estatutos, los cuales se obtienen como resultado de un acuerdo entre los afiliados. Los afiliados son los responsables de establecer las normas que regirán la organización. Los estatutos constituyen la norma fundamental de un sindicato dado que:¹⁷

- Proclaman los objetivos y principios de la organización.
- Señalan los derechos y deberes de los miembros.
- Fijan el monto de la cuota sindical.
- Precisan los procedimientos de elección de la dirigencia.
- Determinan las funciones de la asamblea general.

Jurisprudencia
Corte Constitucional

Corte Constitucional, sentencia T-441 de 1992, M. P. Alejandro Martínez Caballero.
Organización Internacional del Trabajo (OIT), *Manual de Derechos Sindicales*, at. <http://www.oit.org.pe>

16
17

La constitución de sindicatos se realiza sin necesidad de autorización previa de autoridad o persona particular alguna, sólo basta que un grupo de trabajadores decida fundar uno y que se ajuste a las disposiciones legales que determina la legislación laboral nacional.

Para que se reconozca la legitimidad de un sindicato éste debe ser representativo del sector que quiera organizar, e independiente de toda autoridad pública, privada, partido político, o cualquiera otra persona.

Asimismo, los trabajadores que decidan afiliarse podrán hacerlo libremente, sin coacción e impedimento de la autoridad o de cualquiera otra persona.

Respecto a los derechos sindicales fundamentales, la OIT señala los siguientes:¹⁸

- El primero y el más fundamental es el derecho de todos los trabajadores y empleadores, sin ninguna distinción, a constituir las organizaciones que estimen convenientes y de afiliarse a ellas sin autorización previa.
- El derecho para las organizaciones sindicales, sin injerencia de las autoridades públicas, de redactar sus estatutos y reglamentos administrativos, de elegir libremente sus representantes, de organizar su administración y sus actividades, y el de formular sus programas de acción.
- El derecho para las organizaciones sindicales de constituir y afiliarse a federaciones y confederaciones, y el derecho de toda federación o confederación de afiliarse a organizaciones internacionales de trabajadores.
- La protección contra la disolución o suspensión por vía administrativa.
- El derecho a la inviolabilidad de los locales sindicales, de la correspondencia y de las conversaciones telefónicas.
- La protección de los trabajadores contra todo acto de discriminación tendiente a menoscabar la libertad sindical en relación con su empleo.
- La protección de las organizaciones de trabajadores contra todo acto de injerencia por parte de los empleadores en su constitución, funcionamiento o administración.
- El derecho para las organizaciones de trabajadores de negociar con los empleadores contratos colectivos con objeto de reglamentar las condiciones de trabajo en una empresa o industria.
- La protección para los representantes sindicales contra detención o arresto en relación con sus actividades sindicales.

- El derecho de los trabajadores y de sus sindicatos de hacer huelga como medio de promover y defender sus intereses económicos y sociales.
- El derecho a la educación y a la formación profesional.

El principal instrumento a disposición de los sindicatos para promocionar y proteger los derechos de los trabajadores es la negociación colectiva que se puede definir como: “Un proceso de negociación entre trabajadores y empleadores y sus representantes con miras a reglamentar las condiciones de trabajo, los términos de empleo y toda cuestión de interés común para los trabajadores y trabajadoras”.¹⁹

Este proceso termina con la firma de un documento entre el empleador y el sindicato: el convenio colectivo que complementa los derechos que no están contemplados en la legislación laboral vigente.

En torno a las limitaciones permisibles del derecho a libertad sindical, la Corte Constitucional ha expresado que:

No es admisible reconocer el carácter absoluto de la libertad sindical, en la medida en que la propia Constitución establece como limitación, concretable por el legislador, que “la estructura interna de los sindicatos y organizaciones sociales y gremiales se sujetarán al orden legal y a los principios democráticos” (art. 39 inciso 2) y que, los Convenios Internacionales sobre derechos humanos autorizan que por vía legislativa puedan imponerse restricciones a los derechos, en cuanto ellas sean necesarias, mínimas, indispensables y proporcionadas a la finalidad que se persiga, para garantizar la seguridad nacional, el orden, la salud o moral públicos, los derechos y deberes ajenos y, en general, el cumplimiento de cualquier finalidad que se estime esencialmente valiosa.²⁰

El derecho a la huelga

El derecho a la huelga se encuentra consagrado en el artículo 8.1.d) del PIDESC (“Los Estados Parte se comprometen a garantizar el derecho de huelga, ejercido de conformidad con las leyes de cada país”), y en el artículo 8.1.b) del Protocolo de San Salvador (“Los Estados partes garantizarán el derecho a la huelga”).

Jurisprudencia
Corte Constitucional

Ibíd. 19

Corte Constitucional, sentencia C-797 de 2000, M. P. Antonio Barrera Carbonell. 20

Este derecho, al igual que el derecho a la libertad de reunión y de asociación, puede ser restringido siempre y cuando las restricciones:

1. estén previstas por la ley;
2. sean necesarias en una sociedad democrática;
3. sean en interés de: a) la seguridad nacional, o b) la seguridad pública, o c) el orden público;
4. o para proteger: a) la salud o la moral públicas, o b) los derechos y libertades de los demás.

A pesar de que ningún convenio de la OIT reconoce expresamente el derecho de huelga, en la práctica la OIT reconoce que este derecho es uno de los medios esenciales por los cuales los trabajadores y los sindicatos pueden promover y defender sus intereses.

Durante su segunda reunión en 1952, el Comité de Libertad Sindical de la OIT afirmó el principio del derecho de huelga declarando que es “un elemento esencial de los derechos sindicales”. Por consiguiente, las quejas referentes al derecho de huelga pueden ser sometidas al Comité de Libertad Sindical de la OIT en la medida en que su restricción se considera como una violación del ejercicio de los derechos sindicales.

La CP consagra el derecho de huelga en su artículo 56: “Se garantiza el derecho de huelga, salvo en los servicios públicos esenciales definidos por el legislador. La ley reglamentará este derecho (...)”

La Corte Constitucional condicionó la constitucionalidad de algunas disposiciones del Código Sustantivo de Trabajo que prohíben la huelga en todos los servicios públicos, argumentando que “las limitaciones constitucionales al derecho de huelga deben ser interpretadas de manera que se busque armonizar los derechos de los usuarios de los servicios públicos esenciales con el derecho de huelga de los trabajadores”,²¹ y expresando que la Constitución sólo hace referencia a los servicios públicos esenciales, por lo que el legislador no puede ampliar la prohibición de huelga a todos los servicios públicos. Adicionalmente, la Corte puede realizar un control material sobre las decisiones legislativas, en aras de establecer si una determinada actividad constituye o no un servicio público esencial, pues:

(...) la Constitución ha establecido dos requisitos diferentes para que se pueda excluir el derecho de huelga de una determinada actividad. En primer término, es necesario que ésta sea materialmente un servicio público esencial. Y, en segundo término, desde el punto de vista formal, es necesario que el Legislador haya expresamente definido la actividad como servicio público esencial y restringido el derecho de huelga en ella.(...)²²

El legislador ha definido como servicios públicos esenciales los siguientes: la actividad de banca central (Ley 31 de 1992, art. 39), los servicios públicos domiciliarios de acueducto, alcantarillado, aseo, energía eléctrica, distribución de gas combustible, telefonía pública (fija) básica conmutada y la telefonía local móvil en el sector rural (Ley 142 de 1994, arts. 1 y 4) y la salud.²³

La prohibición de la huelga en el caso de las empresas que tienen a su cargo la prestación de servicios públicos esenciales no implica una negación de su derecho a la negociación colectiva, pues el artículo 452 del Código Sustantivo del Trabajo consagra la figura del Tribunal de Arbitramento Obligatorio como mecanismo especial para tramitar los conflictos colectivos de trabajo que se presenten en estas empresas, cuando no hubieren podido resolverse mediante arreglo directo o por conciliación.

Por su parte, frente a la naturaleza del derecho de huelga, la Corte ha expresado lo siguiente:

El derecho de huelga (CP, art. 56), junto con el derecho de asociación sindical (CP, art. 39), y las diversas formas de negociación colectiva (CP, art. 55), constituyen un trípode sobre el cual se edifica el derecho colectivo del trabajo, el cual busca equilibrar las relaciones entre los patrones y los trabajadores.

(...)

Como vemos, el derecho de huelga está en conexión directa no solo con claros derechos fundamentales –como el derecho de asociación y sindicalización de los trabajadores (CP, arts. 38 y 39)*– sino también

Ibíd.

22

Corte Constitucional, sentencia T-556 de 2000, M. P. Eduardo Cifuentes Muñoz.

23

Sobre el carácter fundamental del derecho de asociación sindical ver, entre otras, Corte Constitucional, sentencia T-418 del 19 de junio de 1992, M. P. Simón Rodríguez Rodríguez.

*

con evidentes principios constitucionales como la solidaridad, la dignidad, la participación (CP, art. 1) y la realización de un orden justo (CP, art. 2). En particular es importante su conexión con el trabajo que, como esta Corporación ya lo ha señalado en repetidas ocasiones, es no sólo un derecho constitucional fundamental sino también uno de los principios esenciales del Estado social de derecho colombiano.^{*} Todo ello muestra el lugar central y preferente que ocupa el derecho de huelga en el ordenamiento constitucional colombiano.²⁴

En ocasiones, el ejercicio del derecho a la huelga suele conllevar el despido de los trabajadores que, como miembros de un sindicato o dirigentes sindicales, han convocado la huelga. En estos casos, el hecho del despido (individual o colectivo) constituye una clara violación del derecho a la libertad sindical.

El Comité de Libertad Sindical de la OIT, al resolver el caso No. 1569 (contra Panamá), consideró que “el despido masivo de dirigentes sindicales y trabajadores del sector público por el paro del día 5 de diciembre de 1990 es una medida que puede comprometer seriamente las posibilidades de acción de las organizaciones sindicales en el sector público en las instituciones donde existan”, y que, en consecuencia, tal despido significó una grave violación al Convenio 98 relativo a la aplicación de los principios del derecho de sindicación y de negociación colectiva.²⁵

* Ver, entre otras, las sentencias T-406/92 del 5 de junio de 1992 y C-606/92 del 14 de diciembre de 1992.
24 Corte Constitucional, sentencia T-473 de 1994, M. P. Alejandro Martínez Caballero.
25 Corte Interamericana, caso Baena Ricardo y otros, sentencia del 3 de febrero de 2001, párr. 162.

Tipología de las violaciones

Violación del derecho a la libertad de reunión

La violación se configura cuando:

- a) El Estado omite su deber de garantizar el derecho a reunirse pacíficamente y sin armas. Por ejemplo, porque particulares impidan el ejercicio de este derecho.
- b) El Estado, por medio de sus autoridades, restringe o impide este derecho:
 - Sin base en una previsión normativa.
 - Sin que sea necesaria esta limitación en una sociedad democrática en interés de la seguridad nacional, la seguridad pública o el orden público o para proteger la salud o moral públicas, o los derechos y las libertades de los demás.

Violación del derecho a la libertad de asociación

La violación se configura cuando:

- a) El Estado impida a las personas asociarse con otras para promover, ejercer y proteger sus intereses legítimos de orden político, económico, religioso, social, cultural, profesional, sindical o de cualquier índole.
- b) El Estado constriñe u obliga a una persona a formar parte de alguna asociación, o impide el retiro voluntario de la misma.
- c) Cuando las restricciones a este derecho:
 - No tengan como base una previsión normativa.

- No sea necesaria esta limitación en una sociedad democrática en interés de la seguridad nacional, la seguridad pública o el orden público, o para proteger la salud o moral públicas, o los derechos y las libertades de los demás.

Violación del derecho a la libertad sindical

La violación se configura cuando:

- a) El Estado impide o restringe el ejercicio del derecho a fundar sindicatos, a afiliarse al de su elección, a elegir sus autoridades, a ejercer la promoción y protección de sus derechos laborales, incluido el derecho de huelga, sin que concurran las restricciones legítimas señaladas en los instrumentos internacionales.
- b) Las autoridades intervengan en la redacción de los estatutos o reglamentos administrativos de uno o varios sindicatos.
- c) Las autoridades entren en los locales sindicales, intercepten la correspondencia o las llamadas telefónicas, sin mandato judicial que les autorice a ello.
- d) Se impide a las organizaciones sindicales constituir y afiliarse a federaciones y confederaciones, o a toda federación o confederación a afiliarse a organizaciones internacionales de trabajadores.
- e) El Estado no protege a las organizaciones de trabajadores contra todo acto de injerencia por parte de los empleadores en su constitución, funcionamiento o administración.
- f) Se limita arbitrariamente el derecho de las organizaciones de trabajadores a negociar con los empleadores contratos colectivos con objeto de reglamentar las condiciones de trabajo en una empresa o industria.
- g) Se arresta o detiene a los representantes por sus actividades sindicales.

- h) Se despide a los dirigentes sindicales sin ninguna justificación laboral, por haber ejercido el derecho a la huelga conforme a la legislación nacional vigente en el momento en que la huelga fue convocada.
- i) Se amenaza con cometer alguno de los anteriores actos mencionados o simplemente cuando se realizan estas amenazas en razón de su pertenencia a una asociación o sindicato.

1. Introducción

Los derechos políticos se encuentran consagrados en el artículo 21 de la Declaración Universal de los Derechos Humanos, en el artículo 25 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos (PIDCP) y en el artículo 23 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos (en adelante Convención Americana).

Estos derechos consisten en: 1) la oportunidad de participar en la dirección de los asuntos públicos, directamente o por medio de representantes libremente elegidos; 2) votar y ser elegido en elecciones periódicas, auténticas, realizadas por sufragio universal e igual, y por voto secreto que garantice la libre expresión de la voluntad de los electores; 3) tener acceso, en condiciones generales de igualdad, a las funciones públicas en su país.

En Colombia, el derecho genérico a la participación política, del cual se derivan los derechos políticos en particular, se encuentra consagrado en el artículo 40 de la Constitución Política (CP). En virtud de ese principio se asegura la participación directa o indirecta de los ciudadanos por medio de representantes en la conformación, ejercicio y control del poder político (art. 3º, CP).

En relación con la interpretación y el alcance del artículo 25 del PIDCP, el Comité de Derechos Humanos señaló que:

1. El artículo 25 del Pacto reconoce y ampara el derecho de todo ciudadano a participar en la dirección de los asuntos públicos, el derecho a votar y a ser elegido, y el derecho a tener acceso a la función pública. Cualquiera que sea la forma de constitución o gobierno que adopte un Estado, el Pacto impone a los Estados la obligación de adoptar las medidas legislativas o de otro tipo que puedan ser necesarias para garantizar que los ciudadanos tengan efectivamente la posibilidad de gozar de los derechos que ampara. El artículo 25 apoya el proceso del gobierno democrático basado en el consentimiento del pueblo y de conformidad con los principios del Pacto.

(...)

25. La libre comunicación de información e ideas acerca de las cuestiones públicas y políticas entre los ciudadanos, los candidatos y los representantes elegidos es indispensable para garantizar el pleno ejercicio de los derechos amparados por el artículo 25. Ello comporta la existencia de una prensa y otros medios de comunicación libres capaces de comentar cuestiones públicas sin censura ni limitaciones, así como de informar a la opinión pública. Requiere el pleno disfrute y respeto de los derechos garantizados en los artículos 19, 21 y 22 del Pacto, incluida la libertad de participar en actividades políticas individualmente o a través de partidos políticos y otras organizaciones, la libertad de debatir los asuntos públicos, de realizar manifestaciones y reuniones pacíficas, de criticar o de oponerse al gobierno, de publicar material político, de hacer campaña electoral y de hacer propaganda política.¹ (Véase el Capítulo X.)

Estos derechos sólo se reconocen a las personas que tienen la calidad de “ciudadanos”, no a todas las personas que residen en el territorio (por ejemplo, no se reconocen a los extranjeros), sin discriminación alguna y sin restricciones indebidas. En este sentido, el Comité de Derechos Humanos ha señalado que:

3. A diferencia de otros derechos y libertades reconocidos por el Pacto (que se garantizan a todas las personas dentro del territorio y sujetos a la jurisdicción del Estado), el artículo 25 protege los derechos de “cada uno de los ciudadanos”. En sus informes, los Estados deben describir las disposiciones jurídicas que definen la ciudadanía en el contexto de los derechos amparados por ese artículo. No se permite hacer distinción alguna entre los ciudadanos en lo concerniente al goce de esos derechos por motivos de raza, color, sexo, idioma, religión, opiniones políticas o de cualquier otra índole, origen nacional o social, posición económica, nacimiento o cualquier otra condición social. Las distinciones entre los que tienen derecho a la ciudadanía por motivo de nacimiento y los que la adquieren por naturalización pueden plantear cuestiones de compatibilidad con las disposiciones del artículo 25. En los informes de los Estados se deberá indicar si cualesquiera grupos, como los residentes permanentes, gozan de tales derechos en forma limitada, como por ejemplo, teniendo derecho a votar en las elecciones locales o a desempeñar determinados cargos públicos.²

1 Comité de Derechos Humanos, Observación General No. 25, “El derecho a participar en los asuntos públicos, derecho a votar y derecho al acceso, en condiciones de igualdad, a las funciones públicas”, párrs. 1 y 25.

2 *Ibid.*, párr. 3.

Al respecto, tanto la Convención de las Naciones Unidas sobre los Derechos Políticos de la Mujer como la Convención Interamericana de los Derechos Políticos de la Mujer, reconocen expresamente los derechos políticos de las mujeres en condiciones de igualdad, conforme al artículo 25 del PIDCP y el artículo 23 de la Convención Americana.

A diferencia del PIDCP, que solamente señala que no se podrán imponer “restricciones indebidas a estos derechos”, la Convención Americana (art. 23.2) indica que: “La ley puede reglamentar el ejercicio de los derechos y oportunidades a que se refiere el inciso anterior, exclusivamente por razones de edad, nacionalidad, residencia, idioma, instrucción, capacidad civil o mental, o condena, por juez competente en un proceso penal”.

Por tanto, se puede afirmar que conforme al PIDCP y a la Convención Americana, los derechos políticos pueden ser objeto de restricciones por razones de: 1) edad, 2) nacionalidad, 3) residencia, 4) idioma, 5) instrucción, 6) capacidad civil o mental, o 7) condena por juez competente en un proceso. Sin embargo, las restricciones deben basarse en criterios objetivos y razonables:

4. Cualesquiera condiciones que se impongan al ejercicio de los derechos amparados por el artículo 25 deberán basarse en criterios objetivos y razonables. Por ejemplo, puede ser razonable exigir que, a fin de ser elegido o nombrado para determinados cargos, se tenga más edad que para ejercer el derecho de voto, que deben poder ejercerlo todos los ciudadanos adultos. El ejercicio de estos derechos por los ciudadanos no puede suspenderse ni negarse, salvo por los motivos previstos en la legislación y que sean razonables y objetivos. Por ejemplo, la incapacidad mental verificada puede ser motivo para negar a una persona el derecho a votar o a ocupar un cargo público.

(...)

14. En sus informes, los Estados deben indicar y explicar las disposiciones legislativas, en virtud de las que se puede privar del derecho de voto a los ciudadanos. Los motivos para privarles de ese derecho deben ser objetivos y razonables. Si el motivo para suspender el derecho a votar es la condena por un delito, el periodo de tal suspensión debe guardar la debida proporción con el delito y la condena. A las personas a quienes se prive de libertad pero que no hayan sido condenadas no se les debe impedir que ejerzan su derecho a votar.³

Observación General
Comité de Derechos
Humanos

Además, conforme al artículo 27.2 de la Convención Americana, los derechos políticos y las garantías judiciales indispensables para la protección de tales derechos no pueden suspenderse en caso de guerra, de peligro público o de otra emergencia que amenace la independencia o seguridad del Estado parte de la Convención.

