

Compilación de jurisprudencia y doctrina nacional e internacional

Volumen IV



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

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

Primera edición: Bogotá, marzo de 2003

ISBN

Compiladores

Inés Margarita Uprimny
Alejandro Valencia Villa

Editor general

Alejandro Valencia Villa

Edición

María José Díaz-Granados M.

Diseño y diagramación

Gloria Díaz-Granados M.

Impresión

Panamericana Formas e Impresiones S.A.

Contenido

Presentación	9
Incorporación del derecho internacional en el derecho interno	11
Corte Constitucional Sentencia T-1635 de 2000 Magistrado ponente: José Gregorio Hernández 27 de noviembre de 2000	11
Corte Constitucional Sentencia T-327 de 2001 Magistrado ponente: Marco Gerardo Monroy Cabra 26 de marzo de 2001	17
Corte Constitucional Sentencia T-1319 de 2001 Magistrado ponente (e): Rodrigo Uprimny Yepes 7 de diciembre de 2001	20
Responsabilidad en derechos humanos	29
Corte Constitucional Sentencia SU-1184 de 2001 Magistrado ponente: Eduardo Montealegre Lynett 13 de noviembre de 2001	29

Derecho a la vida y a la integridad personal 43

Corte Interamericana de Derechos Humanos
Caso Las Palmeras
Sentencia de 6 de diciembre de 2001 43

Comité contra la Tortura de las Naciones Unidas
Caso A.S. c. Suecia
Comunicación 149 de 1999
Decisión adoptada el 24 noviembre de 2000 60

Derecho a la libertad personal 83

Comisión de Derechos Humanos
Informe presentado por el señor Manfred Nowak,
experto independiente encargado de examinar el
marco internacional existente en materia penal y de
derechos humanos para la protección de las personas
contra las desapariciones forzadas o involuntarias
8 de enero de 2002 83

Comité de Derechos Humanos
Caso Rafael Amador Rojas García c. Colombia
Comunicación 687 de 1996
Decisión adoptada el 3 de abril de 2001 113

Corte Constitucional
Sentencia C-774 de 2001
Magistrado ponente: Rodrigo Escobar Gil
25 de julio de 2001 126

Corte Constitucional Sentencia C-251 de 2002 Magistrados ponentes: Eduardo Montealegre Lynett y Clara Inés Vargas Hernández 11 de abril de 2002	145
Corte Constitucional Sentencia C-317 de 2002 Magistrada ponente: Clara Inés Vargas Hernández 2 de mayo de 2002	183
Garantías judiciales y debido proceso	213
Comité de Derechos Humanos Caso Joseph Kavanagh c. Irlanda Comunicación 819 de 1998 Decisión adoptada el 4 de abril de 2001	213
Comisión Interamericana de Derechos Humanos Informe 50/00 Caso 11.298 Reinaldo Figueredo Planchart c. República Bolivariana de Venezuela 13 de abril de 2000	237
Corte Constitucional Sentencia C-620 de 2001 Magistrado ponente: Jaime Araújo Rentería 13 de junio de 2001	289
Corte Constitucional Sentencia C-1288 de 2001 Salvamento de voto. Magistrado (e): Rodrigo Uprimny Yepes 5 de diciembre de 2001	301

Verdad, justicia y reparación 317

- Corte Interamericana de Derechos Humanos
Caso Barrios Altos
Sentencia de 14 de marzo de 2001 317

Derecho a la propiedad 321

- Corte Interamericana de Derechos Humanos
Caso de la comunidad Mayagna (Sumo)
Awas Tingni c. Nicaragua
Sentencia de 31 de agosto de 2001 321

Libertad de expresión 333

- Comisión Interamericana de Derechos Humanos
Informe del Relator Especial para la Libertad de
Expresión, 2001
Capítulo III. Informe sobre la acción de *Habeas Data*
y el derecho de acceso a la información en el hemisferio. 333
Capítulo IV. Ética en los medios de difusión 351

Estados de excepción

- Comité de Derechos Humanos
Observación General No. 29 sobre la suspensión
de disposiciones del Pacto durante un estado
de excepción
adoptada el 24 de julio de 2002 369

Corte Constitucional Sentencia C-1024 de 2002 Magistrado ponente: Alfredo Beltrán Sierra 26 de noviembre de 2002	382
Derechos económicos, sociales y culturales	441
Principios de Limburgo sobre la aplicación del Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, Maastricht, 6 de junio de 1986	441
Directrices de Maastricht sobre violaciones a los derechos económicos, sociales y culturales Maastricht, 26 de enero de 1997	461
Igualdad y no discriminación	477
Comité para la eliminación de la Discriminación Racial Caso Miroslav Lacko c. República Eslovaca Comunicación 11 de 1998 Decisión adoptada el 9 de agosto de 2001	477
Derechos de los niños	491
Corte Interamericana de Derechos Humanos Opinión Consultiva OC-17 de 2002 Condición Jurídica y Derechos Humanos del Niño 28 de agosto de 2002	491

Los reclusos y las personas privadas de la libertad 513

Oficina en Colombia del Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Derechos Humanos.
Misión Internacional Derechos Humanos y Situación Carcelaria, Informe Centros de Reclusión en Colombia: un estado de cosas inconstitucional y de flagrante violación de derechos humanos.

31 de octubre de 2001 513

Derecho penal internacional 553

Corte Constitucional
Sentencia C-578 de 2002
Magistrado ponente: Manuel José Cepeda Espinosa
30 de julio de 2002

553

Terrorismo y derechos humanos 655

Comisión Interamericana de Derechos Humanos
Informe sobre Terrorismo y derechos humanos
Resumen Ejecutivo
22 de octubre de 2002

655

Presentación

ESTE IV VOLUMEN DE *COMPILACIÓN DE JURISPRUDENCIA Y DOCTRINA NACIONAL E INTERNACIONAL*, pone al día los publicados en junio de 2001. En él se encuentran extractos de decisiones de organismos nacionales e internacionales sobre derechos humanos, derecho humanitario y derecho penal internacional.

Esta publicación responde al interés de la Oficina de mantener actualizada a la comunidad de derechos humanos y al público interesado sobre las decisiones relevantes e ilustrativas producidas en los dos últimos años por instancias internacionales y nacionales.

Se han utilizado puntos suspensivos entre corchetes para indicar cuando los compiladores han suprimido parte de un texto; no se ha efectuado ninguna modificación o sustracción en los documentos sin señalarlo en la forma mencionada. No obstante, se ha modificado el formato de algunos de los textos, en particular los encabezamientos, los títulos y las citas, para dar unidad a la edición. 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). Por razones de edición, en algunos textos no se conservó la numeración original de las notas de pie de página; cuando esto ocurre los compiladores lo indican. Las notas de los compiladores se señalan con asteriscos.

La selección de los materiales fue realizada por Inés Margarita Uprimny y Alejandro Valencia Villa, consultores del área de cooperación técnica de esta Oficina. Alejandro Valencia Villa es, además, el editor general de la obra.

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

Incorporación del derecho internacional en el derecho interno

Corte Constitucional
Sentencia T-1635 de 2000
Magistrado ponente: José Gregorio Hernández Galindo
27 de noviembre de 2000

[...] III. CONSIDERACIONES DE LA CORTE CONSTITUCIONAL
Y FUNDAMENTOS DE LA DECISIÓN

1. Situación de los desplazados frente a los cánones constitucionales

La situación del conflicto armado que vive el país ha generado el desplazamiento de miles de familias que huyen de la violencia desde sus lugares de origen a distintas capitales del país, con los consiguientes traumatismos que ello genera, tanto para la colectividad como para las mismas personas y familias condenadas a la trashumancia y al desarraigo, a todas las cuales el Estado tiene obligación de proteger.

La Constitución Política consagra en el artículo 1 que Colombia es un Estado Social de Derecho fundado en el respeto de la dignidad humana. El Estado reconoce también la primacía de los derechos inalienables de la persona y ampara a la familia como institución básica de la sociedad. Consagra igualmente que nadie será sometido a tratos o penas crueles, inhumanos o degradantes.

En numerosas disposiciones constitucionales, que también encuentran reiteración en tratados internacionales sobre derechos humanos, se contempla la protección a elementales garantías y derechos

de la persona, como el de la vida en condiciones de dignidad, la salud en conexión con ella, la integridad personal, la libre circulación por el territorio nacional, el trabajo, el derecho a una vivienda digna, la educación, la alimentación mínima, la prohibición del destierro, entre otros, además de los prevalentes, asegurados por el artículo 44 de la Carta Política y por el derecho internacional en favor de los niños.

También se garantiza en la Constitución la protección integral de la familia, estableciendo en forma expresa que cualquier forma de violencia o abandono en relación con ella se considera destructiva de su armonía y unidad, y será sancionada conforme a la ley.

Todos estos preceptos y los valores constitucionales y humanitarios que los inspiran se ven amenazados y con certeza vulnerados cuando la familia, no por propia voluntad sino por la fuerza de circunstancias externas que escapan a su control, tiene que abandonar su territorio y el lugar de su domicilio para, al huir de los violentos, sobrevivir aun en condiciones angustiosas y preservar, cuando menos, la esperanza de un futuro regreso o de nuevas oportunidades de subsistencia.

En el informe denominado “Atención a población desplazada por el conflicto armado”, publicado por la Red de Solidaridad Social en diciembre de 1999, se consigna:

De acuerdo con la información de la Red Nacional de Información y la suministrada por las gobernaciones departamentales al Ministerio del Interior, se estima que actualmente existen cuatrocientas mil personas desplazadas. Desde el punto de vista de la evolución geográfica, el fenómeno del desplazamiento interno causado por el conflicto armado involucra a ciento treinta y nueve municipios. De éstos, ochenta municipios exclusivamente expulsan población por causa del conflicto armado, cuarenta expulsan y reciben y diecinueve son sólo receptores de población desplazada (ver anexos 2 y 3). Los municipios expulsores se concentran fundamentalmente en el Urabá ampliado, el centro del Chocó, el sur de Bolívar, el Magdalena Medio, el Catatumbo, la Sierra Nevada de Santa Marta y los departamentos de Guaviare, Caquetá y

Meta. Los municipios que reciben población desplazada son, en general, grandes y medianas ciudades.

De las características demográficas de estos grupos poblacionales se pueden mencionar las siguientes: el 44.1% de las familias tienen a mujeres como jefes de hogar; el 23.2% de la población son niños menores de siete años y el 16.7% pertenece a grupos étnicos (ver anexo 5).

Aunque las estimaciones de la Red Nacional de Información señalan que desde 1996 se ha desplazado un número cercano a las veinticinco mil familias al año, se espera que para los próximos años esta cifra disminuya como resultado del avance en los procesos de negociación con los grupos armados, de la implementación del Plan Colombia y de las acciones en pro de los derechos humanos y la prevención del desplazamiento forzado.

En desarrollo de lo dispuesto en el artículo 93 de la Constitución Política, según el cual los derechos y deberes consagrados en ella se interpretarán de conformidad con los tratados internacionales sobre derechos humanos ratificados por Colombia, esta Corporación ha acogido en su jurisprudencia la teoría acerca del bloque de constitucionalidad respecto del cual ha expresado:

La integración de las normas de derecho internacional humanitario en un bloque de constitucionalidad

[...] 11. Una vez analizada la naturaleza e imperatividad del derecho internacional humanitario, entra la Corte a estudiar el lugar que, dentro de la jerarquía normativa, ocupan aquellos convenios que en esta materia hayan sido aprobados y ratificados por nuestro país.

Para ello conviene tener en cuenta que estos convenios hacen parte, en sentido genérico, del corpus normativo de los derechos humanos, puesto que, tanto los tratados de derechos humanos en sentido estricto como

los convenios de derecho humanitario son normas de *ius cogens* que buscan, ante todo, proteger la dignidad de la persona humana. Son pues normatividades complementarias que, bajo la idea común de la protección de principios de humanidad, hacen parte de un mismo género: el régimen internacional de protección de los derechos de la persona humana. La diferencia es entonces de aplicabilidad, puesto que los unos están diseñados, en lo esencial, para situaciones de paz, mientras que los otros operan en situaciones de conflicto armado, pero ambos cuerpos normativos están concebidos para proteger los derechos humanos. Así, esta Corporación ya había señalado que “el derecho internacional humanitario constituye la aplicación esencial, mínima e inderogable de los principios consagrados en los textos jurídicos sobre derechos humanos en las situaciones extremas de los conflictos armados.

Ahora bien, el artículo 93 de la Carta establece la prevalencia en el orden interno de ciertos contenidos de los tratados de derechos humanos ratificados por Colombia. Esta Corte ha precisado que para que opere la prevalencia de tales tratados en el orden interno, “es necesario que se den los dos supuestos a la vez, de una parte, el reconocimiento de un derecho humano, y de la otra que sea de aquellos cuya limitación se prohíba durante los estados de excepción”. En tales circunstancias es claro que los tratados de derecho internacional humanitario, como los Convenios de Ginebra de 1949 o el Protocolo I, o este Protocolo II bajo revisión, cumplen tales presupuestos, puesto que ellos reconocen derechos humanos que no pueden ser limitados ni durante los conflictos armados, ni durante los estados de excepción. Además, como lo señaló esta Corporación en la revisión del Protocolo I, y como se verá posteriormente en esta sentencia, existe una perfecta coincidencia entre los valores protegidos por la Constitución colombiana y los convenios de derecho internacional humanitario, puesto que todos ellos reposan en el respeto de la dignidad de la persona humana. En efecto, esta Corte ya había señalado que “las disposiciones del derecho internacional humanitario que tratan sobre el manejo de las personas y las cosas vinculadas a la guerra, como las que señalan la forma de conducir

las acciones bélicas, se han establecido con el fin de proteger la dignidad de la persona humana y para eliminar la barbarie en los conflictos armados”.

12. A partir de todo lo anterior se concluye que los convenios de derecho internacional humanitario prevalecen en el orden interno. Sin embargo, ¿cuál es el alcance de esta prevalencia? Algunos doctrinantes y algunos intervinientes en este proceso la han entendido como una verdadera supraconstitucionalidad, por ser estos convenios normas de *ius cogens*. Esto puede ser válido desde la perspectiva del derecho internacional puesto que, conforme al artículo 27 de la Convención de Viena sobre el derecho de los tratados, una Parte no podrá invocar las disposiciones de su derecho interno como justificación del incumplimiento de un tratado. Con menor razón aún podrán los Estados invocar el derecho interno para incumplir normas de *ius cogens* como las del derecho internacional humanitario. Pero, desde la perspectiva del derecho constitucional colombiano, esta interpretación debe ser matizada, puesto que la Constitución es norma de normas (CP art. 4º) (C-225 de 1995 M.P. Alejandro Martínez Caballero).

Las normas del derecho internacional, aplicables en el presente caso en virtud de la conformación del aludido bloque de constitucionalidad, consagran en el artículo 17 del Protocolo Adicional a los Convenios de Ginebra del 12 de agosto de 1949, relativo a la protección de las víctimas de los conflictos armados sin carácter internacional, aprobado por la Ley 171 de 1994, lo siguiente:

Artículo 17. Prohibición de los desplazamientos forzados.

1. No se podrá ordenar el desplazamiento de la población civil por razones relacionadas con el conflicto, a no ser que así lo exijan la seguridad de las personas civiles o razones militares imperiosas. Si tal desplazamiento tuviera que efectuarse, se tomarán todas las medidas posibles para que la población civil sea acogida en condiciones satisfactorias de alojamiento, salubridad, higiene, seguridad y alimentación.

2. No se podrá forzar a las personas civiles a abandonar su propio territorio por razones relacionadas con el conflicto.

Precisamente para hacer frente a esta nueva categoría de colombianos, el ordenamiento jurídico ha confiado a la Red de Solidaridad Social –que es un establecimiento público del orden nacional, dotado de personería jurídica, autonomía administrativa y patrimonio propio, adscrito al Departamento Administrativo de la Presidencia de la República– la tarea de promover el mejoramiento de las condiciones de vida de la población más pobre y vulnerable del país, de la que indudablemente hace parte la franja de los desplazados. Ellos, por las terribles circunstancias a que los ha conducido la confrontación armada, tienen derecho constitucional a que el Estado despliegue su acción de manera efectiva, oportuna y eficiente, con miras a su amparo y al disfrute de garantías básicas de las que han sido violentamente despojados.

No en vano el artículo 13 de la Constitución ordena al Estado promover las condiciones para que la igualdad sea real y efectiva, y adoptar medidas en favor de grupos discriminados o marginados.

La misma norma estipula que el ente estatal protegerá especialmente a quienes, por su condición económica física o mental, se encuentren en circunstancias de debilidad manifiesta.

En la Ley 387 de 1997, por la cual se adoptan medidas para la prevención del desplazamiento forzado, la atención, protección, consolidación y estabilización socioeconómica de los desplazados internos por la violencia en la República de Colombia, se define así el estado de “desplazado”.

Artículo 1. Desplazado.

Es desplazado toda persona que se ha visto forzada a migrar dentro del territorio nacional abandonando su localidad de residencia o actividades económicas habituales, porque su vida, su integridad física, su seguridad o libertad personales han sido vulneradas o se encuentran directamente amenazadas, con ocasión de cualquiera de las siguientes

situaciones: conflicto armado interno, disturbios y tensiones interiores, violencia generalizada, violaciones masivas de los derechos humanos, infracciones al derecho internacional humanitario u otras circunstancias emanadas de las situaciones anteriores que puedan alterar o alteren drásticamente el orden público.

En la misma Ley se creó el Sistema Nacional de Atención Integral a la Población Desplazada por la Violencia, que busca atender de manera integral a la población desplazada por el conflicto, para que, en el marco del retorno voluntario o el reasentamiento, logre su reincorporación a la sociedad colombiana. Este sistema está constituido por el conjunto de entidades públicas, privadas y comunitarias que adelantan planes, programas, proyectos y acciones específicas, tendientes a la atención integral de la población desplazada. [...]

Corte Constitucional

Sentencia T-327 de 2001

Magistrado ponente: Marco Gerardo Monroy Cabra

26 de marzo de 2001*

[...] IV. CONSIDERACIONES DE LA CORTE CONSTITUCIONAL [...]

b. Aplicación de la interpretación más favorable a la protección de los derechos fundamentales de los desplazados

Para realizar una interpretación razonable al artículo 2, inciso 2 del Decreto 2569 de 2000, se deben aplicar criterios de interpretación sistemática, teleológica, y más favorable a la protección de los derechos humanos. Siendo esto así, al aplicar la interpretación sistemática, se debe tener muy claro que el decreto contentivo del artículo en estudio es desarrollo reglamentario de una ley que reconoce

* En las notas de pie de página de las sentencias de la Corte Constitucional no se conservó la numeración original.

el desplazamiento forzado como situación de hecho; a su vez, esta ley es desarrollo de un sistema constitucional al cual están incorporadas normas supranacionales como lo son los Principios Rectores de los Desplazamientos Internos, emanados de la ONU, y el artículo 17 del Protocolo adicional a los Convenios de Ginebra del 12 de agosto de 1949,¹ que buscan proteger a los desplazados y no exigen certificación de tal fenómeno de facto. Si se hace una interpretación teleológica de la norma, se observa que el fin de tal artículo es brindar protección y ayuda frente a una situación que, como se reconoce en el inciso primero de tal artículo, se da por la ocurrencia de los hechos de una manera estructurada. No requiere el citado artículo la necesidad del reconocimiento oficial para la configuración del desplazamiento forzado en un caso concreto. Igualmente, realiza una interpretación en el sentido que más convenga a la finalidad de la norma, se encuentra que frente al tratamiento de tan grave situación

¹ En la sentencia T-1635/00 del magistrado José Gregorio Hernández se analizó cómo no sólo las normas de la Constitución Política, sino también los tratados aprobados por Colombia en la materia, que conforman el bloque de constitucionalidad, protegen a la población desplazada.

Las normas del Derecho Internacional, aplicables en el presente caso en virtud de la conformación del aludido “bloque de constitucionalidad”, consagran en el artículo 17 del Protocolo Adicional a los Convenios de Ginebra del 12 de agosto de 1949, relativo a la protección de las víctimas de los conflictos armados sin carácter internacional, aprobado por la Ley 171 de 1994, lo siguiente:

“Artículo 17. Prohibición de los desplazamientos forzados.

1. No se podrá ordenar el desplazamiento de la población civil por razones relacionadas con el conflicto, a no ser que así lo exijan la seguridad de las personas civiles o razones militares imperiosas. Si tal desplazamiento tuviera que efectuarse, se tomarán todas las medidas posibles para que la población civil sea acogida en condiciones satisfactorias de alojamiento, salubridad, higiene, seguridad y alimentación.

2. No se podrá forzar a las personas civiles a abandonar su propio territorio por razones relacionadas con el conflicto”.

como lo es el desplazamiento forzado, lo más razonable es entender que no se puede condicionar la existencia de una realidad a la afirmación de su configuración por parte de las autoridades. Finalmente, de acuerdo con el criterio hermenéutico de la interpretación más favorable a la protección de los derechos humanos, al aceptar como válida tal interpretación, el inciso segundo de la norma en estudio se debe tomar como una serie de pautas para facilitar una organizada protección de los derechos fundamentales de los desplazados.

La interpretación más favorable a la protección de los derechos humanos de los desplazados hace necesaria la aplicación de los Principios Rectores del Desplazamiento Interno consagrados en el Informe del Representante Especial del Secretario General de las Naciones Unidas para el Tema de los Desplazamientos Internos de Personas,² los cuales son parte del cuerpo normativo supranacional que integra el bloque de constitucionalidad de este caso. En consecuencia, todos los funcionarios involucrados en la atención de desplazados, de los cuales son un claro ejemplo los funcionarios del ministerio público que reciben las declaraciones de los desplazados y los funcionarios de la Red de Solidaridad Social, debieran ajustar su conducta, además de las normas constitucionales, a lo previsto en los mencionados Principios.

No se puede tener como requisito sine qua non para el ejercicio de derechos fundamentales de los desplazados la certificación de la “condición de desplazado” del Ministerio del Interior. [...]

² Naciones Unidas, Doc. E/CN.4/1998/53/Add.2, 11 de febrero de 1998. Informe del Representante Especial del Secretario General de las Naciones Unidas para el tema de los Desplazamientos Internos de Personas, Sr. Francis Deng.

Corte Constitucional
Sentencia T-1319 de 2001
Magistrado ponente (e): Rodrigo Uprimny Yepes
7 de diciembre de 2001

[...] CONSIDERACIONES Y FUNDAMENTOS DE LA CORTE [...]

[...] **El artículo 93 de la Carta, el bloque de constitucionalidad y la armonización de la libertad de expresión con otros derechos fundamentales.**

[...] 6. El juez de instancia señaló que en el presente caso no se apreciaba el ejercicio de la libertad de informar, pues las declaraciones emitidas por Iván Mejía Álvarez eran apreciaciones sobre hechos objetivos, los cuales, en su concepto, eran de amplio conocimiento público.

La Corte apoya la posición del juez, pues en realidad el demandado se ha limitado a hacer público su análisis sobre el comportamiento del demandante y del equipo que dirige. No estaba informando sobre lo ocurrido, sino que emitió una opinión a partir de hechos conocidos, tanto por los espectadores de los juegos, los radioescuchas, los televidentes y quienes se informan mediante la prensa. Así, el ámbito de decisión se circunscribe, principalmente, a la libertad de opinión.

7. Así precisada la controversia constitucional, aparentemente el presente caso tendría una solución fácil, pues el artículo 20 de la Carta no contempla restricciones a la libertad de opinión. Se limita a establecer condiciones relativas al ejercicio del derecho a la información. Por consiguiente, podría argumentarse que ese derecho es absoluto y no tiene límites. Sin embargo, esa conclusión es discutible, por cuanto la libertad de opinión puede colisionar con otros derechos fundamentales. La pregunta que surge es la siguiente: ¿a qué criterios puede recurrir el juez constitucional para analizar la legitimidad de una restricción a la libertad de opinión para armoni-

zarla con otros derechos, si la Carta explícitamente no señala esos criterios?

8. Para responder a ese interrogante, la Corte constata que en esta materia, los pactos internacionales tienen un contenido normativo más rico, pues explicitan las bases que podrían legitimar una restricción a este derecho. Por ejemplo, el artículo 13 de la Convención Interamericana, que regula la libertad de expresión, establece al respecto:

1. Toda persona tiene derecho a la libertad de pensamiento y de expresión. Este derecho comprende la libertad de buscar, recibir y difundir informaciones 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.

2. El ejercicio del derecho previsto en el inciso precedente no puede estar sujeto a previa censura sino a responsabilidades ulteriores, las que deben estar expresamente fijadas por la ley y ser necesarias para asegurar:

- a. el respeto a los derechos o a la reputación de los demás, o
- b. la protección de la seguridad nacional, el orden público o la salud o la moral públicas.

3. No se puede restringir el derecho de expresión por vías o medios indirectos, tales como el abuso de controles oficiales o particulares de papel para periódicos, de frecuencias radioeléctricas, o de enseres y aparatos usados en la difusión de información o por cualesquiera otros medios encaminados a impedir la comunicación y la circulación de ideas y opiniones.

4. Los espectáculos públicos pueden ser sometidos por la ley a censura previa con el exclusivo objeto de regular el acceso a ellos para la protección moral de la infancia y la adolescencia, sin perjuicio de lo establecido en el inciso 2.

5. Estará prohibida por la ley toda propaganda en favor de la guerra y toda apología del odio nacional, racial o religioso que constituyan incitaciones a la violencia o cualquier otra acción ilegal similar contra cualquier persona o grupo de personas, por ningún motivo, inclusive los de raza, color, religión, idioma u origen nacional.

Nótese pues que esta disposición establece las causales legítimas para restringir ese derecho, a saber (i) el respeto a los derechos o a la reputación de los demás, o (ii) la protección de la seguridad nacional, el orden público o la salud o la moral públicas. A su vez, la Corte Interamericana ha señalado que esas restricciones deben ser analizadas tomando también en cuenta los artículos 29 y 30 de esa Convención, que establecen el alcance de las restricciones a los derechos, y señalan pautas hermenéuticas para determinar el contenido de los derechos amparados por ese instrumento internacional.¹ Dijo entonces esa Corporación:

Es importante destacar que la Corte Europea de Derechos Humanos al interpretar el artículo 10 de la Convención Europea, concluyó que “necesarias”, sin ser sinónimo de “indispensables”, implica la “existencia de una necesidad social imperiosa” y que para que una restricción sea “necesaria” no es suficiente demostrar que sea “útil”, “razonable” u “oportuna” (Eur. Court H. R., *The Sunday Times case*, judgment of 26 April 1979, Series A, num. 30, párr. 59, pp. 35-36). Esta conclusión, que es igualmente aplicable a la Convención Americana, sugiere que la “necesidad” y, por ende, la legalidad de las restricciones a la libertad de expresión fundadas sobre el artículo 13.2, dependerán de que estén orientadas a satisfacer un interés público imperativo. Entre varias opciones para alcanzar ese objetivo debe escogerse aquélla que restrinja en menor escala el derecho protegido. Dado este estándar, no es suficiente que se demuestre, por ejemplo, que la ley cumple un propósito útil u oportuno; para que sean compatibles con la Convención las restricciones deben justificarse según objetivos colectivos que, por su im-

¹ Ver Opinión Consultiva OC-5/85 del 13 de noviembre de 1985.

portancia, preponderen claramente sobre la necesidad social del pleno goce del derecho que el artículo 13 garantiza y no limiten más de lo estrictamente necesario el derecho proclamado en el artículo 13. Es decir, la restricción debe ser proporcionada al interés que la justifica y ajustarse estrechamente al logro de ese legítimo objetivo. (*The Sunday Times case*, supra, párr. 62, p. 38; ver también Eur. Court H. R., *Barthold judgment of 25 March 1985*, Series A, num. 90, párr. 59, p. 26).²

9. La Corte Constitucional considera que esos contenidos normativos de los instrumentos internacionales de derechos humanos, ratificados por Colombia, son relevantes para resolver casos como el presente, en la medida en que, como se explicará a continuación, hacen parte del bloque de constitucionalidad, en virtud del mandato del inciso segundo del artículo 93 según el cual, los derechos y deberes constitucionales deben ser interpretados “de conformidad con los tratados internacionales sobre derechos humanos ratificados por Colombia”.

10. En varias oportunidades la Corte se ha pronunciado sobre el bloque de constitucionalidad, a fin de integrar, dentro del control constitucional –sea abstracto o en la tutela–, disposiciones como los tratados de derechos humanos y las normas del derecho internacional humanitario.