La CP reconoce de esta manera los anteriores derechos:

Artículo 40.
Constitución Política

Artículo 40.- Todo ciudadano tiene derecho a participar en la conformación, ejercicio y control del poder político. Para hacer efectivo este derecho puede:

1. Elegir y ser elegido.
2. Tomar parte en elecciones, plebiscitos, referendos y consultas populares y otras formas de participación.
3. Constituir partidos, movimientos y agrupaciones políticas sin limitación alguna: formar parte de ellos libremente y difundir sus ideas y programas.
4. Revocar el mandato de los elegidos en los casos y en la forma que establecen la Constitución y la ley.
5. Tener iniciativa en las corporaciones públicas.
6. Interponer acciones públicas en defensa de la Constitución y de la ley.
7. Acceder al desempeño de funciones y cargos públicos, salvo los colombianos, por nacimiento o por adopción, que tengan doble nacionalidad. La ley reglamentará esta excepción y determinará los casos a los cuales ha de aplicarse.

Las autoridades garantizarán la adecuada y efectiva participación de la mujer en los niveles decisorios de la Administración Pública.

En Colombia, la condición de ciudadano –mayor de 18 años– es requisito previo para el ejercicio de los derechos políticos, en particular para ejercer el derecho de sufragio, para ser elegido y para desempeñar cargos públicos que lleven anexa autoridad o jurisdicción (arts. 98 y 99 CP).

Al respecto, la Corte Constitucional ha aclarado lo siguiente:

Jurisprudencia
Corte Constitucional

La ciudadanía es pues el presupuesto esencial para el ejercicio de los derechos políticos y éstos, a su vez, se traducen en la facultad de los nacionales para elegir y ser elegidos, tomar parte en elecciones, plebis-

ritos, referendos, consultas populares, cabildos abiertos, revocatorias de mandatos, constituir partidos, movimientos y agrupaciones políticas, formar parte de ellos libremente y difundir sus ideas y programas, promover acciones de inconstitucionalidad en defensa de la integridad y supremacía de la Constitución y, en fin, desempeñar cargos públicos.⁴

La Corte Constitucional ha confirmado que en Colombia los derechos políticos tienen un carácter relativo:

(...) A diferencia de otros derechos fundamentales que tienen como titular a toda persona humana en principio, los derechos fundamentales de participación política se contraen específicamente a los nacionales,* toda vez que aquí el derecho no se reconoce a la persona humana en cuanto tal sino a ella en cuanto ciudadana del Estado.(...)⁵

Por su parte, la Ley 43 de 1993 regula lo relativo a la adquisición, renuncia, pérdida y recuperación de la nacionalidad colombiana, y las posibilidades que existen para que los extranjeros ejerzan algunos derechos políticos en el país.

La Carta Política establece que los derechos políticos se reservan a los nacionales, pero que la ley podrá conceder a los extranjeros residentes en Colombia el derecho al voto en las elecciones y consultas populares municipales o distritales (inciso 2º art. 100, CP).

En cuanto a las posibles restricciones de estos derechos, la Corte Constitucional ha sido enfática en afirmar que éstas tienen que acreditar un fundamento suficiente y razonable, porque en ningún caso pueden afectar el núcleo esencial del derecho a la igualdad de las personas. Por tal razón, esa Corporación ha sido siempre cautelosa en realizar un juicio de estricta proporcionalidad que le permita establecer cuándo se justifican las restricciones impuestas a los derechos políticos, pues el sacrificio individual que implican no supera el beneficio colectivo que se pretende.

Así por ejemplo, frente a una ley que condicionaba la posibilidad de que los colombianos residentes en el exterior pudieran votar para Senado, a la expedición de una ley posterior, la Corte consideró que con ello se desconocía,

Jurisprudencia
Corte Constitucional

Corte Constitucional, sentencia C-511 de 1999, M. P. Antonio Barrera Carbonell.

4

El artículo 100, inciso 2 de la Constitución Política (CP), faculta al legislador para conceder a los extranjeros residentes en Colombia el derecho al voto en las elecciones y consultas populares municipales o distritales.

*

Corte Constitucional, sentencia C-089 de 1994, M. P. Eduardo Cifuentes Muñoz.

5

(...) en forma clara, ostensible y abierta el derecho fundamental que tiene todo ciudadano a la participación en la conformación, ejercicio y control del poder político, y concretamente en lo que hace a la facultad de elegir y ser elegido. Necesario es destacar, que el derecho al voto es un derecho de aplicación inmediata, en los términos del artículo 85 de la Constitución Política, por manera que constituye quebranto a la Carta el deferimiento de su efectividad a la reglamentación legal.⁶

En esa misma ocasión se estudió el artículo 3° de la Ley 84 de 1993, que señalaba una fecha de corte de tres meses para la incorporación de nuevas cédulas al censo de votantes, y la Corte consideró que la restricción era “razonable y ajustada a la realidad de la organización electoral colombiana”. De manera semejante, la Corte aceptó la constitucionalidad de una norma que establece que los votos que favorecen al candidato cuyos familiares integran el jurado de votación o sean miembros de las comisiones escrutadoras serán excluidos del conteo en ese puesto de votación, por considerar que “en estas circunstancias, la efectividad del voto –entendida como capacidad para incidir en el resultado final de la elección–, debe ceder al interés superior de la transparencia del proceso electoral.”⁷

2. El derecho a votar y a ser elegido

Tanto el apartado b) del artículo 25 del PIDCP, como el apartado b) del párrafo 1 del artículo 23 de la Convención Americana, consagran el derecho de los ciudadanos a “votar y ser elegidos en elecciones periódicas, auténticas, realizadas por sufragio universal e igual y por voto secreto que garantice la libre expresión de la voluntad de los electores”.

En este sentido conviene tener en cuenta los dos aspectos que conlleva este derecho: por un lado, el derecho a votar o a elegir y, por otro, el derecho a ser elegido.

Cualquier restricción al ejercicio de este derecho, en sus dos aspectos:

1. tiene que estar reglamentado por ley;
2. sólo puede basarse en razones de edad, nacionalidad, residencia, idioma, instrucción, capacidad civil o mental;

6 Corte Constitucional, sentencia C-145 de 1994, M. P. Alejandro Martínez Caballero.

7 Corte Constitucional, sentencia C-142 de 2001, M. P. Eduardo Montealegre Lynett.

3. o por condena dictada por juez competente en proceso penal;
4. tiene que basarse en criterios objetivos y razonables.

Aunque los instrumentos internacionales no imponen ningún sistema electoral concreto, el sistema electoral elegido por un Estado debe garantizar que: 1) el voto sea secreto; 2) el sufragio sea universal e igual; 3) la delimitación de los distritos electorales y el método de asignación de votos no desvirtúen la distribución de los votantes ni comporten discriminación alguna contra ningún grupo; 4) las elecciones sean libres y periódicas.

21. Aunque el Pacto no impone ningún sistema electoral concreto, todo sistema electoral vigente en un Estado Parte debe ser compatible con los derechos amparados por el artículo 25 y garantizar y dar efecto a la libre expresión de la voluntad de los electores. Debe aplicarse el principio de un voto por persona y, en el marco del sistema electoral de cada uno de los Estados, el voto de un elector debe tener igual valor que el de otro. La delimitación de los distritos electorales y el método de asignación de votos no deben desvirtuar la distribución de los votantes ni comportar discriminación alguna contra ningún grupo, ni tampoco excluir o restringir en forma irrazonable el derecho de los ciudadanos a elegir libremente a sus representantes.

22. En sus informes, los Estados deben indicar las medidas que han adoptado para garantizar elecciones auténticas, libres y periódicas, y la forma en que su sistema o sistemas electorales garantizan y dan efecto a la libre expresión de la voluntad de los electores. En los informes se debe describir el sistema electoral y explicar cómo las distintas opiniones políticas de la comunidad están representadas en los órganos elegidos. En los informes deberán describirse asimismo las leyes y procedimientos que garantizan que los ciudadanos puedan ejercer de hecho libremente el derecho de voto e indicarse de qué forma la legislación garantiza el secreto, la seguridad y la validez del proceso electoral. Deberá explicarse la aplicación práctica de estas garantías en el periodo abarcado por el informe de que se trate.⁸

Observación General
Comité de Derechos
Humanos

Comité de Derechos Humanos, Observación General No. 25, "El derecho a participar en los asuntos públicos, derecho a votar y derecho al acceso, en igualdad, a las funciones públicas", párrs. 21 y 22.

El artículo 108 de la CP establece, de una manera bastante amplia, quiénes están facultados para postularse como candidato a cargos de elección popular, incluyendo a los miembros de partidos políticos, de movimientos políticos o sociales y de organizaciones sociales. La Corte Constitucional ha diferenciado estas categorías de la siguiente manera:

Un movimiento, de tipo social o político, es una empresa colectiva encaminada a establecer un nuevo orden dentro de la práctica social o a mantenerlo. El movimiento de tipo político, por su grado de organización y permanencia, está llamado a convertirse eventualmente en partido. La organización social, en cambio, mantiene sus propósitos políticos como objetivos que adquieren importancia coyuntural en la consecución de los fines de tipo social que posee la institución. El movimiento social no tiene el grado de organización del partido o de la organización social. Sus objetivos también son circunstanciales, pero su evolución puede derivar en un movimiento político.⁹

De conformidad con la Constitución el derecho a elegir y ser elegido y tomar parte en elecciones, no se limita de ninguna manera a los partidos y movimientos. Tanto en forma individual, como a través de movimientos sociales o grupos significativos de ciudadanos, se podrá lograr la inscripción de una candidatura para un cuerpo de elección popular.¹⁰

A su vez, la Ley 130 de 1994 ha dictado el Estatuto Básico de los partidos y movimientos políticos, iniciando con el siguiente artículo: “Artículo 1o. Derecho a Constituir Partidos y Movimientos. Todos los colombianos tienen derecho a constituir partidos y movimientos políticos, a organizarlos y a desarrollarlos, a afiliarse y retirarse de ellos libremente y a difundir sus ideas y programas.”

2.1. El derecho a votar

Conforme a la doctrina del Comité de Derechos Humanos, las condiciones o requisitos que se exijan en un país para el ejercicio del derecho al voto deben estar reguladas en la ley. A pesar de que la edad constituye una restricción

9 Corte Constitucional, sentencia C-089 de 1994, M. P. Eduardo Cifuentes Muñoz.

10 Ibid.

legítima a este derecho (normalmente la legislación comparada establece un límite mínimo de 18 a 21 años para su ejercicio), no constituyen restricciones objetivas y razonables:

1. La discapacidad física de una persona (no la mental verificada).
2. Su capacidad para leer y escribir. Respecto de las personas analfabetas, los Estados tienen la obligación de poner a disposición de las mismas métodos (como fotografías o símbolos) que garanticen que estas personas puedan votar contando con suficiente información.
3. El nivel de instrucción.
4. La situación económica.
5. La pertenencia de una persona a un partido político.

Además, los Estados deben establecer mecanismos ágiles para la inscripción de las personas que se encuentren en capacidad de votar en el censo o padrón electoral, y deben realizar campañas de educación acerca del procedimiento(s) que establece la ley para la inscripción de los votantes.

En relación con las campañas electorales, el Pacto permite que la ley establezca un límite a los gastos en que pueden incurrir los partidos o candidatos electorales con la finalidad de no afectar la libre voluntad de los votantes. La asistencia que se brinde a los discapacitados, por ejemplo, para su traslado a los centros electorales, no debe condicionar su voto por un determinado candidato o partido.

Con la finalidad de garantizar la autenticidad de las elecciones, la ley debe crear una junta electoral independiente que supervise el proceso electoral y garantice que éste se desarrolla en forma justa e imparcial. Igualmente, y con la anterior finalidad, el proceso de escrutinio de votos y el proceso de recuento deberá realizarse de forma independiente y con posibilidad de revisión judicial u otro proceso equivalente.

La doctrina del Comité de Derechos Humanos establece que:

10. El derecho a votar en elecciones y referendos debe estar establecido por la ley y sólo podrá ser objeto de restricciones razonables, como la fijación de un límite mínimo de edad para poder ejercer tal derecho. No es razonable restringir el derecho de voto por motivos de discapacidad física ni imponer requisitos o restricciones relacionados con la capacidad para leer y escribir, el nivel de instrucción o la situación económica. La afiliación a un partido no debe ser condición ni impedimento para votar.

Observación General
Comité de Derechos
Humanos

11. Los Estados deben adoptar medidas eficaces para asegurar que todas las personas que tengan derecho a votar puedan ejercerlo. Cuando se exige que los votantes se inscriban, su inscripción debe facilitarse, y no deberán ponerse obstáculos para efectuarla. Si, para hacer la inscripción, existen requisitos relativos al lugar de residencia, éstos serán razonables y no deberán imponerse de forma que impidan a las personas que carezcan de vivienda ejercer su derecho de voto. Deberá prohibirse mediante disposiciones penales todo acto que interfiera en exceso con la inscripción o el voto, y esas disposiciones deberán aplicarse estrictamente. Para garantizar el ejercicio efectivo de los derechos consagrados en el artículo 25 por una comunidad bien informada es preciso hacer campañas de educación e inscripción de los votantes.

12. La libertad de expresión, la de reunión y la de asociación son condiciones esenciales para el ejercicio efectivo del derecho de voto y deben protegerse plenamente. Deberán adoptarse medidas positivas para superar toda dificultad concreta, como el analfabetismo, las barreras lingüísticas, la pobreza o los obstáculos a la libertad de circulación, que impidan a las personas con derecho de voto ejercer sus derechos en forma efectiva. Se deberá disponer de información y material acerca de la votación de los idiomas de las distintas minorías. Deben adoptarse métodos concretos, como fotografías y símbolos, para que los electores analfabetos puedan votar contando con suficiente información. Los Estados Partes deberán indicar en sus informes la forma en que se hace frente a las dificultades mencionadas en el presente párrafo.

(...)

19. De conformidad con el apartado b), las elecciones deben ser libres y equitativas, y celebrarse periódicamente en el marco de disposiciones jurídicas que garanticen el ejercicio efectivo del derecho de voto. Las personas con derecho de voto deben ser libres de votar a favor de cualquier candidato y a favor o en contra de cualquier propuesta que se someta a referéndum o plebiscito, y de apoyar al gobierno u oponerse a él, sin influencia ni coacción indebida de ningún tipo que pueda desvirtuar o inhibir la libre expresión de la voluntad de los electores. Estos deberán poder formarse una opinión de manera independiente, libres de toda violencia, amenaza de violencia, presión o manipulación de cualquier tipo. La limitación de los gastos en campañas electorales

puede estar justificada cuando sea necesaria para asegurar que la libre elección de los votantes no se vea afectada o que el proceso democrático quede perturbado por gastos desproporcionados en favor de cualquier candidato o partido. Los resultados de las elecciones auténticas deberán respetarse y ponerse en práctica.

20. Debe establecerse una junta electoral independiente para que supervise el proceso electoral y garantice que se desarrolla en forma justa e imparcial y de conformidad con disposiciones jurídicas compatibles con el Pacto. Los Estados deben tomar medidas para garantizar el carácter secreto del voto durante las elecciones, incluida la votación cuando se está ausente de la residencia habitual, si existe este sistema. Ello comporta la necesidad de que los votantes estén protegidos contra toda forma de coacción para revelar cómo van a votar o cómo han votado, y contra toda injerencia ilícita en el proceso electoral. La renuncia de estos derechos es incompatible con las disposiciones del artículo 25 del Pacto. Deberá garantizarse la seguridad de las urnas y los votos deben escrutarse en presencia de los candidatos o de sus agentes. Debe haber un escrutinio de los votos y un proceso de recuento independientes y con posibilidad de revisión judicial o de otro proceso equivalente a fin de que los electores tengan confianza en la seguridad de la votación y del recuento de los votos. La asistencia que se preste a los discapacitados, los ciegos o los analfabetos deberá tener carácter independiente. Deberá informarse plenamente a los electores acerca de estas garantías.¹¹

En relación con el derecho al voto, la CP señala en su artículo 258 que:

El voto es un derecho y un deber ciudadano. En todas las elecciones los ciudadanos votarán secretamente en cubículos individuales instalados en casa mesa de votación, con tarjetas electorales numeradas e impresas en papel que ofrezca seguridad, las cuales serán distribuida oficialmente. La organización electoral suministrará igualitariamente a los votantes instrumentos en los cuales deben aparecer identificados con claridad y en iguales condiciones todos los candidatos.

Artículo 258.
Constitución Política

Observación General No. 25, "El derecho a participar en los asuntos públicos, derecho a votar y derecho al acceso, en condiciones de igualdad, a las funciones públicas", párrs. 10-12, 19 y 20.

Jurisprudencia
Corte Constitucional

La ley podrá implantar mecanismos de votación que otorguen más y mejores garantías para el libre ejercicio de este derecho a los ciudadanos.

Así pues, en el ordenamiento constitucional colombiano se han incluido directamente una serie de garantías electorales con el fin de brindar mayor protección a la transparencia del voto, es decir, a la voluntad de los ciudadanos representada en las urnas. En este orden de ideas,

(...) se le concedió rango constitucional a la organización electoral (CP, arts. 263 ss.) –la cual fue elevada simultáneamente a la categoría de organismo independiente y autónomo (CP, arts. 113 y 120)–, e incluso, con el objeto de garantizar de manera más clara el libre ejercicio del voto, se reglamentó constitucionalmente que éste se efectuaría en cubículos secretos y a través de tarjetas electorales suministradas por la organización electoral.¹²

La Corte Constitucional ha afirmado que este derecho está supeditado a condiciones normativas que establezcan las circunstancias de validez del voto, individualmente considerado, así como de la actividad electoral, analizada en conjunto, en aras de rodear de garantías el ejercicio libre del voto, y maximizar la transparencia del proceso electoral. Lo anterior, porque a juicio de esa corporación:

Jurisprudencia
Corte Constitucional

El voto constituye, sin lugar a dudas, uno de los elementos centrales de la democracia. No podría comprenderse la democracia sin la existencia de elecciones, en las cuales se eligen los gobernantes a través del voto de los ciudadanos. El ejercicio del voto constituye una manifestación de la libertad individual, en la medida en que la persona selecciona el candidato de su preferencia. Así mismo, constituye base de la legitimidad del sistema. Desde el punto de vista del voto como derecho y manifestación de la libertad individual, la Corte ha señalado que se trata de un derecho complejo, que comporta la elección individual y supone la existencia de una organización prestadora. Además tiene una función organizacional, lo cual no le resta su carácter de derecho fundamental, de aplicación inmediata.¹³

12 Corte Constitucional, sentencia SU-747 de 1998, M. P. Eduardo Cifuentes Muñoz.

13 Corte Constitucional, sentencia C-142 de 2001, M. P. Eduardo Montealegre Lynett.

A fin de delimitar el núcleo esencial de este derecho, ha diferenciado tres elementos que lo componen:

El primero de ellos hace alusión a la libertad política de escoger un candidato. El segundo se refiere al derecho que tienen los ciudadanos a obtener del Estado los medios logísticos e informativos para que la elección pueda llevarse a término de manera adecuada y libre. Finalmente, el tercer elemento hace relación al aspecto deontológico del derecho, esto es, al deber ciudadano de contribuir con su voto a la configuración democrática y pluralista de las instituciones estatales.¹⁴

Por su parte, la Ley 131 de 1994 ha reglamentado el voto programático, consagrado en el artículo 259 de la Carta para la elección de gobernadores y acaldes, entendiendo por éste el mecanismo de participación mediante el cual los electores “imponen como mandato al elegido el cumplimiento del programa de gobierno que haya presentado como parte integral en la inscripción de su candidatura”, figura que se complementa con la posibilidad de revocar el mandato del candidato elegido, en caso de que incumpla con el programa de gobierno prometido (art. 2). La revocatoria del mandato se hará mediante convocatoria a pronunciamiento popular, con un memorial suscrito por un número de ciudadanos no inferior al 40% del total de votos que obtuvo el elegido, y requiere del voto afirmativo de la mitad más uno de los ciudadanos que participen en la respectiva convocatoria, “siempre que el número de sufragios no sea inferior al cincuenta y cinco por ciento (55%) de la votación válida registrada el día en que se eligió al respectivo mandatario” (art. 11).

La Ley 403 de 1997 ha creado el Certificado Electoral, que se expide por los jurados de votación, o por los registradores, al momento en que la persona ejerce su deber de votar en las elecciones y en los eventos relacionados con los demás mecanismos de participación constitucionalmente autorizados, y el cual constituye plena prueba para recibir una serie de beneficios, a saber: preferencia para el ingreso a instituciones de educación superior, empleos de carrera del Estado y adjudicación de becas y subsidios; descuentos en la matrícula para estudiantes de instituciones oficiales de educación superior, y rebaja de un mes en la prestación del servicio militar obligatorio.

La Corte Constitucional reconoció a los invidentes el derecho a votar mediante el sistema Braille; entre otras, la providencia ordena a la Registraduría Nacional del Estado Civil:

(...) que debe hacer publicidad con el fin de que los invidentes que quieran utilizar el sistema Braille hagan conocer su interés de votar con ese sistema a la Organización Electoral; debe también hacer acopio de la información del número de personas invidentes, con las organizaciones o asociaciones de invidentes que existan, diseñar una política y un programa que le permita identificar a los usuarios del sistema Braille u otro con el que se pueda determinar las personas invidentes que deseen votar sin acompañante, con el fin de determinar la cantidad de personas que ejercerán su derecho al voto por este sistema y tendrá un plazo máximo de un (1) año contado a partir de la fecha de esta sentencia para ponerlo en ejecución respecto de todos los invidentes que no han sido actores dentro de esta sentencia.(...)¹⁵

2.2. El derecho a ser elegido

Tanto el PIDCP como la Convención Americana consagran el derecho de los ciudadanos a presentarse a cargos electivos. Al igual que el “derecho a votar”, este derecho puede ser restringido por razones de edad, nacionalidad, residencia, idioma, instrucción, capacidad civil o mental. Sin embargo, cualquier restricción que se imponga al ejercicio del “derecho a ser elegido” tiene que basarse en criterios objetivos y razonables. En este sentido conviene tener en cuenta que no se viola este derecho cuando se exige que los candidatos para determinados cargos tengan una edad mayor que para ejercer el voto. En cambio, se viola este derecho cuando se imponen requisitos irrazonables o de carácter discriminatorio en relación con el nivel de instrucción, el lugar de residencia o la decencia de los candidatos, o bien, se impone como requisito el pago de derechos o el depósito de sumas exorbitantes, o un número no razonable de partidarios, para la presentación de candidaturas.

Según la doctrina del Comité de Derechos Humanos:

15. La realización efectiva del derecho y la posibilidad de presentarse a cargos electivos garantiza que todas las personas con derecho de voto puedan elegir entre distintos candidatos. Toda restricción del derecho a presentarse a elecciones, como la fijación de una edad mínima, deberá basarse en criterios objetivos y razonables. Las personas que de otro modo

reúnan las condiciones exigidas para presentarse a elecciones no deberán ser excluidas mediante la imposición de requisitos irrazonables o de carácter discriminatorio, como el nivel de instrucción, el lugar de residencia o la descendencia, o a causa de su afiliación política. Nadie debe ser objeto de discriminación ni sufrir desventajas de ningún tipo a causa de su candidatura. Los Estados Partes deben indicar y explicar las disposiciones legislativas en virtud de las cuales se puede privar a un grupo o categoría de personas de la posibilidad de desempeñar cargos electivos.

16. Las condiciones relacionadas con la fecha, el pago de derechos o la realización de un depósito para la presentación de candidaturas deberán ser razonables y no tener carácter discriminatorio. Si hay motivos razonables para considerar que ciertos cargos electivos son incompatibles con determinados puestos [por ejemplo, los de la judicatura, los militares de alta graduación y los funcionarios públicos], las medidas que se adopten para evitar todo conflicto de interés no deberán limitar indebidamente los derechos amparados por el apartado b). Las razones para la destitución de los titulares de cargos electivos deberán preverse en disposiciones legales basadas en criterios objetivos y razonables y que comporten procedimientos justos y equitativos.

17. El derecho de las personas a presentarse a elecciones no deberá limitarse de forma excesiva mediante el requisito de que los candidatos sean miembros de partidos o pertenezcan a determinados partidos. Toda exigencia de que los candidatos cuenten con un mínimo de partidarios [para presentar su candidatura] deberá ser razonable y no constituir un obstáculo a esa candidatura. Sin perjuicio de lo dispuesto en el párrafo 1 del artículo 5 del Pacto, las opiniones políticas no deberán usarse como motivo para privar a una persona del derecho a presentarse a elecciones.¹⁶

3 El derecho de acceder en condiciones de igualdad a cargos públicos

Mediante este derecho se consagra la posibilidad de que los ciudadanos accedan a cargos de la administración pública, en condiciones de igualdad, de-

Observación General No. 25, "El derecho a participar en los asuntos públicos, derecho a votar y derecho al acceso, en condiciones de igualdad, a las funciones públicas", párrs. 15-17.

pendiendo de criterios de mérito. Los procedimientos para el nombramiento, ascenso, suspensión y destitución de las personas que ostentan cargos en la administración pública deben basarse en criterios razonables, objetivos y no discriminatorios; estos procedimientos deberán estar sujetos a mecanismos judiciales u otros mecanismos de revisión.

Conforme a la doctrina del Comité de Derechos Humanos:

Observación General
Comité de Derechos
Humanos

23. El apartado e) del artículo 25 se refiere al derecho y a la posibilidad de los ciudadanos de acceder, en condiciones generales de igualdad, a cargos públicos. Para garantizar el acceso en condiciones generales de igualdad, los criterios y procedimientos para el nombramiento, ascenso, suspensión y destitución deben ser razonables y objetivos. Podrán adoptarse medidas positivas para promover la igualdad de oportunidades en los casos apropiados a fin de que todos los ciudadanos tengan igual acceso. Si el acceso a la administración pública se basa en los méritos y en la igualdad de oportunidades, y si se asegura la estabilidad en el cargo, se garantizará su libertad de toda injerencia o presión política. Reviste especial importancia garantizar que las personas no sean objeto de discriminación en el ejercicio de los derechos que les corresponden conforme al apartado e) del artículo 25 por cualquiera de los motivos especificados en el párrafo 1 del artículo 2.

24. En sus informes, los Estados deberán describir las condiciones para acceder a la administración pública, y los procesos de nombramiento, ascenso, suspensión y destitución o separación del cargo, así como los mecanismos judiciales u otros mecanismos de revisión aplicables a esos procesos. En los informes también debe indicarse cómo se cumple el requisito de acceso en igualdad de condiciones, y si se han adoptado medidas positivas para promover la igualdad de oportunidades y, en tal caso, en qué medida.¹⁷

Para garantizar este derecho, el artículo 125 de la CP ha establecido lo siguiente:

Artículo 125.
Constitución Política

Los empleos en los órganos y entidades del Estado son de carrera. Se exceptúan los de elección popular, los de libre nombramiento y remoción, los de trabajadores oficiales y los demás que determine la ley.

17 *Ibid.*, párrs. 23 y 24.

Los funcionarios, cuyo sistema de nombramiento no haya sido determinado por la Constitución o la ley, serán nombrados por concurso público.

El ingreso a los cargos de carrera y el ascenso en los mismos, se harán previo cumplimiento de los requisitos y condiciones que fije la ley para determinar los méritos y calidades de los aspirantes.

El retiro se hará: por calificación no satisfactoria en el desempeño del empleo; por violación del régimen disciplinario y por las demás causales previstas en la Constitución o la ley (...)

En desarrollo de esta disposición se expidió la Ley 443 de 1998, que regula la carrera administrativa y la define de la siguiente manera:

La carrera administrativa es un sistema técnico de administración de personal que tiene por objeto garantizar la eficiencia de la administración pública y ofrecer igualdad de oportunidades para el acceso al servicio público, la capacitación, la estabilidad en los empleos y la posibilidad de ascenso.

Para alcanzar estos objetivos, el ingreso, la permanencia y el ascenso en los empleos de carrera administrativa se hará exclusivamente con base en el mérito, sin que motivos como raza, religión, sexo, filiación política o consideraciones de otra índole puedan tener influjo alguno. Su aplicación, sin embargo, no podrá limitar ni constreñir el libre ejercicio del derecho de asociación a que se refiere el artículo 39 de la Constitución Política.

El sistema de carrera administrativa es la regla general para los empleos en los órganos del Estado, y la facultad de determinar cuando un empleo es de libre nombramiento y remoción corresponde al legislador, como también la de diseñar el mecanismo de elección y designación que para ellos opere en cada caso:

Encuentra la Corte que a la luz de la Constitución se pueden establecer unas excepciones al principio general de la carrera administrativa, pero siempre conservando la prioridad del sistema de carrera, connatural con los principios no sólo de eficacia y eficiencia y estabilidad administrativas, sino con la justicia misma de la función pública, que no es

Artículo 1.
Ley 443 de 1998

Jurisprudencia
Corte Constitucional

compatible con la improvisación e inestabilidad de quienes laboran para el Estado, y por el contrario establece el principio del merecimiento, como determinante del ingreso, permanencia, promoción y retiro del cargo.¹⁸

Por último, en referencia a las posibles restricciones que se pueden imponer sobre el derecho de participación del que son titulares todos los colombianos, y en concreto sobre el acceso al desempeño de funciones públicas, la Corte ha establecido que “si bien el legislador está habilitado en algunos casos para imponer restricciones, cuando lo haga las mismas deben ser excepcionales y acreditar un fundamento suficiente y razonable, pues ellas en ningún caso pueden afectar el núcleo esencial del derecho a la igualdad de las personas, cuya participación siempre deberá constituir objetivo prioritario del poder regulador.”¹⁹

4 El derecho a participar en la dirección de los asuntos públicos

El derecho a participar en la dirección de los asuntos públicos se refiere al ejercicio del poder político en sentido amplio y, por tanto, abarca los derechos anteriores. En este sentido, se puede afirmar que se participa en la dirección de los asuntos públicos:

1. Cuando se elige a los miembros de los órganos legislativos (de forma indirecta).
2. Cuando los miembros de los órganos legislativos y ejecutivos ejercen sus facultades.
3. Cuando los ciudadanos modifican la CP o deciden cuestiones de interés público mediante referendos, en los que se garantiza el voto universal, igual y secreto.
4. Cuando los ciudadanos asisten a asambleas populares facultadas para adoptar decisiones sobre cuestiones locales.
5. Cuando los ciudadanos ejercen influencia mediante el debate y el diálogo público con sus representantes. De ahí la importancia del derecho a la libertad de reunión, asociación y libertad de expresión.

18 Corte Constitucional, sentencia C-1345 de 2000, M. P. Fabio Morón Díaz.

19 *Ibid.*

Al respecto, el Comité de Derechos Humanos señaló en su Observación General No. 25 que:

5. La dirección de los asuntos públicos, mencionada en el párrafo a), es un concepto amplio que se refiere al ejercicio del poder político. Incluye el ejercicio de los poderes legislativo, ejecutivo y administrativo. Abarca todos los aspectos de la administración pública y la formulación y aplicación de políticas internacionales, nacionales, regionales y locales. La asignación de facultades y los medios por los cuales cada ciudadano ejerce el derecho a participar en la gestión de los asuntos públicos, protegido por el artículo 25, se determinarán por la constitución o por otras leyes.

6. Los ciudadanos participan directamente en la dirección de los asuntos públicos al ejercer sus facultades como miembros de órganos legislativos u ocupar cargos ejecutivos. El apartado b) apoya ese derecho a la participación directa. Los ciudadanos también participan directamente en la dirección de los asuntos públicos cuando eligen o modifican la constitución o deciden cuestiones de interés público mediante referendos u otros procesos electorales realizados de conformidad con el apartado b). Los ciudadanos pueden participar directamente asistiendo a asambleas populares facultadas para adoptar decisiones sobre cuestiones locales o sobre los asuntos de una determinada comunidad por conducto de órganos creados para representar a grupos de ciudadanos en las consultas con los poderes públicos. En toda situación en que se haya establecido una modalidad de participación directa de los ciudadanos, no deberá hacerse ninguna distinción entre los ciudadanos en lo que se refiere a su participación por los motivos mencionados con el párrafo 1 del artículo 2, ni deberán imponerse restricciones excesivas.

(...)

8. Los ciudadanos también participan en la dirección de los asuntos públicos ejerciendo influencia mediante el debate y el diálogo públicos con sus representantes y gracias a su capacidad para organizarse. Esta participación se respalda garantizando la libertad de expresión, reunión y asociación.

9. El apartado b) del artículo 25 establece disposiciones concretas acerca del derecho de los ciudadanos a participar en la dirección de los asun-

tos públicos en calidad de votantes o de candidatos a elecciones. (...)

26. El derecho a la libertad de asociación, en particular el derecho a fundar organizaciones y asociaciones interesadas en cuestiones políticas y públicas y a adherirse a ellas es un complemento esencial de los derechos amparados por el artículo 25. Los partidos políticos y sus afiliados desempeñan una función primordial en la dirección de los asuntos públicos y en los procesos electorales. Los Estados deben velar por que, en su organización interna, los partidos políticos respeten las disposiciones aplicables del artículo 25 a fin de que los ciudadanos puedan ejercer los derechos que se les garantizan en ese artículo.²⁰

En Colombia, el derecho a participar en la dirección de asuntos públicos se extendió ampliamente en 1991 con la nueva CP, que transfirió extensas facultades a los individuos y a los grupos sociales, dentro de un marco de democratización del diseño y funcionamiento de las instituciones públicas, y que se empiezan a reflejar con el amplio catálogo de derechos fundamentales consagrados en el Título II de la Carta. Así, en materia de participación electoral, los derechos no se limitan a la facultad de elegir y ser elegido, sino que se extienden a la posibilidad de ejercer mecanismos de participación directa tales como plebiscitos, referendos, consultas populares, cabildos abiertos, iniciativas legislativas y revocatoria del mandato (CP, art. 103).

Jurisprudencia
Corte Constitucional

Por otra parte, se asegura la participación de partidos y movimientos minoritarios en las mesas directivas de los cuerpos colegiados (CP, art. 112) y se permite la participación de los partidos o movimientos políticos que no hacen parte del gobierno en los organismos electorales (CP, art. 112). La Carta Política también establece el voto programático (CP, art. 259) y adiciona los mecanismos de participación en el proceso de reforma constitucional, permitiendo que grupos representativos de ciudadanos presenten proyectos de actos legislativos (CP, art. 375) o soliciten se sometan a referendo las reformas constitucionales aprobadas por el Congreso en materia de derechos y garantías fundamentales o de procedimientos de participación popular (CP, art. 377).²¹

Pero la democratización de la función pública no sólo se circunscribe al proceso electoral. En el campo legislativo, el artículo 155 de la CP confiere a los

20 Comité de Derechos Humanos, Observación General No. 25, "El derecho a participar en los asuntos públicos, el derecho a votar y el derecho al acceso, en condiciones de igualdad, a las funciones públicas", párrs. 5, 6, 8, 9 y 26.
21 Corte Constitucional, sentencia C-089 de 1994, M. P. Eduardo Cifuentes Muñoz.

grupos significativos de ciudadanos la posibilidad de presentar proyectos de ley o de reforma constitucional, y el 78 la de participar a través de organizaciones de consumidores y usuarios en el estudio de las disposiciones sobre control de calidad de los bienes y servicios ofrecidos y prestados a la comunidad. En el campo judicial, el artículo 116 otorga a los particulares la posibilidad de ser investidos transitoriamente de funciones jurisdiccionales, actuando como árbitros o conciliadores, y el 142 permite a todo ciudadano ejercer e intervenir en las acciones públicas que adelanta la Corte Constitucional en ejercicio de sus funciones, entre ellas las demandas de inconstitucionalidad contra las leyes.

5. Amenazas por parte de grupos armados irregulares contra candidatos y autoridades elegidas

En relación con las amenazas que han sufrido diferentes candidatos electorales en Colombia por parte de los grupos armados irregulares, la Comisión Interamericana de Derechos Humanos (CIDH), en su Tercer Informe sobre la Situación de los Derechos Humanos en Colombia señaló que:

Los actos de violencia perpetrados por los grupos paramilitares y los grupos disidentes armados contra candidatos electorales son incompatibles con las normas de protección de los civiles dictadas conforme al derecho humanitario internacional. Conforme explica la Comisión en el capítulo IV de este informe, no puede tratarse a los candidatos políticos y a las autoridades elegidas como blancos militares sobre la base de su mera participación en un proceso electoral. Además, muchos de los secuestros suponen la toma de rehenes, que está prohibida por el derecho humanitario internacional. Finalmente, como lo manifestó la Comisión en los comunicados de prensa emitidos con motivo del secuestro de observadores electorales nombrados por la OEA por parte del ELN, los actos de esta clase consumados por disidentes armados interfieren en el libre ejercicio del derecho de los colombianos a votar y participar en la política. La Comisión reitera su condena a todos los actos que interfieran en el ejercicio de este importante derecho reconocido en el artículo 23 de la Convención Americana.

La Comisión considera que la importancia del derecho a la participación política, consagrado en el artículo 23 de la Convención Americana, crea al Estado una obligación especial de actuar de manera afirmativa

y hacer todo lo que sea viable a fin de asegurar que los candidatos estén protegidos y que las elecciones se desarrollen sin interferencias.

Para la Comisión es motivo de suma preocupación la posibilidad de que estos ataques constantes, violatorios del derecho humanitario internacional, desemboquen en algún momento en una situación en la que la ciudadanía colombiana se vea privada de acceso efectivo al derecho al sufragio y a la participación política directa o representativa. La Comisión insta al Estado a tomar todas las medidas necesarias a fin de asegurar la protección de los derechos a la participación política, con objeto de que Colombia siga siendo un Estado plenamente democrático.²²

Entre las recomendaciones que la CIDH realizó al gobierno en este sentido, se encuentran:

Que adopte todas las medidas necesarias para garantizar el respeto por el derecho de la ciudadanía a la participación política. A este respecto, el Estado debería actuar afirmativamente para hacer todo lo posible por garantizar la protección de los candidatos y la celebración ordenada de las elecciones.