Sobre este punto se puede apreciar una evolución, pues en un comienzo esta Corporación hizo una interpretación restrictiva que limitaba el bloque a aquellos asuntos previstos en el inciso primero del artículo 93 de la Constitución y el derecho internacional humanitario, por su imposible suspensión conforme con el artículo 214 de la Carta. Con el tiempo se han incluido dentro del bloque, entre otros asuntos, los tratados de derechos humanos.³

² Opinión Consultiva OC-5/85 del 13 de noviembre de 1985.

³ Así, en la sentencia C-1490 de 2000 se incluyeron dentro del bloque normas de la Comunidad Andina de Naciones, bajo el entendido de que regulaban ciertos derechos humanos.

En el presente caso la discusión sobre este punto resulta decisiva, pues de acogerse la tesis restrictiva, las normas del Pacto de San José sobre libertad de expresión no podrían ser consideradas a la hora del control constitucional, pues conforme al artículo 27 del tratado, el derecho a la libertad de expresión no está incluido entre aquellas garantías cuya suspensión está prohibida. Ello llevaría a la paradoja de que la protección de un derecho que se ha estimado cardinal para el sistema democrático, no puede basarse en la normatividad internacional.

La otra opción es acoger la idea de que el bloque está conformado por todos los tratados sobre derechos humanos ratificados por Colombia. Sin embargo, esta concepción del bloque de constitucionalidad ha de ser precisada, pues no resulta claro el lugar desde el cual se apoya dicha interpretación ampliada.

11. La interpretación constitucional tiene que partir del texto constitucional pues de manera reiterada esta Corte ha señalado que la integración de una norma en el bloque de constitucionalidad exige una remisión textual expresa.⁴ Entra pues la Corte a analizar si existe alguna remisión constitucional expresa que permita concluir que la regulación de la Convención Interamericana sobre libertad de expresión hace parte del bloque de constitucionalidad.

12. El artículo 93 de la Constitución contempla dos hipótesis normativas distintas. Cada una de las hipótesis establece mandatos de incorporación al bloque de constitucionalidad, de alcance diferente. El inciso primero incorpora, por vía de prevalencia, los derechos humanos que no pueden limitarse bajo estados de excepción. La norma constitucional no establece relación alguna entre normas constitucionales y las disposiciones que se incorporan al ordenamiento jurídico nacional. De ahí que pueda inferirse que se inte-

⁴ Ver, entre otras, la sentencia C-578 de 1995, que en el fundamento 3 señaló que siempre que se “habla de bloque de constitucionalidad, se hace porque en la Constitución una norma suya así lo ordena y exige su integración, de suerte que la violación de cualquier norma que lo conforma se resuelve en últimas en una violación del Estatuto Superior”.

gran al bloque de constitucionalidad inclusive derechos humanos no previstos en la Constitución, que cumplan con el requisito mencionado.

El inciso segundo, por su parte, ordena que los derechos y deberes previstos en la Constitución se interpreten de conformidad con los tratados internacionales sobre derechos humanos ratificados por Colombia. Así, esta vía de incorporación está sujeta a que el derecho humano o el deber, tengan su par en la Constitución pero no requiere que el tratado haga referencia a un derecho no suspendible en estados de excepción.

En tales condiciones, el inciso primero del artículo 93 de la Carta permite incorporar ciertos derechos y principios al bloque de constitucionalidad, incluso cuando éstos no han sido reconocidos por el articulado constitucional, pero para ello se requiere que sean derechos no limitables en estados de excepción. Este artículo 93-1 adquiere entonces una verdadera eficacia cuando se trata de derechos o principios que no aparecen expresamente en el articulado constitucional, pero que se refieren a derechos intangibles incorporados en tratados ratificados por Colombia. Por su parte, el inciso segundo del artículo 93 superior tiene otra finalidad pues esa norma completa y dinamiza el contenido protegido de un derecho que ya está consagrado en la Carta, puesto que, conforme a ese inciso, tal derecho debe ser interpretado de conformidad con los tratados ratificados por Colombia. Ahora bien, los convenios en esta materia suelen incorporar una cláusula hermenéutica de favorabilidad, según la cual no puede restringirse o menoscabarse ninguno de los derechos reconocidos en un Estado en virtud de su legislación interna o de otros tratados internacionales, invocando como pretexto que el convenio en cuestión no los reconoce o los reconoce en menor grado.⁵ Esta Corte, en varias sentencias, ha reconocido el carác-

⁵ Ver, por ejemplo, el artículo 5° del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos y del Pacto Internacional de Derechos Económicos Sociales y Culturales; el artículo 29 de la Convención Interamericana y el artículo 4° del Protocolo de San Salvador.

ter vinculante en el ordenamiento colombiano de esta regla hermenéutica⁶ según la cual, en caso de conflictos entre distintas normas que consagran o desarrollan los derechos humanos, el intérprete debe preferir aquella que sea más favorable al goce de los derechos. En ese contexto, la Corte concluye que el artículo 93-2 constitucionaliza todos los tratados de derechos humanos ratificados por Colombia y referidos a derechos que ya aparecen en la Carta y, en virtud de la regla hermenéutica sobre favorabilidad, el intérprete debe escoger y aplicar la regulación que sea más favorable a la vigencia de los derechos humanos.

13. Ahora bien, la Constitución dispone que la incorporación se realiza por vía de interpretación: "...se interpretarán de conformidad con los tratados internacionales sobre derechos humanos ratificados por Colombia". Ello obliga a indagar sobre lo que realmente se incorpora por esta vía, pues no puede interpretarse una norma positiva de textura abierta (como las que definen derechos constitucionales) con otra norma que reviste las mismas características. Sólo es posible (i) fundir ambas normas (la nacional y la internacional) y (ii), acoger la interpretación que las autoridades competentes hacen de las normas internacionales e integrar dicha interpretación al ejercicio hermenéutico de la Corte. Por ello esta Corte ha señalado, en varias oportunidades, que 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. Así, la sentencia C-010 de 2000, M.P. Alejandro Martínez Caballero, señaló al respecto:

La Corte coincide con el interviniente en que en esta materia es particularmente relevante la doctrina elaborada por la Corte Interamericana de Derechos Humanos, que es el órgano judicial autorizado para interpretar autorizadamente la Convención Interamericana. En efecto, como lo

⁶ Ver las sentencias C-406 de 1996, fundamento 14, y C-251 de 1997, fundamento 14.

ha señalado en varias oportunidades esta Corte Constitucional, en la medida en que la Carta señala en el artículo 93 que los derechos y deberes constitucionales deben interpretarse “de conformidad con los tratados internacionales sobre derechos humanos ratificados por Colombia”, es indudable que la jurisprudencia de las instancias internacionales, encargadas de interpretar esos tratados, constituye un criterio hermenéutico relevante para establecer el sentido de las normas constitucionales sobre derechos fundamentales.

Esta solución obliga a ciertas precisiones. Así, en relación con el primer caso –fusión–, ha de observarse que por lo general los tratados internacionales disponen que sus contenidos no pueden entenderse o interpretarse en contra de aproximaciones normativas más amplias. Esta regla se traduce en el ordenamiento interno en el principio de maximización de la esfera protegida por las normas constitucionales. Respecto del segundo caso –acoger interpretación oficial–, esta solución es necesaria por cuanto la interpretación conforme a un texto no puede hacerse al margen del sentido asignado a dicho texto.

Por lo expuesto, ha de entenderse que, para efectos del presente caso, el bloque de constitucionalidad relativo a la libertad de expresión ha de estar integrado por las normas internacionales, en particular el Pacto de San José y la Convención Internacional de Derechos Civiles y Políticos, junto con las interpretaciones que de tales textos han presentado la Comisión Interamericana de Derechos Humanos, la Corte Interamericana de Derechos Humanos y el Comité de Derechos Humanos de las Naciones Unidas. También ha de otorgarse un peso distinto a las opiniones, pues la naturaleza judicial de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, y su competencia sobre Colombia, implica que sus opiniones, más que tenidas en cuenta, no pueden ser ignoradas internamente. [...]

Responsabilidad en derechos humanos

Corte Constitucional
Sentencia SU-1184 de 2001
Magistrado ponente: Eduardo Montealegre Lynett
13 de noviembre de 2001*

[...] CONSIDERACIONES Y FUNDAMENTOS DE LA CORTE

[...] Posición de garante y fuerza pública

17. Un miembro de la fuerza pública puede ser garante cuando se presenten cualquiera de los dos fundamentos de la responsabilidad explicados: creación de riesgos para bienes jurídicos o surgimiento de deberes por la vinculación a una institución estatal.

a) Los peligros para los bienes jurídicos pueden surgir no sólo por la tenencia de objetos (una lámpara de gas, una teja deteriorada), armas (una pistola, una dinamita), animales (un perro desafiante), sino también de personas que se encuentran bajo nuestra inmediata subordinación. En efecto, en las relaciones de jerarquía, el superior con autoridad o mando, tiene el deber de tomar medidas especiales (deberes de seguridad en el tráfico) para evitar que personas que se encuentran bajo su efectivo control, realicen conductas que vulneren los derechos fundamentales. Vg. si el superior no evita –pudiendo hacerlo– que un soldado que se encuentra bajo su inmediata dependencia cometa una tortura, o una ejecución extrajudicial, o en general un delito de lesa humanidad, por ser garante se le imputa

* En las notas de pie de página no se conservó la numeración original.

el resultado lesivo del inferior y no el simple incumplimiento a un deber funcional.

El derecho penal internacional consuetudinario, desde el famoso caso Yamashita, en el cual se condenó en 1945 a un general del ejército japonés por “... omitir ilícitamente y faltar a su deber como comandante de controlar las operaciones de los miembros bajo su mando, permitiéndoles cometer atrocidades brutales y otros crímenes graves contra la población de Estados Unidos, de sus aliados y dependencias, particularmente las Filipinas...”, ha venido reconociendo que el miembro de la fuerza pública que ostenta autoridad o mando debe adoptar medidas especiales para evitar que las personas que se encuentren bajo su efectivo control o subordinación, realicen conductas violatorias de los derechos humanos. Jurisprudencia que se ha reiterado en los diversos Tribunales Penales Internacionales, desde Nüremberg hasta los ad-hoc para la ex Yugoslavia y Ruanda. Doctrina que se plasmó normativamente en el art. 28 del Estatuto de Roma.¹

b) El Estado puede ser garante (competencia institucional) cuando se trata de ciertos deberes irrenunciables en un Estado Social y Democrático de Derecho. Por ejemplo, es irrenunciable la protección de la vida e integridad de todos los habitantes del territorio y la defensa de la seguridad interior y exterior de la nación. Como el Estado no puede responder directamente en el campo penal, el juicio recae en el titular de la función correspondiente.² Por ende, para que el miembro de la fuerza pública sea garante, se requiere que *en*

¹ Cfr. Kai Ambos, *Temas del Derecho Penal Internacional*, Bogotá, Universidad Externado de Colombia, Centro de Investigaciones de Derecho Penal y Filosofía del Derecho, 2001, pp. 117 y ss. Traducción de Fernando del Cacho, Mónica Karaán y Oscar Julián Guerrero. Jaime Córdoba Triviño, *Derecho Penal Internacional*, Bogotá, Ediciones Jurídicas Gustavo Ibáñez, 2001, pp. 37 y ss.

² Cfr. Günther Jakobs, *Strafrecht Allgemeiner Teil. Die Grundlagen und die Zurechnungslehre* (studienausgabe). 2 Auflage, Walter de Gruyter, Berlin, New York, 1993, p. 830.

concreto recaiga dentro de su ámbito de competencia (material, funcional y territorial) el deber específico de proteger los derechos constitucionales de los ciudadanos de la República. En consecuencia, si un miembro de la fuerza pública que tiene dentro de su ámbito de responsabilidad el deber de resguardar un sector de la población amenazada por grupos al margen de la ley, no inicia la acción de salvación cuando ostenta los medios materiales para hacerlo, se le imputan los resultados lesivos (las graves violaciones a los derechos humanos) que éstos cometan en contra de los habitantes.

c) La Constitución le ha asignado, tanto a las Fuerzas Militares como a la Policía Nacional, una posición de garante. El artículo 217 de la Carta, dispone que “Las Fuerzas Militares tendrán como finalidad primordial la defensa de la soberanía, la independencia, la integridad del territorio nacional y del orden constitucional.”

De ello se desprende que tienen el deber constitucional de garantizar que la soberanía y el orden constitucional no se vean alterados o menoscabados. Elementos centrales del orden constitucional lo constituye el cumplimiento pleno “...de los principios, derechos y deberes consagrados en la Constitución...” (art. 2º de la Carta) y la preservación del monopolio del uso de la fuerza y las armas en manos del Estado. En relación con los fines previstos en el artículo 2, la función de garante de las Fuerzas Militares no se equipara a las funciones asignadas en el artículo 218 de la Carta a la Policía Nacional. Sin embargo, de ello no se desprende que no tengan por función básica garantizar el pleno ejercicio de los derechos y libertades por parte de los asociados. Antes bien, supone garantizar condiciones de seguridad colectivas y de carácter estructural –definidos en los conceptos de soberanía, independencia, integridad territorial e integridad del orden constitucional– que permitan una convivencia armónica. Las condiciones de seguridad dentro de dicho marco de seguridad estructural son responsabilidad de las fuerzas armadas.

Podría objetarse que esta interpretación desconoce el tenor literal del artículo 218 de la Carta, pues en dicha disposición se estable-

ce de manera diáfana que es fin primordial de la Policía Nacional “el mantenimiento de las condiciones necesarias para el ejercicio de los derechos y libertades públicas, y para asegurar que los habitantes de Colombia convivan en paz”. Empero, esta objeción llevaría al absurdo –lo que resulta abiertamente inconstitucional– de que las Fuerzas Militares estarían eximidas de garantizar el ejercicio de los derechos y libertades y de lograr la paz. El artículo 217 se limita a precisar los ámbitos (lo que se ha llamado condiciones estructurales de seguridad) dentro de los cuales las Fuerzas Militares tienen el deber de cumplir con el mandato del artículo 2 de la Constitución. El respeto de los derechos constitucionales de los asociados es un asunto que le concierne a todo el Estado. Las condiciones estructurales de seguridad, tarea que le concierne a las Fuerzas Militares, constituyen un correlato del deber estatal de prevenir la guerra.³ Cuando la guerra es inevitable, el Estado tiene el deber de morigerar sus efectos.⁴ Frente a los asociados, tiene el deber de evitar, en lo posible, que sean víctimas del conflicto,⁵ a efectos de que puedan disfrutar de sus derechos.

³ Ver sentencia C-328 de 2000, M.P. Eduardo Cifuentes Muñoz:

“Así las cosas, resulta de la Protección de la Paz (CP art. 22) un derecho a prevenir la guerra. A todos los colombianos les asiste el derecho a intentar, por distintos medios, todos ellos no violentos, que la guerra no sea una realidad. Sin embargo, este derecho a prevenir la guerra debe ser encauzado y organizado. De ahí que, en tanto que representante legítimo de los intereses de los colombianos y custodio de los derechos de todos los residentes, al Estado colombiano le corresponda el deber fundamental de prevención de la guerra.”

⁴ Idem. “9. Ahora bien, el principio de dignidad humana y el derecho a la paz no sólo imponen el deber de prevenir la guerra sino que, en caso de un conflicto inevitable, obligan al Estado a morigerar sus efectos. Así como no toda guerra es legítima, no todo medio utilizado puede admitirse como legítimo. La humanización de la guerra, lo ha señalado la Corte, constituye una proyección del derecho a la paz”

⁵ Esta obligación no sólo se desprende de las disposiciones del derecho internacional humanitario. Tiene un claro apoyo en el artículo 2 de la Constitución.

En este orden de ideas, las 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. Dicho 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.

Respecto de dicho deber, las fuerzas armadas ocupan un lugar primordial. En efecto, parte esencial del respeto por los derechos constitucionales se edifica sobre la obligación del Estado de proteger a los titulares de tales derechos contra las violaciones a los mismos por los particulares. La defensa de los derechos no se limita a la abstención estatal en violarlos. Comporta, como se ha indicado, enfrentar a los agresores de tales derechos. La existencia de fuerzas armadas se justifica por la necesidad de asegurar, más allá del mandato normativo, la eficacia de los derechos. El uso de la fuerza es obligatorio –claro está, conforme al ordenamiento jurídico y, especialmente, utilizándose de manera proporcional y en cuanto sea necesario (prohibición del exceso)– frente a quienes no tienen intención de respetar los derechos de las personas y no están dispuestos a cumplir el mandato normativo. Dicho uso de la fuerza únicamente está legitimado para las fuerzas armadas del Estado, pues la estructura social deposita en ellas el monopolio del uso de las armas y, por lo mismo, la tarea de defender, mediante su utilización, los derechos.

Así las cosas, frente a las agrupaciones armadas –guerrilla o paramilitares–, las Fuerzas Militares tienen una función de garantes del orden constitucional, el cual se ve desdibujado –de manera abstracta– por el mero hecho de que tales personas se arroguen la potestad de utilizar la fuerza y las armas, en claro detrimento del principio

básico del ordenamiento conforme al cual el Estado ejerce monopolio en el uso de la fuerza y las armas⁶.

De igual manera, en sentido abstracto, las Fuerzas Militares tienen la obligación –en tanto que garantes- de enfrentar las agresiones individuales o colectivas contra los derechos constitucionales de las personas, así como, de manera general, contra los derechos humanos. De ahí que no puedan abstenerse de iniciar acciones de salvamento, excepto que medie imposibilidad jurídica o fáctica, frente a la ocurrencia de hechos graves de violación de tales derechos, en particular conductas calificables de lesa humanidad, como i) las violaciones a las prohibiciones fijadas en el protocolo II a los acuerdos de Ginebra –y en general al derecho internacional humanitario– o a los tratados sobre restricciones al uso de armas en la guerra (o en conflictos armados internos), ii) las acciones contra bienes culturales durante la guerra y los conflictos armados internos, iii) o los actos de barbarie durante la guerra y los conflictos armados internos –tales como la mutilación, tortura, asesinatos, violaciones, prostitución y desaparición forzada y otros tratos crueles e inhumanos, in-

⁶ En la sentencia C-1145 de 2000, M.P. Eduardo Cifuentes Muñoz, la Corte sostuvo, de manera enfática, que:

“Como lo ha reconocido la Corte, el uso de cualquier tipo de armas –de guerra o de uso personal– tiene un potencial ofensivo que debe ser fuertemente controlado por el Estado. A este respecto, la Corporación ha señalado que contradice los postulados más elementales del Estado Social de Derecho, la teoría según la cual los ciudadanos tienen derecho fundamental o constitucional de armarse para su defensa personal”. Según la Corte, el Estado contemporáneo tiene la función de monopolizar el ejercicio de la fuerza y debe evitar, por todos los medios, que los miembros de la sociedad lleguen al extremo de considerar que sus derechos o intereses sólo pueden defenderse causando la muerte de su potencial agresor. Según la Corte “una sociedad que centre sus esperanzas de convivencia pacífica en los métodos de disuasión por medio de las armas de fuego, es una sociedad fundada en un pacto frágil y deleznable. Las relaciones intersubjetivas estarían construidas en el temor y la desconfianza recíprocas, de tal manera que la ausencia de cooperación, entendimiento y confianza, como bases del progreso social, serían un obstáculo insalvable para el crecimiento individual y colectivo”.

compatibles con el sentimiento de humanidad—, pues las fuerzas armadas tienen la obligación de evitar que tales hechos se produzcan.

Sobre este punto no puede quedar duda alguna. Las Fuerzas Militares tienen la obligación absoluta de impedir el desconocimiento del derecho internacional humanitario (restricción absoluta aun frente a los estados de excepción según lo dispone el artículo 214 de la Constitución) y los derechos que, conforme a los tratados internacionales ratificados por Colombia, no pueden ser suspendidos durante tales estados (CP art. 93). Permitir que ocurran, sea porque activamente intervienen en ellos o porque omiten el deber estatal de proteger a los asociados en sus derechos, constituye una flagrante violación a la posición de garante de las condiciones mínimas y básicas de la organización social y, por lo mismo, nunca podrán considerarse como un acto relacionado con el servicio.

En suma, desde el punto de vista estrictamente constitucional, resulta claro que las Fuerzas Militares ocupan una posición de garantes para el respeto de los derechos fundamentales de los colombianos.⁷

18. La existencia de esa posición de garante significa que *el título de imputación se hace por el delito de lesa humanidad*, o en general por las graves violaciones a los derechos humanos, sin importar la forma de intervención en el delito (autoría o participación), o el grado de ejecución del mismo (tentativa o consumación), o la atribución subjetiva (dolo o imprudencia). Las estructuras internas de la imputación

⁷ Edgar Lombana Trujillo, magistrado de la Sala Penal de la Corte Suprema de Justicia, reconoce la posición de garante de la fuerza pública, en los siguientes términos: “No puede desconocerse que tanto el artículo 2 como los artículos 16, 217 y 218 de la Constitución Nacional imponen tanto a las Fuerzas Militares como a la Policía Nacional el deber jurídico que las convierte en garantes de los derechos de los habitantes del territorio nacional y que de allí nace entonces la obligación de proteger esos derechos y por lo tanto de desplegar una constante actividad en su defensa”. “Delitos de omisión”, artículo publicado en la revista *Universitas*, Pontificia Universidad Javeriana, Bogotá, junio de 2001 (101), p. 258.

no modifican la naturaleza del delito realizado; éstas no cambian porque el interviniente (para el caso, quien omite) se limite a facilitar la comisión de un hecho principal, o porque no se alcance la consumación del hecho.

En efecto: i) el autor y el partícipe intervienen en un hecho único, porque el destinatario de la imputación es el colectivo que lo realiza; el cómplice y el determinador no realizan un injusto autónomo, porque el delito efectuado les pertenece a todos en conjunto. La diferencia entre autoría y participación es cuantitativa y no cualitativa;⁸ ii) en la tentativa por omisión –el garante retarda dolosamente la acción de salvamento o ésta no hubiera evitado la producción del resultado– el injusto del hecho sólo se diferencia de la consumación cuantitativamente –por el grado de desarrollo de la infracción de la norma– porque también exige los elementos de la imputación del delito consumado: la creación del riesgo jurídicamente desaprobado y la realización del riesgo⁹ y, iii) el conocimiento del riesgo (que sirve para deslindar el dolo de la imprudencia) no modifica la naturaleza de la conducta realizada (la grave violación a los derechos humanos). Es decir, en todos los casos mencionados hay unidad del título de imputación.

Lo anterior no implica desde luego que verificada la posición de garante se estructure inmediatamente la responsabilidad, porque ésta presupone la reunión de todos los elementos del delito, a saber: tipicidad, antijuridicidad y culpabilidad. Bien puede acontecer que el garante (a quien se le imputa un delito de lesa humanidad) no sea

⁸ Cfr. Heiko H. Lesch, *Das Problem der sukzessiven Beihilfe*, Frankfurt, Peter Lang, 1992, pp. 284 y ss. Heiko H. Lesch, *Intervención delictiva e imputación objetiva*, Bogotá, Universidad Externado de Colombia, Centro de Investigaciones de Derecho Penal y Filosofía del Derecho, 1995, pp. 39 y ss. Traducción de Javier Sánchez-Vera y Gómez-Tréllez.

⁹ Cfr. Günther Jakobs, *Tätervorstellung und objektive Zurechnung*, Gedächtnisschrift für Armin Kaufmann, Köln, Berlin, Bonn, München, 1989. Carl Heymanns, pp. 271 y ss. Günther Jakobs, *Rücktritt als Tatänderung versus allgemeines Nachtatverhalten*, ZStW 104 (1992), pp. 82 y ss.

responsable penalmente por ausencia de dolo (no conocía el riesgo concreto para los bienes jurídicos) o imprudencia (el riesgo para los derechos fundamentales no le era cognoscible), o que exista un estado de necesidad justificante por colisión de deberes (frente a dos agresiones simultáneas a sectores de la población, sólo podía proteger una sola), etc.

I. Fuero y omisión

19. Para que un miembro activo de la fuerza pública sea investigado y juzgado por la justicia penal militar, es presupuesto indispensable que el comportamiento realizado tenga una vinculación directa con el servicio. Esto significa que los actos deben estar orientados a realizar los fines que constitucionalmente le han sido asignados, pero en el desarrollo de ellos se presenta un exceso cuantitativo. Es decir, el servidor público *ab initio* dirige su actuación al cumplimiento de un fin legítimo, pero hay un error en la intensidad de su actuar que implica un desbordamiento de la función pública. Por ejemplo, cuando al capturar a una persona (fin legítimo) aplica una fuerza innecesaria que le ocasiona un daño a su integridad personal (exceso cuantitativo).

No basta en consecuencia una simple relación temporal o espacial entre el delito cometido y la función desarrollada, como en aquellos casos en que con ocasión o a causa del servicio se desvía en forma esencial la actividad inicialmente legítima para realizar conductas punibles que desbordan la misión constitucional asignada. Vg. después del allanamiento, el servidor público abusa sexualmente de una mujer que se encontraba en el lugar. En este caso no se trata de un exceso cuantitativo, porque en vez de un error en la intensidad del actuar, lo que se presenta es la creación de una nueva relación de riesgo (exceso cualitativo) completamente ajena al acto del servicio programado.

Hay ciertos comportamientos que siempre son ajenos al servicio, como aquellas violaciones graves a los derechos humanos o al

derecho internacional humanitario, porque en ellas no puede afirmarse que la fuerza pública está realizando un fin constitucionalmente legítimo. De otra parte, cuando se produce en el contexto de una actuación que empezó para salvaguarda de los fines, valores y derechos de la carta, las violaciones a los derechos fundamentales de las personas constituyen una desviación esencial de una operación que tenía un origen ajustado a los preceptos jurídicos.

20. La pregunta que surge entonces es la siguiente: ¿cuándo una omisión de la fuerza pública puede ser considerada un acto fuera del servicio? La respuesta es la siguiente: en los mismos casos en que una conducta activa no tiene relación con la misión que constitucionalmente le ha sido asignada a la fuerza pública. Esto significa que no pueden quedar amparadas por el fuero penal militar, las siguientes omisiones: i) las que se producen en el contexto de una operación que *ab initio* buscaba fines contrarios a los valores, principios o derechos consagrados en la Carta (surgió para capturar arbitrariamente a alguien y no se impide la vulneración de este derecho), o ii) las que surgen dentro de una operación iniciada legítimamente, pero en su desarrollo se presenta una desviación esencial del curso de la actividad (no se impide el maltrato de una persona que ya no presenta ninguna clase de resistencia en un combate), o iii) cuando no se impiden las graves violaciones a los derechos humanos o al derecho internacional humanitario (un miembro de la fuerza pública que tiene el deber de evitar un daño a la población civil, no evita la producción del resultado). En los anteriores casos, siempre es indispensable que el garante tenga dentro de su ámbito de competencia el deber concreto de evitar los resultados que vulneran los derechos fundamentales.

Si el miembro de la fuerza pública tiene un deber específico de evitar el resultado (ostenta una posición de garante) y no inicia la acción de salvamento a pesar de que contaba con la posibilidad material de hacerlo (tenía a su disposición medios logísticos para la protección de los bienes jurídicos), se le imputa el resultado lesivo que no impidió y no la simple inobservancia de un deber funcional. Por consiguiente, si el garante no inicia una acción de salvamento

para proteger los bienes jurídicos que se encuentran dentro de su ámbito de responsabilidad, se le atribuye la violación a los derechos humanos como si se tratara de una conducta activa.

Lo anterior nos permite llegar a cuatro conclusiones en materia de fuero penal militar:

i) Si la omisión equivale a la realización activa de una conducta que vulnera los derechos humanos, se imputa la violación de un derecho fundamental y por ende no tiene ninguna relación con el servicio. Esta equivalencia se presenta cuando el miembro de la fuerza pública tiene una posición de garante originada en los riesgos que debe controlar (garantes de vigilancia o de custodia) o en los bienes jurídicos que debe proteger (garantes de protección).

ii) Si la omisión no implica la imputación del resultado y significa solamente la violación a un deber funcional de actuar, la regla general es que se trata de un acto relacionado con el servicio. Es decir, los delitos de omisión impropia en los cuales el resultado es la violación grave de un derecho fundamental o del derecho internacional humanitario, siempre son actos ajenos al servicio, mientras que los delitos de omisión propia, *por regla general* pueden considerarse relacionados con la misión constitucional que le ha sido asignada a la fuerza pública.