Que adopte medidas inmediatas y efectivas para proteger la vida y la integridad física de los funcionarios elegidos. Esas medidas deben incluir, como medio crucial para brindar protección, la investigación y sanción de quienes perpetren ataques contra los funcionarios elegidos.²³

Como consecuencia de lo anterior, y dado que los candidatos políticos y las autoridades elegidas son “personas que no participan directamente en las hostilidades” conforme al derecho internacional humanitario (DIH) (véase el Capítulo XVII, numeral 8.1.1.), todo atentado contra su vida o amenaza constituye una infracción del artículo 3 común a los 4 Convenios de Ginebra, y al artículo 4 del Protocolo Adicional II relativo a la protección de las víctimas en los conflictos armados no internacionales. Igualmente, estos actos constituyen un crimen de guerra en el caso de conflictos armados que no sean de índole internacional, según el artículo 8.2.c) i) del Estatuto de la Corte Penal Internacional.

22 Comisión Interamericana de Derechos Humanos (CIDH), OEA/Ser.L/V/II.102, Doc. 9 Rev. 1, del 26 de febrero de 1999, cap. IX, párrs. 38, 40 y 48.

23 *Ibid.*, cap. IX, F. Recomendaciones, literales 3 y 4.

El Estado se comprometió a respetar y garantizar los derechos reconocidos en la Convención Americana y en el PIDCP, entre ellos, el derecho a la vida, a la integridad personal y los derechos políticos. Por este motivo, el Estado tiene “(...) una obligación especial de actuar de manera afirmativa y hacer todo lo que sea viable a fin de asegurar que los candidatos estén protegidos y que las elecciones se desarrollen sin interferencias”.²⁴

En relación con el conflicto armado interno que se desarrolló en Guatemala, la Corte Interamericana de Derechos Humanos en el caso *Bámaca Velázquez*, señaló:

La Corte ha considerado demostrado que, al momento de los hechos del presente caso, se desarrollaba en Guatemala un conflicto interno. Como ya se ha afirmado este hecho, en vez de exonerar al Estado de sus obligaciones de respetar y garantizar los derechos de las personas, lo obligaban a actuar en manera concordante con dichas obligaciones (...)

La Corte Considera, con fundamento en el artículo 1.1 de la Convención Americana, que Guatemala está obligada a respetar los derechos y libertades reconocidos en ella y a organizar el poder público para garantizar a las personas bajo su jurisdicción el libre y pleno ejercicio de los derechos humanos. Lo anterior se impone independientemente de que los responsables de las violaciones de estos derechos sean agentes del poder público, particulares o grupos de ellos, ya que según las reglas del Derecho Internacional de los Derechos Humanos, la acción u omisión de cualquier autoridad pública constituye un hecho imputable al Estado que compromete su responsabilidad en los términos previstos en la misma Convención.²⁵

Por tanto, los atentados contra la vida y los actos de violencia perpetrados por los grupos disidentes armados contra candidatos electorales y/o autoridades elegidas, además de constituir una infracción al DIH, constituyen una violación del deber del Estado de garantizar los derechos políticos a sus ciudadanos. En relación con el deber de garantía, el Estado tiene la obligación de brindar protección a los candidatos electorales y/o a las autoridades elegidas, así como investigar y sancionar a quienes perpetren ataques contra los funcionarios elegidos.

Jurisprudencia
Corte Interamericana
de Derechos Humanos

Ibíd., cap. IX, párr. 40.
Corte Interamericana de Derechos Humanos (en adelante Corte Interamericana), caso *Bámaca Velázquez*, sentencia del 25 de noviembre de 2000, párrs. 207 y 210.

24
25

Tipología de las violaciones

Tipologías

Violación del derecho a votar y ser elegido

Se configura la violación cuando, en el marco de un proceso electoral:

- a) Se entorpece o conculca el ejercicio libre, personal y secreto del derecho a voto.
- b) Tiene lugar cualquier acto de la autoridad dirigido o que tiene como resultado impedir o negar indebidamente la inscripción a un ciudadano que cumple con los requisitos legales exigidos y tiene el derecho a ejercer los derechos políticos.
- c) El proceso de escrutinio y recuento de votos no se realiza de forma independiente o cuando no existe un proceso de revisión judicial u otro proceso equivalente.
- d) Los candidatos o partidos políticos prestan asistencia a discapacitados, ciegos, analfabetos o ancianos, condicionando su voto.
- e) Se impide, entorpece o restringe en forma arbitraria el derecho a postularse como candidato a un cargo electivo, por ejemplo, al imponerse como requisito el pago de un depósito exorbitante o un número mínimo de partidarios no razonable, para la presentación de su candidatura.
- f) Se destituye al titular de un cargo electivo sin base legal, o cuando la ley no disponga criterios objetivos y razonables que comporten procedimientos justos y equitativos para la destitución de un titular.
- g) Se produce cualquier tipo de fraude electoral.

Violación del derecho a la igualdad de condiciones en acceso a cargos públicos

Constituye violación cualquier acto o decisión de la autoridad que impide a una persona que cumple con los requisitos legales establecidos, acceder o desempeñar un cargo público, o que la separa de éste por

consideraciones fundadas únicamente en valoraciones subjetivas sobre sus opiniones políticas, sindicales, religiosas o en un trato discriminatorio. No constituye violación la discriminación positiva que se puede contemplar para determinados grupos de la población (mujeres, población indígena y afrocolombiana).

Los procedimientos de nombramiento, ascenso, suspensión o destitución, deberán estar sujetos a mecanismos judiciales o de otra índole de revisión.

Violación del derecho a participar en la dirección de asuntos públicos

La violación de este derecho se produce cuando se restringe, entorpece o impide en forma arbitraria la participación en actividades políticas o la creación y el funcionamiento de organizaciones, asociaciones o partidos políticos.

1. Introducción

Los niños gozan, en principio, de los mismos derechos que los adultos. Sin embargo, en virtud de su condición de especial vulnerabilidad, tienen derecho a protección, cuidado y ayuda especiales. En consecuencia, los derechos reconocidos en los instrumentos internacionales sobre derechos humanos se aplican y benefician igualmente a los niños, las niñas y a los adultos, a no ser que expresamente se introduzca una limitación a sus derechos con base en su situación especial, o se amplíe el nivel de protección otorgado dadas sus particulares características. Por ejemplo, en el artículo 16.1 de la Declaración Universal de Derechos Humanos se encuentra una restricción a los derechos de los menores cuando se reconoce a hombres y mujeres el derecho a casarse y fundar una familia, únicamente a partir de la “edad núbil”, o pubertad, la cual tendrá que ser determinada en cada legislación nacional. Un ejemplo de umbral superior de protección de la niñez se encuentra en el artículo 25.2 de la Declaración Universal de los Derechos Humanos cuando se indica que, “la maternidad y la infancia tienen derecho a cuidados y asistencia especiales” en relación con el derecho a un nivel de vida adecuado, la salud, el bienestar, los servicios sociales necesarios, entre otros. En este mismo sentido, el artículo 14.1 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos (PIDCP) contempla como una excepción al principio general de publicidad de las sentencias penales o contenciosas, consagrado en el mismo artículo, “(...) los casos en que el interés de menores de edad exija lo contrario, (...), o [en las acusaciones referentes] a la tutela de menores”.

El Protocolo Adicional a la Convención Americana sobre Derechos Humanos en materia de derechos económicos, sociales y culturales, o Protocolo de San Salvador,¹ en su artículo 16 señala que:

Todo niño sea cual fuere su filiación tiene derecho a las medidas de protección que su condición de menor requieren por parte de su familia, de la sociedad y del Estado. Todo niño tiene el derecho a crecer al

Artículo 16.
Protocolo de
San Salvador

Ratificado en Colombia mediante la Ley 319 de 1996 que entró en vigor el 16 de noviembre de 1999.

1

amparo y bajo la responsabilidad de sus padres; salvo circunstancias excepcionales, reconocidas judicialmente, el niño de corta edad no debe ser separado de su madre. Todo niño tiene derecho a la educación gratuita y obligatoria, al menos en su fase elemental, y a continuar su formación en niveles más elevados del sistema educativo.

El artículo 44 de la Constitución Política de Colombia (CP), además de consagrar que son “derechos fundamentales de los niños: la vida, la integridad física, la salud y la seguridad social, la alimentación equilibrada, su nombre y nacionalidad, tener una familia y no ser separados de ella (...)”, señala que “gozarán también de los demás derechos consagrados en la Constitución, en las leyes y en los tratados internacionales ratificados por Colombia”. Igualmente, el artículo 2 del Código del Menor indica que: “Los derechos consagrados en la Constitución Política, en el presente Código y en las demás disposiciones vigentes, serán reconocidos a todos los menores, sin discriminación alguna por razones de raza, color, sexo, idioma, religión, opinión política o cualquier otra condición suya, de sus padres o de sus representantes legales”.

Dentro del contexto del deber genérico de protección que tiene el Estado para con sus gobernados, en cuanto se refiere a la protección de la vida, honra, bienes, creencias y demás derechos y libertades, la CP consagró un deber de protección especial a favor de la niñez:

Como garantía del desarrollo integral del niño, la Constitución consagra derechos de protección (CP, art. 44) con los cuales lo ampara de la discriminación, de las prácticas lesivas a la dignidad humana y de cualquier tipo de indefensión que coloque en peligro su desarrollo físico y mental.

En razón de su condición de debilidad manifiesta, e incapacidad física y mental para llevar una vida totalmente independiente, los niños requieren una protección especial por parte del Estado, la familia y la sociedad. Lo anterior unido a la decisión del Constituyente de consagrar el principio de prevalencia de los derechos de los niños sobre los derechos de los demás, justifica el reconocimiento en su favor de derechos fundamentales distintos y adicionales a los consagrados para las personas en general.²

En consecuencia se consagró que los derechos de los niños ostentan un *plus* respecto de los demás, en virtud del principio de la prevalencia: “Los derechos de los niños prevalecen sobre los derechos de los demás” (artículo 3º, CP).

Además, conforme a la Ley 137 de 1994, “los derechos del niño, a la protección por parte de su familia, de la sociedad y del Estado”, no pueden ser suspendidos ni limitados en ninguna de las modalidades de los estados de excepción (artículo 4º). De acuerdo con ello, en tiempo de paz esos derechos deben armonizarse y adecuarse con los principios de la CP y los tratados sobre derechos humanos ratificados por Colombia sobre la materia.

2 La Convención sobre los derechos del niño

Con la finalidad de reforzar los derechos reconocidos en los instrumentos internacionales a todas las personas y, por tanto, a la niñez, y de consagrar otros derechos que tuvieran en cuenta la condición especial de este colectivo, se aprobó en 1989 la Convención de las Naciones Unidas sobre los derechos del niño,³ de la cual son signatarios prácticamente todos los países del mundo, con excepción de Somalia y de Estados Unidos de América.

La Convención constituye un compromiso de la comunidad internacional con los niños, las niñas y los jóvenes para la protección de sus derechos civiles y políticos, al igual que los económicos, sociales y culturales. Establece la obligación de garantizar a todos los niños –sin ningún tipo de discriminación– el beneficio de una serie de medidas especiales de protección y asistencia; acceso a la educación y atención médica; condiciones para desarrollar plenamente su personalidad, habilidades y talentos; un ambiente propicio para crecer con felicidad, amor y comprensión; y la información sobre la manera en que pueden alcanzar sus derechos y ser parte del proceso en una forma participativa.

En ella se consagra el principio general de que “en todas las medidas concernientes a los niños que tomen las instituciones públicas o privadas de bienestar social, los tribunales, las autoridades administrativas o los órganos legislativos, una consideración primordial a que se atenderá será el interés superior del niño” (párrafo 1, art. 3).

Este instrumento define como “niño” o “niña” a toda persona menor de 18 años, a menos que las leyes de un determinado país reconozcan antes la mayoría de edad. En definitiva, la Convención recoge:

Entró en vigor en Colombia el 28 de enero de 1991, en virtud de la Ley 12 de 1991.

(...) la doctrina de la protección integral, cuya base fundamental radica en que el niño, la niña y el joven son sujetos de derecho, capaces de ser protagonistas y merecedores de su desarrollo sostenido. La niñez y la juventud ya no es considerada como objeto de protección sino como sujeto de derecho, que requiere de una protección especial para su desarrollo integral y sostenible.⁴

3 Otros instrumentos internacionales que tratan el tema de la niñez

Aparte de la Convención sobre los derechos del niño, en el ámbito universal existen otros instrumentos internacionales que tratan sobre los derechos de los infantes, como:

- Declaración de los derechos del niño.⁵
- Protocolo Facultativo de la Convención sobre los derechos del niño relativo a la participación de los niños en conflictos armados.⁶
- Protocolo Facultativo de la Convención de los derechos del niño relativo a la venta de niños, prostitución infantil y la utilización de niños en pornografía.⁷
- Declaración sobre los principios sociales y jurídicos relativos a la protección y el bienestar de los niños, con particular referencia a la adopción y la colocación en hogares de guarda, en los planos nacional e internacional.⁸
- Reglas de las Naciones Unidas para la protección de los menores privados de libertad.⁹
- Directrices de las Naciones Unidas para la prevención de la delincuencia juvenil (Directrices de Riad).¹⁰
- Reglas Mínimas de las Naciones Unidas para la administración de la justicia de los menores (Reglas de Beijing).¹¹

4 Gabriela Vázquez, *Derecho civil y niñez*, Módulo sobre los derechos del niño en Guatemala, Proyecto "Implementación de la Convención sobre los Derechos del Niño", Organismo Judicial-Unicef, Guatemala, diciembre de 2001, p. 103.

5 Proclamada por la Asamblea General de las Naciones Unidas en su resolución 1386 (XIV), del 20 de noviembre de 1959.

6 Aprobado por la Asamblea General de las Naciones Unidas el 25 de mayo de 2000 mediante resolución A/RES/54/263, aprobado en Colombia por la Ley 833 de 2003.

7 Aprobado por la Asamblea General el 25 de mayo de 2000 mediante resolución A/RES/54/263, aprobado en Colombia por la Ley 765 de 2002.

8 Adoptadas por la Asamblea General de las Naciones Unidas en su resolución 41/85, del 3 de diciembre de 1986.

9 Adoptadas por la Asamblea General de las Naciones Unidas en su resolución 45/113, del 14 de diciembre de 1990.

10 Adoptadas y proclamadas por la Asamblea General de las Naciones Unidas en su resolución 45/112, del 14 de diciembre de 1990.

11 Adoptadas por la Asamblea General de las Naciones Unidas en su resolución 40/33, del 29 de noviembre de 1985.

En el ámbito de la Organización Internacional del Trabajo (OIT), también se han suscrito distintos acuerdos con la finalidad de proteger a los niños y las niñas de determinados trabajos, y de salvaguardar sus condiciones laborales, por ejemplo:

- Convenio 16 relativo al examen médico obligatorio de los menores empleados a bordo de buques.¹²
- Convenio 79 relativo a la limitación del trabajo nocturno de los menores en trabajos no industriales.
- Convenio 90 relativo al trabajo nocturno de los menores en la industria.
- Convenio 123 relativo a la edad mínima de admisión al trabajo subterráneo en las minas.
- Convenio 124 relativo al examen médico de aptitud de los menores para el empleo en trabajos subterráneos en las minas.
- Convenio 138 relativo a la edad mínima de admisión al empleo.¹³
- Convenio 182 relativo a la prohibición de las peores formas de trabajo infantil y la acción inmediata para su eliminación.¹⁴

En el ámbito nacional, entre los principales instrumentos legales de protección de los derechos de los niños, se encuentran:

- El Código del Menor, contenido en el Decreto 2737 de 1989.
- La Ley 449 de 1998, por medio de la cual se aprueba la Convención Interamericana sobre obligaciones alimentarias, realizada en Montevideo, el 15 de julio de 1989.
- La Ley 470 de 1998, por medio de la cual se aprueba la Convención Interamericana sobre tráfico internacional de menores, realizada en México el 18 de marzo de 1994.
- La Ley 471 de 1998, por medio de la cual se aprueba la Convención sobre la obtención de alimentos en el extranjero, realizada en Nueva York el 20 de junio de 1956.
- La Ley 123 de 1994, por medio de la cual se excluyen del impuesto sobre las ventas las boletas de entrada a los eventos deportivos y de recreación infantil.

Entró en vigor en Colombia el 20 de junio de 1933 en virtud de la Ley 129 de 1931.	12
Entró en vigor en Colombia el 2 de febrero de 2001 en virtud de la Ley 515 de 1999.	13
Aprobado por la Ley 704 de 2001.	14

- La Ley 124 de 1994, por la cual se prohíbe el expendio de bebidas embriagantes a menores de edad.
- El Decreto 1108 de 1994, por el cual se sistematizan, coordinan y reglamentan algunas disposiciones en relación con el porte y consumo de estupefacientes y sustancias psicotrópicas.
- El Decreto 859 de 1995, por el cual se crea el Comité Interinstitucional para la erradicación del trabajo infantil y la protección del menor trabajador.

4 El Código del Menor

Frente a la “doctrina de protección integral del niño” propugnada por la Convención de los derechos del niño, existen en diversos países latinoamericanos, entre ellos Colombia, códigos del menor que parten de la “doctrina de la situación irregular”. Según la Defensoría del Pueblo,

(...) esta doctrina ha sido cuestionada, especialmente porque supone una criminalización de la pobreza: allí donde se encuentren presentes las condiciones sociales y económicas “irregulares” que hagan imperativa la acción estatal, se actúa sobre el niño o la niña a través de medidas de protección. Este concepto ha dado lugar a que se presenten arbitrariedades tanto de orden administrativo como judicial.¹⁵

Igualmente, la Comisión Interamericana de Derechos Humanos (CIDH), en su Informe Especial sobre Colombia de 1999, señaló que:

El referido Código del Menor, de 1989, actualmente en vigencia, se fundamenta en la teoría de la “situación irregular”, cuyos principios se contrarían con la doctrina de la “protección integral”, que orientan tanto la Convención sobre Derechos del Niño como la Constitución Política colombiana de 1991. Conforme a los postulados de la teoría de la “situación irregular”, el niño es concebido como un sujeto al cual el Estado debe protección, siempre que el niño haya sido declarado en situación irregular, es decir, para que puedan operar los mecanismos de protección previstos en la ley el niño debe estar al margen de la ley.

Doctrina
Defensoría del Pueblo

Informe
Comisión Interamericana
de Derechos Humanos

15 Defensoría del Pueblo, “La niñez y sus derechos”, Boletín No.6, Bogotá, junio de 2000, p. 5.

Bajo este sistema, el niño es “concebido como un ser individualmente incapaz y socialmente enajenado”, acreedor de protección, pero no como una persona singular, titular plena de derechos.

Por contraposición, la Constitución de 1991 opta por los modernos postulados de la teoría de la “protección integral”, ya que ha concedido rango constitucional a los derechos de los niños, dándoles el carácter de prevalentes y ha impuesto a la familia, a la sociedad y al Estado la obligación de garantizar al niño su desarrollo armónico e integral y el ejercicio pleno de sus derechos. Asimismo, cuando en 1991 el Estado colombiano ratificó la Convención sobre los Derechos del Niño, éste adquirió la responsabilidad de garantizar la realización de los derechos en ella consagrados¹⁶

La doctrina de la situación irregular del menor no otorga un tratamiento diferenciado a menores supuestamente abandonados o cuyo interés superior exige que no permanezcan en su medio familiar,¹⁷ y de menores delincuentes, por lo que en la práctica concurren en los mismos lugares de internamiento. “El criterio para la decisión del juez es que si el niño es pobre o no tiene familia es peligroso para la sociedad y por ello hay que ‘protegerlo’ encerrándolo en una institución”.¹⁸

Conforme al artículo 30 del Código del Menor, un menor se encuentra en situación irregular cuando:

1. Se encuentre en situación de abandono o de peligro.
2. Carezca de la atención suficiente para la satisfacción de sus necesidades básicas.
3. Su patrimonio se encuentre amenazado por quienes lo administren.
4. Haya sido autor o partícipe de una infracción penal.
5. Carezca de representante legal.
6. Presente deficiencia física, mental o sensorial.
7. Sea adicto a sustancias que produzcan dependencia o se encuentre expuesto a caer en la adicción.
8. Sea trabajador en condiciones no autorizadas por la ley.
9. Se encuentre en una situación especial que atente contra sus derechos o su integridad.

Comisión Interamericana de Derechos Humanos (CIDH), Tercer Informe sobre la situación de Derechos Humanos en Colombia, OEA/Ser.L/II.102, Doc. 9 Rev. 1, 26 de febrero de 1999, cap. XIII, párrs. 22 y 23. 16

Véase el artículo 20 de la Convención sobre los derechos del niño. 17

Defensoría del Pueblo, ob. cit., p. 18. 18

Según la Defensoría del Pueblo, la doctrina de la protección integral [consagrada por la Convención sobre los derechos del niño], referida a los menores de edad infractores significa:

- Un cambio en el enfoque de las políticas de reeducación y tratamiento de adolescentes infractores y contraventores, así como niños en situación de abandono y demás expuestas en el Código del Menor.
- Modificación en la valoración de las pruebas y el fallo judicial, porque se tiene que acudir ya no en forma subsidiaria sino principal, al trabajo interdisciplinario con el fin de analizar factores conexos al problema y así aplicar medidas que garanticen un papel formador para hacer efectivo el ejercicio pleno de sus derechos fundamentales.
- El paso de un sistema tutelar a un sistema de garantías, que haga visible el enfoque pedagógico en el tratamiento del niño infractor, fortaleciendo la prevención del delito y no la represión y el castigo. El paso de medidas sancionatorias a medidas educativas, acompañadas de lineamientos claros para que el niño se integre al medio social con suficientes herramientas para superar los factores que lo llevaron a entrar en conflicto con la ley.
- La necesidad de establecer principios jurídicos básicos que garanticen los derechos de los niños y las niñas, del orden sustancial y procesal, principio de humanidad, principio de legalidad, principio de jurisdiccionalidad, principio de legítimo contradictorio, principio de inviolabilidad de defensa, principio de impugnación, principio de legalidad del procedimiento y principio de publicidad del proceso.¹⁹

Por su parte, el Comité de los Derechos del Niño de las Naciones Unidas (en adelante Comité de los Derechos del Niño) en sus observaciones finales sobre Colombia en octubre de 2000, señaló que:

Sigue preocupando al Comité que la legislación del Estado Parte sobre los derechos del niño no sea todavía enteramente compatible con los principios y disposiciones de la Convención, en particular porque la revisión del Código del Menor (1989), que comenzó en 1995, se retrasa.

El Comité recomienda que el Estado Parte revise su legislación existente y la armonice con todas las disposiciones de la Convención. También recomienda que el Estado Parte reactive el proceso iniciado para revi-

Observaciones
Comité de Derechos
del Niño

19 *Ibid.*, pp. 7 y 8.

sar el Código del Menor (1989). En este proceso deben participar todos los sectores que intervienen en la promoción y la protección de los derechos del niño y la actividad debe concluir lo antes posible.²⁰

Sin perjuicio de lo anterior, y conforme a los artículos 44 y 93 de la CP, deberán aplicarse en lo relativo a legislación de la niñez, cuando existan contradicciones entre el Código del Menor y la Constitución Política, o los tratados internacionales ratificados por Colombia que tratan sobre los derechos de los menores, estos últimos.

Además, tal y como señala el artículo 19 del Código del Menor: “Los Convenios y Tratados internacionales ratificados y aprobados de acuerdo con la Constitución y las leyes, relacionados con el menor, deberán servir de guía de interpretación y aplicación de las disposiciones del presente Código”.

5. Los derechos de los niños

A los efectos de este Manual se tratarán únicamente los derechos de la niñez en relación con:

- Los niños y el derecho a la libertad personal.
- Los niños y la administración de justicia.
- El trabajo infantil.
- La prohibición de explotación sexual.

Los temas relativos al derecho a la educación y los derechos socioeconómicos en general, los derechos de los niños desplazados, y los derechos de los niños en los países donde se desarrolla un conflicto armado interno se tratan en los capítulos que versan sobre estos temas (véanse los Capítulos XVII, XVIII, XIX y XX).

5.1. Los niños y el derecho a la libertad personal

Los niños, al igual que las personas adultas, gozan de los derechos reconocidos en la Convención Americana sobre Derechos Humanos (en adelante Con-

Naciones Unidas, Convención sobre los derechos del niño, Observaciones finales del Comité de los Derechos del Niño: Colombia 16/10/2000, CRC/C/15/Add.137 de 16 de octubre de 2000, párrs. 14 y 15.

Artículo 37.
Convención sobre
los Derechos del Niño

vención Americana), en el PIDCP y en la CP, en particular los consagrados en la Convención sobre los Derechos del Niño. Por este motivo, la privación de la libertad de un niño o una niña debe realizarse conforme a las causas fijadas en la ley (principio de legalidad) y con arreglo al procedimiento establecido en ésta, con base en los artículos 9 del PIDCP y 7 de la Convención Americana, respectivamente (véase el Capítulo VI). En este sentido, el artículo 37.b) de la Convención sobre los derechos del niño indica que los Estados partes velarán por que:

Ningún niño sea privado de su libertad ilegal o arbitrariamente. La detención, el encarcelamiento o la prisión de un niño se llevará a cabo de conformidad con la ley y se utilizará tan sólo como medida de último recurso y durante el periodo más breve que proceda.

El artículo 163 del Código del Menor señala que: “Ningún menor podrá ser declarado autor o partícipe de una infracción que no esté expresamente consagrada en la ley penal vigente al tiempo en que se cometió, ante Juez competente previamente establecido y mediante el procedimiento señalado en este Código”.

El tratamiento de los niños y las niñas privados de libertad, así como el procedimiento penal que se debe aplicar a los menores de edad privados de libertad acusados de haber cometido un delito, tiene una cierta especialidad respecto al tratamiento y procedimiento contemplado para los adultos, con base en la especial situación de vulnerabilidad de los niños y las niñas.

Además de los derechos que tienen todas las personas privadas de libertad de: 1) ser tratadas humanamente y con el respeto debido a la dignidad inherente al ser humano (art.10.1 PIDCP); 2) que los procesados sean separados de los condenados (art. 10.2.a PIDCP); 3) que el régimen penitenciario consista en un tratamiento cuya finalidad esencial sea la reforma y la readaptación social de los penados, los niños tienen otros derechos específicos con base en su condición.

Según la Convención sobre los derechos del niño, artículo 40.1, todo niño de quien se alegue que ha infringido las leyes penales, o a quien se acuse o declare culpable de haber infringido esas leyes, debe ser tratado

Artículo 40.
Convención sobre
los Derechos del Niño

(...), de manera acorde con el fomento de su sentido de la dignidad y el valor, que fortalezca el respeto del niño por los derechos humanos y las libertades fundamentales de terceros y en la que se tengan en cuenta la edad del niño y la importancia de promover la reintegración del niño y de que éste asuma una función constructiva en la sociedad.

Además, la privación de libertad se realizará “como medida de último recurso” y “durante el periodo más breve posible”.

Los artículos 10.2.b) y 10.3 del PIDCP, y 5.5 de la Convención Americana se refieren específicamente al tratamiento que debe dispensarse a los menores de edad privados de libertad. Según ambos instrumentos internacionales, es imperativo que los niños y las niñas procesados estén separados de los adultos, y que sean llevados ante los tribunales especializados con la mayor celeridad posible para su enjuiciamiento. Además, deben ser sometidos a un tratamiento adecuado a su edad y condición jurídica.

En este sentido, el Comité de Derechos Humanos ha señalado que:

El apartado b) del párrafo 2 del artículo 10 dispone que los menores procesados estarán separados de los adultos (...), de conformidad con el párrafo 3 del artículo 10, los menores delincuentes deben estar separados de los adultos y sometidos a un tratamiento adecuado a su edad y condición jurídica en cuanto a las condiciones de detención, tales como horarios de trabajo más cortos y contacto con sus familiares a fin de favorecer su reeducación y su readaptación social. El artículo 10 no indica ningún límite de edad para los menores delincuentes. Aunque cada Estado Parte deberá decidir sobre este particular a la luz de las condiciones sociales y culturales pertinentes, el Comité opina que el párrafo 5 del artículo 6 sugiere que todos los menores de 18 años deberían ser tratados como menores, al menos en las cuestiones relativas a la justicia penal. Los Estados deberían proporcionar datos pertinentes sobre los grupos de edad de las personas a las que se da tratamiento de menores. A este respecto, se invita a los Estados Partes a indicar si están aplicando las Reglas mínimas de las Naciones Unidas para la administración de la justicia de menores, denominadas Reglas de Beijing (1987).²¹

Según el artículo 33 del Código Penal, se consideran menores de edad en el ámbito de la justicia penal y por tanto, inimputables, los menores de 18 años.

Así, con base en los anteriores instrumentos internacionales y en la Convención sobre los Derechos del Niño, se puede afirmar que:

Observación General
Comité de Derechos
Humanos

Comité de Derechos Humanos, Observación General No. 21, “El trato humano de las personas privadas de la libertad”, párr. 13.

- “(...) la detención, el encarcelamiento o la prisión de un niño,(...), se utilizará como medida de último recurso y durante el periodo más breve que proceda” (art. 37.b) Convención sobre los Derechos del Niño).
- Los niños y las niñas procesados deben estar separados de los adultos (art. 10.2.b) del PIDCP y el art. 5.5 de la Convención Americana), “a menos que ello se considere contrario al interés superior del niño” (art. 37.c) Convención sobre los derechos del niño) .
- “(...) Los menores deben ser sometidos a un tratamiento adecuado a su edad y condición jurídica en cuanto a las condiciones de detención, tales como horarios de trabajo más cortos y contacto con sus familiares a fin de favorecer su reeducación y readaptación social”²² (art. 10.3. PIDCP y 14.4 Convención Americana).
- Los menores de edad privados de libertad deben ser llevados ante tribunales de justicia (“especializados”, en el caso de la Convención Americana) con la mayor celeridad posible (art. 10.2.a) PIDCP y art. 5.5 de la Convención Americana).

Además de los anteriores instrumentos internacionales, se deben tener en cuenta las Reglas de las Naciones Unidas para la protección de los menores privados de libertad, concebidas para servir de patrones prácticos de referencia y para brindar alicientes y orientación a los profesionales que participen en la administración del sistema de justicia de menores,²³ y que tienen por objeto “establecer normas mínimas aceptadas por las Naciones Unidas para la protección de los menores privados de libertad en todas sus formas, compatibles con los derechos humanos y las libertades fundamentales, con miras a contrarrestar los efectos perjudiciales de todo tipo de detención y fomentar la integración en la sociedad.”²⁴

Según estas Reglas, se entiende por “privación de libertad”, “toda forma de detención o encarcelamiento, así como el internamiento en un establecimiento público o privado del que no se permita salir al menor por su propia voluntad, por orden de cualquier autoridad judicial, administrativa u otra autoridad pública”.²⁵ En general, las Reglas dan una serie de pautas sobre niños y niñas detenidos o en prisión preventiva (numerales 17 y 18); la administración de los centros de niños y niñas (numerales 19 a 80); personal (numerales 81 a 87).

22 Ibid.
 23 Reglas de las Naciones Unidas para la Protección de los Menores Privados de Libertad, numeral 5.
 24 Ibid., numeral 3.
 25 Ibid., numeral 11.b).

Conforme al artículo 183 del Código del Menor, cuando un niño una niña sea aprehendido en el momento de cometerse la infracción, o cuando el juez así lo disponga, deberá ser conducido preferiblemente por la Policía de Menores al centro de recepción en donde se le debe ofrecer la debida seguridad, y en caso de no existir este centro especializado, los jóvenes deberán estar separados de los adultos.²⁶

En relación con el deber de separar a los menores delincuentes de los adultos, así como el de establecer un límite de edad a la responsabilidad penal de los menores, el artículo 30 del Código Penitenciario y Carcelario (Ley 65 de 1993) prohíbe la reclusión de menores en cárceles, regulando que los menores de dieciocho años no podrán detenerse ni descontar penas en los establecimientos de reclusión dependientes del Instituto Nacional Penitenciario y Carcelario (Inpec).

No obstante, se señala que cuando por circunstancias especiales expresadas en la ley, se requiera la ubicación del menor de dieciocho (18) años en institución cerrada, de conformidad con las disposiciones del Código del Menor, y ésta no existiere, el menor infractor podrá ser internado en anexo o pabellón especial organizado para este efecto, en un establecimiento de reclusión. Dichos anexos o pabellones tendrán un régimen especial y deberán estar ajustados a las normas internacionales sobre menores, al artículo 44 de la CP y a las normas del Código del Menor. Estas reglas deben ser cumplidas por el Instituto Colombiano de Bienestar Familiar (ICBF), así como por los departamentos y municipios que deberán crear y mantener centros de corrección social para menores.

Respecto a la edad de responsabilidad penal, según el artículo 33 del Código Penal, se consideran menores de edad en el ámbito de la justicia penal y, por tanto, inimputables, los menores de 18 años, quienes estarán sometidos al sistema de responsabilidad penal juvenil. Así lo regula, además, el artículo 165 del Código del Menor: “Para todos los efectos, se considerará penalmente inimputable el menor de dieciocho (18) años”. Sin embargo, los menores de doce (12) años, si bien pueden ser infractores de la ley penal como autores o partícipes, su situación difiere de los menores infractores mayores de doce (12) años y menores de dieciocho (18) años, dado que los funcionarios competentes para conocer de esas infracciones son los defensores de familia mas no los jueces de menores, con el fin de ofrecerles protección especial y procurar su formación integral (art. 169, Código del Menor).

Aunque el Código no se refiere a la obligación de notificar a los padres del niño o la niña sobre su aprehensión,

(...) cada vez que un niño o niña sea detenido se notificará inmediatamente a sus padres o tutores y cuando sea posible dicha notificación se hará en el tiempo más breve posible. Asimismo se examinará sin demora la posibilidad de poner al niño en libertad. De otro lado, previo análisis de las circunstancias de cada caso, se establecerán contactos entre los diferentes organismos encargados de hacer cumplir la ley y el joven delincente para proteger su condición jurídica, promover su bienestar y evitar que sufra daño.²⁷

La obligación de notificación a los padres sobre la aprehensión del menor infractor se encuentra implícitamente regulada en el artículo 166 del Código del Menor, al autorizarlos a intervenir en el proceso junto con el defensor de familia y su apoderado. En consecuencia, la notificación sería obligatoria con el fin de hacer posible esa previsión.

Según el artículo 184 del Código del Menor, los adolescentes retenidos deberán estar a disposición de la autoridad judicial el primer día hábil siguiente a la fecha de su aprehensión. Una vez se presente el niño o la niña ante el juez, éste procederá a escucharlo en presencia del defensor de familia con el objeto de establecer las causas sumarias de su conducta y sus circunstancias (art. 185).²⁸

Mientras se resuelve la situación jurídica del adolescente, y dentro de los cinco días siguientes a la recepción de su exposición, el juez deberá adoptar “en forma provisional” las medidas a que se refiere el artículo 204 del Código y, si fuera el caso, se les enviará a un centro de orientación que ofrezca las debidas seguridades (art. 187). El artículo 204 solicita a la autoridad designada que procure, en cuanto sea posible, que las medidas se cumplan en un medio familiar o dentro de la jurisdicción a la cual pertenece el menor:

(...)

1. **Amonestación del menor y, a las personas de quienes dependa.**
2. **Imposición de reglas de conducta.**
3. **Libertad asistida.**
4. **Ubicación institucional.**
5. **Cualquiera otra medida que contribuya a la rehabilitación del menor.**

27 *Ibid.*, p. 11.

28 *Ibid.*, p. 12.

Los menores, por ser considerados inimputables ante la ley penal, no pueden ser declarados responsables de hechos punibles ni sometidos a las penas o medidas de seguridad ordinarias. Por tanto, la autoridad judicial competente, “puede imponerle medidas al menor infractor de carácter protector o pedagógico, pero nunca de naturaleza condenatoria”.²⁹

Sin embargo, y conforme al artículo 187 del Código del Menor, antes de tomar cualquiera de estas medidas, el juez “deberá en todos los casos entrevistar personalmente y en forma privada al menor, con el objeto de indagar su historia personal, su personalidad y las circunstancias socio-familiares que le rodean”.

La ubicación institucional solamente procederá cuando:

(...) no sea recomendable aplicar alguna de las otras medidas a que se refiere el artículo 204, por las características de la personalidad del menor y su medio familiar, la naturaleza de la infracción y las circunstancias en que se cometió. Esta medida se cumplirá en una institución pública o privada, con régimen abierto, semicerrado o cerrado, según el caso.

Artículo 208.
Código del Menor

Se procederá a la ubicación institucional del niño o la niña en régimen cerrado, únicamente en los casos señalados en el artículo 209 del Código del Menor:

- 1. Cuando se trate de una infracción a la ley penal, cometida mediante grave amenaza o violencia a las personas.**
- 2. Por reiterar la comisión de infracciones penales.**
- 3. Por incumplimiento injustificado de la medida anteriormente impuesta.**

Artículo 209.
Código del Menor

No obstante, constituye una violación de los derechos de los niños y las niñas (derecho a la presunción de inocencia), la previsión contenida en el artículo 178 del Código del Menor que faculta al juez de menores o el promiscuo de familia donde ocurrió el hecho, a tomar cualquiera de las medidas establecidas en el artículo 204 del mismo Código (que prevé la privación de libertad), cuando “tenga conocimiento de oficio, o por denuncia o informe de terceros, que un menor de dieciocho (18) años y un mayor de doce (12) años, ha incurrido en cualquiera de las conductas señaladas por la ley como delito”.³⁰

En la ejecución de cualquiera de las anteriores medidas, los menores tienen los siguientes derechos, conforme al artículo 203 del Código del Menor:

Corte Constitucional, sentencia C-817 de 1999, M. P. Carlos Gaviria Díaz.

29

Véase, en este sentido, Defensoría del Pueblo, ob. cit., las consideraciones que aparecen a partir de la página 30.