Es conveniente precisar que la característica fundamental de los delitos impropios de omisión, es que éstos guardan una “identidad estructural y axiológica” con los delitos de comisión. Característica que no tienen los delitos de omisión propia, en los cuales el simple incumplimiento de un deber funcional basta para la configuración del ilícito. Si bien en algunos casos, en la omisión propia se pretende evitar la producción de un resultado y éste puede producirse por la ausencia de la acción esperada, el resultado no le es imputable al sujeto. En cambio, en la omisión impropia, los deberes que surgen de la posición de garante implican que está dentro de su ámbito de competencia la evitación del resultado típico. Ejemplo: la omisión

de socorro puede generar la producción de un daño en la persona que necesita ayuda, sin embargo, como el resultado lesivo no pertenece a la estructura del tipo, y no estaba dentro del ámbito de competencia del sujeto evitarlo, su realización no le es imputable al omitente.¹⁰

Con base en lo anterior podemos concluir que no están amparadas por el fuero penal militar, aquellas omisiones que guardan una identidad estructural con una conducta activa que viole en forma grave un derecho fundamental, porque en estos casos el resultado producido le es imputable al garante. Si bien hay algunas omisiones propias de garante (Vg., omisiones de socorro cualificadas que sólo pueden ser ejecutadas por miembros de la fuerza pública), en éstas el resultado lesivo que puede sobrevenir como consecuencia de la falta de realización de la acción esperada, no le es atribuible al omitente.

iii) Verificada la posición de garante, el título de imputación corresponde a la violación grave de los derechos humanos, sin que ésta se modifique por la forma de intervención en el hecho punible (autoría o participación), el grado de realización de la conducta (tentativa o consumación) o la imputación subjetiva (dolo o imprudencia), pues en todos estos casos se toma parte en un mismo hecho.

¹⁰ Cfr. Jesús-María Silva Sánchez, *El delito de omisión. Concepto y sistema*, Librería Bosch, 1986, pp. 339 y ss. Fernando Velásquez Velásquez, *Derecho penal. Parte general*, Bogotá, Temis, 1995, p. 399. José Joaquín Urbano Martínez, *Los delitos omisivos en el Nuevo Código Penal*, XXIII Jornadas Internacionales de Derecho Penal, Universidad Externado de Colombia, Bogotá, 2001, p. 449. Según Edgar Lombana Trujillo, son delitos de omisión propia en el nuevo Código de Justicia Penal Militar, los siguientes "...omisión en el abastecimiento, art. 134; cobardía por omisión, art. 138; omisión en naufragio, catástrofe o siniestro, art. 164; omisión de auxilio, art. 167; omisión de inutilizar buque, aeronave, carro de combate o medio de transporte colectivo de la Fuerza Pública, art. 168, y omisión de apoyo especial, art. 186. *Delitos de omisión, op. cit.*, p. 256.

iv) Las conductas omisivas tendientes a ocultar la comisión del delito ejecutado por otro y que no le es imputable al miembro de la fuerza pública, realizadas después de consumada la grave violación a los derechos humanos, son formas de encubrimiento que no están vinculadas directamente con la función constitucional que le ha sido asignada a la fuerza pública. Vg., facilitar la fuga de los grupos al margen de la ley, después de un ataque a la población civil, no desplegando ninguna actividad tendiente a la aprehensión de los responsables. En general, esto mismo puede afirmarse de los delitos conexos (por acción u omisión) tendientes a facilitar u ocultar la violación grave de derechos humanos. [...]

Derecho a la vida y a la integridad personal

Corte Interamericana de Derechos Humanos
Caso Las Palmeras (Colombia)
Sentencia de 6 de diciembre de 2001*

[...]

2. La Comisión Interamericana expuso en su demanda los hechos en que funda su reclamación.

El 23 de enero de 1991 el Comandante Departamental de la Policía de Putumayo ordenó a miembros de la Policía Nacional llevar a cabo una operación armada en la localidad de Las Palmeras, municipio de Mocoa, departamento de Putumayo. La Policía Nacional fue apoyada por efectivos del Ejército.

En la mañana de ese mismo día, se encontraban en la escuela rural de Las Palmeras unos niños que esperaban el comienzo de las clases y dos trabajadores que reparaban un tanque séptico. Éstos eran Julio Milciades Cerón Gómez y Artemio Pantoja. En un terreno lindero se hallaban los hermanos William Hamilton y Edebraes Norverto, ambos Cerón Rojas, ordeñando una vaca. El maestro Hernán Javier Cuarán Muchavisoy estaba por llegar a la escuela.

Las fuerzas del Ejército abrieron fuego desde un helicóptero e hirieron al niño Enio Quinayas Molina, en ese entonces de seis años, quien se dirigía a la escuela.

La Policía detuvo en la escuela y en sus alrededores al maestro Cuarán Muchavisoy, a los trabajadores Cerón Gómez y Pantoja, a

* En las notas de pie de página no se conservó la numeración original.

los hermanos William Hamilton y Edebraes Cerón y a otra persona no identificada que podría ser Moisés Ojeda o Hernán Lizcano Jacanamejoy. La Policía Nacional ejecutó extrajudicialmente por lo menos a seis de estas personas.

Los miembros de la Policía Nacional y del Ejército realizaron numerosos esfuerzos para justificar su conducta. En este orden de ideas, vistieron con uniformes militares los cadáveres de algunas de las personas ejecutadas, quemaron sus ropas y amedrentaron a varios testigos del caso. Igualmente, la Policía Nacional presentó siete cadáveres como pertenecientes a subversivos muertos en un presunto enfrentamiento. Entre esos cadáveres se encontraban seis cuerpos de las personas detenidas por la Policía y un séptimo, cuyas circunstancias de muerte no han sido esclarecidas.

Como consecuencia de los hechos descritos, se iniciaron procesos de carácter disciplinario, administrativo y penal. El proceso disciplinario realizado por el Comandante de la Policía Nacional de Putumayo se falló en cinco días y se absolvió a todos los que participaron en los hechos de la localidad de Las Palmeras. Asimismo, se iniciaron dos procesos contencioso administrativos en los que se reconoció expresamente que las víctimas del operativo armado no pertenecían a ningún grupo armado y que el día de los hechos estaban realizando sus tareas habituales. Estos procesos permitieron comprobar que la Policía Nacional ejecutó extrajudicialmente a las víctimas cuando se encontraban en estado de indefensión. En cuanto al proceso penal militar, después de siete años aún se encontraba en la etapa de investigación y todavía no se había acusado formalmente a alguno de los responsables de los hechos.

3. La Comisión Interamericana expuso el petitorio de su demanda en los términos siguientes:

[L]a Comisión solicita respetuosamente a la Honorable Corte que:

Concluya y declare que el Estado de Colombia ha violado el derecho a la vida, consagrado en el artículo 4 de la Convención, y el artículo 3 común de las Convenciones de Ginebra, en perjuicio de Artemio Pantoja

Ordóñez, Hernán Javier Cuarán Muchavisoy, Julio Milcíades Cerón Gómez, Edebraiz Cerón Rojas y William Hamilton Cerón Rojas y, de otra persona (quien puede ser Hernán Lizcano Jacanamejoy o Moisés Ojeda).

Establezca las circunstancias de la muerte de una séptima persona presuntamente fallecida en combate (Hernán Lizcano Jacanamejoy o Moisés Ojeda), a fin de determinar si se ha violado el derecho a la vida consagrado en el artículo 4 de la Convención y el artículo 3 común de las Convenciones de Ginebra de 1949.

Concluya y declare que el Estado de Colombia ha violado los artículos 8 y 25 de la Convención en perjuicio de Artemio Pantoja Ordóñez, Hernán Javier Cuarán, Julio Milcíades Cerón Gómez, Edebraiz Cerón Rojas, William Hamilton Cerón Rojas, Hernán Lizcano Jacanamejo[y], y Moisés Ojeda, y de sus familiares.

Concluya y declare que como consecuencia de las violaciones a los derechos a la vida, a la protección y garantías judiciales, el Estado de Colombia también ha violado su obligación de respetar y garantizar los derechos consagrados en la Convención, conforme al artículo 1.1. de aquella.

Ordene al Estado de Colombia:

a) Que lleve a cabo una investigación judicial rápida, imparcial y efectiva de los hechos denunciados y sancione a todos los responsables.

b) Que identifique exactamente si la otra persona ejecutada extrajudicialmente el 23 de enero de 1991 por miembros de la Policía Nacional fue Hernán Lizcano Jacanamejoy o Moisés Ojeda. Asimismo, se solicita a la Honorable Corte que ordene al Estado de Colombia realizar una investigación seria con el fin de aclarar las circunstancias en las cuales falleció la séptima víctima fatal sobre cuya muerte la Comisión no se pronunció.

c) Que otorgue una reparación integral a los familiares de las víctimas, entre otras, el pago de una indemnización justa (deducido lo ya pagado por concepto de indemnización monetaria en los casos contencioso administrativos de Artemio Pantoja Ordóñez, Hernán Javier Cuarán Muchavisoy, Julio Milcíades Cerón Gómez, Edebraiz Cerón Rojas y William Hamilton Cerón Rojas) y la recuperación de la memoria histórica de las víctimas.

d) Que adopte las reformas necesarias a los reglamentos y programas de entrenamiento de las Fuerzas Armadas de Colombia, a fin de que se conduzcan todas las operaciones militares de acuerdo con los instrumentos internacionales y la costumbre internacional, aplicables a los conflictos armados de carácter interno.

e) Se imponga al Estado colombiano el pago de las costas y gastos en que han incurrido los familiares de las víctimas para litigar este caso en el ámbito interno así como ante la Comisión y la Corte, y los honorarios razonables de sus abogados.

[...] VI

Violación del artículo 4

Derecho a la Vida

32. La Comisión solicita que la Corte concluya y declare que Colombia ha violado el derecho a la vida consagrado en el artículo 4 de la Convención en perjuicio, en primer lugar, de cinco personas que identifica con precisión: Artemio Pantoja Ordóñez, Hernán Javier Cuarán Muchavisoy, Julio Milcíades Cerón Gómez, Edebraes Norverto Cerón Rojas y William Hamilton Cerón Rojas.

La Comisión aportó al acervo probatorio que consta ante la Corte copia de la sentencia del Tribunal Contencioso Administrativo de Nariño de 15 de abril de 1993 en que declaró responsable a Colombia por la muerte de Artemio Pantoja Ordóñez y Hernán Javier Cuarán Muchavisoy y la condenó, en consecuencia, al pago de da-

ños y perjuicios morales y materiales causados a sus familiares. Esta sentencia fue confirmada por la Sala de lo Contencioso Administrativo del Consejo de Estado, el 14 de diciembre de 1993. A su vez, la sentencia del Tribunal Contencioso Administrativo de Nariño de 23 de febrero de 1995 declaró responsable a Colombia por la muerte de Julio Milciades Cerón Gómez, Edebraes Norverto Cerón Rojas y William Hamilton Cerón Rojas y la condenó, en consecuencia, al pago de daños y perjuicios morales y materiales causados a sus familiares. Esta decisión fue confirmada el 15 de enero de 1996 por la Sala de lo Contencioso Administrativo del Consejo de Estado.

Dado que estas decisiones judiciales eran conocidas por la Comisión cuando presentó su demanda el 6 de julio de 1998, cabe preguntarse qué fin persigue ésta cuando solicita a la Corte que declare nuevamente que Colombia es responsable de la muerte de las personas indicadas. La Comisión parece entender que un tribunal interno sólo puede declarar la responsabilidad interna del Estado y que la declaración de responsabilidad internacional corresponde a un tribunal internacional. En este sentido, la Comisión dice en el punto II de su réplica: “Los Tribunales en lo contencioso administrativo establecieron la responsabilidad patrimonial del Estado a nivel *interno* por la ejecución de cinco de estas víctimas”. (Énfasis agregado.)

En el punto II. A de ese escrito, la Comisión reitera la misma frase y luego agrega: “En su Contestación del 26 de diciembre de 1998, el Ilustre Estado reconoció su responsabilidad *internacional* por la violación del artículo 4 de la Convención Americana en perjuicio de las mencionadas personas”. (Énfasis agregado.)

Por último, la Comisión solicitó a la Corte que dé por concluida la controversia sobre la responsabilidad del Estado por la violación del artículo 4 de la Convención.

33. La Convención Americana es un tratado multilateral mediante el cual los Estados Partes se obligan a garantizar y a hacer efectivos los derechos y libertades previstos en ella y a cumplir con las reparaciones que se dispongan. La Convención es la piedra fundamental del sistema de garantía de los derechos humanos en Améri-

ca. Este sistema consta de un nivel nacional que consiste en la obligación de cada Estado de garantizar los derechos y libertades previstos en la Convención y de sancionar las infracciones que se cometieren. Ahora bien, si un caso concreto no es solucionado en la etapa interna o nacional, la Convención prevé un nivel internacional en el que los órganos principales son la Comisión y esta Corte. Pero, como lo expresa el Preámbulo de la misma Convención Americana, la protección internacional es “coadyuvante o complementaria de la que ofrece el derecho interno de los Estados americanos”. En consecuencia, cuando una cuestión ha sido resuelta definitivamente en el orden interno según las cláusulas de la Convención, no es necesario traerla a esta Corte para su “aprobación” o “confirmación”.

34. En el presente caso, el Consejo de Estado de Colombia ha decidido en última instancia que el Estado es responsable por la muerte de Artemio Pantoja Ordóñez, Hernán Javier Cuarán Muchavisoy, Julio Milciades Cerón Gómez, Edebraes Norverto Cerón Rojas y William Hamilton Cerón Rojas. Las sentencias que así lo deciden no han sido objetadas en este aspecto por las partes. Por lo tanto, la responsabilidad de Colombia quedó establecida en virtud del principio de cosa juzgada.



35. En el escrito de demanda, la Comisión se refiere a una sexta víctima que fue asesinada en las mismas condiciones que las otras personas y cuya identidad se desconoce. En las pruebas que obran en el expediente figura como NN /Moisés o NN/Moisés Ojeda. La agente de Colombia reconoció en la audiencia pública del 28 de mayo de 2001 “que en este caso se comprometió la responsabilidad estatal internacional derivada de la violación del artículo 4 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos, en razón de la muerte de NN/Moisés Ojeda”. La Comisión tomó nota del reconocimiento y, de este modo, quedó concluida la controversia sobre la responsabilidad respecto de la violación del derecho a la vida de esta persona.



36. La demanda expresa que en los hechos ocurridos en Las Palmeras fueron muertas siete personas, siendo la séptima víctima Hernán Lizcano Jacanamejoy. La Comisión expresó que una de ellas murió presuntamente en combate, pero dudaba si se trata de NN/Moisés Ojeda o de Hernán Lizcano Jacanamejoy. Por esa razón, en la demanda solicita a la Corte que

[E]stablezca las circunstancias de la muerte de una séptima persona, presuntamente fallecida en combate (Hernán Lizcano Jacanamejoy o Moisés Ojeda), a fin de determinar si [el Estado de Colombia] ha violado [en perjuicio de ella] el derecho a la vida consagrado en el artículo 4 de la Convención [...]

Al contestar la demanda, Colombia reconoció su responsabilidad por la muerte de Hernán Javier Cuarán Muchavisoy, Artemio Pantoja Ordóñez, Julio Milciades Cerón Gómez y William Hamilton y Edebraes Cerón Rojas. Manifestó también que, de las sentencias dictadas en el orden interno y del material probatorio disponible, resulta que una de las siete víctimas de Las Palmeras “murió en un enfrentamiento con miembros de la Policía Nacional”. Respecto de la otra persona, el Estado dijo que no dispone de “elementos de juicio suficientes para definir si su muerte constituyó o no una violación del derecho a la vida en los términos del artículo 4 de la Convención”.

La Comisión expresó en su réplica que, con base en las pruebas aportadas por Colombia a esta causa, ha llegado a la conclusión de que NN/Moisés Ojeda fue ejecutado por miembros de la Policía Nacional cuando se encontraba bajo su custodia. Además, manifestó que:

los testimonios de varios agentes del Estado que participaron en el operativo confirman que las características físicas de la persona que habría aparentemente muerto en combate no corresponden a las de NN/Moisés sino que se aproximan más a las de Hernán Lizcano Jacanamejoy.

Si bien la Comisión invoca el testimonio de uno de los intervinientes en el operativo para afirmar que NN/Moisés Ojeda fue la persona que fue ejecutada por las fuerzas de la Policía una vez capturada, también la Comisión pone en duda los testimonios de otros policías participantes en cuanto afirman que Hernán Lizcano Jacanamejoy murió en combate. En este sentido, la Comisión “considera que existen elementos para poner en duda la veracidad de este aspecto de los mencionados testimonios”. Más adelante, la Comisión dijo que no existen pruebas suficientemente precisas que confirmen las circunstancias de la muerte de Hernán Lizcano Jacanamejoy:

Con base en estas consideraciones respecto a la prueba disponible, la Comisión considera que las circunstancias del fallecimiento de Hernán Lizcano Jacanamejoy y, por lo tanto, la responsabilidad del Ilustre Estado por la violación del artículo 4 en forma coextensiva con los principios recogidos en el artículo 3 común de las Convenciones de Ginebra, no son aún claras.

La Comisión se reservó el derecho de solicitar la exhumación del cuerpo de Hernán Lizcano Jacanamejoy y la reconstrucción de los hechos a fin de analizar la trayectoria de los disparos.

En su escrito de duplica, Colombia se limitó a expresar que los análisis y las conclusiones a las que ha llegado la Comisión sobre la situación de NN/Moisés Ojeda y Hernán Lizcano Jacanamejoy resultan de mucha utilidad para sus autoridades, han sido objeto de un detenido estudio y a ellas habría de referirse en la oportunidad procesal correspondiente.

37. En la audiencia pública celebrada el día 28 de mayo de 2001, el Estado reconoció su responsabilidad por la violación del artículo 4 de la Convención respecto de la muerte de NN/Moisés Ojeda.

En esa ocasión, y en cuanto a la situación de Hernán Lizcano Jacanamejoy, la Comisión sostuvo primeramente que los testimonios de los funcionarios policiales que participaron en el operativo “no son creíbles” y analizó otras pruebas allegadas a esta causa. La Comisión llamó la atención de la Corte acerca de la trayectoria de

las balas en el cuerpo de Hernán Lizcano Jacanamejoy, según la autopsia efectuada que, a su criterio, “sugiere una ejecución extrajudicial”. En cuanto a las pruebas relativas a la muerte de Hernán Lizcano Jacanamejoy, la Comisión sostuvo:

Las circunstancias particulares del presente caso permiten invertir la carga de la prueba, a fin de establecer la responsabilidad del Estado en la violación del derecho a la vida del señor Hernán Lizcano, desde el punto de vista muy especial del derecho internacional de los derechos humanos.

Colombia se valió principalmente de las declaraciones testimoniales de Victoria Eugenia Yepes y Pedro Elías Díaz Romero sobre las pruebas producidas en los procesos internos, la mayoría de las cuales están agregadas al expediente, y su agente concluyó:

En consecuencia, frente a esta pretensión de esclarecimiento de los hechos, debe señalarse que la justicia colombiana, como ha quedado demostrado, estableció y tal como lo presumía la Comisión en su solicitud, que el señor Lizcano Jacanamejoy falleció en combate y por ende, en manera alguna, su muerte puede comprometer la responsabilidad internacional del Estado, como que no se trata de una ejecución sumaria o extrajudicial.

38. Según se indicó precedentemente (supra párr. 27),* la Corte dispuso la exhumación de los restos de Hernán Lizcano Jacanamejoy y la realización de los exámenes correspondientes—análisis antropológico y examen médico forense de sus restos óseos—. El informe de estos análisis expresa que la víctima recibió al menos dos disparos de armas de fuego. En cuanto a la trayectoria de los disparos, señala:

* Las indicaciones supra e infra corresponden al texto original; ver documento completo.

A pesar de no poder determinarse en este caso la dirección precisa de los disparos a partir de los restos óseos, en las piezas en que sí se observaron posibles direcciones, las mismas concuerdan con lo descrito en la autopsia [...]

Por otro lado, las trayectorias descritas en la autopsia, en algunos aspectos corroboradas y en otros admitidas como posibilidad por el examen antropológico, llaman la atención en términos de hipótesis sobre el modo o la manera de muerte, en primer lugar porque ambos disparos se describen con dirección posteroanterior. En particular, la dirección descrita en la autopsia sobre el disparo con entrada en el cuello lateral derecho y con salida en la zona del hipocondrio derecho, es fuertemente vertical, de arriba hacia abajo. Esto supone posiblemente una posición de altura superior del tirador sobre la víctima, ya sea que se encontrara a una altura superior en el terreno o en el aire o que la víctima se encontrara en una posición física de flexión en relación al tirador. Desde un punto de vista médico-legal, la trayectoria de los disparos sugiere la posibilidad de homicidio como manera de muerte.

En cuanto a la distancia de los disparos, desgraciadamente no están de hecho mencionados en el protocolo de autopsia signos que puedan caracterizarla, como negro de humo, tatuajes de pólvora, orla de contusión y quemadura, vestigios de grasa del cañón del arma. El análisis de los restos óseos no reveló tampoco ninguna información al respecto.

La pericia ordenada por la Corte para analizar los residuos de proyectil de arma de fuego encontrados en los restos de Hernán Lizcano Jacanamejoy, efectuada mediante la técnica de espectrometría de masas acoplada inductivamente a plasma, no brindó mayores precisiones sobre la forma como murió Lizcano Jacanamejoy. Sin embargo, la Comisión se ha valido de una “pericia” elaborada por el señor Héctor Daniel Fernández, observador designado en dicha pericia a propuesta de la Comisión, quien afirma de modo categórico que “la víctima al momento de recibir los disparos se encontraba en posición arrodillado”.

39. En su alegato final, la Comisión desarrolló dos tesis sobre la responsabilidad de Colombia respecto de la muerte de Lizcano Jacanamejoy. En primer lugar, sostuvo que las pericias efectuadas constituyen una prueba contundente de que la víctima fue ejecutada por agentes del Estado cuando estaba indefensa. En segundo término, e invocando varios precedentes de la Corte Europea de Derechos Humanos, la Comisión afirma que Colombia es responsable de la muerte de Lizcano Jacanamejoy por no haber realizado una investigación seria de cómo ocurrieron los hechos.

Respecto de la responsabilidad del Estado por haber omitido las investigaciones debidas, Colombia señaló en su alegato final que se trata de una tesis sustentada en la jurisprudencia de la Corte Europea de Derechos Humanos cuyo contexto normativo y situación fáctica no son análogos al presente caso. En cuanto a la “pericia” del señor Fernández, el Estado la impugnó en cuanto a su forma y fondo. Expresó, entre otras cosas, que no se trata de una pericia proveniente de algún experto designado por la Corte, que carece de valor probatorio y que la pericia en la que el señor Fernández fue observador se funda en un estudio químico y no es una pericia balística.



40. En resumen, de acuerdo con lo expuesto en estas actuaciones, la Comisión sostiene que Colombia es responsable por la muerte de Hernán Lizcano Jacanamejoy con base en tres concepciones, a saber: a) la inversión del *onus probandi* que exigiría que el Estado pruebe que no es responsable de la muerte de Lizcano Jacanamejoy; b) la omisión de investigación de los hechos ocurridos, que conduciría a la responsabilidad del Estado; y c) las pruebas producidas, particularmente las pericias.

La Corte examinará a continuación cada una de las tesis expuestas.

41. a) Tal como ha sido expuesto precedentemente (supra párrs. 35 y 36), la Comisión ha ido modificando su tesis acerca de la norma aplicable en materia de *onus probandi* a medida que el proceso se ha desarrollado.

En efecto, en su escrito de demanda, la Comisión solicitó a la Corte que establezca las circunstancias de la muerte de una séptima víctima, fallecida presuntamente en combate, a fin de determinar si Colombia había violado el artículo 4 de la Convención Americana. Esto significa que la Corte debía investigar los hechos a fin de precisar las pruebas de la responsabilidad de Colombia.

En la réplica, la Comisión expresó que las circunstancias del fallecimiento de Hernán Lizcano Jacanamejoy no eran claras y que, por lo tanto, tampoco lo era la responsabilidad de Colombia respecto del artículo 4 de la Convención Americana. La tesis de la Comisión, como puede observarse, comienza aquí a modificarse y da a entender que Colombia tendría que demostrar su falta de responsabilidad.

No obstante, la tesis de la Comisión aparece claramente expuesta en la audiencia pública sobre el fondo de 28 de mayo de 2001. Ésta afirma que debe haber aquí una inversión de la carga de la prueba debido a “las circunstancias particulares del presente caso” y “desde el punto de vista muy especial del derecho internacional de los derechos humanos”. La Comisión no especifica en qué consisten “las circunstancias particulares del presente caso” ni tampoco qué es eso del “punto de vista muy especial del derecho internacional de los derechos humanos”. El *onus probandi* no es dejado a la libertad del juez, sino que está precisado por las normas jurídicas en vigor. La Comisión no ha invocado ningún tratado en que funda su pretensión ni tampoco ha intentado probar la existencia de ninguna norma consuetudinaria general o particular sobre la cuestión.

Es posible que un tribunal determine, en un caso concreto, el grado de intensidad de la prueba requerida para acreditar un hecho. Por lo tanto, en estas circunstancias, y a fin de probar la responsabilidad de Colombia, debe demostrarse que Hernán Lizcano Jacanamejoy fue ejecutado por agentes estatales.

42. b) La segunda tesis desarrollada por la Comisión consiste en afirmar que si el Estado no ha realizado una investigación seria de los hechos ocurridos, debe asumir la responsabilidad por la muerte

de Lizcano Jacanamejoy. En este sentido, la Comisión expresa en su alegato final: “Las omisiones del Estado en esta área constituyen violaciones del derecho a la vida de la víctima sobre la base de la falta de una investigación seria”.

Anteriormente, la Comisión ya había manifestado en la audiencia pública:

La responsabilidad por la violación del derecho a la vida, se compromete asimismo por la falta de garantía de la protección de este derecho. La Comisión considera que el hecho mismo de no haberse efectuado una investigación profunda, efectiva e imparcial de los hechos, según lo establecido en distintos artículos de la Convención Americana, viola la obligación afirmativa del Estado de asegurar y proteger el derecho a la vida. Ello en virtud de que la protección de este derecho no se limita únicamente al momento de la fatalidad, no se limita únicamente a la obligación de respetar este derecho sino que el Estado debe proveer un procedimiento *ex post facto* para establecer que los hechos que rodean un asesinato perpetrado por sus agentes no han sido cometidos por los mismos.

La Corte estima que es posible que, en un caso determinado, se pueda interpretar la omisión de investigación como una forma de encubrir a los autores de un delito contra la vida,¹ pero no puede erigirse este razonamiento en una norma válida para todos los casos. Independientemente de la cuestión de la validez de la pretendida norma, es de señalar que ella sería aplicable en ausencia de una investigación seria. En el presente caso, no es posible afirmar que no hubo una investigación seria de lo ocurrido. Hay dos sentencias de

¹ Caso Bámaca Velásquez, sentencia de 25 de noviembre de 2000, Serie C, No. 70, párrs. 191, 194 y 200; caso Durand y Ugarte, sentencia de 16 de agosto de 2000, Serie C, No. 68, párrs. 122 y 130; caso Villagrán Morales y otros (caso de los “Niños de la Calle”), sentencia de 19 de noviembre de 1999, Serie C, No. 63, párrs. 228-230, 233 y 237.

la Sala de lo Contencioso Administrativo del Consejo de Estado de Colombia de 1993 y 1996, o sea, anteriores a la demanda, que declaran al Estado responsable por los hechos sucedidos con respecto a cinco de las víctimas (supra, párrs. 32 y 34). Si bien los acontecimientos ocurrieron el 23 de enero de 1991, mientras la investigación se desarrolló en la justicia penal militar hasta principios de 1998, el Estado no se empeñó en esclarecer los hechos. A partir de ese momento hubo una modificación importante de la situación al asumir la investigación penal la Unidad de Derechos Humanos de la Fiscalía General de la Nación, lo cual fue reconocido por la Comisión en la audiencia pública.

La investigación exigida como requisito por la Comisión no puede ser idéntica a la que se lleva a cabo en el presente proceso porque, si así fuere, aquella norma sería redundante y carecería de sentido. A criterio de la Corte, la investigación previa exigida como requisito por la Comisión se ha realizado, lo cual excluye su eventual aplicación en el presente caso.

43. c) La muerte de Hernán Lizcano Jacanamejoy es la única en este episodio que no fue objeto de una acusación penal por parte de la justicia colombiana. La Fiscalía General de la Nación llegó a la conclusión de que esta persona había muerto en combate con miembros de la policía. Se funda para ello, entre otras pruebas, en las declaraciones indagatorias del capitán Antonio Alonso Martínez, de los tenientes Jaime Alberto Peña Casas y Rafael Ordóñez Merjech y de los agentes Elías Sandoval Reyes y Wilson Botina Papamija, en la declaración del ex agente policial Pablo Lugo Herrera, en las declaraciones de los campesinos Clodomiro Burgos Acosta y Leonardo Alvarado, y en los testimonios de Isidoro Cuarán Muchavisoy y de una hermana de la víctima, María Córdula Mora Jacanamejoy. Así lo expuso el señor Pedro Elías Díaz Romero en la audiencia pública, quien fue coordinador de la Unidad de Derechos Humanos de esa Fiscalía.

La Comisión Interamericana, por el contrario, sostiene que Hernán Lizcano Jacanamejoy fue ejecutado por las fuerzas colombianas. Ésta

trató de objetar las pruebas producidas por el Estado. En este sentido, argumentó que los testimonios de los agentes de la policía que participaron en el operativo no son creíbles. Manifestó también que las autoridades estatales no habían recogido casquillos ni balas en el lugar donde se dio muerte a Lizcano Jacanamejoy, que no se habían tomado muestras de pólvora en las manos de la víctima para saber si disparó un arma y que se habían omitido otras diligencias importantes.

Las pruebas fundamentales sobre las que la Comisión basa su argumentación son las pericias realizadas. Así lo expresan varios pasajes de sus alegatos finales:

Según ya se adelantara, tanto el Informe Forense como el Peritaje Balístico aportan evidencia contundente que demuestra que Hernán Lizcano Jacanamejoy no falleció en un enfrentamiento. Por el contrario, la víctima fue ejecutada en total estado de indefensión y por lo tanto en forma arbitrariamente [sic], mientras se encontraba bajo la custodia del Estado.

[...]

La consideración de la trayectoria de los disparos establecida por los peritos y el hecho de que Hernán Lizcano haya muerto arrodillado, descarta toda posibilidad de explicar, según lo alegó el Estado, la muerte de Hernán Lizcano como consecuencia de un enfrentamiento armado. La Comisión considera que los peritajes revelan en forma inequívoca que Hernán Lizcano no murió en un enfrentamiento con agentes de la Policía Nacional sino que fue ejecutado en estado de indefensión al igual que las otras seis víctimas.

[...]

El resultado de las pericias forense y la balística, sumado a los claros indicios de repetición del *modus operandi* de los agentes de las fuerzas de seguridad del Estado, indican de manera contundente que Hernán

Lizcano fue ejecutado en forma arbitraria, en violación del artículo 4 de la Convención Americana.

44. Corresponde ahora examinar las pericias que sirven de fundamento a la Comisión.

La primera es el análisis antropológico y examen médico forense ordenado por la Corte. La Comisión subraya principalmente un pasaje que ha sido transcrito anteriormente en esta sentencia (supra párr. 38). El informe se refiere a un disparo con entrada en el cuello lateral derecho y con salida en la zona del hipocondrio derecho del cuerpo de Hernán Lizcano Jacanamejoy que tiene una trayectoria fuertemente vertical, de arriba hacia abajo. Luego, la pericia explica las situaciones posibles entre el tirador y la víctima que podrían haber hecho que el disparo describiera esa trayectoria y dice:

Esto supone posiblemente una posición de altura superior del tirador sobre la víctima, ya sea que se encontrara a una altura superior en el terreno o en el aire o que la víctima se encontrara en una posición física de flexión en relación al tirador.

Como puede observarse, la frase da tres ejemplos posibles, pero los peritos no optan por ninguno de ellos. Tampoco dicen que esas tres alternativas son las únicas, porque están dadas a título de ejemplo.

45. El 7 de septiembre de 2001, la Corte, atendiendo las conclusiones de los autores del Informe antropológico y médico forense, dispuso la realización de un estudio de los residuos de proyectil de arma de fuego encontrados en los restos de Hernán Lizcano Jacanamejoy, el cual fue realizado por análisis químico mediante la técnica de espectrometría de masas acoplada inductivamente a plasma. Posteriormente, la Comisión propuso como perito para participar en esos estudios al señor Héctor Daniel Fernández. Finalmente, el Presidente autorizó que el señor Fernández participara en calidad de observador en la pericia (supra, párr. 28).

El señor Fernández elaboró un “informe pericial” dirigido a la Comisión Interamericana, que fue presentado como anexo al escrito de conclusiones de esta última. El señor Fernández dice:

Al evaluar detenidamente los resultados obtenidos, y ampliamente explicitados en el informe respectivo (Misión de Trabajo QA-04590/2001) y fundándome en principios técnico-científicos que rigen esta disciplina, me encuentro en condiciones de realizar las siguientes consideraciones:

[...]

6. La fractura del antebrazo izquierdo y heridas en la mano del mismo lado, “corresponden de observación al mismo disparo enunciado como N° 1” según mi criterio de observación, lo cual explicaría claramente que la víctima al momento de recibir los disparos se encontraba en posición “ARRODILLADO”. Obviamente, el proyectil que produjo esta trayectoria es el de punta “ojival”, explicable en la potencia y aerodinamia que le son propias.

Por último, debo destacar que para realizar estas afirmaciones, las cuales son de carácter categórico, me he basado en un exhaustivo análisis del informe médico-legal, como así también del minucioso detalle aportado por el citado informe del estudio de Espectrometría de Masas acoplada inductivamente a Plasma (QA-04590/2001), cuyos cuadros descriptivos resultan por demás evidentes.

46. Un análisis de lo afirmado por el señor Fernández muestra que sus dichos no se basan en ningún criterio lógico y que, por lo tanto, carecen de valor como prueba.

• •

47. La Corte ha examinado detenidamente las manifestaciones y argumentos expuestos por las partes y las pruebas producidas por

ellas. Las ha evaluado teniendo en cuenta las circunstancias de tiempo y lugar en que los hechos han ocurrido y ha llegado a la conclusión de que no existen en estas actuaciones pruebas suficientes que permitan afirmar que Hernán Lizcano Jacanamejoy fue ejecutado por las fuerzas estatales en violación al artículo 4 de la Convención Americana. [...]

Comité contra la Tortura de las Naciones Unidas
Caso A. S. contra Suecia
Comunicación 149/1999
Decisión adoptada el 24 de noviembre de 2000

1.1. La autora de la comunicación es A. S., súbdita iraní que reside con su hijo en Suecia, donde ha solicitado la condición de refugiado. La autora y su hijo llegaron a Suecia el 23 de diciembre de 1997 y solicitaron asilo el 29 de ese mes. La Sra. S. alega que al volver a la República Islámica del Irán correría el riesgo de ser torturada y ejecutada, por lo que su repatriación forzada constituiría una violación del artículo 3 de la Convención por parte de Suecia. Está representada por letrada.

1.2. De acuerdo con lo dispuesto en el párrafo 3 del artículo 22 de la Convención, el Comité señaló a la atención del Estado Parte la comunicación N° 149/1999 el 12 de noviembre de 1999. En virtud del párrafo 9 del artículo 108 del reglamento del Comité, se pidió al Estado Parte que no expulsara a la autora al Irán mientras el Comité no hubiera examinado su caso. En una exposición de fecha 12 de enero de 2000, el Estado Parte informó al Comité que la autora no sería expulsada a su país de origen mientras el Comité estuviera examinando su comunicación.

Los hechos expuestos por la autora

2.1. La autora afirma que nunca se ha metido en política en el Irán. En 1981, su esposo, que era un alto oficial de la Fuerza Aérea iraní, murió en circunstancias poco claras durante un entrenamiento; no ha sido posible determinar si su muerte fue accidental. Según la autora, tanto ella como su esposo pertenecían a familias laicas opuestas al régimen de los mullah.

2.2. En 1991, el Gobierno de la República Islámica del Irán declaró mártir a su difunto esposo. La autora afirma que el martirio es una cuestión de suma importancia para los musulmanes chiítas del Irán. Todas las familias de mártires son apoyadas y cuidadas por el Comité de Mártires, *Bonyad-e Shahid*, fundación que tiene mucho poder en la sociedad iraní. Así, pues, aun cuando la condición social y las condiciones materiales de vida de ella y sus dos hijos mejoraron mucho, la autora tuvo que someterse a las estrictas normas de la sociedad islámica con más ahínco que antes. Una de las finalidades de *Bonyad-e Shahid* era convencer a las viudas de los mártires de que se volvieran a casar, lo que la autora se negaba a hacer.

2.3. Finalmente, a fines de 1996 uno de los dirigentes de *Bonyad-e Shahid*, el destacado ayatolá Rahimian la obligó a casarse con él amenazando con hacerle daño a ella y a sus hijos, el menor de los cuales es discapacitado. El ayatolá era un hombre poderoso que contaba con el apoyo de las leyes. La autora alega que se la obligó a contraer un tipo de matrimonio llamado *sighe* o *mutah*, que es un matrimonio de corta duración, en el presente caso un año y medio, y cuya legitimidad reconocen únicamente los musulmanes chiítas. No se esperaba que la autora viviera con su esposo, sino que estuviera a su disposición cuando a éste se le antojara.

2.4. En 1997, la autora conoció a un cristiano y se enamoró de él. Ambos se encontraban en secreto, ya que la mujer musulmana no debe tener contacto con cristianos. Una noche, la autora no pudo encontrar un taxi y él la condujo a casa en su coche. En una barricada fueron detenidos por los *pasdaran* (guardias revolucionarios iraníes), que registraron el vehículo. Cuando comprobaron que él

era cristiano y ella la viuda de un mártir, los llevaron retenidos a la comisaría de Ozghol en el distrito Lavison de Teherán. Según la autora, desde entonces no ha vuelto a verlo, pero alega que después de llegar a Suecia se ha enterado de que bajo tortura él confesó el adulterio y fue encarcelado y condenado a morir lapidado.

2.5. La autora dice que fue maltratada durante el interrogatorio a que la sometieron las hermanas *zeinab*, que son el equivalente femenino de los *pasdaran*, encargadas de investigar a sospechosas de “no actuar conforme a los preceptos del islam”, y se le informó de que su caso se había remitido al Tribunal Revolucionario. Cuando se descubrió que la autora no sólo era la viuda de un mártir, sino la esposa *sighe* de un poderoso ayatolá, los *pasdaran* contactaron a éste. La autora fue llevada a la casa del ayatolá y duramente castigada por éste durante cinco o seis horas. Dos días después se permitió que la autora se marchara y el ayatolá se valió de su poder para que el caso no pasara al Tribunal Revolucionario.

2.6. La autora afirma que antes de esto había obtenido con dificultad el visado para visitar a su cuñada en Suecia. El viaje estaba previsto para el día siguiente al día en que se marchó de la casa del ayatolá. Según la información presentada, la autora había planeado ir de Suecia al Canadá, adonde ella y su amante esperaban poder emigrar, ya que él tenía familiares allí, entre ellos un hijo. La autora no tuvo dificultad para salir del Irán junto con su hijo menor con un pasaporte válido y el visado obtenido.

2.7. La autora y su hijo llegaron a Suecia el 23 de diciembre de 1997 y pidieron asilo el 29 de ese mes. El 13 de julio de 1998, la Junta de Inmigración de Suecia rechazó la petición de asilo de la autora y, el 29 de octubre de 1999, la Junta de Apelación de Extranjería desestimó su recurso de apelación.

2.8. La autora indica que después de marcharse del Irán fue condenada a morir lapidada por adúltera. El ayatolá se puso en contacto con la cuñada de la autora, que vive en Suecia, y le dijo que la autora había sido declarada culpable y que las autoridades habían encontrado películas y fotografías de la pareja en el apartamento de su compañero cristiano, que habían servido de prueba.

2.9. La autora señala a la atención del Comité un informe de la Embajada de Suecia en el Irán en que se afirma que el capítulo I de la Ley iraní *hudud* trata del adulterio, incluida la prostitución, y del incesto, siendo una prueba satisfactoria de ambos la confesión reiterada cuatro veces o el testimonio de cuatro hombres sin tacha o de tres hombres y dos mujeres, todos los cuales deben ser testigos oculares. Se aplica la pena capital en los casos de incesto y otros casos que se especifican, como cuando el adúltero no es musulmán y la mujer perjudicada es musulmana. Se pide la lapidación cuando el adúltero está casado. Se subraya asimismo que, aunque no se cumplan las estrictas normas de la prueba, el autor puede ser condenado igualmente a muerte según el derecho penal, en que las reglas relativas a la prueba son más flexibles.

2.10. La autora también señala a la atención del Comité la documentación presentada por las autoridades de inmigración suecas en apoyo de su alegación, incluso un certificado de su condición de viuda de un mártir. También incluye un certificado médico del Hospital Psiquiátrico Kungälv, en que se indica que padece de ansiedad, insomnio, ideas suicidas y un gran temor por su seguridad personal en caso de ser repatriada al Irán. En el certificado se afirma que la autora presenta los síntomas del síndrome de estrés posttraumático combinado con una depresión clínica.

La denuncia

3.1. La autora afirma que existen razones fundadas para creer que si la devolvieran al Irán sería torturada. En consecuencia, su repatriación forzada constituiría una violación del artículo 3 de la Convención por parte de Suecia. Además, la autora sostiene que en el Irán hay un cuadro persistente de violaciones manifiestas de los derechos humanos, que debería tenerse en cuenta para decidir si es expulsada.

Observaciones del Estado Parte sobre la admisibilidad y el fondo de la cuestión

4.1. En su exposición de 24 de enero de 2000, el Estado Parte señala que no tiene conocimiento de que esta cuestión haya sido o esté siendo examinada según otro procedimiento de investigación o solución internacional. En cuanto a la admisibilidad de la comunicación, el Estado Parte explica que con arreglo a la Ley de extranjería de Suecia en cualquier momento la autora puede volver a pedir un permiso de residencia a la Junta de Apelación de Extranjería sobre la base de nuevas circunstancias efectivas que no hayan sido examinadas previamente. Por último, el Estado Parte sostiene que la comunicación es inadmisibile porque es incompatible con las disposiciones de la Convención y no ha sido sustanciada como corresponde.

4.2. En cuanto al fondo de la comunicación, el Estado Parte explica que, al determinar si se aplica el artículo 3 de la Convención, son pertinentes las siguientes consideraciones: a) la situación general de derechos humanos en el país receptor, si bien la existencia de un cuadro persistente de violaciones manifiestas, patentes o masivas de estos derechos no es en sí misma determinante, y b) el riesgo personal del interesado o la interesada de ser sometidos a tortura en el país a que serían devueltos.

4.3. El Estado Parte sabe que en el Irán tienen lugar violaciones de los derechos humanos, comprensivas de ejecuciones extrajudiciales y sumarias, desapariciones y la difundida práctica de la tortura y otros tratos degradantes.

4.4. En orden a evaluar si la propia autora estaría en peligro de ser sometida a tortura si fuera devuelta al Irán, el Estado Parte señala a la atención del Comité que varias disposiciones de la Ley de extranjería de Suecia reflejan el principio establecido en el párrafo 1 del artículo 3 de la Convención. El Estado Parte recuerda la jurisprudencia del Comité según la cual a efectos del artículo 3 el interesado debe enfrentar un riesgo previsible, real y personal de ser sometido a tortura en el país al cual sea devuelto. El Estado Parte remite, además, a la Observación General del Comité sobre la aplicación del

artículo 3 de la Convención, que dice que el riesgo de tortura debe fundarse en razones que vayan más allá de la pura teoría o sospecha, si bien no es necesario demostrar que será muy probable.

4.5. El Estado Parte recuerda que la autora de la presente comunicación no ha pertenecido a ninguna organización política, ni ha tenido ninguna actividad política en su país de origen. La autora afirma que fue sentenciada a la lapidación por un tribunal revolucionario en el Irán y asegura que esta sentencia se ejecutaría si se la devolviera allí. El Estado Parte afirma basarse en la evaluación de los hechos y pruebas y en la evaluación de la credibilidad de la autora realizada por la Junta de Inmigración de Suecia y la Junta de Apelación de Extranjería cuando examinó las pretensiones de la autora.

4.6. En su decisión del 13 de julio de 1998, la Junta de Inmigración de Suecia señalaba que, aparte de dar el nombre de su marido según la modalidad *sighe* y de su amigo cristiano, la autora no produjo información comprobable en varios aspectos como el número de teléfono, la dirección o el nombre de los familiares de su amigo cristiano. La Junta de Inmigración consideró extraño que afirmara no saber la dirección exacta de su amigo cristiano y señaló en este contexto que la autora no deseaba siquiera comunicar su propia dirección en el Irán.

4.7. Además, la Junta de Inmigración señaló que, en la investigación inicial, la autora había afirmado que un amigo suyo perteneciente a *pasdaran* le había dado fotografías de personas torturadas en la cárcel Evin, que ella le había pedido “por curiosidad” y que entregó a su amigo cristiano, pero “sin saber” para qué las quería. La Junta de Inmigración consideró que la información suministrada por la autora a este respecto carecía de credibilidad y parecía estar endezada a no revelar detalles comprobables.

4.8. Por último, la Junta de Inmigración puso en duda la credibilidad de la versión de la autora de su matrimonio con el ayatolá, su relación con un cristiano y los problemas que se plantearon en consecuencia.

4.9. La Junta de Apelación de Extranjería, en su decisión de 29 de octubre de 1999, se mostró de acuerdo con la evaluación de la Junta

de Inmigración. La Junta remitió además a los trabajos preparatorios de la Ley de extranjería de 1989, en que se declara que la evaluación de las pretensiones de un solicitante de asilo debe basarse en las declaraciones del solicitante si su afirmación de que fue perseguido o perseguida parece plausible y no se puede poner en claro qué sucedió realmente. La Junta señaló que la autora había decidido basar su petición de asilo únicamente en sus propias declaraciones y que no había aportado pruebas por escrito en apoyo de sus pretensiones, a pesar de que se le había indicado la importancia de hacerlo.

4.10. Además de las decisiones de la Junta de Inmigración y de la Junta de Apelación de Extranjería, el Estado Parte remite al Manual de procedimientos y criterios para determinar la condición de refugiado de la Oficina del Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Refugiados (ACNUR), según el cual el solicitante debe: “i) decir la verdad y ayudar en todo lo posible al examinador a determinar los hechos del caso”, [y] “ii) esforzarse por aportar en apoyo de sus declaraciones todos los elementos de prueba disponibles y dar una explicación satisfactoria en los casos de falta de pruebas. Cuando sea necesario, debe esforzarse por obtener medios de prueba complementarios”. Según el Manual, debe concederse al solicitante el beneficio de la duda, pero sólo cuando se hayan obtenido y comprobado todos los elementos de prueba accesibles y el examinador esté convencido de la credibilidad general del solicitante.

4.11. En el presente caso, el Estado Parte recuerda en primer lugar al Comité que la autora se negó a suministrar información comprobable y que sus motivos para actuar así, a saber, que su amigo se lo había prohibido y que hay nuevos inquilinos en su apartamento en Teherán, no son plausibles.

4.12. En segundo lugar, el Estado Parte afirma que parece poco probable que la autora, por pura curiosidad, deseara tener fotografías de personas torturadas. Parece todavía menos lógico que entregara esas fotografías a una persona que había conocido hacía sólo unos meses. Además, el Estado Parte señala que, si bien la autora afirma que las autoridades del Irán tienen una película de la última

vez que se vio con su amigo, la autora no ha suministrado más información sobre esta cuestión.

4.13. El tercer motivo para dudar de la credibilidad de la autora, es que ella no ha producido ninguna sentencia ni otras pruebas en apoyo de su afirmación de que fue condenada por adulterio por un tribunal revolucionario. Además, la autora no ha dado ninguna explicación de las razones porque su cuñada [sic] no pudo obtener copia de la sentencia del tribunal revolucionario cuando estuvo de visita en el Irán. El Estado Parte señala también que, según la información de que dispone, en el Irán los tribunales revolucionarios tienen jurisdicción sobre delitos políticos y religiosos, pero no sobre delitos como el adulterio. Los delitos *hudud*, a saber, los crímenes contra Dios, entre ellos el adulterio, son competencia de los tribunales ordinarios.

4.14. El Estado Parte señala a la atención del Comité además que la autora salió de Teherán sin ningún problema apenas unos días después del incidente que supuestamente provocó su detención, lo que indicaría que las autoridades del Irán no tenían ningún interés en ella en el momento de su partida. Además, la autora ha afirmado que entregó su pasaporte a su cuñado al llegar a Suecia. Sin embargo, el Estado Parte señala que el número del pasaporte figura en la solicitud de asilo que hizo seis días después. La explicación que dio su abogada durante el procedimiento de concesión de asilo, que el número podía proceder de una visita anterior de la autora a Suecia en 1996, es poco verosímil. No hay nada en el expediente de la autora que haga pensar que los documentos relativos a una anterior visita a Suecia estuvieran disponibles durante el procedimiento de solicitud de asilo.

4.15. El Estado Parte también señala a la atención del Comité que la autora no ha aportado ningún informe médico en apoyo de su afirmación de que el ayatolá Rahimian la golpeó brutalmente sólo unos días antes de su llegada a Suecia. Además, según información recibida por el Estado Parte, hasta abril de 1999 el jefe de *Bonyad-e Shahid* era el Hojatolleslam Mohammad Rahimian, que no es ayatolá.

4.16. Por último, el Estado Parte agrega que, cuando la cuñada de la autora pidió asilo en Suecia en 1987, declaró que su hermano, el difunto marido de la autora, había fallecido en un accidente de aviación en 1981 debido a un desperfecto técnico. Diez años después, el cuñado de la autora y su familia también solicitaron asilo y dijeron que el marido de la autora había sido asesinado por criticar al régimen y que, por lo tanto, él y su familia estarían en peligro de ser perseguidos si eran devueltos al Irán. El cuñado y su familia fueron devueltos al Irán en noviembre de 1999 y el Estado Parte afirma que no ha recibido ninguna indicación de que hayan sido objeto de malos tratos.

4.17. Sobre la base de lo anterior, el Estado Parte sostiene que la credibilidad de la autora puede ponerse en duda, no ha aportado ninguna prueba en apoyo de su afirmación y, por consiguiente, no debería concedérsele el beneficio de la duda. El Estado Parte concluye que la ejecución de la orden de expulsión al Irán en las actuales circunstancias no constituiría una violación del artículo 3 de la Convención.

Observaciones de la abogada

5.1. En sus exposiciones de fecha 4 de febrero y 6 de marzo de 2000, la abogada rechaza los argumentos del Estado Parte sobre el hecho de que la autora no exhibió pruebas por escrito. La abogada manifiesta que la autora produjo la única prueba escrita que pudo obtener, sus documentos de identidad y la certificación de que es la viuda de un mártir. La abogada afirma que el propio ayatolá ofició el matrimonio *sighe* o *mutah* sin testigos ni contrato escrito. En cuanto a que la autora no entregara a las autoridades de inmigración un acta de la sentencia del tribunal, la abogada sostiene que ella sólo dispuso de información de segunda mano sobre el veredicto que se pronunció después de su partida del Irán. Por consiguiente, no puede producir un acta del veredicto. La abogada pone en duda, además, que la cuñada de la autora hubiese podido conseguir una copia del

veredicto cuando estuvo en el Irán. Añade que la cuñada de la autora hace tiempo que no tiene contacto con ella puesto que está muy resentida porque la autora ha tenido contacto con otros hombres después del fallecimiento de su ex marido.

5.2. La abogada reconoce que crímenes como el adulterio son juzgados en tribunales ordinarios. Sin embargo, señala a la atención del Comité que las normas sobre jurisdicción no son tan estrictas en el Irán como, por ejemplo, en el Estado Parte y que el juez que conoce del caso puede escoger el tribunal. Además, el que la viuda de un mártir estuviera con un cristiano dentro de su coche constituiría probablemente un caso de “comportamiento contrario a los preceptos islámicos” y, por consiguiente, sería competencia del Tribunal Revolucionario. Aunque no fuera así, la abogada recuerda al Comité que sólo se ha informado a la autora de que ha sido condenada a muerte por lapidación. La autora, que no es jurista y que se basa en lo que se le dijo durante el interrogatorio a cargo de las hermanas *zeinab*, supone que la sentencia fue dictada por el Tribunal Revolucionario, y esta suposición no debería ser un motivo para dudar de la veracidad de todas sus afirmaciones.

5.3. La abogada declara que la autora ha dado una explicación verosímil de por qué no pudo o no quiso suministrar a las autoridades suecas determinadas direcciones o números de teléfono. En primer lugar, prometió por motivos de seguridad que no divulgaría el número de teléfono de su amante y no desea romper esta promesa ni siquiera a petición de las autoridades de inmigración. El cristiano siempre se ponía en contacto con ella por su teléfono móvil, que él le había procurado expresamente para ello. La autora dejó el teléfono móvil en el Irán cuando partió y nunca ha marcado este número ella misma ni se lo ha dado a nadie, por lo que no puede recordarlo. Además, la abogada afirma que la dirección que aparece en la solicitud de visado de la autora era la suya propia, pero la autora ha explicado repetidas veces que están viviendo allí nuevos inquilinos y que ella no desea causarles ninguna dificultad a consecuencia de las investigaciones que realicen las autoridades suecas. Por último, la abogada hace hincapié en que la autora ha suministrado información

detallada sobre el barrio, Aghdasiye, donde vivía su amante y que ha subrayado repetidamente que nunca supo la dirección exacta porque siempre acudió a sus citas secretas tomando primero un taxi hasta Meydon-e-Nobonyad donde la recogía un coche que la llevaba a la casa del cristiano. Por último, todo lo que la autora llegó a saber de los familiares de su amigo cristiano era que una hermana y un hermano vivían en Gran Bretaña y que un hijo de un matrimonio anterior vivía en el Canadá. Nunca los conoció y, por consiguiente, nunca preguntó sus nombres.

5.4. La abogada subraya que las autoridades de Suecia no consideran verosímiles las explicaciones de la autora porque se asume que todo el mundo actúa y piensa de acuerdo a los criterios suecos u occidentales. Las autoridades no tienen en cuenta la prudencia con que en el Irán se revelan datos personales, particularmente a funcionarios públicos.

5.5. Con referencia a las fotografías de víctimas de tortura que la autora afirma haber entregado a su amante, la abogada señala que ese hecho no disminuye en modo alguno la credibilidad de la autora. La pareja mantenía una relación seria y tenía la intención de casarse, por lo que no había razón alguna para que la autora no las entregara a un hombre en quien tenía total confianza. Además, la abogada destaca que la autora no ha sostenido nunca que el haber entregado las fotografías en cuestión apoye su petición de asilo o tenga algo que ver con ésta.

5.6. La abogada señala que el Estado Parte observa que la autora no ha producido ningún certificado médico que corrobore las lesiones causadas por la paliza que le propinó su marido según la modalidad *sighe*. Recuerda al Comité que la autora partió del Irán al día siguiente y que su preocupación principal era llegar sana y salva a Suecia. La abogada declara además que la mayoría de las mujeres iraníes están acostumbradas a la violencia de los hombres y no esperan o no pueden esperar la protección del ordenamiento jurídico, a pesar de los cambios positivos que han tenido lugar recientemente en el Irán a este respecto. Cita como ejemplo que si una mujer iraní

desea denunciar que ha sido violada, los tribunales no aceptan los certificados de médicos generales y la mujer debe ser examinada por el médico forense.

5.7. Con referencia a la cuestión de que en la solicitud de asilo de la autora figura el número de su pasaporte, pese a que afirmó que se había deshecho del pasaporte al llegar a Suecia, la abogada dice que en la solicitud de asilo no consta que el pasaporte de la autora haya sido confiscado por el funcionario de la Junta de Inmigración, como es la regla, a fin de garantizar la ejecución de una posible orden de expulsión, lo cual parece apoyar la versión de los hechos dada por la autora. Además, la autora ha mantenido que al presentar su solicitud sólo tuvo que dar su nombre, ya que los demás datos necesarios aparecían en la pantalla de una computadora. Esta información ha sido corroborada por el funcionario de la Junta de Inmigración que recibió su solicitud de asilo e indicó a la abogada que en los últimos años queda inscrita en una base de datos computarizada que contiene toda la información disponible, hasta el número del pasaporte,[de] la persona a quien se concede el visado de turista. En los últimos años, la autora había obtenido dos veces un visado de turista para viajar a Suecia, de manera que su versión era exacta.

5.8. La abogada observa que el Estado Parte ha confirmado que el marido de la autora según la modalidad *sighe* era jefe de *Bonyad-e Shahid*, lo que debería venir en apoyo a la petición de la autora; en general lo llamaban “ayatolá”, pese a que debía llamársele *hojatolleslam*. La abogada recuerda al Comité que en el Irán sólo hay una decena de legítimos ayatolás. La gran mayoría de los mullah son *hojatolleslam*. Sin embargo, se suele llamar ayatolás por cortesía a los mullah que han adquirido poder, particularmente poder político, como es el caso del ayatolá Khamenei, cuyo cargo exigía la categoría de ayatolá, pero que en realidad sólo era *hojatolleslam* cuando fue nombrado.