30

1. **A recibir información sobre:**
 - a) **Sus derechos, por parte de las personas o funcionarios que los tengan bajo su responsabilidad.**
 - b) **Los medios de reeducación y las etapas previstas para su reintegro al medio familiar.**
 - c) **El régimen interno de las instituciones que los acojan, especialmente en relación con las conductas sancionables y las medidas disciplinarias que se les puedan aplicar.**

2. **A que se les mantenga preferiblemente en su medio familiar y que sólo cuando éste no sea adecuado, o la personalidad del menor lo determine, se produzca su ubicación institucional, que deberá cumplirse en las condiciones más apropiadas para su formación integral.**
3. **A recibir los servicios de salud, sociales y educativos adecuados a su edad y circunstancias, prestados por personal con la formación profesional requerida.**
4. **A comunicarse de manera reservada con el defensor de familia y el juez de menores o de familia.**
5. **A comunicarse libremente con sus padres o guardadores, salvo la prohibición expresa del juez, con fundamento en el interés superior del menor.**
6. **A que se les mantenga separados de los infractores mayores de edad, en todas las etapas del proceso y en el cumplimiento de las medidas.**
7. **A que se informe a su familia sobre su situación y sobre los derechos a que se refiere este artículo.**

Además, el niño o la niña tiene derecho a que se proteja su integridad personal (art. 37 Convención de los derechos del niño, y art. 16 del Código del Menor), por tanto, no puede ser sometido a tortura ni a tratos crueles inhumanos o degradantes (véase el Capítulo V). En este sentido, entre los elementos que deben analizarse para determinar si existió tortura o tratos crueles inhumanos o degradantes, se encuentra la “condición de la víctima” que en estos casos, al ser menores de edad, hacen que el estándar que se aplique a la presunta conducta vulneratoria sea más estricto. Por ejemplo, lo que se consideraría un trato cruel en una persona normal, se considera tortura en el caso de menores de edad.

De otro lado, los menores de edad o jóvenes infractores no pueden ser sometidos a medidas de aislamiento prolongado o incomunicación, las cuales en

el caso de adultos privados de libertad han sido calificadas por la Corte Interamericana de Derechos Humanos (en adelante Corte Interamericana) como: “(...) formas de tratamiento cruel e inhumano, lesivas de la integridad psíquica y moral de la persona y del derecho de todo detenido al respeto debido a la dignidad inherente al ser humano”.³¹

Además, tienen derecho a mantener contacto con su familia por medio de correspondencia o de visitas (art. 37.c) de la Convención sobre los derechos del Niño y art. 16 del Código del Menor). Únicamente en circunstancias excepcionales, es decir, cuando sea contrario al interés superior del niño o la niña, se podrá restringir este derecho.

5.2. La niñez y la administración de justicia

En relación con las garantías judiciales o principios rectores del debido proceso legal aplicables a los procesos entablados contra menores de edad acusados de haber infringido las leyes penales, se deberán tener en cuenta los mismos derechos o garantías que aparecen en el Capítulo VII de este Manual relativo al debido proceso legal.

La Corte Interamericana de Derechos Humanos en su Opinión Consultiva sobre condición jurídica y derechos humanos de los niños, señaló que:

Las garantías consagradas en los artículos 8 y 25 de la Convención se reconocen a todas las personas por igual, y deben correlacionarse con los derechos específicos que estatuye, además, el artículo 19, en forma que se reflejen en cualesquiera procesos administrativos o judiciales en los que se discuta algún derecho de un niño.

Es evidente que las condiciones en las que participa un niño en un proceso no son las mismas en que lo hace un adulto. Si se sostuviera otra cosa se desconocería la realidad y se omitiría la adopción de medidas especiales para la protección de los niños, con grave perjuicio para estos mismos. Por lo tanto, es indispensable reconocer y respetar las diferencias de trato que corresponden a diferencias de situación, entre quienes participan en un procedimiento.

Opinión Consultiva
Corte Interamericana
de Derechos
Humanos

Corte Interamericana de Derechos Humanos (en adelante Corte Interamericana), caso Cantoral Benavides, sentencia del 18 de agosto de 2000, párr. 83.

A este respecto, conviene recordar que la Corte señaló en la Opinión Consultiva acerca del Derecho a la Información sobre la Asistencia Consular en el Marco de las Garantías del Debido Proceso Legal cuando abordó esta materia desde una perspectiva general que

“[p]ara alcanzar sus objetivos, el proceso debe reconocer y resolver los factores de desigualdad real de quienes son llevados ante la justicia. Es así como se entiende el principio de igualdad ante la ley y los tribunales y a la correlativa prohibición de discriminación. La presencia de condiciones de desigualdad real obliga a adoptar medidas de compensación que contribuyan a reducir o eliminar los obstáculos y deficiencias que impidan o reduzcan la defensa eficaz de los propios intereses. Si no existieran esos medios de compensación, ampliamente reconocidos en diversas vertientes del procedimiento, difícilmente se podría decir que quienes se encuentran en condiciones de desventaja disfrutan de un verdadero acceso a la justicia y se benefician de un debido proceso legal en condiciones de igualdad con quienes no afrontan esas desventajas”.

En definitiva, si bien los derechos procesales y sus correlativas garantías son aplicables a todas las personas, en el caso de los niños el ejercicio de aquéllos supone, por las condiciones especiales en las que se encuentran los menores, la adopción de ciertas medidas específicas con el propósito de que gocen efectivamente de dichos derechos y garantías.³²

Por tanto, en relación con el derecho al debido proceso de los menores de edad deben tenerse en cuenta las disposiciones del artículo 40.2 de la Convención sobre los derechos del niño, que refuerzan y amplían los derechos reconocidos en la Convención Americana y en el PIDCP a las personas procesadas, teniendo en cuenta las particularidades de los niños:

a) Que no se alegue que ningún niño ha infringido las leyes penales, ni se acuse o declare culpable a ningún niño de haber infringido esas leyes, por actos u omisiones que no estaban prohibidos por las leyes nacionales o internacionales en el momento en que se cometieron;

Artículo 40.
Convención sobre los
Derechos del Niño

32

Corte Interamericana, Opinión Consultiva OC-17 del 28 de agosto de 2002, “Condición jurídica y derechos humanos de los niños”, párrs. 95-98.

b) Que a todo niño del que se alegue que ha infringido las leyes penales o a quien se acuse de haber infringido esas leyes se le garantice, por lo menos, lo siguiente:

- i) Que se lo presumirá inocente mientras no se pruebe su culpabilidad conforme a la ley;**
- ii) Que será informado sin demora y directamente o, cuando sea procedente, por intermedio de sus padres o sus representantes legales, de los cargos que pesan contra él y que dispondrá de asistencia jurídica u otra asistencia apropiada en la preparación y presentación de su defensa;**
- iii) Que la causa será dirimida sin demora por una autoridad u órgano judicial competente, independiente e imparcial en una audiencia equitativa conforme a la ley, en presencia de un asesor jurídico u otro tipo de asesor adecuado y, a menos que se considere que ello fuere contrario al interés superior del niño, teniendo en cuenta en particular su edad o situación y a sus padres o representantes legales;**
- iv) Que no será obligado a prestar testimonio o a declararse culpable, que podrá interrogar o hacer que se interroge a testigos de cargo y obtener la participación y el interrogatorio de testigos de descargo en condiciones de igualdad;**
- v) Si se considerare que ha infringido, en efecto, las leyes penales, que esta decisión y toda medida impuesta a consecuencia de ella, serán sometidas a una autoridad u órgano judicial superior competente, independiente e imparcial, conforme a la ley;**
- vi) Que el niño contará con la asistencia gratuita de un intérprete si no comprende o no habla el idioma utilizado;**
- vii) Que se respetará plenamente su vida privada en todas las fases del procedimiento.**

Además, se prohíbe imponer pena de muerte a las personas que en el momento de la comisión del delito tuvieran menos de 18 años (art. 6.5 PIDCP y art. 4.5 Convención Americana), y la imposición de “prisión perpetua sin posibilidad de excarcelación por delitos cometidos por menores de 18 años de edad” (art. 37.a) de la Convención sobre los derechos del niño).

Conforme al artículo 164 del Código del Menor, “Igual que en todos los demás procesos, en aquellos donde se involucre un menor se respetarán las garantías procesales consagradas en la Constitución y en las leyes, especialmente las que se refieren a la presunción de inocencia, al derecho de defensa y a ser informado de las circunstancias de su aprehensión”.

En este sentido, la Corte Constitucional ha señalado que:

Los procesos penales contra los menores de edad se rigen, como los demás procesos de la misma indole, por las normas constitucionales que consagran los derechos y garantías que se le conceden a toda persona sindicada de un hecho ilícito, entre los que cabe destacar el derecho al debido proceso, que comprende el derecho de defensa, el derecho a nombrar un abogado que lo asista en el proceso o a que se le designe uno de oficio, el derecho de impugnar las decisiones judiciales e interponer los recursos correspondientes, el derecho a pedir y contradecir las pruebas.³³

El derecho penal juvenil, por tanto, debe estar dotado de las mismas garantías que el derecho penal de adultos, pero debe ser menos severo:

1. Se recurre a él en última *ratio*, y se procede, según la legislación colombiana, a la despenalización total de las infracciones penales cometidas por los niños menores de 12 años (art. 164 del Código del Menor). Además, conforme a los artículos 33 del Código Penal y 165 del Código del Menor: “los menores de dieciocho (18) años estarán sometidos al Sistema de Responsabilidad Penal Juvenil”, y son inimputables. Es decir, se les reconoce como autor o partícipe de una infracción, “(..) pero se estima que no tiene los elementos necesarios para ser consciente de que los hechos que comete están en contra del orden social. Siendo la pena la herramienta de control social por excelencia, al inimputable dentro de este esquema sólo le es susceptible la aplicación de medidas en lugar de penas o sanciones”.³⁴
2. Igualmente, debe despenalizarse la llamada “delincuencia pequeña” de los adolescentes, al ser entendida más como un problema social que criminal que debe ser enfrentado con políticas de asistencia o con medios extrapenales de conciliación de conflictos.
3. Deben respetarse todas las garantías penales y procesales.
4. Debe procederse a una minimización de las penas juveniles, en la mayor parte de los casos, por medio de medidas socio-educativas alternativas a la privación de libertad, y sólo en casos extremos de utilización de este tipo de medida, que debe estar limitada en su duración e intensidad.³⁵

33 Corte Constitucional, sentencia C-817 de 1999, M. P. Carlos Gaviria Díaz.

34 Defensoría del Pueblo, ob. cit., p. 6.

35 Luis Ramírez, *Derecho penal juvenil en Guatemala*, Módulo sobre los derechos del niño en Guatemala, Proyecto “Implementación de la Convención sobre los Derechos del Niño”, Organismo Judicial-Unicef, Guatemala, diciembre de 2001.

La Convención sobre los Derechos del Niño establece en su artículo 40 (numerales 3 y 4), la obligación de los Estados Partes “siempre que sea apropiado y deseable”, de adoptar medidas para “tratar” a los niños que se alegue que han infringido leyes penales o a quienes se acuse o declare culpables de haber infringido leyes penales, “sin recurrir a procedimientos judiciales”. Entre estas medidas se encuentran:

(...) el cuidado, las órdenes de orientación y supervisión, el asesoramiento, la libertad vigilada, la colocación en hogares de guarda, los programas de enseñanza y formación profesional, así como otras posibilidades alternativas a la internación en instituciones, para asegurar que los niños sean tratados de manera apropiada para su bienestar y que guarde proporción tanto con sus circunstancias como con la infracción.

En este sentido, conviene tener presentes las Reglas Mínimas de las Naciones Unidas para la administración de justicia de menores (conocidas como las Reglas de Beijing), que tienen por objeto “(...)promover el bienestar del menor en la mayor medida posible, lo que permitiría reducir al mínimo el número de casos en que haya de intervenir el sistema de justicia de menores y, a su vez, reduciría al mínimo los perjuicios que normalmente ocasiona cualquier tipo de intervención(...)”.³⁶

De estas Reglas se pueden destacar:

- La regla 5 (Objetivos de la justicia de menores), que se refiere a los dos objetivos más importantes de la justicia de menores: 1) el fomento del bienestar del niño o la niña; 2) el principio de proporcionalidad, que implica que la respuesta a los jóvenes delincuentes no sólo deberá basarse en el examen de la gravedad del delito, sino también en sus circunstancias personales. La aplicación de este principio conlleva que “(...)las circunstancias individuales del delincuente (por ejemplo, su condición social, su situación familiar, el daño causado por el delito u otros factores en que intervengan circunstancias personales) han de influir en la proporcionalidad de la reacción (por ejemplo, teniendo en consideración los esfuerzos del delincuente para indemnizar a la víctima o su buena disposición para comenzar una vida sana y útil)”.³⁷

Artículo 40.
Convención sobre
los Derechos del Niño

Reglas de Beijing, comentario al numeral 1.
Ibíd., comentario al numeral 5.

36
37

- La regla 7 (Derechos de los menores), que indica que: “En todas las etapas del proceso se respetarán garantías procesales básicas tales como la presunción de inocencia, el derecho a ser notificado de las acusaciones, el derecho a no responder, el derecho al asesoramiento, el derecho a la presencia de los padres o tutores, el derecho a la confrontación con los testigos y a interrogar a éstos y el derecho de apelación ante una autoridad superior”.
- La regla 8 (Protección de la intimidad), que consagra el derecho de los niños y las niñas a la intimidad, y “(..)hace hincapié en la importancia de protegerlos de los efectos adversos que pueden resultar de la publicación en los medios de comunicación de informaciones acerca del caso (por ejemplo, el nombre de los niños las niñas que se presumen delincuentes o que son condenados).(..)”³⁸
- La regla 10.2 (Investigación y procesamiento. Primer contacto), que indica que “el Juez, funcionario u organismo competente examinará sin demora la posibilidad de poner en libertad al menor”.
- La regla 12 (Especialización policial), que señala la necesidad de impartir una formación especializada a todos los funcionarios encargados de hacer cumplir la ley que intervengan en la administración de justicia de menores.
- La regla 13.1 (Prisión preventiva), que establece que la prisión preventiva se aplicará como “último recurso y durante el plazo más breve posible”, y la 13.2, que indica que “siempre que sea posible, se adoptarán medidas sustitutorias de la prisión preventiva, como la supervisión estricta, la custodia permanente, la asignación a una familia o el traslado a un hogar o a una institución educativa”.
- La regla 19 (Carácter excepcional del confinamiento en establecimientos penitenciarios), que indica que “el confinamiento de menores en establecimientos penitenciarios se utilizará en todo momento como último recurso y por el más breve plazo posible”.
- La regla 26.1 (Objetivos del tratamiento en establecimientos penitenciarios), que establece que “La capacitación y el tratamiento de menores con-

finados en establecimientos penitenciarios tienen por objeto garantizar su cuidado y protección, así como su educación y formación profesional para permitirles que desempeñen un papel constructivo y productivo en la sociedad”.

Actualmente, el Código del Menor otorga a los jueces en los procesos penales de menores la función de investigar, acusar y juzgar los hechos, sin la posibilidad de controvertir sus decisiones ante una instancia superior, lo que sitúa al niño y a la niña en una posición de desventaja frente al proceso (art. 167 del Código del Menor), violándose la Constitución y el derecho al debido proceso reconocido en los instrumentos internacionales (véase el Capítulo VII).

El proceso judicial en el que se investiga y juzga a los menores de edad que han sido partícipes de la comisión de un delito carece, de una parte, de la posibilidad de impugnar la legalidad de una medida de privación de libertad ante una autoridad competente superior y, de otra, de que se materialice en forma efectiva su derecho a la defensa. En estos dos puntos críticos, la Corte Constitucional se ha pronunciado de la siguiente manera:

- Cuando se trate de la imposición de una medida restrictiva de la libertad de un niño o una niña, se deberá determinar el procedimiento para dicha impugnación y señalar la autoridad competente superior ante quien se ejerza el derecho de impugnación.³⁹
- En todos los procesos en los que se investigue si un niño o una niña fue responsable de la comisión de un delito, deberá participar, además del defensor de familia del Instituto Colombiano de Bienestar Familiar (quien por mandato de la Corte es un funcionario administrativo que deberá velar por la protección del niño o una niña), en todo caso un defensor público, de oficio o un apoderado particular, so pena de la nulidad del proceso judicial.⁴⁰

Además de lo anterior, el Código del Menor no establece un plazo en el que el juez debe realizar la investigación, que se debe dirigir, según el artículo 182 del Código, a determinar:

Corte Constitucional, sentencia C-019 de 1993, M. P. Ciro Angarita Barón.	39
Corte Constitucional, sentencia C-817 de 1999, M. P. Carlos Gaviria Díaz.	40

Artículo 182.
Código del Menor

1. Si realmente se infringió la ley y si el niño o niña es autor o partícipe.
2. Los motivos determinantes de la infracción.
3. El estado físico, mental, edad del niño o niña y sus circunstancias familiares, personales y sociales.
4. La capacidad económica del niño o niña y de sus padres o personas de quienes dependa y la solvencia moral de éstos.
5. Si se trata o no de un niño o niña en situación de abandono o peligro.

Sin embargo, no se conoce cómo se manejan las actuaciones de los jueces ni cómo quedan consagradas en los expedientes, por considerar que esto hace parte de la confidencialidad del proceso que protege la intimidad del niño. El concepto de confidencialidad debe estar encaminado a proteger la intimidad del niño o la niña para prevenir la discriminación y estigmatización de la sociedad, pero no para negar las garantías necesarias que les eviten ser víctimas de una decisión arbitraria o equivocada de un juez dadas sus facultades discrecionales y omnímodas.⁴¹

Además, y tal y como señaló el Comité de los Derechos del Niño en sus observaciones finales sobre Colombia:

Observaciones
Comité de los
Derechos del Niño

Se ha expresado la preocupación de que las funciones judiciales y administrativas en asuntos de la infancia, incluido el nombramiento de jueces y defensores del niño y de la familia, dependan del Instituto Colombiano de Bienestar Familiar (ICBF) y de que esta situación constituya una violación de la norma internacional claramente establecida de la independencia del poder judicial e infrinja los principios y las disposiciones de la Convención.⁴²

En relación con el derecho a la defensa de los menores acusados de haber cometido una infracción penal, el artículo 166 del Código del Menor señala que: “El menor infractor de (12) doce a dieciocho (18) años deberá estar asistido durante el proceso por el defensor de familia si lo tuviere” (la expresión “si lo tuviere” fue declarada inexecutable por la Corte Constitucional mediante sentencia C-817 de 1999). Respecto a las funciones de los defensores de familia, el artículo 277 del Código del Menor indica: “Asistir al menor infractor en las

41 Defensoría del Pueblo, ob. cit., p. 12.

42 Naciones Unidas, Convención sobre los derechos del niño, Observaciones finales del Comité de los Derechos del Niño: Colombia 16/10/2000, CRC/C/15/Add.137 del 16 de octubre de 2000, párrs. 19 y 20.

diligencias ante el juez competente y elevar las peticiones que considere conducentes a su rehabilitación”. Sin embargo, el Código no establece el término en que se debe dar el contacto del defensor con la familia del niño o la niña ni de qué manera puede intervenir.⁴³

En aras de proteger la intimidad del niño o la niña y la privacidad del expediente se transgreden sistemáticamente garantías procesales, en tanto que éstos no tienen conocimiento sobre la situación del proceso, las pruebas que se ordenaron, o si está de acuerdo o no con su defensa. El proceso para el adolescente se reduce a que, una vez vencido el término, es notificado de la decisión final, en la que sólo rindió una exposición inicial e intervino en una audiencia privada.⁴⁴

Al respecto, la Corte Constitucional ha señalado que:

Un menor de edad también puede ser “sindicado”, en su condición de autor o partícipe de una infracción penal y, por tanto, goza del mismo derecho que tienen las demás personas de designar un abogado, que lo asista en el proceso, o en su lugar, al que elijan sus padres o ascendientes potestativos y, solo en caso de no hacerlo, puede la autoridad competente designarle uno de oficio.⁴⁵

En relación con la audiencia privada, que se realiza una vez que ha terminado la investigación, y “en la cual se harán las consideraciones, alegatos y peticiones que los interesados estimen pertinentes en relación con los hechos que originaron la investigación”, conviene tener en cuenta que con base en el artículo 192 del Código del Menor, deberán estar presentes: el menor, el defensor de familia, sus padres o de quien dependa, y “el director de la institución a cuyo cargo se encuentra el menor”. Únicamente “cuando sea necesario tratar asuntos que puedan afectar al menor, el Juez podrá disponer su retiro transitorio de la diligencia”.