5.9. Con referencia al argumento del Estado Parte de que la autora salió del Irán sin dificultades, la abogada señala que concuerda con la versión de la autora de lo ocurrido antes de su huida. La autora ha mantenido que cuando partió del Irán aún no presentaba inte-

rés para las autoridades iraníes porque su marido según la modalidad *sighe* había ocultado el informe de los *pasdaran* al Tribunal Revolucionario.

5.10. Por último, la abogada dice que lo que los familiares del difunto marido de la autora han declarado sobre las circunstancias de la muerte de aquél no tiene consecuencias para el caso de la autora o para la credibilidad de ésta. Cabe señalar que la propia autora nunca ha declarado que su marido hubiese sido asesinado por el régimen, sino que tenía dudas acerca de las circunstancias de su muerte.

5.11. En apoyo de los argumentos de la abogada, la autora presenta un certificado médico de fecha 22 de noviembre de 1999 del jefe de psiquiatría del Hospital Sahlgrenska, adonde fue llevada cuando intentó suicidarse. Esa tentativa tuvo lugar después que la policía la trasladó junto con su hijo de un centro de acogida para solicitantes de asilo a un centro de detención para cerciorarse de su expulsión. El diagnóstico fue una profunda depresión combinada con ideas de suicidio.

5.12. La abogada adjunta una carta de 27 de diciembre de 1999 del principal experto de Suecia en el islam, Jan Hjärpe, que confirma la versión de la autora de la institución de los matrimonios según la modalidad *sighe o mutah* y las sanciones que dispone la ley en caso de adulterio.

5.13. La abogada señala a la atención del Comité que las autoridades de inmigración, al examinar el caso de la autora, no han considerado la situación de la mujer en el Irán, la legislación vigente y su aplicación ni los valores de la sociedad iraní. Declara que la argumentación de las autoridades, que se basa casi exclusivamente en que la autora no ha presentado una información comprobable, parece ser un pretexto para rechazar su solicitud. En conclusión, la abogada señala que, según la información proporcionada por la autora, hay razones fundadas para creer que sería sometida a tortura si regresara al Irán y que la autora ha dado explicaciones razonables de por qué no ha podido o no ha deseado proporcionar ciertos detalles.

Comentarios adicionales presentados por el Estado Parte

6.1. En su exposición al Comité de 2 de mayo de 2000, el Estado Parte sostiene que la Junta Nacional de Inmigración y la Junta de Apelación de Extranjería de Suecia han procedido a una investigación exhaustiva del caso de la autora. Recuerda al Comité que durante el procedimiento de asilo se ha señalado reiteradamente a la autora la importancia de presentar información comprobable, pero que ésta ha optado por no hacerlo. El Estado Parte no encuentra convincentes las explicaciones proporcionadas hasta el presente, reitera que la responsabilidad de la prueba en principio incumbe a la autora y mantiene que la credibilidad de ésta puede ponerse en duda.

6.2. Por último, el Estado Parte señala a la atención del Comité que la autora alegó por primera vez que había sido condenada a muerte por adulterio en la entrevista inicial de mayo de 1998. El Estado Parte indica que, en consecuencia, la autora ha tenido tiempo más que suficiente para presentar el acta de la sentencia u otros elementos de prueba en apoyo de esa afirmación.

Información adicional del Estado Parte y de la abogada, solicitada por el Comité

7.1. Habiendo tomado nota de las exposiciones hechas por la autora y el Estado Parte acerca del fondo de la cuestión, los días 19 y 20 de junio de 2000 el Comité pidió más información de ambas partes.

Exposiciones de la abogada

7.2. En su exposición del 1º de septiembre de 2000, la abogada confirma la información dada anteriormente en relación con: a) la naturaleza de los matrimonios *sighe* o *mutah* y el hecho de que no sean necesarios testigos ni la inscripción ante un juez si los contratantes son capaces de realizar la ceremonia correctamente; b) las

actividades de *Bonyad-e Shahid*, afirmando que las viudas de los mártires aparecen en listas y álbumes de fotografías, para que contraigan matrimonios de carácter temporal con sus empleados y directores. La abogada apoya la información dada en cartas de la Asociación de Presos Políticos Iraníes en el Exilio (AIPP), el Comité de Apoyo a la Mujer en el Irán y Said Mahmoodi, profesor de derecho internacional en la Universidad de Estocolmo, entre otros.

7.3. Por lo que respecta a la supuesta sentencia de muerte dictada contra la autora, la abogada señala que, pese a los intentos de la AIPP, no ha sido posible hallar ninguna prueba de que su amante cristiano fue encarcelado y de que ambos fueron condenados a morir lapidados por adulterio. La AIPP y otras fuentes sostienen que no es posible obtener esa información sino se conoce ni la prisión, ni el tribunal, ni el número del expediente.

7.4. La abogada produce cartas e información de expertos en derecho islámico, que confirman que también una esposa *sighe* está sujeta a las normas relativas al adulterio y que le está prohibido tener relaciones sexuales con un hombre que no sea su esposo *sighe*. El adulterio con un hombre cristiano está castigado con la muerte por lapidación. La abogada señala, además, que teóricamente para que se ordene la lapidación es necesario tener cuatro testigos honrados o una confesión de ayuntamiento carnal, pero que como el esposo *sighe* de la autora es un hombre poderoso dentro de la sociedad no tendría dificultades para hallar personas dispuestas a declarar. Según las organizaciones internacionales de derechos humanos, la condición de que haya testigos oculares pocas veces se cumple y la lapidación por adulterio sigue practicándose frecuentemente en el Irán, pese a las recientes reformas.

7.5. Además, se hacen referencias y más aclaraciones en relación con las llamadas telefónicas recibidas por la cuñada de la autora (véase el párrafo 2.8). El antiguo letrado de la autora había declarado a las autoridades suecas que el Hojatolleslam Rahimian se había puesto en contacto con la cuñada que vive en Suecia y le había dicho que la autora había sido declarada culpable. Desde entonces, la abogada ha estado en contacto directo con la cuñada y dice que la

versión correcta de los hechos es que, poco después de la llegada de la autora a Suecia, se puso en contacto con la cuñada un hombre enfurecido que no dio su nombre pero quería saber el paradero de la autora en Suecia. El hombre actuó con agresividad y conocía todos los detalles de la vida anterior de la autora, y dijo que ella no tenía derecho a salir del Irán. La cuñada afirma, además, que nunca intentó comprobar la existencia del fallo de un tribunal cuando estuvo de visita en el Irán.

7.6. En cuanto a la petición del Comité de información adicional, la abogada dice que, estando en Dinamarca, el hijo mayor de la autora, nacido en 1980, trató de buscar asilo en Suecia en marzo de 2000. En cumplimiento de lo dispuesto en la Convención de Dublín, tras una breve entrevista fue devuelto a Dinamarca, donde todavía espera ser interrogado por las autoridades de inmigración danesas. Como su caso todavía tiene que ser examinado por las autoridades danesas, la abogada pidió a Amnistía Internacional que se entrevistara con él.

7.7. Las actas de la entrevista confirman las declaraciones hechas por la autora en relación con su matrimonio *sighe* y que varias veces por semana era llamada a la oficina de *Bonyad-e Shahid*. El hijo afirma también que cuando su madre se marchó le dijo que él tenía que abandonar la escuela y esconderse con los parientes próximos de ella en Baghistán. Recibió enseñanzas particulares para hacerse cirujano veterinario y posteriormente se matriculó en la universidad. El 25 de enero de 2000, fue llamado a la oficina de información de la universidad por el servicio secreto, *Harasar*, desde donde dos hombres lo llevaron a la oficina de *Bonyad-e Shahid* en Teherán donde fue detenido, interrogado, amenazado y apaleado. Afirma que los interrogadores deseaban saber el paradero de su madre y que lo amenazaron con retenerlo y golpearlo hasta que su madre viniera “arrastrándose a cuatro patas” y entonces ejecutarían “su sentencia”. El hijo de la autora dice que durante el interrogatorio se dio perfecta cuenta de cuál era la situación de su madre, aunque él no había hablado con ella desde que salió del país.

7.8. En conclusión, la abogada sostiene que aun cuando no ha sido posible obtener pruebas directas por escrito, por las razones aducidas, la sucesión de pruebas circunstanciales es tal que no puede haber razón alguna para dudar de la credibilidad de la autora. Se hace también referencia a un fallo reciente del Tribunal Europeo de Derechos Humanos de fecha 11 de julio de 2000, respecto de una solicitante de asilo iraní que al parecer había cometido adulterio y temía que si regresaba a su país moriría por lapidación, flagelación o azotaina. Como en el caso de la autora, no existía ninguna prueba escrita como la sentencia de un tribunal, pero el Tribunal declaró que “no está convencido de que la situación en el país de origen de la solicitante haya evolucionado hasta el punto de que el comportamiento adúltero ya no se considere una afrenta reprensible con arreglo a la ley islámica. Ha tenido conocimiento de oficio de recientes estudios sobre la situación que reina en el Irán y observa que el castigo de lapidación por adulterio sigue figurando en los códigos y que las autoridades pueden recurrir a él.¹ El Tribunal decidió que expulsar a la solicitante constituiría una violación del Convenio Europeo para la Protección de los Derechos Humanos y de las Libertades Fundamentales.

Exposiciones del Estado Parte

7.9. El Estado Parte hizo nuevas exposiciones el 19 de septiembre y el 19 de octubre de 2000. En relación con la petición del Comité de información adicional, el Estado Parte reitera su opinión de que incumbe a la autora establecer la existencia de fundamentos suficientes. Mantiene que la autora no ha aportado ninguna prueba en apoyo de su pretensión y que, por consiguiente, hay razones importantes para dudar de la veracidad de esa pretensión.

¹ Jabari c. Turquía (párr. 40), Tribunal Europeo de Derechos Humanos, 11 de julio de 2000.

7.10. En cuanto al presunto matrimonio *sighe* de la autora, el Estado Parte confirma que en el Irán la ley permite esas formas de matrimonio temporal. Afirma, además, que aun cuando los matrimonios *sighe* no constan en los documentos de identificación, esos contratos deberían, según fuentes fidedignas, contener una declaración precisa del período de duración y ser consignados por una autoridad competente. En la práctica, una autoridad religiosa puede sancionar el matrimonio y expedir el certificado. Habida cuenta de que la autora afirma que su matrimonio *sighe* o *mutah* fue oficiado por el propio Hojatolleslam Rahimian y que no se firmó ningún contrato, el Estado Parte duda que el matrimonio de la autora haya sido legítimo.

7.11. El Estado Parte señala que, en sus últimas exposiciones al Comité, la abogada ha incluido certificados y otra información que no habían sido presentados a las autoridades de inmigración suecas. Como al parecer la nueva información se invoca para probar la existencia de matrimonios *sighe* en el Irán, el Estado Parte hace hincapié en que no los pone en duda, como tampoco la existencia de *Bonyad-e Shahid*, sino, entre otras cosas, la credibilidad de la autora por lo que respecta a su pretensión de haber contraído tal matrimonio. Su credibilidad se ve además mermada por la información contradictoria dada en relación con las llamadas telefónicas recibidas por su cuñada.

7.12. Por otro lado, incluso si el Comité acepta que la autora ha contraído ese matrimonio, el Estado Parte sostiene que en sí mismo ello no constituiría una razón fundada para creer que estaría en peligro de ser torturada o muerta si es devuelta al Irán.

7.13. Se aduce además que, según la Embajada sueca en Teherán, la legislación no puede investigar si un tribunal de la familia competente, y no el Tribunal Revolucionario, ha dictado un fallo en relación con la autora. Pero, afirma la Embajada, la autora podría, por persona interpuesta, obtener una copia del fallo, en caso de que exista, o por lo menos el nombre del tribunal y el número del expediente. El Estado Parte indica además que sólo una persona casada puede ser declarada culpable de adulterio, por lo que parece improbable

que el amante de la autora haya sido condenado a muerte, como ella afirma.

7.14. Asimismo, el Estado Parte afirma que ni los informes del Departamento de Estado de los Estados Unidos ni los de Amnistía Internacional confirman la afirmación de la abogada de que la lapidación es práctica frecuente en el Irán.

7.15. Por lo que respecta al fallo del Tribunal Europeo citado por la abogada, el Estado Parte dice que en ese caso el ACNUR había concedido el estatuto de refugiado a la demandante y el Tribunal Europeo se apoyó en las conclusiones del ACNUR por lo que respecta a la credibilidad de la solicitante y la veracidad de su relato. En el presente caso, dos autoridades nacionales competentes han investigado el caso de la autora y no lo han encontrado digno de crédito.

7.16. Por último, por lo que respecta a la información dada por el hijo de la autora, que actualmente reside en Dinamarca donde está solicitando asilo, el Estado Parte subraya que esta información es nueva y no se ha producido ante las autoridades nacionales. Según el Estado Parte, la información presentada en una etapa muy tardía del procedimiento debería ser tratada con la mayor cautela. Pone de relieve, además, una serie de cuestiones contradictorias en las pruebas recientemente aportadas: a) durante el interrogatorio al que fue sometido el hijo por la Junta de Inmigración sueca no se hizo mención alguna de sentencia judicial o sentencia de muerte, información que a juicio del Estado Parte habría tenido importancia en esas circunstancias; b) el hijo dio respuestas contradictorias cuando se le preguntó si tenía un pasaporte. El Estado Parte considera también improbable que la autora no supiera y nunca hubiera invocado que su hijo supuestamente fue hostilizado después que ella salió del Irán.

Cuestiones materiales y procesales de previo pronunciamiento

8.1. Antes de examinar una denuncia contenida en una comunicación, el Comité contra la Tortura debe determinar si la comunicación es admisible con arreglo al artículo 22 de la Convención. El

Comité se ha cerciorado, conforme a lo señalado en el apartado a) del párrafo 5 del artículo 22 de la Convención, de que la misma cuestión no ha sido ni está siendo examinada según otro procedimiento de investigación o solución internacional. El Comité opina además que se han agotado todos los recursos de la jurisdicción interna. Considera que no hay otros obstáculos que se opongan a la admisibilidad de la comunicación. Dado que el Estado Parte y la autora han formulado observaciones sobre el fondo de la comunicación, el Comité procede de inmediato al examen del fondo de la cuestión.

8.2. El Comité debe pronunciarse sobre si la devolución forzada de la autora a la República Islámica del Irán violaría la obligación de Suecia en virtud del artículo 3 de la Convención de no proceder a la expulsión o devolución de una persona a otro Estado cuando haya razones fundadas para creer que estaría en peligro de ser sometida a tortura.

8.3. El Comité debe determinar, según se prevé en el párrafo 1 del artículo 3 de la Convención, si hay razones fundadas para creer que la autora estaría en peligro de ser sometida a tortura si se la devuelve al Irán. 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 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.

8.4. Sobre la base de la información presentada por la autora, el Comité observa que es la viuda de un mártir y, como tal, es apoyada y cuidada por *Bonyad-e Shahid*, el Comité de Mártires. También se observa que la autora afirma que fue obligada a contraer un matrimonio *sighe* o *mutah* y que cometió adulterio, por lo que se la condenó a morir lapidada. Considerando con muchísima cautela el testimonio reciente del hijo de la autora, que solicita asilo en Dinamarca, el Comité opina que la información proporcionada vuelve a corroborar la versión de la autora.

8.5. El Comité señala que el Estado Parte pone en duda la credibilidad de la autora básicamente porque no ha suministrado información comprobable y, en este contexto, remite a las normas internacionales, es decir, al Manual de procedimientos y criterios para determinar la condición de refugiado del ACNUR, según el cual el solicitante de asilo debe esforzarse por aportar en apoyo de sus declaraciones todos los elementos de prueba disponibles y dar una explicación satisfactoria en los casos de falta de pruebas.

8.6. El Comité señala a la atención de las partes su Observación General sobre la aplicación del artículo 3 de la Convención en el contexto del artículo 22, aprobada el 21 de noviembre de 1997, según la cual incumbe al autor de una comunicación establecer la existencia de fundamentos suficientes. Aunque ha tomado nota de la posición del Estado Parte de que la autora no ha cumplido su obligación de presentar información comprobable que le permitiría obtener el beneficio de la duda, el Comité opina que la autora ha presentado bastantes detalles sobre su matrimonio *sighe* o *mutah* y su pretendida detención, como el nombre de varias personas, su cargo, fechas, direcciones, nombre de la comisaría de policía y así sucesivamente, que podrían ser verificados por las autoridades de inmigración de Suecia, y que en cierta medida han sido verificados, con lo cual se eximiría a la autora de la responsabilidad de la prueba. En este contexto, el Comité opina que el Estado Parte no se ha esforzado debidamente por determinar si existen razones fundadas para creer que la autora estaría en peligro de ser sometida a tortura.

8.7. El Estado Parte no cuestiona que en el Irán se han cometido violaciones manifiestas, patentes o masivas de los derechos humanos. El Comité toma nota de los informes, entre otros, del Representante Especial de la Comisión de Derechos Humanos encargado de examinar la situación de los derechos humanos en el Irán (E/CN.4/2000/35), de 18 de enero de 2000, que indica que si bien se están haciendo grandes progresos en lo que respecta a la situación de la mujer en sectores como la educación y la formación, “se avanza poco respecto a las barreras sistémicas que subsisten a la igualdad” y a “la eliminación de actitudes patriarcales en la sociedad”. También se toma nota de que este informe y muchos otros de organizaciones no gubernamentales confirman que en los últimos tiempos se ha condenado a muchas mujeres a morir lapidadas por adulterio.

9. Considerando que la versión de la autora coincide con los conocimientos que tiene el Comité de la situación en materia de derechos humanos en el Irán, y que la autora ha dado explicaciones plausibles de los motivos por los cuales no ha proporcionado o no ha podido proporcionar determinados detalles que podrían haber sido pertinentes en su caso, el Comité opina que, en las circunstancias del caso, el Estado Parte, de conformidad con el artículo 3 de la Convención, tiene la obligación de abstenerse de devolver por la fuerza a la autora al Irán o a cualquier otro país en el cual corra el riesgo de ser expulsada o devuelta al Irán.

10. Con arreglo al párrafo 5 del artículo 111 de su reglamento, el Comité desea recibir información en un plazo de 90 días sobre toda medida relevante que adopte el Estado Parte de conformidad con el presente dictamen del Comité.

Derecho a la libertad personal*

Comisión de Derechos Humanos

Informe presentado por el Señor Manfred Nowak, experto independiente encargado de examinar el marco internacional existente en materia penal y de derechos humanos para la protección de las personas contra las desapariciones forzadas o involuntarias¹
8 de enero de 2002

Resumen

En el párrafo 11 de su resolución 2001/46, la Comisión pidió al experto independiente que examinase “el marco internacional existente en materia penal y de derechos humanos para la protección de las personas contra las desapariciones forzadas o involuntarias” y que determinase las posibles lagunas a fin de asegurar la plena protección contra las desapariciones forzadas o involuntarias. Como indicadores de la “plena protección”, el experto tomó en consideración las normas pertinentes de protección elaboradas por el Grupo de Trabajo sobre las Desapariciones Forzadas o Involuntarias y otros órganos especializados de la Comisión, por la jurisprudencia de los órganos internacionales y regionales competentes de supervisión del cumplimiento de tratados y los tribunales de derechos humanos, por la Convención contra la Tortura, la Declaración sobre la protección de todas las personas contra las desapariciones forzadas, la Convención Interamericana sobre Desaparición Forzada de

* En las notas de pie de página no se conservó la numeración original.

¹ Naciones Unidas, Consejo Económico y Social, Comisión de Derechos Humanos, E/CN.4/2002/71, 8 de enero de 2002.

Personas, el proyecto de convención para las desapariciones y la literatura jurídica pertinente.

De este estudio se desprende que la desaparición forzada representa una de las más graves violaciones de los derechos humanos y que si forma parte de un ataque generalizado o sistemático contra los civiles constituye un crimen de lesa humanidad. Como muestran los informes anuales del Grupo de Trabajo sobre las Desapariciones Forzadas o Involuntarias a la Comisión, hoy en día las desapariciones forzadas pueden considerarse un fenómeno universal que sigue siendo una práctica sistemática en un número considerable de países. El crimen de la desaparición forzada no sólo va dirigido contra los desaparecidos sino igualmente contra sus familiares, sus amigos y la sociedad en que viven. A los desaparecidos suelen matarlos de inmediato, pero sus hijos, padres o cónyuges siguen viviendo muchos años en una situación de inseguridad, angustia y estrés extremos, desgarrados entre la esperanza y la desesperación. Por lo tanto, deben también ser considerados víctimas de la desaparición forzada.

Reaccionando ante la extrema gravedad de esta violación de los derechos humanos, la comunidad internacional ha adoptado diversas medidas en los planos universal y regional y se han desarrollado algunas normas en el marco de la normativa internacional de los derechos humanos, el derecho internacional humanitario y el derecho penal internacional. Al mismo tiempo hay que reconocer que la protección contra la desaparición forzada es un concepto de lenta evolución que presenta muchas lagunas y suscita controversias e incertidumbres.

Hasta ahora no se ha reconocido ningún derecho humano concreto de la persona a no ser sometida a desaparición forzada, aunque este tipo de violación de los derechos humanos se viene produciendo sistemáticamente durante casi 30 años. En general se la considera una violación de múltiples derechos, pero no se está de acuerdo en cuáles, aparte del derecho a la libertad personal, resultan de hecho vulnerados por un acto de desaparición forzada. Las diversas

tentativas de definir la desaparición forzada en la normativa internacional de los derechos humanos y el derecho penal internacional han dado distintos resultados. Aunque parece haber acuerdo general en que las desapariciones forzadas deben ser combatidas mediante medidas de derecho penal interno (incluido el principio de la jurisdicción universal) y una amplia gama de medidas preventivas, no existen obligaciones universales jurídicamente vinculantes a este respecto. Como la protección del derecho penal internacional sólo se aplicará en casos excepcionales, la jurisdicción universal en casos particulares claramente definidos de desaparición forzada, con la debida sanción, constituirá la medida más eficaz para desalentar la práctica de la desaparición forzada en el futuro. Por último, hay muchas lagunas en lo que respecta a medidas concretas de prevención (como la obligación de mantener registros centralizados de todos los lugares de detención y de todos los detenidos) y al derecho de los desaparecidos y sus familiares a un recurso efectivo y a reparación.

Por lo tanto, las insuficiencias del actual marco jurídico internacional esbozadas en el presente informe apuntan claramente a la necesidad de contar con un “instrumento normativo jurídicamente vinculante para la protección de todas las personas contra las desapariciones forzadas”, según se señala en el párrafo 12 de la resolución 2001/46 de la Comisión. Dicho instrumento podría revestir la forma de un tratado especial de derechos humanos, el proyecto de convención internacional para la protección de todas las personas contra las desapariciones forzadas, un protocolo facultativo de la Convención contra la Tortura o un protocolo facultativo del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos. En el supuesto de que los gobiernos deseen impedir que sigan proliferando los órganos de supervisión de tratados, el Comité de Derechos Humanos podría ser el órgano más indicado para asumir la tarea adicional de vigilar el cumplimiento de la obligación de los Estados de proteger a las personas contra la desaparición forzada.

I. MANDATO Y MÉTODOS DE TRABAJO

1. En su resolución 2001/46, de 23 de abril de 2001, la Comisión de Derechos Humanos pidió a su Presidente que, tras consultar con la Mesa y los grupos regionales, designase a un experto independiente para que examinase el marco internacional existente en materia penal y de derechos humanos para la protección de las personas contra las desapariciones forzadas o involuntarias, teniendo en cuenta los instrumentos jurídicos pertinentes en los planos internacional y regional, los arreglos intergubernamentales en materia de cooperación judicial, el proyecto de convención internacional para la protección de todas las personas contra las desapariciones forzadas transmitido por la Subcomisión en su resolución 1998/25, y también las observaciones de Estados y organizaciones intergubernamentales y no gubernamentales, con miras a determinar las posibles lagunas a fin de asegurar la plena protección contra las desapariciones forzadas o involuntarias, y que informase a la Comisión en su 58° período de sesiones y al Grupo de Trabajo establecido en virtud del párrafo 12 en su primer período de sesiones. El 22 de junio de 2001 el Presidente de la Comisión designó al Sr. Manfred Nowak experto independiente con ese mandato.

2. El experto considera que el mandato tiene un carácter exclusivamente jurídico. Consta de las siguientes etapas:

- Analizar el actual marco jurídico internacional en relación con las desapariciones;
- Determinar las posibles lagunas de este marco jurídico, e
- Informar a la Comisión y a su futuro grupo de trabajo entre períodos de sesiones.

3. Para presentar una descripción completa del marco jurídico actual, el experto decidió incluir, además de los elementos enumerados en la resolución de la Comisión, un breve análisis del derecho internacional humanitario. También tuvo en cuenta la jurisprudencia pertinente de los tribunales regionales e internacionales de dere-

chos humanos y de los órganos de supervisión de tratados, así como la literatura jurídica relativa a las desapariciones. Como la Comisión le pidió expresamente que tomara también en consideración el proyecto de convención sobre las desapariciones así como los comentarios de los Estados y organizaciones intergubernamentales y no gubernamentales, el experto decidió incluir también en su informe algunas observaciones preliminares sobre el proyecto de convención; sin embargo, se abstendrá de analizar el proyecto y comentarlo en detalle ya que a su juicio ello interferiría con la labor del futuro grupo de trabajo entre períodos de sesiones. Con una breve descripción del fenómeno de las desapariciones forzadas se introduce el tema y se presentan algunos antecedentes empíricos que permitan comprender mejor la necesidad de una respuesta jurídica apropiada de la comunidad internacional.

4. La tarea principal del experto consiste en determinar las “lagunas a fin de asegurar la plena protección contra las desapariciones forzadas o involuntarias”. Para poder detectar estas lagunas el experto debe comparar el marco jurídico actual con un posible marco futuro que permitiría garantizar la protección plena. Interpreta el término “protección plena” como el mejor sistema posible de protección y se vale de ejemplos ya existentes tales como el de protección contra la tortura a niveles universal y regional. A este respecto, también tiene en cuenta el proyecto de convención sobre la protección contra las desapariciones.

5. El análisis jurídico se atiene a los métodos establecidos de interpretación e investigación jurídica. Como el mandato no parece incluir ningún aspecto operacional, el experto no ha realizado ninguna misión o investigación empírica sobre los derechos humanos.

[...]

VII. DEFINICIÓN DE LA DESAPARICIÓN FORZADA

70. Tanto la jurisprudencia como los diversos instrumentos jurídicos mencionados en el presente informe muestran que la desapa-

rición 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,² y el derecho a no ser sometido a trato inhumano y degradante³ y, como mínimo, una grave amenaza al derecho a la vida.⁴ 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. Según la definición del Grupo de Trabajo sobre las Desapariciones Forzadas o Involuntarias, adoptada en general en la Declaración de las Naciones Unidas y en la Convención Interamericana, todo acto de desaparición forzada contiene al menos los tres elementos siguientes:

- 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.⁵

² 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.

³ Esta violación se deriva del hecho de que toda detención con incomunicación durante un período 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.

⁴ La experiencia, por ejemplo 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.

⁵ Véase el Comentario General del Grupo de Trabajo sobre el artículo 4 de la Declaración (E/CN.4/1996, párrs. 54 a 58).

71. La práctica de desaparición forzada se considera crimen de lesa humanidad si:

- a) Forma parte de un ataque generalizado o sistemático dirigido contra una población civil;
- b) El autor tenía conocimiento de que la conducta era parte de un ataque generalizado o sistemático dirigido contra una población civil;
- c) El autor era consciente de que la privación de libertad iría seguida de una negativa a reconocer esa privación de libertad o dar información sobre la suerte o el paradero de la persona interesada;
- d) El autor tenía la intención de dejar a esa persona fuera del amparo de la ley por un período prolongado.

El crimen de lesa humanidad de desaparición forzada pueden cometerlo también personas que actúan en el contexto de una organización política, es decir, agentes no estatales que no actúan aisladamente.

VIII. DETERMINACIÓN DE LAS LAGUNAS EN EL ACTUAL MARCO JURÍDICO

A. Lagunas y “plena protección”

72. En el párrafo 11 de su resolución 2001/46 la Comisión pidió al experto independiente que determinara las lagunas en el actual marco jurídico “a fin de asegurar la plena protección contra las desapariciones forzadas o involuntarias”. Como indicadores de la “plena protección”, el experto tiene en cuenta las normas de protección pertinentes elaboradas por el Grupo de Trabajo sobre las Desapariciones Forzadas o Involuntarias (GTDFI) y otros órganos de expertos de la Comisión, la jurisprudencia de los pertinentes órganos de supervisión y tribunales de derechos humanos creados en virtud

de tratados internacionales y regionales, la Convención contra la Tortura de las Naciones Unidas, la Declaración sobre las desapariciones de las Naciones Unidas, la Convención Interamericana sobre Desaparición Forzada de Personas, el proyecto de convención de las Naciones Unidas sobre las desapariciones y los documentos jurídicos pertinentes.

B. Definición

73. Como ya se señaló, el derecho internacional en vigor ofrece distintas definiciones de las desapariciones forzadas. Si bien el derecho penal internacional, según lo estipulado en el Estatuto de la Corte Penal Internacional, sostiene que también agentes no estatales –siempre que actúen en el contexto de una organización política– pueden incurrir en el delito de desaparición forzada, la normativa internacional de los derechos humanos se mantiene hasta ahora en la idea tradicional de que sólo los agentes directos e indirectos de los Estados son capaces de cometer esa violación de los derechos humanos. Esta opinión queda reflejada en la práctica del Grupo de Trabajo sobre las Desapariciones Forzadas o Involuntarias,⁶ así como en las definiciones de desaparición forzada que figuran en la Declaración de las Naciones Unidas, en la Convención Interamericana e incluso en el artículo 1 del proyecto de convención. Ello también está en consonancia con la definición tradicional de la tortura que figura en el artículo 1 de la Convención contra la Tortura. Dado que uno de los objetivos principales de esa Convención, así como de cualquier instrumento internacional específico destinado a combatir las desapariciones forzadas, consiste en obligar a los Estados a utilizar la legislación penal interna contra los autores de esas prácticas, resulta dudoso que se pueda mantener esa definición restrictiva.

⁶ Véase el párrafo 6 de los métodos de trabajo del Grupo de Trabajo, nota 31 supra. [Las indicaciones supra e infra corresponden al texto original; ver documento completo.]

La experiencia de muchos Estados, como Colombia, muestra que las desapariciones forzadas son cometidas por funcionarios del Gobierno, agentes indirectos del Estado tales como miembros de los escuadrones de la muerte o las denominadas fuerzas de autodefensa, movimientos guerrilleros y grupos paramilitares que combaten al Gobierno, así como por miembros de bandas del crimen organizado, con frecuencia por lo que respecta a los delitos relacionados con los estupefacientes. Dado que la ocultación de todos los hechos relacionados con este delito forma parte de la definición, suele ser sumamente difícil saber si los perpetradores actuaron con o sin “la autorización, el apoyo o la aquiescencia del Estado”. Este problema también fue reconocido por los redactores de la convención internacional para la protección de todas las personas contra las desapariciones forzadas al referirse, en el párrafo 2 del artículo 1, a instrumentos que contengan “disposiciones de mayor alcance”.⁷ Por consiguiente, con el fin de asegurar la “plena protección” contra la desaparición forzada, un futuro instrumento vinculante deberá, al menos por lo que respecta al derecho penal interno, aplicarse igualmente al Estado y a los agentes organizados no estatales.

74. Por otra parte, el derecho penal internacional parece definir las desapariciones forzadas de manera sumamente restrictiva que sólo puede aplicarse en circunstancias verdaderamente excepcionales. Además del requisito general de los crímenes de lesa humanidad por el cual éstos sólo abarcan los actos cometidos como parte de un ataque generalizado y sistemático contra una población civil, los autores sólo pueden ser condenados si el fiscal establece que tenían “la intención de dejar a las víctimas fuera del amparo de la ley por un período prolongado”.⁸ Se trata de un elemento subjetivo en la definición, que será difícil demostrar en la práctica. Los autores sólo tienen por lo general la intención de secuestrar a la víctima sin dejar rastro alguno, a fin de llevarla a un lugar secreto con el propó-

⁷ Véase E/CN.4/Sub.2/1996/16, párr. 46, y E/CN.4/Sub.2/1998/19, párr. 22; véase también Andreu-Guzmán, nota 37 supra, pp. 82 y ss.

⁸ Estatuto de la Corte Penal Internacional, párrafo 2 del artículo 7 I); véase también la nota 144 supra.

sito de interrogarla, intimidarla, torturarla o sencillamente asesinarla secretamente. Con frecuencia son muchos los que participan en el secuestro, y no todos saben cuál será la suerte final de la víctima. En cualquier caso, para que el derecho penal aporte un instrumento de disuasión efectivo, la definición de desaparición forzosa en el derecho penal interno ha de ser, como requiere un futuro instrumento internacional, más amplia que la que figura en el Estatuto de la Corte Penal Internacional.

C. Concepto de víctimas y derechos humanos violados

1. *La persona desaparecida*

75. El acto de desaparición forzada constituye una violación de múltiples derechos humanos. El párrafo 2 del artículo 1 de la Declaración de las Naciones Unidas estipula a este respecto que 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 personales y el derecho a no ser sometido a tortura ni a otras penas o tratos crueles, inhumanos o degradantes. Viola, además, el derecho a la vida, o lo pone gravemente en peligro. Sin embargo, si se analiza la jurisprudencia, esta definición de la desaparición forzada como violación acumulativa de los derechos humanos es bastante controvertida y depende en gran medida de los hechos concretos, que, por supuesto, son difíciles de establecer. La única violación de los derechos humanos que se ha establecido en cada caso de desaparición forzada es la violación del derecho a la libertad personal. El derecho a la seguridad personal es ya controvertido, pues únicamente el Comité de Derechos Humanos de las Naciones Unidas parece conferirle un significado independiente del derecho a la libertad de la persona.⁹ El derecho

⁹ Véase Nowak, nota 33 supra, pp. 161 y ss.

al reconocimiento de la personalidad jurídica, garantizado en el artículo 16 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos y en el artículo 3 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos, pero no, sin embargo, en el Convenio Europeo de Derechos Humanos, es un concepto bastante vago,¹⁰ y en ninguna de las sentencias dictadas por desapariciones forzadas se ha demostrado la violación de este derecho.¹¹ Una violación del derecho a la vida suele establecerse únicamente si existen fuertes indicios de que la víctima ha muerto efectivamente. El Tribunal Europeo de Derechos Humanos incluso decretó inicialmente que, tras haber determinado la existencia de una violación del derecho a la libertad de la persona, ya no era necesario decidir sobre la presunta violación del derecho a la vida.¹² En lo que respecta al derecho a no ser sometido a trato inhumano, parecen ser más fuertes las discrepancias entre los distintos órganos de supervisión y tribunales creados en virtud de tratados. Aun cuando el Comité de Derechos Humanos de las Naciones Unidas considera que todo régimen de incomunicación prolongada, cualquiera que sea el trato efectivo dado a la víctima, constituye un trato inhumano,¹³ el Tribunal Europeo de Derechos Humanos sólo llegó a una conclusión de esa clase en los casos en que existían

¹⁰ *Ibíd.*, pp. 282 y ss.

¹¹ En la reciente sentencia sobre el caso *Bámaca Velásquez c. Guatemala*, nota 52 *supra*, la Corte Interamericana de Derechos Humanos abordó por primera vez este derecho en un caso de desaparición y llegó a la conclusión de que el desconocimiento de la personalidad jurídica, en el sentido del artículo 3 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos, “equivaldría a la negación absoluta de la posibilidad de que una persona sea titular de derechos y obligaciones” (párr. 179), lo que no sucede en un caso de desaparición forzada. Por consiguiente, la Corte sostuvo que no se había violado ese derecho.

¹² *Kurt c. Turquía*, nota 58 *supra*.

¹³ Véanse todos los casos examinados en el párrafo 1 de la sección A del capítulo IV; véase también *Nowak*, nota 33 *supra*, p. 187. En *Mojica c. la República Dominicana*, nota 39 *supra*, el Comité llegó a la conclusión general de que “las desapariciones de personas van inseparablemente unidas a tratos que representan una violación del artículo 7 del Pacto”.

pruebas de tortura o de malos tratos.¹⁴ Análogamente, la Corte Interamericana de Derechos Humanos, al menos en el caso Caballero-Delgado y Santana c. Colombia, negó que se hubiese violado el derecho al trato humano por estimar que no se disponía de pruebas suficientes de que los detenidos fueran torturados o sometidos a trato inhumano.¹⁵ Por otra parte, la Cámara de Derechos Humanos para Bosnia y Herzegovina, tras vacilaciones iniciales,¹⁶ decidió atenerse a la jurisprudencia del Comité de Derechos Humanos al declarar que cada caso de desaparición forzada constituye una violación del artículo 3 del Convenio Europeo.¹⁷

76. Esta jurisprudencia contradictoria pone claramente de manifiesto la existencia de una laguna en la protección contra la desaparición forzada. El criterio mínimo, que aplicaba, al menos inicialmente, el Tribunal Europeo de Derechos Humanos y que, en ausencia de nuevas pruebas, entiende las desapariciones forzadas únicamente como una forma agravada de detención arbitraria, no se corresponde con el carácter extremadamente grave de esta violación de los derechos humanos. Por consiguiente, parece necesario establecer un nuevo derecho humano independiente e intangible de no ser sometido a desaparición forzada o especificar con carácter jurídicamente vinculante que cada acto de desaparición forzada constituye, además de una privación arbitraria de la libertad de la persona,

¹⁴ Véanse los casos examinados en el párrafo 3 de la sección A del capítulo IV. En *Tas c. Turquía*, nota 60 *supra*, el tribunal reconoció por primera vez esa incongruencia al manifestar que no consideraba apropiado “formular conclusión alguna en relación con esa disposición en cuanto a las repercusiones que el régimen de incomunicación podría haber tenido en *Muhsin Tas*”.

¹⁵ *Caballero-Delgado y Santana c. Colombia*, nota 48 *supra*.

¹⁶ Véase la causa *Matanovic c. RS*, caso N° CH/96/1, decisión en cuanto al fondo de 6 de agosto de 1997, y el voto particular concurrente de Manfred Nowak. Véase también Manfred Nowak, “The Human Rights Chamber for Bosnia and Herzegovina adopts its first judgments”, *Human Rights Law Journal*, vol. 18 (1997), p. 174 (p. 177).

¹⁷ *Palic c. RS*, nota 66 *supra*.

un acto de trato inhumano en violación del artículo 7 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos.

2. *Familiares*

77. También parece demasiado controvertida la cuestión de si los familiares de una persona desaparecida han de considerarse víctimas con arreglo al derecho internacional contemporáneo, con derechos independientes dimanantes de esa condición. No se discute que los parientes próximos y los amigos están sometidos, por el hecho mismo de la desaparición forzada, a una situación de angustia y estrés extremos, que es lo que suelen pretender los perpetradores y que puede durar muchos años. Ello ha sido reconocido en la práctica del Grupo de Trabajo sobre las Desapariciones Forzadas o Involuntarias, por las actividades de búsqueda del CICR, así como en el párrafo 2 del artículo 1 de la Declaración de las Naciones Unidas, en el que se afirma que todo acto de desaparición forzada causa graves sufrimientos a la víctima, lo mismo que a su familia. Si ello equivale a una violación separada de los derechos humanos es otra cuestión. Ya en 1983 el Comité de Derechos Humanos decidió, en el caso prominente de *Quinteros Almeida c. el Uruguay*, que “el profundo pesar y la angustia que padece la autora de la comunicación como consecuencia de la desaparición de su hija y de la continua incertidumbre sobre su suerte y su paradero” le convertían en una víctima de las violaciones del Pacto sufridas también por su hija, en particular del artículo 7.¹⁸ Sin embargo, en ulteriores decisiones el Comité no reiteró la determinación de tales violaciones. La Corte Interamericana de Derechos Humanos reconoció por primera vez en una sentencia dictada en 1988 que “las circunstancias de dicha desaparición generan sufrimiento y angustia, además de un sentimiento de inseguridad, frustración e impotencia ante la abstención

¹⁸ *Quinteros Almeida c. Uruguay*, nota 36 supra.

de las autoridades públicas de investigar los hechos”, lo que justificaba considerar a los familiares como víctimas de un trato inhumano.¹⁹ Por otra parte, el Tribunal Europeo comenzó a pronunciarse sobre los casos de desapariciones y, desde su primer fallo en el caso Kurt, ha determinado generalmente la existencia de violaciones del artículo 3 del Convenio Europeo de Derechos Humanos en lo que respecta a las familias (pero no en lo que respecta a las personas desaparecidas).²⁰ Sin embargo, en fallo reciente el Tribunal Europeo estimó necesario relativizar esa conclusión al manifestar que el caso Kurt no sentaba ningún principio general en el sentido de que un familiar de una persona desaparecida fuese por el hecho de serlo víctima de un trato contrario al previsto en el artículo 3.²¹ Por otra parte, la Cámara de Derechos Humanos para Bosnia y Herzegovina desarrolló más el concepto de víctima al considerar que la esposa de una persona desaparecida no sólo era víctima con arreglo a lo dispuesto en el artículo 3, sino también con arreglo al artículo 8 del Convenio Europeo.²² Esta interpretación del derecho a la protección de la vida familiar parece corresponderse con el énfasis puesto en el derecho de los familiares en virtud del derecho internacional humanitario.²³

78. Si se considera que los parientes más próximos son a su vez víctimas de las violaciones de los derechos humanos, surgen determinadas consecuencias legales que suelen definirse como “el derecho a la verdad”.²⁴ Cuando la Comisión de Derechos Humanos

¹⁹ Blake c. Guatemala, nota 50 supra.

²⁰ Véanse los fallos examinados en el párrafo 3 de la sección A del capítulo IV supra.

²¹ Tas c. Turquía, nota 60 supra.

²² Palic c. RS, nota 66 supra. En Unkovic c. la Federación de Bosnia y Herzegovina, nota 67 supra, el padre de una familia desaparecida fue reconocido víctima con arreglo al artículo 3 del Convenio Europeo, a pesar de que había presentado la demanda únicamente en su propio nombre.

²³ Véase la sección E del capítulo V supra.

²⁴ Véanse las alegaciones *amicus curiae* de la Comisión Internacional de Juristas, nota 53 supra, pp. 130 y ss.

reconoció que la madre de una persona desaparecida era víctima de una violación del artículo 7 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, también manifestó que ella tenía “derecho a saber lo que ha sucedido a su hija”.²⁵ Sin embargo, el derecho a la verdad sigue siendo un concepto vago en derecho internacional. De manera explícita, el “derecho que asiste a las familias de conocer la suerte de sus miembros” sólo se reconoce en el artículo 32 en el Protocolo adicional I de los Convenios de Ginebra, es decir únicamente en el contexto de un conflicto armado internacional respecto de los nacionales de la otra parte.²⁶ En la práctica, la Agencia Central de Búsquedas del CICR también lleva a cabo actividades de búsqueda en los casos de un conflicto armado sin carácter internacional y de disturbios y conmoción interna, y hay una práctica que indica la existencia de una obligación correspondiente en virtud del derecho humanitario consuetudinario.

79. En relación con la normativa internacional de los derechos humanos, el concepto del derecho a la verdad sólo evoluciona lentamente en el contexto de la configuración del derecho a interponer recursos y obtener reparación por violaciones graves y sistemáticas de los derechos humanos, tanto como cuestión de jurisprudencia como de fijación de normas.²⁷ La jurisprudencia de todos los órga-

²⁵ Quinteros Almeida c. Uruguay, nota 36 supra.

²⁶ Véase el párrafo 2 de la sección E del capítulo V supra.

²⁷ Véase el proyecto de “principios y directrices básicos sobre el derecho de las víctimas de violaciones de las normas internacionales de derechos humanos y del derecho internacional humanitario a interponer recursos y obtener reparaciones”, preparado por Theo van Boven y Cherif Bassiouni en el ámbito de la Comisión y la Subcomisión: E/CN.4/Sub.2/1993/8; E/CN.4/1997/104; y E/CN.4/2000/62. Estos principios están siendo considerados todavía por la Comisión. Véase también Theo van Boven, “El derecho de restitución, indemnización y rehabilitación de las víctimas de violaciones graves de los derechos humanos y las libertades fundamentales”, en Gudmundur Alfredsson y Peter MacAlister-Smith (eds.), *The Living Law of Nations, Kehl/Strasbourg/Arlington* 1996, p. 339; Manfred Nowak, “The right of victims of gross human rights violations to reparation”, en Fons Coomans et al. (eds.), *Rendering Justice to the Vulnerable*, La Haya, 2000, p. 203.

nos de supervisión y tribunales establecidos en virtud de tratados relativa a las desapariciones forzadas que ya se ha examinado supra pone de manifiesto que los gobiernos de que se trata tienen una determinada obligación de proporcionar a las víctimas, incluidas las familias en la medida en que ello sea aplicable, un recurso efectivo que pueda incluir el deber de investigar el acto de desaparición, llevar a los autores ante los tribunales, pagar indemnización a las víctimas, poner en libertad a las personas desaparecidas (si aún siguen en vida) o localizar e identificar los restos mortales y entregarlos a los familiares más próximos, y facilitar a las familias toda la información y las averiguaciones relacionadas con la suerte y el paradero de la persona desaparecida. Sin embargo, parece que esas obligaciones distan mucho de contar con la aceptación general y dimanar en parte de las disposiciones de las normas sustantivas de derechos humanos (como el derecho a la vida y la prohibición de la tortura).²⁸ en parte de la obligación general prevista en los tratados de derechos humanos de garantizar los derechos humanos,²⁹ en parte del derecho a un recurso efectivo interno,³⁰ y en parte del ejercicio de las prerrogativas específicas de los órganos internacionales de brindar una satisfacción justa u otros recursos.³¹

²⁸ Véase en particular la jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos en relación con los artículos 2 y 3 del Convenio Europeo de Derechos Humanos, nota 60 supra.

²⁹ Véase en particular la jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos en relación con el artículo 1 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos, nota 46 supra.

³⁰ Véase en particular la jurisprudencia del Comité de Derechos Humanos en relación con el párrafo 3 del artículo 2 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos y del Tribunal Europeo de Derechos Humanos en relación con el artículo 13 del Convenio Europeo, notas 40 y 59 supra.

³¹ Véase en particular la jurisprudencia de la Cámara de Derechos Humanos para Bosnia y Herzegovina en relación con el artículo XI del anexo 6 del Acuerdo de Paz de Dayton y de la Corte Interamericana de Derechos Humanos en relación con el artículo 63 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos, notas 66 y 49 supra.

80. Dado que dista mucho de ser unánime la jurisprudencia correspondiente, que el derecho de las familias a conocer la verdad acerca de la suerte y el paradero de sus seres queridos no se enuncia explícitamente en ningún tratado internacional o regional de derechos humanos, y que los diversos intentos de especificar las consecuencias jurídicas precisas de tal derecho en el contexto del derecho a interponer recursos y obtener reparación parecen sumamente controvertidos, cabe concluir que existe una importante laguna en esta esfera. Todo ulterior instrumento vinculante sobre las desapariciones forzadas deberá definir precisamente el concepto y las consecuencias jurídicas del derecho de los familiares de las personas desaparecidas a conocer la verdad.

D. Salvaguardias contra la impunidad

81. Como lo han subrayado reiteradamente el Grupo de Trabajo sobre las Desapariciones Forzadas o Involuntarias y la Comisión de Derechos Humanos, la impunidad es una de las causas fundamentales de las desapariciones forzadas y, al mismo tiempo, uno de los principales obstáculos al esclarecimiento de estos casos.³² No hay duda, pues, que la “plena protección” contra la desaparición forzada deberá prever medidas apropiadas en derecho penal. Ello también fue reconocido cuando la comunidad internacional definió la desaparición forzada como crimen de lesa humanidad.³³ Como lo demuestra la definición de la desaparición forzada en el Estatuto de la Corte Penal Internacional, sólo unos pocos casos de carácter particularmente grave, bien planificados y sistemáticos serán enjuiciados finalmente por la Corte Penal Internacional. Para lograr el efecto disuasivo deseado, los Estados tendrán que introducir en sus códigos penales nacionales el delito de la desaparición forzada y la san-

³² Véase la resolución 2001/46 de la Comisión de Derechos Humanos, de 23 de abril de 2001.

³³ Véase el capítulo VI supra.

ción correspondiente, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 4 de la Declaración de las Naciones Unidas de 1992. Dado que la Declaración no es un instrumento vinculante, sólo unos cuantos Estados, en su mayoría Estados latinoamericanos Partes en la Convención Interamericana sobre Desaparición Forzada de Personas, han adoptado la legislación penal correspondiente, y sólo unos cuantos perpetradores de ese delito han comparecido hasta ahora ante los tribunales. Por consiguiente, la falta de una obligación internacional vinculante, similar a la enunciada en el artículo 4 de la Convención contra la Tortura y en los artículos 2 a 5 del proyecto de convención sobre las desapariciones, constituye una importante laguna en el presente marco jurídico.

82. Habida cuenta del carácter particularmente grave del delito de desaparición forzada, todo instrumento internacional vinculante que se establezca de acuerdo con las recomendaciones pertinentes del Grupo de Trabajo sobre las Desapariciones Forzadas o Involuntarias y las disposiciones de la Declaración de las Naciones Unidas, la Convención Interamericana sobre Desaparición Forzada de Personas y el proyecto de convención deberá estipular lo siguiente:

- 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;
- el principio de jurisdicción universal se aplicará a todo acto de desaparición forzada;
- ninguna orden o instrucción de una autoridad pública puede ser invocada para justificar una desaparición forzada;
- no se aplicará prescripción alguna al delito de desaparición forzada;
- los autores no se beneficiarán de ninguna ley de amnistía especial u otras medidas análogas;
- no se admitirán privilegios, inmunidades ni dispensas especiales en procesos relacionados con esos actos;

- los autores serán juzgados únicamente por jurisdicciones de derecho común competentes, con exclusión de toda otra jurisdicción especial, en particular la militar;
- la desaparición forzada no será considerada delito político a los efectos de la extradición, el asilo y el refugio;
- la prohibición de la devolución se aplicará también cuando la persona de que se trate corra el riesgo de ser víctima de una desaparición forzada.

E. Prevención

83. Además de la represión penal, el Grupo de Trabajo sobre las Desapariciones Forzadas o Involuntarias ha propuesto varias medidas preventivas que posteriormente se incorporaron a la Declaración de las Naciones Unidas, la Convención Interamericana sobre Desaparición Forzada de Personas y el proyecto de convención. En realidad, el Grupo de Trabajo ha subrayado reiteradamente que nadie tendría que desaparecer en lo sucesivo si los Estados aplicasen la mayoría de las medidas preventivas propuestas.³⁴ En defecto de un tratado vinculante de ámbito universal, la falta de las siguientes obligaciones mínimas deberá considerarse como una laguna en comparación con la “plena protección”:

- la prohibición absoluta de cualquier forma de detención en régimen de incomunicación;
- la obligación de establecer normas jurídicas internas en las que se indiquen a los funcionarios autorizados para ordenar la privación de libertad;

³⁴ E/CN.4/1983/14, párr. 141; E/CN.4/1986/18/Add.1, párrs. 55 a 58; E/CN.4/1989/18/Add.1, párr. 136; E/CN.4/1990/13, párr. 346; E/CN.4/1991/20, párr. 409, y Add.1, párr. 167; E/CN.4/1992/18, párr. 371, y Add.1, apartado d) del párrafo 204; E/CN.4/1997/34, párrs. 24 a 30.

- el derecho efectivo de hábeas corpus y otras garantías contra la detención arbitraria;
- la obligación de garantizar la investigación de toda denuncia de desaparición forzada por una autoridad oficial independiente;
- el derecho de los familiares a un recurso judicial rápido, sencillo y efectivo en casos de desaparición forzada;
- el establecimiento y mantenimiento de un registro actualizado oficial y generalmente accesible de todos los detenidos y de registros centralizados de todos los lugares de detención;
- la prohibición absoluta de lugares secretos de detención;
- el derecho de acceso a cualquier lugar de detención por una autoridad oficial independiente;
- la puesta en libertad de todos los detenidos de manera que permita una verificación fiable;
- la responsabilidad de los autores de desaparición forzada en derecho civil;
- la formación adecuada del personal de prisiones y de los agentes del orden público.

F. Derecho a obtener reparación

84. El proyecto de “principios y directrices básicos sobre el derecho de las víctimas de violaciones de las normas internacionales de derechos humanos y del derecho internacional humanitario a interponer recursos y obtener reparaciones”, sometido actualmente a la consideración de la Comisión de Derechos Humanos,³⁵ establece una distinción entre el derecho procesal de las víctimas a un recurso efectivo y el derecho sustantivo a obtener reparación. La reparación será proporcional a la gravedad de las violaciones y al daño sufrido, y preverá medidas de restitución, indemnización, rehabilitación, sa-

³⁵ Véase nota 170 supra.

tisfacción y garantías de no repetición. En el caso de la desaparición forzada, que constituye una violación particularmente grave y continua de los derechos humanos cometida deliberadamente con la intención de eludir la responsabilidad, la verdad, los recursos legales y la reparación revisten la máxima importancia, no sólo como cuestión de reparación de las respectivas víctimas, sino también como condición previa para el establecimiento de la verdad, la justicia y la paz en las sociedades que padecen esas prácticas.

85. El concepto de víctima en los casos de desaparición forzada abarca, como la jurisprudencia demuestra claramente, tanto a las personas desaparecidas como a sus familiares.³⁶ Por consiguiente, deberá concederse reparación a ambos tipos de víctimas. Como a menudo permanece sin respuesta la cuestión de si la persona desaparecida sigue aún viva o ha sido asesinada, las medidas de reparación deberán concederse de manera que puedan aplicarse tanto a la persona desaparecida como a los familiares.

86. Por restitución se entiende que la persona desaparecida, si aún sigue viva, deberá ser puesta inmediatamente en libertad. Si esa persona ha sido asesinada, la restitución incluye la exhumación e identificación del cuerpo y la entrega de los restos mortales a los parientes más próximos para que éstos puedan organizar un entierro decente que sea acorde con las prácticas religiosas de la víctima y de la familia.

87. Un entierro decente también puede considerarse como una forma de rehabilitación moral o social de la víctima. Si las personas desaparecidas han sobrevivido y finalmente logran escapar o son puestas en libertad suelen padecer las perturbaciones del estrés postraumático, que requieren, a efectos de rehabilitación, amplios cuidados médicos, psicológicos y sociales, así como tratamiento a cargo del gobierno responsable. Las familias, que con frecuencia han tratado durante muchos años, por diversos procedimientos legales, políticos y de otra índole, establecer la suerte y el paradero de sus seres queridos, también tienen título válido a la rehabilitación, con

³⁶ Véase la sección C del capítulo VIII supra.

cargo a los servicios jurídicos y sociales, y necesitan a menudo atenciones psicológicas como resultado de su sufrimiento.

88. Por satisfacción se entiende una amplia categoría de reparaciones que revisten particular importancia en los casos de desaparición forzada. Entraña en primer lugar una disculpa de las autoridades o el gobierno de que se trata, así como la revelación de todos los hechos pertinentes de que dispongan las autoridades. Si el gobierno no está en posesión de los hechos pertinentes (debido a la falta de control sobre las fuerzas de seguridad o porque la desaparición se produjo durante una administración precedente), tiene la obligación de realizar una investigación exhaustiva por todos los medios apropiados, incluida la exhumación, para establecer la verdad acerca de la suerte y el paradero de las personas desaparecidas y acerca de los causantes de la desaparición. Ello puede lograrse mediante investigaciones penales ordinarias o mediante el establecimiento de órganos de investigación especiales encargados de la búsqueda de las personas desaparecidas, de comisiones encargadas de establecer la verdad, y por otros medios. Además de establecer la verdad y facilitar información a las víctimas y a la sociedad en general, las autoridades también tienen la obligación de hacer que los culpables comparezcan ante los tribunales. Como señaló con razón la Comisión de Derechos Humanos, en el caso de violaciones particularmente graves de los derechos humanos, tales como las desapariciones forzadas, la justicia significa justicia penal, y no puede considerarse que los recursos de carácter puramente administrativo y disciplinario proporcionen una satisfacción suficiente a las víctimas.³⁷ Por consiguiente, los causantes de la desaparición forzada no deben beneficiarse de las leyes de amnistía o de otras medidas similares.³⁸ Entre las medidas de satisfacción figuran las conmemoraciones pú-

³⁷ Bautista c. Colombia, nota 40 supra.