En ningún caso las medidas de rehabilitación impuestas al menor (art. 204 del Código del Menor) pueden ser superiores a tres años (art. 201 del Código del Menor). Las medidas de rehabilitación impuestas al menor cesarán, modificarán o suspenderán: 1) por el cumplimiento del objetivo propuesto; 2) por la imposición de una medida posterior dentro de diferente proceso; 3) por haber llegado el menor a la edad de dieciocho (18) años; 4) por haber quedado a

Jurisprudencia
Corte Constitucional

Defensoría del Pueblo, ob. cit., p. 14. 43

Ibíd., p. 13. 44

Corte Constitucional, sentencia C-817 de 1999, M. P. Carlos Gaviria Díaz 45

disposición de la justicia ordinaria, en razón de una infracción penal cometida después de cumplida la edad de dieciséis (16) años (art. 201). No obstante, los numerales 3° y 4° anteriores deben armonizarse con el sistema general del Código que señala que es menor la persona que aún no ha cumplido los dieciocho (18) años, y que los menores son considerados inimputables para efectos penales.

Para dar cumplimiento a la CP y a los instrumentos internacionales de derechos humanos, es necesario que el proceso de los jóvenes infractores cuente con la participación de personal especializado en instrucción en procesos penales. Las normas internacionales consideran que para garantizar la adquisición y el mantenimiento de la competencia profesional necesaria a todo el personal que se ocupa de casos de adolescentes, se debe impartir enseñanza profesional, cursos de capacitación durante el servicio y cursos de repaso, así como otros sistemas de instrucción. En relación con las autoridades competentes encargadas de administrar justicia para los niños y las niñas, la capacitación debe responder a las características de los jóvenes que entran en contacto con el sistema.⁴⁶

La Defensoría del Pueblo considera que el proceso judicial que se tramita con los niños infractores de la ley penal en Colombia se desarrolla sin tener en cuenta la normativa internacional que regula esta clase de situaciones. En efecto, los niños y las niñas menores de 18 años deben enfrentarse a un procedimiento sin garantías judiciales mínimas, ya que no tienen la posibilidad de apelar la sentencia y no existen causales taxativas que determinen cuándo y bajo qué parámetros proceden las diferentes medidas establecidas en el artículo 204 del Código del Menor, incluida la ubicación institucional en medio cerrado y semi-cerrado, que constituye una medida privativa de la libertad.

Así mismo, están sometidos a que independientemente de la gravedad del delito cometido, se les realice un estudio personal y sociofamiliar que determine si deben ser privados de su libertad, sin que medien parámetros legales que establezcan los casos en los que se considera “nocivo” el medio familiar y personal del niño. Por esto, y según el arbitrio del juez, situaciones como la pobreza, el maltrato, la violencia intrafamiliar, el abandono, la drogadicción, entre otros, pueden ser condiciones “nocivas” para los niños, y “justificar” que ellos, supuestamente por haber realizado un hurto menor, estén privados de su libertad.

En este orden de ideas, el derecho al debido proceso de los niños y las niñas infractores de la ley penal se vulnera de manera sistemática no sólo porque pueden ser privados de su libertad por factores diferentes a la comisión de una

conducta punible, sino también porque las causales de nocividad del medio personal o familiar, determinantes para establecer la necesidad de privación de libertad según el Código del Menor, no están reglamentadas.

Pero adicionalmente, el mencionado Código faculta al juez a que envíe a los niños infractores a un centro cerrado en etapa de observación,⁴⁷ con el fin de que el equipo interdisciplinario de la institución realice el estudio familiar, sin definir claramente si esta etapa es una medida de ubicación institucional provisional. Lo único claro es que es otra forma de privación de libertad, ya que es un internamiento en un centro cerrado por orden de autoridad judicial, del que no se permite la salida del niño sin autorización del juez.

Todo esto debe analizarse a la luz de lo establecido por la Corte Constitucional que ha dicho que,

Según el artículo 204 del Código del Menor, el juez, una vez establecida plenamente la infracción, podrá aplicar una o varias de las medidas allí establecidas, algunas de las cuales son claramente privativas de la libertad, como la ubicación institucional, (...) o pueden llegar a serlo como en el caso del ordinal 5° de dicho artículo (“cualquier otra medida que contribuya a la rehabilitación del menor”) (...) En esos casos la sentencia podrá ser impugnada en aplicación del artículo 37 de la Ley 12 de 1991.⁴⁸

Sin embargo, y a pesar de lo establecido en la sentencia de la Corte y a que la Ley 12 de 1991 hace parte del bloque de constitucionalidad, hasta el momento es difícil ejercer el derecho a impugnar la legalidad de las decisiones que privan de la libertad a los niños infractores de la ley penal, ya que no se han reglamentado los procedimientos requeridos para realizar dicha impugnación.

Con fundamento en lo anterior, es válido decir que en el proceso judicial del menor de edad infractor se vulnera el derecho al debido proceso, ya que es un proceso de única instancia, no están claramente establecidos los procedimientos a través de los cuales se impugnan las decisiones judiciales mediante las que se priva de la libertad, se permite esta privación de libertad no sólo por la gravedad de la conducta punible cometida sino también por el análisis discre-

Jurisprudencia
Corte Constitucional

⁴⁷ “Durante la etapa de observación, si hubiere sido decretada, la cual no podrá ser superior a 60 días, el menor sólo podrá salir del centro con causa justificada y previa autorización del juez. Allí se le practicarán por el equipo interdisciplinario los exámenes pertinentes y se llevará a cabo el informe social relativo al medio familiar. El juez, (...) podrá prorrogar la medida por causa justificada hasta por treinta días...” Art. 188 del Código del Menor.
⁴⁸ Corte Constitucional, sentencia C-019 de 1993, M. P. Ciro Angarita Barón.

cional que se realice de la situación personal y familiar del niño y, además, se admite el internamiento del niño en etapa de observación sin que se haya definido si esta etapa es, siquiera, una medida.

5.3. Derechos del menor trabajador

La Convención sobre los derechos del niño “reafirma” para los niños (todo ser humano menor de dieciocho años de edad) derechos ya concedidos a los seres humanos en general por medio de otros tratados, y “refuerza” determinados derechos humanos básicos con el objeto de tener en cuenta la vulnerabilidad y las necesidades especiales de los niños, como las condiciones de trabajo y la prohibición de trabajar por debajo de una edad mínima. En este sentido, el artículo 32 de la mencionada Convención señala textualmente:

Artículo 32.
Convención sobre los
Derechos del Niño

1. Los Estados partes reconocen el derecho del niño a estar protegido contra la explotación económica y contra el desempeño de cualquier trabajo que pueda ser peligroso o entorpecer su educación o que sea nocivo para su salud o para su desarrollo físico, mental, espiritual, moral o social.

2. Los Estados Partes adoptarán medidas legislativas, administrativas, sociales y educacionales para garantizar la aplicación del presente artículo. Con ese propósito y teniendo en cuenta las disposiciones pertinentes de otros instrumentos internacionales, los Estados Partes, en particular:

- a) Fijarán una edad o edades mínimas para trabajar;
- b) Dispondrán la reglamentación apropiada de los horarios y condiciones de trabajo;
- c) Estipularán las penalidades u otras sanciones apropiadas para asegurar la aplicación efectiva del presente artículo.

La Convención sobre los derechos del niño se opone a la explotación económica y laboral, proscribida cualquier actividad que pueda poner en riesgo el desarrollo y bienestar del niño o la niña, y prohíbe que las actividades que éstos realicen interfieran su jornada escolar.⁴⁹

El trabajo que desempeñan los niños es “peligroso” cuando: 1) es nocivo para su salud y desarrollo; supone una presión excesiva de carácter físico o psicológico; 2) a los niños no les queda tiempo para ir al colegio, o cuando como consecuencia del trabajo están cansados lo que no les permite aprender; 3) no les queda tiempo para descansar o jugar.

El trabajo que desempeñan los niños supone una “explotación” cuando: 1) los niños están obligados a trabajar tiempo completo a muy corta edad; 2) se les asignan demasiadas responsabilidades; 3) no se les paga bien por el trabajo que desempeñan; 4) el trabajo les arrebató la dignidad y la autoestima.⁵⁰

Igualmente, el Protocolo Adicional a la Convención Americana en materia de derechos económicos, sociales y culturales, o Protocolo de San Salvador, consagra en su artículo 7.f):

La prohibición de trabajo nocturno o en labores insalubres o peligrosas a los menores de 18 años y, en general, de todo trabajo que pueda poner en peligro su salud, seguridad o moral. Cuando se trate de menores de 16 años, la jornada de trabajo deberá subordinarse a las disposiciones sobre educación obligatoria y en ningún caso podrá constituir un impedimento para la asistencia escolar o ser una limitación para beneficiarse de la instrucción recibida.

Desde la perspectiva de Unicef y del Programa Internacional para la Erradicación del Trabajo Infantil (IPEC), de la Organización Internacional del Trabajo (OIT), se considera:

- *Niñez trabajadora*: las personas menores de 14 años que ejercen algún trabajo.
- *Trabajo infantil*: toda actividad desempeñada por niños o niñas menores de 14 años, cualquiera que sea su condición laboral (trabajo asalariado, trabajo independiente, trabajo familiar no remunerado y otros), que les impida desarrollarse dignamente, restringiendo su participación y derecho a la educación, y causen perjuicios en su salud física, mental, moral y espiritual.

Siguiendo esos lineamientos de la Convención sobre los Derechos del Niño y del Protocolo de San Salvador, en Colombia los derechos del menor trabajador se encuentran regulados por los siguientes principios:

Artículo 7.
Protocolo de
San Salvador

- Se establece una cláusula general de protección en favor del menor trabajador: “Serán protegidos contra toda forma de abandono, violencia física o moral, secuestro, venta, abuso sexual, explotación laboral o económica y trabajos riesgosos” (art. 44, CP). Asimismo, entre los principios laborales mínimos fundamentales que deben hacer parte del Estatuto del Trabajo, se establece el de la “protección especial a la mujer, a la maternidad y al trabajador menor de edad” (inciso 2º, art. 53, CP).
- Las principales medidas legislativas que se han adoptado para la protección del menor trabajador se encuentran contenidas en el Código Sustantivo del Trabajo,⁵¹ en el Código del Menor, y en la Ley 50 de 1990:

Según estos instrumentos normativos, se prohíbe el trabajo de los menores de catorce (14) años. Excepcionalmente, y en atención a circunstancias especiales calificadas por el defensor de familia, los mayores de doce (12) años podrán ser autorizados para trabajar por las autoridades competentes. En todo caso, para trabajar, los menores de dieciocho (18) años necesitan autorización escrita del inspector de trabajo o, en su defecto, de la primera autoridad local, a solicitud de los padres, y a falta de éstos, del defensor de familia (art. 238 del Decreto 2737 de 1989).

La duración máxima legal de la jornada de trabajo del menor se sujetará a las siguientes reglas: el menor entre 12 y 14 años solo podrá trabajar una jornada máxima de 4 horas diarias y 24 horas a la semana, en trabajos ligeros; el mayor de 14 y menor de 16, una jornada máxima de 6 horas diarias y 36 horas a la semana, y para el mayor de 16 y menor de 18, su jornada de trabajo no podrá exceder de 8 horas diarias y 48 a la semana (art. 20, Ley 50 de 1990, en concordancia con el art. 242 del Decreto 2737 de 1989).

- En cuanto al menor trabajador en condiciones no autorizadas por ley se distinguen los siguientes tipos de menores: el menor de doce (12) años en cualquier caso de ocupación laboral, y quien siendo mayor de doce (12) años pero menor de dieciocho (18) años desempeñe actividades laborales expresamente prohibidas en la ley.

51 Decretos 2663 y 3743 de 1950, adoptados por la Ley 141 de 1961.

5.3.1. Edad mínima

En el ámbito de la OIT, el Convenio 138 sobre la edad mínima de admisión al empleo (el cual se encuentra complementado por la recomendación 146), indica en su artículo 2 que la edad mínima para trabajar no puede ser inferior a la edad en que cesa la obligación escolar o, en todo caso, a los quince (15) años. No obstante, se contempla una excepción a este principio respecto “a los países cuya economía y medios de educación estén insuficientemente desarrollados”, que podrán “especificar inicialmente una edad mínima de catorce años”.

Igualmente, en su artículo 7 (párrafos 1 y 2) se señala que:

1. La legislación nacional podrá permitir el empleo o el trabajo de personas de trece a quince años de edad en trabajos ligeros, a condición de que éstos:

- a) no sean susceptibles de perjudicar su salud o desarrollo; y
- b) no sean de tal naturaleza que puedan perjudicar su asistencia a la escuela, su participación en programas de orientación o formación profesional aprobados por la autoridad competente o el aprovechamiento de la enseñanza que reciben.

2. La legislación nacional podrá también permitir el empleo o el trabajo de personas de quince años de edad por lo menos, sujetas aún a la obligación escolar, en trabajos que reúnan los requisitos previstos en los apartados a) y b) del párrafo anterior.

En Colombia, y conforme al Código del Menor, se encuentra prohibido el trabajo de menores de 14 años, cuyos padres tienen la obligación de disponer que éstos acudan a los centros de enseñanza. Sin embargo, en circunstancias excepcionales –las cuales deben ser calificadas por el defensor de familia–, se permite que los mayores de doce años puedan trabajar con autorización escrita “del Inspector del Trabajo o, en su defecto, de la primera autoridad local, a solicitud de los padres y, a falta de éstos, del Defensor de Familia”.

En relación con los menores indígenas, el artículo 239 del Código del Menor dispone que:

La contratación de menores indígenas, se rige por las normas de su legislación especial y a falta de ellas por las que sean pertinentes del Código Sustantivo del Trabajo y por las consagradas en este Código.

Artículo 7.
Convenio 138
de la OIT

Artículo 239.
Código del Menor

Parágrafo.- Para contratar a un menor indígena se necesita la autorización del Gobernador del Cabildo Indígena, o de la autoridad tradicional de la comunidad respectiva (...)

Respecto a los trabajos que por su naturaleza o las condiciones en que se realicen puedan resultar peligrosos para la salud, la seguridad o la moralidad administrativa, el artículo 3 del Convenio 138 señala que la edad mínima para la admisión a este tipo de empleo no puede ser inferior a 18 años o a 16 años “siempre que queden plenamente garantizadas la salud, la seguridad y la moralidad de los adolescentes, y que éstos hayan recibido instrucción o formación profesional adecuada y específica en la rama de actividad correspondiente”.

En Colombia, los menores de 18 años no pueden ser empleados, conforme al artículo 245 del Código del Menor, en los trabajos que a continuación se enumeran:

Trabajos que tengan que ver con sustancias tóxicas o nocivas para la salud.

Trabajos a temperaturas anormales o en ambientes contaminados o con insuficiente ventilación.

Trabajos subterráneos de minería de toda índole y en los que confluyen agentes nocivos, tales como contaminantes, desequilibrios térmicos, deficiencia de oxígeno a consecuencia de la oxidación o la gasificación.

Trabajos donde el menor de edad esté expuesto a ruidos que sobrepasen ochenta (80) decibeles.

Trabajos donde se tenga que manipular con sustancias radiactivas, pinturas luminiscentes, rayos X, o que impliquen exposición a radiaciones ultravioletas, infrarrojas y emisiones de radio frecuencia.

Todo tipo de labores que impliquen exposición a corrientes eléctricas de alto voltaje.

Trabajos submarinos.

Trabajos en basureros o en cualquier otro tipo de actividades donde se generen agentes biológicos patógenos.

Actividades que impliquen manejo de sustancias explosivas, inflamables o cáusticas.

Trabajo de pañoleros o fagoneros en los buques de transporte marítimo.

Trabajos de pintura industrial que entrañen el empleo de la cerusa, del sulfato de plomo o de cualquier otro producto que contengan dichos elementos.

Trabajos en máquinas esmeriladoras, afilado de herramientas, en muelas abrasivas de alta velocidad y en ocupaciones similares.

Trabajos en altos hornos, hornos de fundición de metales, fábricas de acero, talleres de laminación, trabajos de forja y en prensa pesada de metales.

Trabajos y operaciones que involucren la manipulación de cargas pesadas. Trabajos relacionados con cambios de correas de transmisión, aceite, engrasados y otros trabajos próximos a transmisiones pesadas o de alta velocidad.

Trabajos en cizalladoras, cortadoras, laminadoras, tornos, fresadoras, troqueladoras y otras máquinas particularmente peligrosas.

Trabajo del vidrio y alfarería, trituración y mezclado de materia prima; trabajo de hornos, pulido y esmerilado en seco de vidriería, operaciones de limpieza por chorro de arena, trabajo en locales de vidriado y grabado, trabajos en la industria de la cerámica.

Trabajo de soldadura de gas y arco, corte con oxígeno en tanques o lugares confinados, en andamios o en molduras precalentadas.

Trabajos en fábricas de ladrillos, tubos y similares, moldeado de ladrillos a mano, trabajo en las prensas y hornos de ladrillos.

Trabajo en aquellas operaciones y/o procesos en donde se presenten altas temperaturas y humedad.

Trabajos en la industria metalúrgica de hierro y demás metales, en las operaciones y/o procesos donde se desprenden vapores o polvos tóxicos y en plantas de cemento.

Actividades agrícolas o agroindustriales que impliquen alto riesgo para la salud.

Las demás que señalen en forma específica los reglamentos del Ministerio de Trabajo y Seguridad Social.

Parágrafo. los trabajadores menores de dieciocho (18) años y mayores de catorce (14), que cursen estudios técnicos en el Servicio nacional de Aprendizaje o en un instituto técnico especializado reconocido por el Ministerio de Educación Nacional o en una institución del sistema nacional de Bienestar Familiar autorizada para el efecto por el Ministerio de Trabajo y Seguridad Social, o que obtengan el certificado de aptitud profesional expedido por el Servicio Nacional de Aprendizaje (SENA), podrán ser empleados en aquellas operaciones, ocupaciones o procedimientos señalados en este artículo, que a juicio del Ministerio de Trabajo y Seguridad Social, puedan ser desempeñados sin grave riesgo

para la salud o la integridad física del menor mediante un adecuado entrenamiento y la aplicación de las medidas de seguridad que garanticen plenamente la prevención de los riesgos anotados.

Por su parte, el Convenio 182 de la OIT amplía y refuerza las garantías contenidas en el Convenio 138 al establecer la obligación de los Estados partes de “adoptar medidas inmediatas y eficaces para conseguir la prohibición y la eliminación de las peores formas de trabajo infantil con carácter de urgencia”, (art. 1º) cuyos destinatarios son los menores de 18 años (artículo 2º).

Según el artículo 3º del Convenio 182, por “peores formas de trabajo infantil” se entiende:

- a) **todas las formas de esclavitud o las prácticas análogas a la esclavitud, como la venta y el tráfico de niños, la servidumbre por deudas y la condición de siervo, y el trabajo forzoso u obligatorio, incluido el reclutamiento forzoso u obligatorio de niños para utilizarlos en conflictos armados;**
- b) **la utilización, el reclutamiento o la oferta de niños para la prostitución, la producción de pornografía o actuaciones pornográficas;**
- c) **la utilización, el reclutamiento o la oferta de niños para la realización de actividades ilícitas, en particular la producción y el tráfico de estupefacientes, tal como se definen en los tratados internacionales pertinentes, y**
- d) **el trabajo que, por su naturaleza o por las condiciones en que se lleva a cabo, es probable que dañe la salud, la seguridad o la moralidad de los niños.**

Para el cumplimiento de los derechos garantizados por el Convenio 138, su artículo 7 impone dos obligaciones a los Estados Partes: la autoridad competente deberá prever todas las medidas necesarias, incluso el establecimiento de sanciones apropiadas; la legislación nacional o la autoridad competente deberán determinar las personas responsables del cumplimiento de las disposiciones que den efecto al presente Convenio.

En Colombia, y conforme al artículo 261 del Código del Menor, “El Ministerio de Trabajo y Seguridad Social visitará regular y periódicamente, por medio de los funcionarios de inspección y vigilancia, las empresas para establecer si tienen a su servicio menores trabajadores y si se cumplen las normas que los protegen”. Las sanciones serán impuestas por el Ministerio de Trabajo y Seguridad Social, según el artículo 262 del Código del Menor.

5.4. La prohibición de explotación sexual

Conforme al artículo 34 de la Convención sobre los Derechos del Niño, “los Estados Parte se comprometen a proteger al niño contra todas las formas de explotación y abuso sexuales”. A tal efecto, los Estados Parte deberán adoptar:

(...) todas las medidas de carácter nacional, bilateral y multilaterales necesarias para impedir:

- a) La incitación o la coacción para que un niño se dedique a cualquier actividad sexual ilegal;**
- b) La explotación del niño en la prostitución u otras prácticas sexuales ilegales;**
- c) La explotación del niño en espectáculos o materiales pornográficos.**

En este sentido, el Protocolo Facultativo a la Convención sobre los Derechos del niño relativo a la venta de niños, la prostitución infantil y la utilización de niños en la pornografía, sirve como elemento interpretativo de este artículo y de otros de la Convención.

Según el artículo 2 del presente Protocolo, se entiende:

a) *Por venta de niños:* todo acto o transacción en virtud del cual un niño es transferido por una persona o grupo de personas a otra a cambio de remuneración o de cualquier otra retribución.

b) *Por prostitución infantil:* la utilización de un niño en actividades sexuales a cambio de remuneración o de cualquier otra retribución.

c) *Por utilización de niños en la pornografía:* toda representación, por cualquier medio, de un niño dedicado a actividades sexuales explícitas, reales o simuladas, o toda representación de las partes genitales de un niño con fines primordialmente sexuales.

El artículo 8 de este Protocolo señala que en los procesos penales en los que existan niños víctimas de las prácticas prohibidas por este instrumento (señaladas anteriormente), se deberá velar por sus derechos e intereses y, en particular, deberán:

Artículo 34.
Convención sobre los
Derechos del Niño

Artículo 2.
Protocolo relativo a
la venta de niños, la
prostitución infantil y la
utilización de niños en
la pornografía

Artículo 8.
Protocolo relativo a
la venta de niños, la
prostitución infantil
y la utilización de
niños en la
pornografía

- a) Reconocer la vulnerabilidad de los niños víctimas y adaptar los procedimientos de forma que se reconozcan sus necesidades especiales, incluidas las necesidades especiales para declarar como testigos;
- b) Informar a los niños víctimas de sus derechos, su papel, el alcance, las fechas y la marcha de las actuaciones y la resolución de la causa;
- c) Autorizar la presentación y consideración de las opiniones, necesidades y preocupaciones de los niños víctimas en las actuaciones en que se vean afectados sus intereses personales, de una manera compatible con las normas procesales de la legislación nacional;
- d) Prestar la debida asistencia durante todo el proceso a los niños víctimas;
- e) Proteger debidamente la intimidad e identidad de los niños víctimas y adoptar medidas de conformidad con la legislación nacional para evitar la divulgación de información que pueda conducir a su identificación;
- f) Velar, en caso necesario, por la seguridad de los niños víctimas, así como por la de sus familias y los testigos a su favor, frente a intimidaciones y represalias;
- g) Evitar las demoras innecesarias en la resolución de las causas y en la ejecución de las resoluciones o decretos por los que se conceda reparación a los niños víctimas.

El hecho de que exista duda acerca de la edad real de la víctima, no debe ser un impedimento para la iniciación de las investigaciones penales, incluso aquellas que tengan como finalidad determinar dicha edad.

En todos los procedimientos penales, y en relación con el tratamiento de la justicia penal de los niños víctimas de los anteriores delitos, se deberá velar por el interés superior del menor.

La Ley 679 de 2001, expide un estatuto para prevenir y contrarrestar la explotación, la pornografía y el turismo sexual con menores, en desarrollo del artículo 44 de la Constitución.

6 Los niños de la calle⁵²

1. Situación de los niños de la calle

Entre los problemas más graves que han llegado a la atención de la Comisión [CIDH] con respecto a la infancia en Colombia se encuentra el relativo al de

los niños de la calle, los cuales se ven afectados por circunstancias muy graves, de distinta naturaleza.

En efecto, existe un gran número de niños en Colombia que viven permanentemente en las calles, y otra enorme cantidad de ellos que deambulan por las calles durante el día y regresan a su vivienda en horas de la noche. Ciertamente, la primera reflexión para analizar tal fenómeno se relaciona con tratar de determinar algunas de las causas inmediatas del problema.

Algunos autores han agrupado dichas causas dentro de cuatro aspectos fundamentales: *Socio-culturales* - Las diferencias sociales y la distribución injusta de la riqueza generan una masa de marginados que luchan por sobrevivir, entre los cuales se encuentran niños y niñas que realizan actividades productivas con el fin de sobrevivir y de ayudar a sus familias. *Violencia* - Muchos de los niños de la calle son expulsados de sus hogares por la violencia que impera tanto en el campo como en los barrios marginales de las ciudades. *Familiares* - La familia del niño de la calle es en general altamente disfuncional, cargada de agresiones físicas y verbales. Tal “familia” expulsa fácilmente a los niños de su núcleo. *Educacionales* - Las escuelas de los barrios marginales no se ajustan a las demandas y expectativas de la niñez: son excluyentes, intolerantes e incomprendibles con la realidad que asiste a los niños y a sus familias.*

Asimismo, independientemente de las causas mediatas e inmediatas del complejo problema de los niños que deambulan por las calles colombianas, debe tenerse en cuenta que como acertadamente sostienen algunos autores:

[L]a problemática de los menores de la calle va más allá de situaciones patológicas aisladas. Refleja todo un desequilibrio económico y una descomposición social estructural que se podría comparar con una bomba de tiempo, si no se toman las medidas preventivas y correctivas del caso.**

Los niños colombianos de la calle han sido caracterizados en cinco grupos distintos: *Trabajadores* - Conforman el mayor grupo poblacional y se dedican a actividades de la economía informal, tales como venta ambulante de cigarrillos y de golosinas. *Infractores* - Se dedican al hurto y al atraco a mano armada. Son altamente agresivos y generalmente regresan a sus viviendas luego de cometer

Bermy Grisales
“La niña de la calle”

En este apartado se transcriben algunos párrafos del Capítulo XIII del Tercer informe sobre la situación de derechos humanos en Colombia, CIDH, OEA/Ser.L/V/II.102, Dec. 9 Rev. 1, 26 de febrero de 1999, párrs. 26-43.
Jaime Zuluaga Soto, “Los derechos de los niños callejeros también prevalecen sobre los derechos de los demás”, Ciudad Don Bosco, 1997.
Bermy Grisales y Equipo Interdisciplinario Corporación Primavera, “La niña de la calle”, en Seminario regional “El menor de la calle”, Memorias, Ciudad Don Bosco, 1995, p. 6.

52

*

**

sus actividades ilícitas. *Limosneros* - Constituye un número significativo de niños que se dedican a pedir dinero. Muchas veces lo hacen presionados por sus familias, como un medio de obtener recursos económicos para sus hogares. *Explotados sexualmente* - Aunque existen casos de niños, la mayor parte está conformada por niñas, quienes adoptan esta forma de sobrevivencia en la calle como decisión ligada a sus necesidades económicas y de protección. *El clásico gamín* - Es reconocido por su ropaje harapiento, por habitar en los lugares más deprimidos de la ciudad y por consumir permanentemente elementos psicoactivos, especialmente sacol, marihuana y bazuco.* Muchos niños y niñas presentan en la práctica características que los pudieran incluir en más de un grupo como, por ejemplo, el grupo de infractores y el grupo del clásico gamín.**

Muchos niños de la calle consumen drogas de manera habitual y no tienen conciencia alguna del daño que ellas les provocan. La droga ha pasado a formar parte de su subcultura. Ciertamente, existen diversos factores que caracterizan el problema. Para ser admitido en el grupo, el niño tiene que consumir drogas como una especie de acto de hermandad con los demás miembros del grupo. Las drogas tienen también una función de ayuda para enfrentar el duro mundo de la calle: las drogas hacen que el niño “olvide” que tiene hambre, que tiene frío y que tiene miedo.*** La droga, de día, cumple también una función de pasatiempo, pues consumir drogas hace pensar al niño que el tiempo pasa más rápido; y, de noche, ayuda al niño a conciliar el sueño en la calle.

2. Obligaciones del Estado

El derecho del niño a “las medidas de protección que su condición de menor requiere” impone al Estado una obligación de tomar medidas para evitar que los niños se vean forzados a convertirse en niños de la calle. En este sentido, la Convención sobre los Derechos del Niño reconoce el derecho del niño “a un nivel de vida adecuado para su desarrollo físico, mental, espiritual, moral y social”.**** Como se señaló, en muchos casos la pobreza y las carencias en las necesidades básicas son causas del desplazamiento del niño hacia la calle.

* Zuluaga Soto, ob. cit., p. 3. Aunque el autor se está refiriendo específicamente a los niños y las niñas de Medellín, se considera que dicha clasificación comprende, en general, la situación de los demás niños y niñas de las principales ciudades colombianas.

** En sus observaciones al presente Informe, el Estado expresó que solamente reconoce una categoría global de “habitante de la calle” que incluye a toda esta población de niños, niñas y jóvenes. El Estado considera a los niños y las niñas que desarrollan una actividad laboral en la calle pero que conservan los vínculos con su familia y hogar como “niños en riesgo de convertirse en habitantes de la calle”.

*** Id.

**** Convención sobre los Derechos del Niño, artículo 27(1).

Tanto la Convención Americana como la Convención sobre los derechos del niño prevén que la familia sea responsable de garantizar el nivel de vida del niño. Sin embargo, dichos instrumentos también establecen un rol para el Estado en la protección del niño. La Convención sobre los Derechos del Niño establece que los Estados Partes “adoptarán medidas apropiadas para ayudar a los padres ... a dar efectividad a[l] ... derecho [a un nivel de vida adecuado] y, en caso necesario, proporcionarán asistencia y programas de apoyo, particularmente con respecto a la nutrición, vestuario y la vivienda”.*

Por tanto, el Estado colombiano está obligado a intervenir para proveer las necesidades básicas de los niños, cuando sus familias no se encuentran en condiciones para hacerlo, antes de que se vean obligados a desplazarse hacia la calle por falta de techo o por la necesidad de buscar dinero, a través del trabajo, robo o mendicidad, para alimentarse.

La Comisión reconoce que el deber del Estado en este contexto es el de avanzar hacia la protección cabal de conformidad con sus posibilidades. De esta manera, la Convención de los derechos del niño establece que las medidas que debe adoptar el Estado para garantizar la nutrición y la vivienda son las posibles “de acuerdo con las condiciones nacionales y con arreglo a sus medios”**. De la misma manera, en relación con los derechos económicos y sociales en general, la Convención Americana compromete a los Estados a adoptar medidas “para lograr progresivamente la plena efectividad” de dichos derechos***.

Sin embargo, la naturaleza del deber del Estado reseñada en el párrafo anterior no implica que no exista una obligación concreta. De hecho, dado que los niños deben gozar de una especial protección requerida por su condición de menor, el deber de garantizarles un nivel de vida adecuado debe ser una prioridad entre los programas del Estado y el gasto público. Con base en la información recibida por la Comisión sobre la gravedad del problema de los niños de la calle, reconocida por las mismas autoridades estatales, y el estado de los recursos estatales, no es posible concluir que el Estado colombiano está cumpliendo de manera cabal con su responsabilidad en este sentido.

Además de garantizar un nivel de vida adecuado al niño, el Estado colombiano está obligado a combatir otras causas del fenómeno de los niños de la calle. Por ejemplo, la Convención sobre los derechos del niño requiere al Estado garantizar la enseñanza primaria obligatoria y gratuita, hacer la enseñanza superior accesible a todos, y adoptar medidas para fomentar la asistencia regular a

Ibíd., artículo 27(3).

*

Ibíd.

**

Ibíd., artículo 26.

las escuelas.^{*} El mismo instrumento establece que el Estado debe adoptar las medidas necesarias para “proteger al niño contra toda forma de perjuicio o abuso físico o mental, descuido o trato negligente ...mientras el niño se encuentre bajo la custodia de los padres, de un representante legal o de cualquier otra persona que lo tenga a su cargo”.^{**} La Comisión considera que el Estado colombiano puede detener el desplazamiento de los niños hacia la calle por medio del cumplimiento aplicado de estas obligaciones.

La Comisión resalta que, además de prevenir que los niños lleguen a la calle, el Estado también tiene la obligación de proveer una protección especial a los menores que ya se han convertido en niños de la calle. Para los niños que se encuentran en la calle, el nivel de vida es aún más precario, haciendo más obvia la necesidad de intervención y asistencia por parte del Estado. Además, los niños de la calle están expuestos a una serie de peligros. Por ejemplo, como se explicó anteriormente, existe entre los niños de la calle la tendencia a ingerir estupefacientes y otras drogas.^{***} El Estado tiene el deber de prevenir estos peligros, especialmente a través de la adopción de medidas que logren remover al niño de la calle de su situación como tal.

Según la información recibida por la Comisión, el Estado colombiano no ha adoptado medidas efectivas para garantizar los derechos de los niños que ya se encuentran en la calle. La gran mayoría de los hogares y otras instituciones que suministran servicios a estos niños son privados. Lejos de recibir protección por parte del Estado colombiano, con el objetivo de remediar su situación, muchos de los niños de la calle son victimizados, maltratados y hasta ejecutados, a veces a manos de agentes del mismo Estado.

3. Violencia contra niños de la calle

Los niños de la calle son permanentemente maltratados en forma verbal, física y sexual. Durante su visita a Medellín, Departamento de Antioquia, la

* Convención sobre los Derechos del Niño, artículo 28. La Comisión Americana de Juristas nota que, de conformidad con el artículo 67 de la Constitución Política de Colombia (CP), la educación es gratuita y obligatoria entre los cinco y los quince años de edad. Sin embargo, existe una importante incidencia de deserción escolar, aun durante los años de asistencia obligatoria. Comisión Colombiana de Juristas, Colombia, *Derechos humanos y derechos humanitario*: 1996, p. 172 El Estado aparentemente no ha adoptado medidas importantes para fomentar la asistencia escolar.

** Convención sobre los derechos del niño, artículo 19(1).

*** La Convención sobre los derechos del niño establece explícitamente que los Estados Partes “adoptarán todas las medidas apropiadas para proteger a los niños contra el uso ilícito de los estupefacientes y sustancias psicotrópicas”, artículo 33.

Comisión se entrevistó con menores que habían vivido y/o trabajado en la calle. Estos menores describieron a la Comisión numerosos incidentes de violencia, en la mayoría de los casos responsabilidad de la Policía Nacional de Colombia. Por ejemplo, la Comisión recibió información sobre casos en los cuales menores prostitutas en la calle fueron golpeadas y violadas por miembros de la Policía.

Además de la violencia y el maltrato, los niños de la calle enfrentan la posibilidad de ser asesinados por medio de una deplorable práctica conocida como de “limpieza social”, eufemismo que significa exterminio mediante la ejecución extrajudicial, a veces imputada a fuerzas policiales.^{*} La magnitud del problema lo hace aún más alarmante: se ha estimado que cada día siete niños colombianos son asesinados.^{**} Algunos expertos han calculado que el 44% de esta cifra corresponde a los niños de la calle.

Muchos de los asesinatos de niños de la calle son cometidos por particulares. Estos casos, que no implican originalmente la responsabilidad del Estado, a menudo llegan a ser posibles violaciones de los derechos humanos, porque el aparato estatal no investiga ni sanciona a los responsables.

En otros casos, grupos paramilitares o grupos pagados de “limpieza social” cometen los asesinatos. La Comisión ha recibido información señalando que en muchos casos agentes estatales colaboran en estos asesinatos o incurren en omisión por no actuar para prevenirlos. Algunos de los grupos de “limpieza social” contratan a niños como sicarios para desarrollar su labor de muerte, lo que produce una situación de descomposición tal que los mismos niños se están matando entre ellos.^{***}

Humanidad Vigente, pág. 3.

“Caos en amparo judicial al menor”, *El Tiempo*, 16 de marzo de 1998.

Humanidad Vigente, p. 3 y 4.

*

**

Tipología de las violaciones

Tipologías

Violación de la libertad y seguridad personales del menor

Esta violación se configura cuando:

- a) Se le prive de su libertad con base en una definición de la conducta incriminada.
- b) Se interne en instituciones específicas para los niños de quienes se alegue que han infringido las leyes penales o a quienes se acuse o declare culpables de haber infringido esas leyes, a niños que no han incurrido en conducta penalmente típica pero que se encuentran en una situación de riesgo o peligro.
- c) No se notifique inmediatamente, o en el tiempo más breve posible, a los padres o tutores la aprehensión de un menor.
- d) Se proceda a la ubicación institucional del menor, a pesar de poder aplicar otras medidas que pudieran cumplirse en un medio familiar.
- e) Se niegue al menor que se encuentre ubicado en régimen institucional cerrado, los derechos otorgados por el artículo 203 del Código del Menor.
- f) Los niños procesados no estén separados de los adultos.

Violación del derecho a la integridad del menor privado de libertad

Esta violación se configura cuando son sometidos a medidas de aislamiento prolongado o incomunicación.

Violación del derecho al debido proceso de los menores de edad

Esta violación se configura cuando se violan cualquiera de las garantías judiciales reconocidas para los adultos, especialmente cuando:

- a) Se viola el principio a la presunción de inocencia del menor.
- b) Se viola el derecho a la defensa del menor.
- c) Se viola el derecho a recurrir las decisiones judiciales ante una instancia superior.
- d) El proceso de los jóvenes infractores no cuente con la participación de personal especializado en la instrucción y juzgamiento de procesos penales.

La violación de los derechos del menor trabajador

Esta violación se configura cuando el Estado, por medio del Ministerio de Trabajo y Seguridad Social, permite que:

- a) Menores de 12 años trabajen.
- b) Menores entre 12 y 14 años trabajen sin permiso del defensor de familia.
- c) Menores entre 16 y 18 años realicen trabajos peligrosos.
- d) Menores de 18 años realicen alguna de las señaladas como "peores formas de trabajo infantil".

La violación de la prohibición de explotación sexual

Esta violación se configura cuando el Estado no adopte o no cumpla con las medidas necesarias para impedir la explotación del niño en la prostitución u otras prácticas sexuales ilegales, así como en espectáculos o materiales pornográficos.