³⁸ Además de las disposiciones pertinentes de la Declaración de las Naciones Unidas, la Convención Interamericana sobre Desaparición Forzada de Personas y el proyecto de convención, véase la decisión del Comité de Derechos Humanos en la causa Hugo Rodríguez c. Uruguay (Observación N° 322/1988,

blicas para rendir homenaje a las víctimas, con la consiguiente aportación al proceso de fortalecimiento de la justicia y la paz.³⁹

89. Las garantías de no repetición comienzan con la cesación de las violaciones continuadas. En el caso de la desaparición forzosa, la violación de los derechos humanos sólo cesa cuando se considera que la suerte y el paradero de la persona desaparecida han sido esclarecidos más allá de toda duda razonable. Si un gobierno está dispuesto a revelar toda la información concerniente a las desapariciones anteriores y realizar las investigaciones necesarias para establecer la verdad, esas medidas también suelen proporcionar ciertas garantías de no repetición. Sin embargo, lo más importante es que los Estados incluyan en su Código Penal la Ley sobre la desaparición forzada como delito de carácter penal y la sanción apropiada,⁴⁰ que lleven efectivamente ante la justicia a los autores del delito y que adopten las medidas preventivas necesarias a que ya se ha hecho referencia.

90. Como ocurre con frecuencia, la indemnización pecuniaria por gastos judiciales y por daños materiales y morales sigue siendo de hecho, desgraciadamente, la única forma de reparación a las víctimas de la desaparición forzada. Si una persona desaparecida es puesta en libertad al cabo de dos años o es asesinada, la indemnización por daños materiales, tales como la pérdida de ingresos u oportunidades, podría representar una importante cantidad de dinero, como ponen sobre todo de manifiesto varias sentencias dictadas por la Corte Interamericana de Derechos Humanos.⁴¹ Análogamente, los

dictamen definitivo de 19 de julio de 1994), en la que se señala que las amnistías por violaciones graves de los derechos humanos son incompatibles con las obligaciones de los Estados en virtud del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos.

³⁹ Por ejemplo, los esfuerzos realizados por el Alto Representante para Bosnia y Herzegovina para erigir un monumento en honor de las víctimas de ejecuciones arbitrarias y desapariciones forzadas en Srebrenica.

⁴⁰ Véanse, por ejemplo, los cambios legislativos adoptados por Bolivia y presentados como garantía de no repetición a la Corte Interamericana de Derechos Humanos en el caso de Trujillo Oroza, nota 56 supra.

⁴¹ Véase en particular la nota 49 supra; véase también Nowak, nota 170 supra, pp. 212 y ss.

sufrimientos mentales y físicos de las personas desaparecidas y de sus parientes podrían hacer necesario que los gobiernos de que se trata paguen importantes sumas en concepto de indemnización por daños morales.

91. Muchos de los principios relativos al derecho de reparación en los casos de desaparición forzada están evolucionando con la jurisprudencia de varios órganos de supervisión y tribunales y en el marco del proyecto de principios y directrices de la Comisión. Sin embargo, sería prematuro afirmar que el derecho a obtener reparación en los casos de desaparición forzada y el contenido preciso de ese derecho se hallan establecidos firmemente en el derecho internacional contemporáneo. Por el contrario, esta cuestión es objeto de un importante debate, y la elaboración de un instrumento jurídicamente vinculante sobre la desaparición forzada en un futuro próximo podría contribuir a desarrollar el concepto del derecho a obtener reparación por violaciones graves de los derechos humanos.

G. Protección del niño

92. La experiencia muestra que los niños se ven con frecuencia particularmente afectados por el delito de desaparición forzada. El niño sufre particularmente si desaparece su madre, su padre o ambos, y puede vivir toda su infancia en una situación constante de incertidumbre, entre la esperanza y la desesperación. Suele ocurrir que una mujer dé a luz a un niño durante su desaparición, y el niño le sea arrebatado y dado en adopción por las mismas autoridades que son responsables de su desaparición. En la Argentina y otros países de América del Sur esas separaciones y adopciones forzadas de niños constituyen una práctica sistemática.⁴² Estas prácticas cri-

⁴² Véase Guest, nota 11 supra; el caso de la desaparición de un niño argentino, nota 42 supra; el “Estudio sobre la situación de los hijos menores de personas desaparecidas que fueron separados de sus padres y son reclamados por miembros de sus legítimas familias”, en *Informe Anual de la Comisión Intera-*

minales, además de causar enormes sufrimientos a los niños y a sus padres, suscitan importantes conflictos de interés entre las personas que adoptan de buena fe a esos niños y los miembros de las familias de los padres desaparecidos. Instrumentos específicos tales como la Convención sobre los aspectos civiles del secuestro internacional de niños⁴³ sólo permiten dar una respuesta muy parcial en lo que respecta a los derechos humanos que se ven vulnerados por esas prácticas.

93. Por consiguiente, la Declaración de las Naciones Unidas, la Convención Interamericana sobre Desaparición Forzada de Personas y el proyecto de convención contienen disposiciones específicas que tratan de esos problemas. Por ejemplo, el párrafo 3 del artículo 20 de la Declaración estipula que “la apropiación de niños de padres víctimas de desaparición forzada o de niños nacidos durante el cautiverio de una madre víctima de una desaparición forzada, así como la falsificación o supresión de documentos que atestigüen su verdadera identidad, constituyen delitos de naturaleza sumamente grave que deberán ser castigados como tales”. Los Estados deberán consagrar esfuerzos especiales a la búsqueda y la restitución de esos niños a sus familias de origen y deberán permitir la anulación de cualquier adopción resultante de la desaparición forzada. Como estas prácticas se han traducido con frecuencia en adopciones internacionales, los Estados deberán concertar acuerdos bilaterales o multilaterales apropiados.

94. Dado el carácter sumamente grave de estos problemas, es preciso hablar de una laguna en el actual ordenamiento jurídico, que habrá de ser colmada merced a la elaboración de un instrumento universal y jurídicamente vinculante.

mericana de Derechos Humanos, 1987-1988, OEA/Ser.L/V/II.74, Doc.10/Rev.1, de 16 de septiembre de 1998, p. 349; el informe de Theo van Boven a la Subcomisión, E/CN.4/Sub.2/1993/8, y el ya mencionado primer informe del Grupo de Trabajo sobre las Desapariciones Forzadas o Involuntarias, E/CN.4/1435, de 22 de enero de 1981, párrs. 170 a 172.

⁴³ Aprobada en La Haya el 25 de octubre de 1980.

IX. CONCLUSIONES Y RECOMENDACIONES

95. La desaparición forzada representa una de las más graves violaciones de los derechos humanos que, si forma parte de un ataque generalizado o sistemático contra los civiles, constituye un crimen de lesa humanidad. Como muestran los informes anuales del Grupo de Trabajo sobre las Desapariciones Forzadas o Involuntarias a la Comisión, hoy en día las desapariciones forzadas pueden considerarse un fenómeno universal que sigue siendo una práctica sistemática en un número considerable de países. El crimen de la desaparición forzada no sólo va dirigido contra los desaparecidos sino igualmente contra sus familiares, sus amigos y la sociedad en que viven. A los desaparecidos suelen matarlos de inmediato, pero sus hijos, padres o cónyuges siguen viviendo muchos años en una situación de inseguridad, angustia y estrés extremos, desgarrados entre la esperanza y la desesperación. Por lo tanto, deben también ser considerados víctimas de la desaparición forzada.

96. Reaccionando ante la extrema gravedad de esta violación de los derechos humanos, la comunidad internacional ha adoptado diversas medidas en los planos universal y regional, y se han desarrollado algunas normas en el marco de la normativa internacional de los derechos humanos, el derecho internacional humanitario y el derecho penal internacional. Al mismo tiempo hay que reconocer que la protección contra la desaparición forzada es un concepto de lenta evolución que presenta muchas lagunas y suscita controversias e incertidumbres. Hasta ahora no se ha reconocido ningún derecho humano concreto de la persona a no ser sometida a desaparición forzada, aunque este tipo de violación de los derechos humanos viene produciéndose sistemáticamente durante casi 30 años. En general se la considera una violación de múltiples derechos, pero no se está de acuerdo en cuáles, aparte del derecho a la libertad personal, resultan de hecho vulnerados por un acto de desaparición forzada. Las diversas tentativas de definir la desaparición forzada en la normativa internacional de los derechos humanos y el derecho

penal internacional han dado distintos resultados. Aunque parece haber acuerdo general en que las desapariciones forzadas deben ser combatidas mediante medidas de derecho penal interno (incluido el principio de la jurisdicción universal) y una amplia gama de medidas preventivas, no existen obligaciones universales jurídicamente vinculantes a este respecto. Como la protección del derecho penal internacional sólo se aplicará en casos excepcionales, la jurisdicción universal en casos particulares claramente definidos de desaparición forzada, con la debida sanción, constituirá la medida más eficaz para desalentar la práctica de la desaparición forzada en el futuro. Por último, hay muchas lagunas en lo que respecta a medidas concretas de prevención (como la obligación de mantener registros centralizados de todos los lugares de detención y de todos los detenidos) y al derecho de los desaparecidos y sus familiares a un recurso efectivo y a reparación.

97. Las insuficiencias del actual marco jurídico internacional esbozadas en el presente informe apuntan claramente a la necesidad de contar con un “instrumento normativo jurídicamente vinculante para la protección de todas las personas contra las desapariciones forzadas”, según se señala en el párrafo 12 de la resolución 2001/46 de la Comisión. Dicho instrumento podría revestir la forma de un tratado especial de derechos humanos, el proyecto de convención internacional para la protección de todas las personas contra las desapariciones forzadas, un protocolo facultativo del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, o un protocolo facultativo de la Convención contra la Tortura.

98. El experto independiente considera que ello forma parte del mandato del futuro grupo de trabajo entre períodos de sesiones, de composición abierta, de la Comisión que se establecerá de conformidad con lo dispuesto en el párrafo 12 de la resolución 2001/46 de la Comisión para decidir a cuál de las tres alternativas recién indicadas debe concederse prioridad. Sin embargo, dado que la Comisión ha pedido al experto que tenga en cuenta el proyecto de convención, así como las observaciones de los Estados y las organizaciones

intergubernamentales y no gubernamentales, el experto desea exponer sucintamente sus opiniones sobre las ventajas y los inconvenientes de las tres opciones.

99. Una convención internacional especial para la protección de todas las personas contra la desaparición forzada sería sin duda muy apropiada para señalar a la atención de los Estados la gravedad extrema de esta violación de los derechos humanos y enumerar las diversas y detalladas obligaciones de los Estados por lo que respecta a la acción penal, las medidas preventivas, los recursos y la reparación. Por otra parte, como ponen de manifiesto muchas observaciones de los gobiernos, la adopción de un tratado especial de derechos humanos contribuiría a una mayor proliferación de tratados de derechos humanos y órganos de supervisión del cumplimiento de tratados.⁴⁴ Esa proliferación de órganos de supervisión y los costos que ello entraña podrían evitarse confiando la función de supervisión al Grupo de Trabajo sobre las Desapariciones Forzadas o Involuntarias o a cualquiera de los órganos existentes de supervisión del cumplimiento de tratados. La primera opción, que cuenta con el beneplácito de algunos miembros del Grupo de Trabajo, presenta el inconveniente de mezclar los procedimientos especiales de la Comisión con la supervisión del cumplimiento de los tratados. A juicio del Grupo de Trabajo, que ha subrayado invariablemente el carácter humanitario de la búsqueda de personas desaparecidas, la supervisión del cumplimiento de los tratados mediante, por ejemplo, la adopción de decisiones con respecto a denuncias individuales, podría afectar a sus principales tareas humanitarias. De todos los órganos existentes de supervisión de tratados sólo el Comité contra la Tortura y el Comité de Derechos Humanos parecen desempeñar funciones similares a las que cabe esperar desempeñe un futuro “comité sobre las desapariciones”.

100. Un protocolo facultativo de la Convención contra la Tortura presentaría la ventaja de que ese instrumento ha servido de modelo

⁴⁴ El artículo 25 del proyecto de convención prevé el establecimiento de un “Comité contra la Desaparición Forzada” integrado por diez expertos.

para la Declaración de las Naciones Unidas, la Convención Interamericana sobre Desaparición Forzada de Personas y el proyecto de convención. Los principales objetivos de un instrumento jurídicamente vinculante sobre la desaparición forzada serían similares a los de esa Convención, a saber, una legislación penal interna eficaz, incluida la jurisdicción universal, y medidas eficaces de prevención y reparación. Muchas de las obligaciones preventivas enunciadas en esa Convención, como la educación en materia de derechos humanos del personal encargado de hacer cumplir la ley, la obligación de llevar a cabo una investigación rápida e imparcial o el derecho a interponer recurso y obtener reparación, también ejercen un efecto preventivo sobre las desapariciones. Además, muchas personas desaparecidas son sometidas a tortura, y el Comité de Derechos Humanos considera que todo régimen de incomunicación prolongado constituye un trato inhumano. Por consiguiente, cabría considerar que el Comité contra la Tortura es el órgano de supervisión de tratados con mayor experiencia en la lucha contra la desaparición forzada. Como se ha confiado ya al Comité, en virtud del artículo 20 de esa Convención, la función de realizar procedimientos confidenciales de investigación, incluso posibles visitas sobre el terreno, este procedimiento podría también utilizarse para investigar los casos de desaparición forzada. Por otra parte, la desaparición forzada es un concepto mucho más amplio que entraña violaciones de los derechos humanos no abarcadas actualmente por el mandato y la experiencia del Comité contra la Tortura. Además, cabría alegar que un Comité compuesto únicamente por 10 expertos, que en un futuro cercano podría encargarse también de supervisar o incluso realizar visitas preventivas a los lugares de detención, de conformidad con el proyecto de protocolo facultativo de esa Convención, que examina actualmente la Comisión, tal vez no esté en situación de realizar nuevas tareas esenciales, como la supervisión de las desapariciones forzadas.

101. Un protocolo facultativo del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos presentaría la ventaja de que la desaparición forzada constituye una violación de múltiples derechos humanos

que están abarcados por el Pacto. Así pues, el Comité de Derechos Humanos cuenta ya con la experiencia necesaria en lo que respecta a los diversos aspectos de la desaparición forzada, lo que pone de manifiesto su elaborada jurisprudencia sobre la materia. Además, este órgano integrado por 18 expertos cuenta con una reputación particularmente alta y dispone de tiempo y recursos suficientes para asumir una nueva tarea de supervisión. Por otra parte, la capacidad del Comité de Derechos Humanos para asumir una nueva tarea de supervisión dependerá de las funciones concretas que se confíen al Comité en virtud de un futuro protocolo facultativo sobre la desaparición forzada. La supervisión adicional de esta violación de los derechos humanos en el contexto de los informes presentados por los Estados y los procedimientos de presentación de comunicaciones individuales e interestatales no representarán una carga adicional excesiva, ya que el Comité de Derechos Humanos ha desempeñado ya en parte esas funciones en lo que respecta a las desapariciones. Sin embargo, un futuro instrumento vinculante sobre la desaparición forzada va más allá de los procedimientos de supervisión tradicionales y también incluye, por ejemplo, mecanismos especiales para la búsqueda de las personas desaparecidas, un procedimiento de investigación con visitas al territorio de los Estados Partes y, posiblemente también, visitas preventivas a los lugares de detención o, por lo menos, la supervisión de dichos lugares.⁴⁵

102. Aun cuando las tres opciones parecen presentar ciertas ventajas e inconvenientes, el experto independiente llega a la conclusión de que, partiendo del supuesto de que los gobiernos desean evitar una mayor proliferación de los órganos de supervisión del cumplimiento de los tratados, el Comité de Derechos Humanos podría estar en mejores condiciones de asumir la tarea adicional de supervisar el cumplimiento por los Estados de sus obligaciones a fin de prevenir las desapariciones, investigar los casos de desaparición

⁴⁵ Véanse los artículos 27, 28 y 31 del proyecto de convención, todos los cuales prevén la posibilidad de realizar visitas al territorio de los Estados Partes.

y llevar a los culpables ante la justicia y proporcionar recursos efectivos y reparación a las víctimas. Dado que la capacidad del Comité de Derechos Humanos para asumir esas funciones adicionales dependerá, en cierto modo, del carácter preciso de los procedimientos de supervisión que se establezcan, tal vez convenga dar instrucciones al futuro grupo de trabajo entre períodos de sesiones de la Comisión para que convenga en primer lugar en las obligaciones sustantivas y procesales de los Estados Partes, así como en los mecanismos de supervisión apropiados, y sólo después decidir, previa consulta con los órganos de supervisión del cumplimiento de los tratados, a quién debe confiarse la realización de esas tareas.

Comité de Derechos Humanos de las Naciones Unidas
Caso Rafael Armando Rojas García contra Colombia
Comunicación 687 de 1996
Decisión adoptada el 3 de abril de 2001

*Dictamen a tenor del párrafo 4 del artículo 5
del Protocolo Facultativo*

1. El autor de la comunicación es Rafael Armando Rojas García, ciudadano colombiano que escribe en su nombre, así como en nombre de su madre anciana, sus dos hijos, su hermano y dos hermanas, tres sobrinas y una asistente del hogar. Afirma que son víctimas de violaciones por Colombia del artículo 7, el apartado a) del párrafo 3 del artículo 14, los párrafos 1 y 2 del artículo 17, el apartado a) del párrafo 3 del artículo 19 y los artículos 23 y 24 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos. Los hechos expuestos parecen también plantear una cuestión en relación con el párrafo 1 del artículo 9 del Pacto.

Los hechos expuestos por el autor

2.1. El 5 de enero de 1993 a las 2.00 horas de la madrugada un grupo de hombres armados vestidos de civil, integrantes del Cuerpo Técnico de Investigación de la Fiscalía, entraron en forma violenta en la casa del autor, por el tejado. El grupo armado registró todas las habitaciones, aterrorizando y maltratando de palabra a los familiares del autor, entre los que se encontraban niños de corta edad. Durante el registro uno de los individuos disparó un arma de fuego. Otras dos personas entraron por la puerta principal; una de ellas escribió a máquina un acta y se la hizo firmar al único varón adulto de la familia que se encontraba presente (Álvaro Rojas), sin permitirle que la leyera y sin entregarle copia. Cuando Álvaro Rojas preguntó si era necesario actuar en esa forma brutal, le dijeron que hablara con el procurador Carlos Fernando Mendoza. Entonces se informó a la familia de que el registro de la casa era parte de la investigación por el homicidio del alcalde de Bochalema, Ciro Alfonso Colmenares.

2.2. Ese mismo día, Álvaro Rojas presentó una denuncia ante la Procuraduría Provincial de Cúcuta por la entrada ilegal en la casa de la familia. Las autoridades provinciales iniciaron una investigación, que no sólo no se completó debidamente sino que sencillamente se archivó el 3 de noviembre de 1993. El autor no fue informado de que su denuncia se había archivado. Formuló una nueva denuncia ante la Procuraduría General de la Nación, Procuraduría Delegada de la Policía Judicial y Administrativa en Bogotá. Esta también fue archivada el 24 de junio de 1994, supuestamente en aplicación del principio *non bis in idem*. El autor declara que ha entablado una demanda ante el Tribunal de lo Contencioso Administrativo de Cúcuta, a fin de obtener alguna reparación por el allanamiento de su casa y el uso de un arma de fuego.

La denuncia

3.1. El autor sostiene que esa incursión violenta en el domicilio de su familia produjo un grave trauma nervioso y afectó psicológicamente a su hermana, Fanny Elena Rojas García, que era inválida. La hermana falleció el 8 de agosto de 1993, y se considera que esos hechos fueron la causa indirecta de su muerte. Además, la anciana madre del autor, de 75 años, nunca se ha recuperado totalmente de la conmoción sufrida.

3.2. El autor declara que las autoridades, lejos de investigar a fondo el asunto, han hecho todo lo posible por encubrir el incidente. No se ha intentado determinar la responsabilidad ni de las autoridades que autorizaron el allanamiento ni de quienes lo llevaron a cabo, ni siquiera la del funcionario que disparó un arma de fuego en una habitación donde se encontraban menores de edad.

3.3. El autor sostiene que los hechos descritos constituyen violaciones del artículo 7, el apartado a) del párrafo 3 del artículo 14, los párrafos 1 y 2 del artículo 17, el apartado a) del párrafo 3 del artículo 19 y los artículos 23 y 24 del Pacto.

Observaciones del Estado Parte y respuesta del autor

4.1. En una comunicación de 12 de noviembre de 1996, el Estado Parte sostiene que el autor no ha agotado los recursos de la jurisdicción interna ya que aún está en curso una investigación para la eventual adopción de medidas disciplinarias contra los funcionarios que allanaron la casa del autor.

4.2. El Estado Parte argumenta además que el allanamiento del domicilio del autor cumplía todos los requisitos legales provistos en el artículo 343 del Código de Procedimiento Penal y se ajustaba, por tanto, a la ley. Un funcionario del tribunal, Miguel Ángel Villamizar Becerra, dio la orden de allanamiento, que se realizó en presencia de un procurador. A este respecto, se señala que toda la documentación pertinente respecto a las posibles responsabilidades de los agen-

tes que participaron en el allanamiento fue solicitada por la Fiscalía General por vía de su veeduría a fin de establecer si era necesario imponer medidas disciplinarias. También se hace referencia a una investigación disciplinaria realizada por la Dirección Seccional del Cuerpo Técnico de Investigación y a otra realizada por la Procuraduría Delegada para la Policía Judicial, que fueron archivadas ambas.

5. El 22 de enero de 1997, el autor reitera que el allanamiento fue ilegal ya que el artículo 343 del Código de Procedimiento Penal no prevé la actuación de “comandos” nocturna, las entradas por el tejado ni los disparos al aire, etc. Sostiene que el fiscal delegado ante las Fuerzas Armadas *no* estuvo presente y que el procurador sólo apareció al final de los hechos y únicamente para levantar un acta de la cual no se entregó copia alguna al hermano del autor. El autor reitera las consecuencias de largo alcance que ha tenido el allanamiento para su familia, que se ha estigmatizado a su familia imputándole el homicidio del exalcalde, que su hermana murió después del allanamiento y que su madre y los niños siguen padeciendo la conmoción. El autor señala que los procedimientos administrativos iniciados en 1993 no han dado ningún resultado hasta la fecha.

6. El 14 de octubre de 1997, el Estado Parte informó al Comité de sus indagaciones sobre el estado de los procedimientos administrativos en este caso. La Fiscalía General de la Nación pidió a la Seccional del Cuerpo Técnico de Investigación en Cúcuta que le informara si se habían iniciado procedimientos en contra del agente Gabriel Ruiz Jiménez. Hasta el 30 de abril de 1997 no se había iniciado ningún procedimiento. Se reiteró la solicitud en junio, julio y agosto de 1997, nuevamente con resultados negativos. El Estado Parte afirma que las investigaciones continúan y que, en consecuencia, no se han agotado los recursos de la jurisdicción interna.

Decisión del Comité sobre admisibilidad

7.1. En su 62 período de sesiones, el Comité examinó la admisibilidad de la comunicación y tomó nota de la solicitud del Estado

Parte de que se declarara inadmisibile la comunicaci3n por no haberse agotado los recursos de la jurisdicci3n interna. El Comit3 con sider3 que en las circunstancias del caso cabía llegar a la conclusi3n de que el autor había procurado diligente pero infructuosamente utilizar recursos con el fin de establecer las responsabilidades por el allanamiento de su domicilio. A más de cinco años de los hechos (en el momento de la decisi3n de admisibilidad), los responsables del incidente no habían sido ni identificados ni acusados, menos aún juzgados. El Comit3 concluy3 que, en las circunstancias del caso, la tramitaci3n de los recursos internos se había “prolongado injustificadamente” en el sentido del apartado b) del párrafo 2 del artículo 5 del Protocolo Facultativo.

7.2. Respecto a las denuncias del autor en relaci3n con el apartado a) del párrafo 3 del artículo 14, el apartado a) del párrafo 3 del artículo 19 y los artículos 23 y 24 del Pacto, el Comit3 observ3 que éstas eran de carácter general y no se habían sustanciado con nuevos elementos. Nada indicaba, por ejemplo, que se hubiera formulado una acusaci3n contra el autor de la que no hubiera sido informado oportunamente (apartado a) del párrafo 3 del artículo 14) o que se le hubiera privado de libertad de expresi3n (art. 19), ni se describía en qué forma el Estado se había injerido en su vida familiar o no respetado los derechos de los niños (arts. 23 y 24).

7.3. Con respecto a las otras denuncias, en relaci3n con el artículo 7 y los párrafos 1 y 2 del artículo 17 del Pacto, el Comit3 estim3 que se habían sustanciado lo suficiente a los efectos de determinar la admisibilidad y que, en consecuencia, debían ser examinadas en cuanto al fondo.

Observaciones del Estado Parte en cuanto al fondo y comentarios del autor al respecto

8.1. Por comunicaci3n de 28 de diciembre de 1999, el Estado Parte reitera su postura con respecto a la inadmisibilidad de la queja presentada y considera que no se ha producido violaci3n de ningun-

no de los artículos contenidos en el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos.

8.2. El Estado Parte señala, tal como había hecho anteriormente el autor, que el Cuerpo Técnico de Investigación de la Fiscalía, Seccional Cúcuta, adelantó investigación administrativa tendiente al esclarecimiento del incidente ocurrido el 5 de enero de 1993, en el allanamiento del inmueble de la familia Rojas García y en providencia de 3 de noviembre de 1993 ordenó su archivo por falta de mérito. Igualmente, hechas las diligencias tendientes al esclarecimiento de los hechos, se ordenó abrir diligencias preliminares por estos mismos hechos en contra de Gabriel Ruiz Jiménez, autor del disparo durante el allanamiento. Según la Procuraduría Delegada, no existe mérito alguno para proseguir con la indagación preliminar, ya que se encuentra demostrado que la Fiscalía General de la Nación, por intermedio del Director Seccional del Cuerpo Técnico de Investigación de Cúcuta, inició y culminó investigación disciplinaria por estos mismos hechos, habiendo terminado la misma mediante resolución de archivo (ver párr. 2.2).

8.3. La Fiscalía General de la Nación reiteró en oficio de 10 de mayo de 1999 que el Director Seccional del CTI de Cúcuta, quien adelantó investigación preliminar disciplinaria contra Gabriel Ruiz Jiménez, dispuso el archivo del caso al considerar que el disparo efectuado por éste se debió a un caso fortuito y no a negligencia o indebida conducta del presunto implicado, razón por la cual no había mérito para abrir investigación formal.

8.4. En relación a los traumas psicológicos causados a los moradores de la vivienda por el pánico producido, sostiene el Estado Parte que le corresponde a un perito médico establecerlos, dentro del proceso contencioso administrativo que se encuentra en curso.

8.5. Informa el Estado Parte que el autor cursa una demanda por los hechos ante el Tribunal Contencioso Administrativo del Norte de Santander, para reclamar indemnización por los presuntos perjuicios ocasionados.

8.6. El Estado Parte no comparte la consideración del Comité en cuanto se afirma que a más de 5 años de los hechos, los responsa-

bles del incidente no han sido identificados ni acusados. Para el Estado Parte, es claro que se llevó a cabo un allanamiento por parte de miembros del Cuerpo Técnico de Investigaciones de la Fiscalía, de acuerdo con el artículo 343 del Código de Procedimiento Penal, que establece lo siguiente:

Allanamiento, procedencia y requisitos. 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 que se haya cometido la infracción o que provengan de su ejecución, el funcionario judicial ordenará en providencia motivada, el correspondiente allanamiento y registro.

La providencia a que se refiere el inciso anterior no requiere notificación.

8.7. En este sentido, el Estado Parte estima que la responsabilidad por posible irregularidad en el desempeño de sus funciones ha de ser extraída de las investigaciones de los organismos estatales competentes. En cuanto a la presunta responsabilidad del Sr. Gabriel Ruiz Jiménez, la Fiscalía determinó que fue producto de un accidente.

8.8. En cuanto a la prolongación injustificada de los recursos internos a que se refiere el Comité, en el sentido del apartado b) del párrafo 2 del artículo 5 del Protocolo, el Estado Parte hace las siguientes observaciones:

1) El hermano del autor de la denuncia ha hecho desde la fecha del suceso uso de recursos contemplados en la legislación nacional ante la Procuraduría General de la Nación, la cual a través de la Procuraduría Delegada de la Policía Judicial y Administrativa de Santafé de Bogotá ordenó, en acto de 24 de junio de 1994, el archivo de la investigación, teniendo en cuenta que la Fiscalía General de la Nación, por intermedio del Cuerpo Técnico de Investigación de Cúcuta, inició y culminó investigación disciplinaria por estos mismos he-

chos. Explica el Estado Parte que el mero hecho de que un recurso interno no produzca un resultado favorable al reclamante, no demuestra por sí solo la inexistencia o el agotamiento de todos los recursos internos eficaces. Si en un caso como el que se analiza, el recurso no es adecuado, es obvio que no hay que agotarlo, sino recurrir a otro procedimiento más apropiado.

2) El Sr. Rojas García interpuso además una demanda contra la Nación ante el Tribunal Contencioso Administrativo de Norte de Santander, haciendo uso de otro recurso, cuya sentencia, en el momento de recibirse esta comunicación, está a punto de proferirse. Dichos recursos, por consiguiente, no se han prolongado injustificadamente, como afirma el Comité, ya que las circunstancias del caso mismo han exigido que el empleo de los mismos haya sido el más adecuado y efectivo. Que sean adecuados significa que la función de esos recursos, dentro del sistema de derecho interno, sea idónea para proteger la situación jurídica infringida. La norma está encaminada a producir un efecto y no puede interpretarse en el sentido que no lo produzca o su resultado sea manifiestamente absurdo o irrazonable. No ha sido intención de las autoridades competentes haber prolongado las investigaciones, ya que su ligereza sí habría conducido a pronunciamientos absurdos e ilógicos.

8.9. El Estado Parte reitera que el Sr. Rojas García no había agotado aún los recursos internos en el momento de someter el caso a consideración del Comité, por lo que la comunicación no debió admitirse en virtud del apartado b) del párrafo 2 del artículo 5 del Protocolo Facultativo.

9.1. Las observaciones del Estado Parte en cuanto al fondo fueron remitidas al autor, quien, por comunicación de 14 de marzo de 2000, rebate algunos de los argumentos presentados por el Estado. Así, reitera que una familia sin antecedentes de ninguna índole con la justicia fue presa de un allanamiento y sus moradores maltratados. Explica que ese allanamiento se hizo presumiendo que en ese lugar se encontraban los criminales y al encontrar a niños y ancianos, en

vez de rectificar su error, lo que han hecho hasta la fecha es ratificarlo.

9.2. Según el autor, el artículo 343 del Código de Procedimiento Penal no se podía aplicar en este caso contra la residencia de una familia honesta, sin llenar con anterioridad los más elementales dispositivos legales previstos para estos casos. Al irrumpir violentamente penetrando por un tejado a las 2.00 de la madrugada y disparar un arma, se estaban violando la protección a la vida, a la convivencia y demás derechos y libertades garantizados en la Constitución colombiana.

9.3. El autor rechaza el argumento del Gobierno en el que da a entender que cuanto más tiempo dure la investigación de un proceso, menos absurdos e ilógicos serán sus pronunciamientos. El autor reitera que han pasado más de siete años desde que ocurrieron los hechos y aún no se ha resuelto el caso.

9.4. Añade el autor que sería fundamental que en casos arbitrarios originados por el uso indebido de la fuerza se les diera un tratamiento como asuntos especiales para que sean analizados y juzgados por veedurías internacionales y de esta forma se preserve la imparcialidad en el debido proceso.

9.5. Por comunicación de fecha 10 de julio de 2000, el autor informa que en relación a la demanda que interpuso contra la Nación en el Tribunal Contencioso Administrativo del Norte de Santander a fin de obtener reparación por el allanamiento de su casa, la Sentencia del Tribunal negó las súplicas presentadas, alegando falta de pruebas y ciñéndose estrictamente al artículo 343 del Código de Procedimiento Penal. Señala el autor que el fallo ha sido apelado en segunda instancia ante el Consejo de Estado en Bogotá.

9.6. Reitera el autor que según testigos presenciales, el allanamiento iba dirigido a la casa N° 2-36 y no a la 2-44 (de la familia Rojas García). Igualmente explica que la viuda de Ciro Alonso Colmenares (alcalde de Bochalema, cuyo homicidio originó la investigación que dio lugar al allanamiento de la casa de la familia Rojas), le aseguró que nunca les había denunciado. En relación al disparo

efectuado por Gabriel Ruiz Jiménez, alega que éste no se produjo de manera accidental, sino una vez dentro de la casa, obligando a los residentes de la casa a buscar las llaves que daban hacia la calle. Señala también que cuando se dieron cuenta de que en la casa vivía una funcionaria de la Fiscalía Seccional con sede en Pamplona, Cecilia Rojas García, los asaltantes cambiaron de actitud y algunos de ellos se disculparon manifestando que se habían equivocado.

9.7. Respecto a la muerte de su hermana, meses después del allanamiento, el autor sostiene que las autoridades no realizaron los esfuerzos necesarios para demostrar la existencia de un nexo causal entre el allanamiento y su muerte.

Examen de la cuestión en cuanto al fondo

10.1. El Comité de Derechos Humanos ha examinado la presente comunicación a la luz de toda la información facilitada por las partes, según lo previsto en el párrafo 1 del artículo 5 del Protocolo Facultativo.

10.2. El Comité ha tomado nota de la afirmación del Estado Parte de que el autor no agotó los recursos internos en el momento de someter la comunicación al Comité y, por tanto, la comunicación no debía haberse admitido. Toma igualmente nota de que, según el Estado Parte, no ha sido intención de las autoridades competentes prolongar las investigaciones, ya que su ligereza sí habría conducido a pronunciamientos absurdos e ilógicos. El Comité se remite a lo expresado en la decisión de admisibilidad al respecto.

10.3. Lo primero que debe determinar el Comité es si las condiciones concretas en 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) constituyen una violación del artículo 17 del Pacto. 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 N° 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.

10.4. El Comité considera que al haber encontrado una violación del artículo 17 con respecto a la arbitrariedad del allanamiento de la vivienda del Sr. Rojas García, no es necesario que se pronuncie en cuanto a si el mismo además constituye un ataque al honor y reputación del autor y su familia.

10.5. Con respecto a la alegación de violación del artículo 7 del Pacto, el Comité observa que el trato recibido a manos de la policía por la familia Rojas García, y descrito en el punto 2.1 *supra*, no ha sido rebatido por el Estado Parte. Consecuentemente, el Comité decide que en este caso ha existido una violación del Pacto.

11. El Comité de Derechos Humanos, actuando de conformidad con el párrafo 4 del artículo 5 del Protocolo Facultativo del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, considera que los hechos que tiene ante sí revelan una violación, por el Estado Parte, respecto a la familia Rojas García, del artículo 7 y del párrafo 1 del artículo 17 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos.

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.

13. Habida cuenta de que, al pasar a ser Parte en el Protocolo Facultativo, el Estado Parte ha reconocido la competencia del Comité para determinar si ha habido o no violación del mismo y que, de conformidad con el artículo 2 del Pacto, el Estado Parte se ha comprometido a garantizar que todos los individuos que se encuentren en su territorio y estén sujetos a su jurisdicción disfruten de los derechos reconocidos en el Pacto y a establecer recursos efectivos cuando se hubiere determinado la existencia de una violación, el Comité desea recibir del Estado Parte, dentro de 90 días, información sobre las medidas adoptadas para dar cumplimiento a su dictamen. También pide al Estado Parte que publique el dictamen del Comité.

Voto particular de los miembros del Comité
Sres. Nisuke Ando e Iván A. Shearer

Compartimos la conclusión del Comité de que se ha violado el párrafo 1 del artículo 17 en la medida en que fue allanado el domicilio de la familia Rojas García. Ahora bien, no podemos estar de acuerdo con su conclusión de que se ha violado el artículo 7 en el presente caso (párrs. 10.3 y 10.5).

Según el Comité (el dictamen mayoritario), el trato recibido por la familia Rojas García a manos de la policía descrito en el párrafo 2.1, que el Estado Parte no ha refutado, constituye una violación del artículo 7. El párrafo 2.1 dice que el 5 de enero de 1993 a las 2.00 horas de la madrugada un grupo de hombres armados vestidos de civil, integrantes del Cuerpo Técnico de Investigación de la Fiscalía, entraron en forma violenta en la casa del autor, por el tejado; que el grupo registró todas las habitaciones aterrizando y maltratando de palabra a los familiares del autor, entre los que se encontraban niños de corta edad, y que durante el registro uno de los individuos disparó un arma de fuego.

Como afirma el propio autor, la unidad que hizo el registro al parecer se equivocó de domicilio (N° 2-44 en vez del N° 2-36) y, cuando se dieron cuenta de que en la casa vivía una funcionaria de la Fiscalía Seccional, algunos de ellos se disculparon manifestando que se habían equivocado (párr. 9.6). El autor también afirma que el allanamiento se hizo presumiendo que en ese lugar se encontraban los criminales, pero que después del incidente, en vez de rectificar el error, la Fiscalía lo ha agravado (párr. 9.1).

A nuestro parecer, la unidad de registro debía esperar que se hiciera una firme resistencia, hasta con armas de fuego, porque suponían que el asesino o los asesinos del alcalde se escondían en la casa. Esto explicaría lo que se expone en el párrafo 2.1: la entrada por la fuerza en el domicilio subiendo por el tejado en medio de la noche, el probable uso por los allanadores de palabras groseras mientras registraban todas las habitaciones de la casa y el disparo que se le escapó a uno de ellos. Desde luego, el ministerio público se equivocó, pero no es seguro que el comportamiento de la unidad durante el registro a causa de ese error se pueda caracterizar como una violación del artículo 7.

A nuestro juicio, la unidad procedió de buena fe hasta que se dio cuenta de que se habían equivocado de casa. El Estado Parte sostiene que la entrada en la casa del autor se realizó según la letra de la ley. El Estado Parte también afirma que el Director Seccional del CTI adelantó la investigación preliminar del disparo y lo consideró un caso fortuito y no indebida conducta (párr. 8.3). En estas circunstancias, concluimos que la unidad que hizo el registro no tenía la intención de aterrorizar a la familia del autor.

Ordinariamente, el artículo 7 exige que el autor haya tenido el propósito de causar los efectos de sus actos y la falta de ese propósito redundaría en la supresión o atenuación de la ilicitud de los actos. Esto se aplica a indagaciones policiales como la realizada en el presente caso. Por consiguiente, a nuestro juicio, no ha habido violación del artículo 7 en este caso.

Corte Constitucional
Sentencia C-774 de 2001
Magistrado ponente: Rodrigo Escobar Gil
25 de julio de 2001

[...] CONSIDERACIONES DE LA CORTE [...]

4. Presunción de inocencia, libertad personal, bloque de constitucionalidad y detención preventiva

Para proceder a fallar sobre la Constitucionalidad de las normas demandadas, es necesario realizar un análisis previo sobre la presunción de inocencia y la libertad personal reconocidas en la Constitución Política.

*1. Presunción de inocencia**

La presunción de inocencia se encuentra reconocida en el artículo 29 inciso 4° de la Constitución Política, mandato por el cual: “Toda persona se presume inocente mientras no se la haya declarado judicialmente culpable”. Este postulado cardinal de nuestro ordenamiento jurídico no admite excepción alguna e impone como obligación la práctica de un debido proceso, de acuerdo con los procedimientos que la Constitución y la ley consagran para desvirtuar su alcance.

Etimológicamente se entiende por presumir, suponer algo por indiscutible aunque no se encuentre probado. La presunción consiste en un juicio lógico del constituyente o del legislador, por virtud del cual, considera como cierto un hecho con fundamento en las reglas o máximas de la experiencia que indican el modo normal como el mismo sucede. La presunción se convierte en una guía para la

* La numeración de los párrafos corresponde a la de la sentencia original.

valoración de las pruebas, de tal manera que las mismas deben demostrar la incertidumbre en el hecho presunto o en el hecho presumido.

La presunción de inocencia en nuestro ordenamiento jurídico 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.

La Declaración Universal de los Derechos Humanos en su artículo 11º, reafirma el carácter fundante de la presunción, por virtud del cual: “Toda persona acusada de un delito tiene *derecho a que se presume su inocencia* mientras no se pruebe su culpabilidad, conforme a la ley y en juicio público en el que se hayan asegurado todas las garantías necesarias para su defensa”.

Igualmente la Convención Americana sobre Derechos Humanos o Pacto de San José, ratificado por Colombia a través de la Ley 16 de 1974, establece: “..Toda persona inculpada del delito tiene derecho a que se presuma su inocencia mientras no se establezca legalmente su culpabilidad...” (artículo 8º).

El Decreto 2700 de 1991 señala en su artículo 2º: “En desarrollo de las actuaciones penales prevalece el principio de la presunción de inocencia según el cual toda persona se presume inocente, y debe ser tratada como tal, mientras no se produzca una declaración definitiva sobre su responsabilidad”. Igualmente la Ley 600 de 2000, en su artículo 7º expresa: “Toda persona se presume inocente y debe ser tratada como tal mientras no se produzca una sentencia conde-

natoria definitiva sobre su responsabilidad penal. En las actuaciones penales toda duda debe resolverse a favor del procesado...”.

4.2. El derecho a la libertad personal

La libertad personal, principio y derecho fundante del Estado Social de Derecho, comprende

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 propios, como la proscripción de todo acto de coerción física o moral que interfiera o suprima la autonomía de la persona sojuzgándola, sustituyéndola, oprimiéndola o reduciéndola indebidamente.

El derecho a la libertad personal, no obstante ser reconocido como elemento básico y estructural del Estado de Derecho, no alcanza dentro del mismo ordenamiento jurídico un carácter absoluto e ilimitado. Ha precisado esta Corte: “...Los derechos fundamentales, no obstante su consagración constitucional y su importancia, no son absolutos y, por lo 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...”.

El artículo 28 de la Carta Política representa la cláusula general de tutela y reconocimiento del derecho a la libertad personal, ya que consagra de manera precisa, clara y expresa que: “Toda persona es libre”, al mismo tiempo, establece los fundamentos jurídicos mediante los cuales se admite su restricción, al disponer que: “Nadie puede ser molestado en su persona o familia, ni reducido a prisión o arresto, ni detenido, ni su domicilio registrado..”, salvo que concurren tres requisitos, a saber: 1) mandamiento escrito de autoridad judicial competente, 2) que se expida con la observancia de las formalidades legales y 3) por la existencia de motivos previamente definidos en la ley.

La Corte ha sostenido:

... Desde la perspectiva de los requisitos reseñados, cabe anotar que la norma comentada contempla el derecho de todos a no ser privados de la libertad sino en la forma y en los casos previstos en la ley, de donde surge 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...

...Se deduce de lo expuesto que el constituyente no concibió la libertad individual a la manera de un derecho absoluto, inmune a cualquier forma de restricción; todo lo contrario, fluye del propio texto superior que en determinados casos en que tal limitación tenga lugar han de venir fijados por la ley, siendo claro, en consecuencia, que tratándose de la libertad personal la Constitución Política establece una estricta reserva legal...

...Sin embargo, esa libertad del legislador, perceptible al momento de crear el derecho legislado, tiene su límite en la propia Constitución que, tratándose de la libertad individual, delimita el campo de su privación no sólo en el artículo 28, sino también por virtud de los contenidos del preámbulo que consagra la libertad como uno de los bienes que se debe asegurar a los integrantes de la nación; del artículo 2º que en la categoría de fin esencial del Estado contempla el de garantizar la efectividad de los principios, y de los derechos consagrados en la Constitución, a la vez que encarga a las autoridades de su protección y del artículo 29, que dispone que toda persona “se presume inocente mientras no se la haya declarado judicialmente culpable” y que quien sea sindicado tiene derecho “a un debido proceso público sin dilaciones injustificadas”...

...Así pues, aún cuando el derecho a la libertad no es absoluto es claro que su limitación tampoco ha de tener ese carácter y, por lo tanto, *el legislador*, al regular los supuestos en los que opere la restricción del

derecho, debe observar criterios de *razonabilidad y proporcionalidad* que fuera de servir al propósito de justificar adecuadamente una medida tan drástica, contribuyan a mantener inalterado el necesario equilibrio entre las prerrogativas en que consiste el derecho y los límites del mismo...

La efectividad y alcance de este derecho se armoniza con lo dispuesto en los tratados internacionales de derechos humanos ratificados por Colombia, por medio de los cuales se estructura su reconocimiento y protección, a la vez que se admite una precisa y estricta limitación de acuerdo con el fin social del Estado.

El Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, ratificado mediante la Ley 74 de 1968 establece: “Nadie podrá ser sometido a detención o prisión arbitrarias. Nadie podrá ser privado de su libertad, salvo por las causas fijadas por la ley y con arreglo al procedimiento establecido en ésta...”, la Convención Americana de Derechos Humanos, ratificada por la Ley 16 de 1972 precisa: “1. Toda persona tiene derecho a la libertad y a la seguridad personal. 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 o por las leyes dictadas conforme a ellas”.

El Decreto 2700 de 1991 e igualmente la Ley 600 de 2000, ordenan que: “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”.

4.3. El bloque de constitucionalidad, la presunción de inocencia y el derecho a la libertad personal

La Corte Constitucional ha establecido que la revisión de constitucionalidad de los asuntos sometidos a su competencia, debe realizarse no sólo frente al texto formal de la Carta, sino también a partir

de su comparación con otras disposiciones, las cuales de acuerdo con la Constitución tienen jerarquía constitucional (bloque de constitucionalidad *stricto sensu*), o a partir de otras normas que aunque no tienen rango constitucional, representan parámetros para analizar la validez constitucional de las disposiciones sometidas a su control (bloque de constitucionalidad *latu sensu*).

El conjunto de normas que hacen parte del bloque de constitucionalidad *latu sensu*, forman parámetros para determinar el valor constitucional de las disposiciones sometidas a control, "...conforme a esta acepción, el bloque de constitucionalidad estaría conformado no sólo por el articulado de la constitución sino, entre otros, por los tratados internacionales de que trata el artículo 93 de la Carta, por las leyes orgánicas y, en algunas ocasiones, por las leyes estatutarias..."

De acuerdo con el artículo 93 de la Constitución Política, no todos los tratados internacionales forman parte del bloque de constitucionalidad, la Corte ha precisado que:

...sólo constituyen parámetros de control constitucional aquellos tratados y convenios internacionales que reconocen derechos humanos (i) y, que prohíben su limitación en estados de excepción (ii). Es por ello que integran el bloque de constitucionalidad, entre otros, los tratados del derecho internacional humanitario, tales como los Convenios de Ginebra, los Protocolos I y II y ciertas normas del Pacto de San José de Costa Rica...

Las normas que forman parte del bloque de constitucionalidad *latu sensu* (algunos tratados sobre de derechos humanos, leyes orgánicas y ciertas leyes estatutarias), forman parámetros de validez constitucional, por virtud de los cuales, si una ley u otra norma de rango inferior es incompatible con lo dispuesto en cualquiera de dichas disposiciones, la Corte Constitucional deberá retirarla del ordenamiento jurídico, para cumplir con el mandato constitucional de velar por la guarda de la integridad y supremacía de la Constitución.

Corresponde a la Corte precisar si las *normas* de los tratados internacionales ratificados por Colombia, referentes a la presunción de inocencia y el derecho a la libertad personal forman parte del bloque de constitucionalidad. Esto es así porque

...si bien es cierto que los tratados internacionales vigentes en Colombia encuentran un incuestionable fundamento en normas constitucionales, *ello no significa que todas sus normas integran el bloque de constitucionalidad y sirven de fundamento para realizar el control de constitucionalidad de las leyes que lleva a cabo esta Corporación en los estrictos y precisos términos del artículo 241 del Estatuto Superior...*

Para que las disposiciones de un tratado internacional ratificado por Colombia, formen parte del bloque de constitucionalidad, es necesario el cumplimiento de dos requisitos, a saber: deben reconocer un derecho humano y dicho derecho no debe ser susceptible de limitación en los estados de excepción (artículo 93 de la Constitución Política).

Frente al derecho a la libertad personal, esta Corporación mediante sentencia C- 327 de 1997, señaló que:

...al efectuar el análisis de constitucionalidad del proyecto de ley estatutaria: por la cual se regulan los estados de excepción en Colombia, la Corte declaró la exequibilidad del artículo 4º en el cual, el legislador, *valiéndose de la Convención Americana de Derechos Humanos y del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos*, enuncia una serie de derechos que califica de intangibles, durante los estados de excepción, los cuales no pueden ser objeto de suspensión o restricción alguna por el legislador extraordinario y dentro de esa enunciación *no aparece la libertad personal* que es susceptible de limitación como surge, por ejemplo del literal f) del artículo 38 [de la ley 137 de 1994]... Así las cosas, los tratados internacionales invocados por el demandante, *en la parte relativa a la libertad personal no forman parte del bloque de constitucionalidad...*

en la medida en que dicho derecho es susceptible de limitación en los estados de excepción.

No obstante, la Constitución ordena en el inciso segundo del artículo 93 que para la interpretación de los derechos consagrados en la Carta, debe estarse [sic] a los tratados internacionales sobre derechos humanos ratificados por Colombia, evento por el cual, aunque las disposiciones referentes al derecho a la libertad personal no hacen parte del bloque de constitucionalidad, no por eso debe desconocerse que su interpretación debe realizarse de acuerdo con sus mandatos. La Corte ha sostenido: "...Claro está, tratándose del derecho fundamental de la libertad, aplicando el artículo 93 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...".

Frente a la presunción de inocencia, la Corte considera que las disposiciones de los tratados internacionales sobre derechos humanos ratificados por Colombia, sí forman parte del bloque de constitucionalidad, toda vez que, la presunción de inocencia es un derecho humano, el cual no es susceptible de limitación o restricción en los estados de excepción, ya que si el derecho al debido proceso y el principio de legalidad no admiten restricción alguna, según lo dispone el artículo 27 de la Ley 16 de 1972, que ratifica la Convención Americana sobre Derechos Humanos, menos aún la presunción de inocencia derecho fundamental a partir del cual se edifican las garantías jurídicas citadas. Señala la disposición citada:

...2. La disposición precedente [suspensión de garantías por estados de excepción] 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 de 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 los derechos.*

4.4. *Las medidas de aseguramiento y la detención preventiva*

Las medidas de aseguramiento hacen parte de las denominadas medidas cautelares, es decir, de aquellas disposiciones que por petición de parte o de oficio, dispone la autoridad judicial sobre bienes o personas, cuyo objeto consiste en asegurar el cumplimiento cabal de las decisiones adoptadas en el proceso, garantizar la presencia de los sujetos procesales y afianzar la tranquilidad jurídica y social en la comunidad, bajo la premisa por virtud de la cual, de no proceder a su realización, su propósito puede resultar afectado por la demora en la decisión judicial.

La Corte ha señalado:

...Las medidas cautelares constituyen actos jurisdiccionales de naturaleza preventiva y provisional que, de oficio o a solicitud de parte, se ejecutan sobre personas, bienes y medios de prueba para mantener respecto de éstos un estado de cosas similar al que existía al momento de iniciarse el trámite judicial, buscando la efectiva ejecución de la providencia estimatoria e impidiendo que el perjuicio ocasionado con vulneración de un derecho sustancial, se haga más gravoso como consecuencia del tiempo que tarda el proceso en llegar a su fin...

Las medidas cautelares deben ser decretadas por intermedio de una autoridad judicial, en el desarrollo de un proceso al cual acceden o accederán, con un carácter eminentemente provisional o temporal y bajo el cumplimiento de los estrictos requisitos que la Constitución y la ley prevén.

Las medidas de aseguramiento para imputables reconocidas en Colombia mediante el Decreto 2700 de 1991, son: la caución juratoria o prendaria, la conminación y la detención preventiva o domiciliaria (artículo 388). De acuerdo con la Ley 600 de 2000, nuevo Código de Procedimiento Penal: “solamente se tendrá como medida de aseguramiento para imputables la detención preventiva” (artículo 356).

En desarrollo del artículo 29 de la Constitución Política, las medidas de aseguramiento deben someterse al cumplimiento de estricto-

tas exigencias fundamentales que estructuran su legalidad. Estas reglas son de dos clases, a saber: los requisitos formales, es decir, la obligación de su adopción mediante providencia interlocutoria, que deberá contener la indicación de los hechos que se investigan, la calificación jurídica y los elementos probatorios que sustentan la adopción de la medida; y los requisitos sustanciales, mediante los cuales se exige para su adopción la existencia de por lo menos un indicio grave de responsabilidad (artículo 388 del CPP) o de dos indicios graves de responsabilidad (artículo 356 del nuevo CPP), con base en las pruebas legalmente producidas en el proceso.

La Corte Suprema de Justicia ha sostenido que:

...la connotación de levedad o gravedad del indicio no corresponde a nada distinto al control de su seriedad y eficacia como medio de convicción que en ejercicio de la discrecionalidad reglada en la valoración probatoria realiza el juez, quien después de contemplar todas las hipótesis confirmantes e infirmantes de la deducción establece jerarquías según el grado de aproximación a la certeza que brinde el indicio, sin que ello pueda confundirse con una tarifa de valoración preestablecida por el legislador...

La detención preventiva como medida de aseguramiento, dada su naturaleza cautelar, “...se endereza a asegurar a las personas acusadas de un delito para evitar su fuga y garantizar así los fines de la instrucción y el cumplimiento de la pena que, mediante sentencia, llegare a imponerse, una vez desvirtuada la presunción de inocencia y establecida la responsabilidad penal del sindicado...”.

4.4.1. En los anteriores términos, la institución de la detención preventiva es compatible con la Constitución y no resulta contraria a la presunción de inocencia, en cuanto que, precisamente, tiene un carácter preventivo, no sancionatorio. Es por eso que la Corte Constitucional ha distinguido entre ella y la pena, en los siguientes términos:

...En cuanto se refiere a la detención, la Carta Política distingue claramente entre ella y la pena. El artículo 28 alude a la primera y exige, para que pueda llevarse a cabo, mandamiento escrito de autoridad judicial competente, impartido y ejecutado con las formalidades legales y por motivo previamente definido en la ley. A la segunda se refiere el artículo 29, que plasma la presunción de inocencia a favor de toda persona, estatuyendo, para que pueda imponerse una pena, el previo juzgamiento conforme a las leyes preexistentes, ante juez o tribunal competente, con observancia de la plenitud de las formas propias de cada juicio y con la integridad de las garantías que configuran el debido proceso...

...Así, una cosa es *detener* al individuo contra el cual existen indicios graves acerca de que puede ser responsable penalmente, para que esté a disposición de la administración de justicia mientras se adelanta el proceso en su contra, y otra muy distinta que, cumplidos los trámites procesales y celebrado el juicio con observancia de todas las garantías, reconocimiento y práctica del derecho de defensa, se llegue por el juez a la convicción de que en realidad *existe esa responsabilidad penal* y de que, por tanto, debe *aplicarse la sanción* contemplada en la ley...

No obstante lo anterior, la ley permite que el tiempo de detención sea computado como parte de la pena, lo que se convierte en un dictado de justicia y de equidad (artículo 406 del Decreto 2700 de 1991 y artículo 261 de la Ley 600 de 2000).

Igualmente la Corte ha sostenido la compatibilidad de la detención preventiva con la presunción de inocencia en los siguientes términos:

...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...

...La detención preventiva, que implica la privación de la libertad de una persona en forma temporal con los indicados fines, previo el cumplimiento de los requisitos contemplados en el artículo 28, inciso 1, de la Constitución Política, no quebranta en sí misma la presunción de inocencia, dado su carácter precario que no permite confundirla con la pena, pues la adopción de tal medida no comporta definición alguna acerca de la responsabilidad penal del sindicado y menos todavía sobre su condena o absolución...

...La persona detenida sigue gozando de la presunción de inocencia pero permanece a disposición de la administración de justicia en cuanto existen razones, previamente contempladas por la ley, para mantenerla privada de su libertad mientras se adelanta el proceso, siendo claro que precisamente la circunstancia de hallarse éste en curso acredita que el juez competente todavía no ha llegado a concluir si existe responsabilidad penal...

4.4.2. Por su parte, la Corte ha establecido la concurrencia de la detención preventiva con el derecho a la libertad personal, en los siguientes términos:

...El postulado constitucional y abstracto de la libertad individual encuentra una legítima limitación en la figura de la detención preventiva cuya finalidad, evidentemente, no está en sancionar al procesado por la comisión de un delito, pues está visto que tal responsabilidad sólo surge con la sentencia condenatoria, sino en la necesidad primaria de asegurar su comparecencia al proceso dándole vía libre a la efectiva actuación del Estado en su función de garante de los derechos constitucionales...

Aunque las disposiciones referentes al derecho a la libertad personal que se encuentran en los tratados internacionales de derechos humanos, no hacen parte del bloque de constitucionalidad, siguiendo las precisiones realizadas con anterioridad (mirar 4.3), no por eso debe desconocerse que su interpretación debe realizarse acorde con sus mandatos. En tal sentido se pronunció la Corte Constitucional: "...claro está, tratándose del derecho fundamental de la libertad, aplicando el artículo 93 de la Constitución Política, el alcance de su garantía constitucional debe interpretarse a la luz de los tratados internacionales sobre derechos humanos...", por tal motivo se citan los principales documentos internacionales ratificados por Colombia que conciben a la detención preventiva como una excepción al derecho a la libertad personal.

El artículo 9 del pacto internacional de derechos civiles y políticos, aprobado por la ley 74 de 1968, establece:

Nadie podrá ser sometido a detención o prisión arbitrarias. Nadie podrá ser privado de su libertad, salvo por las causas fijadas por la ley y con arreglo al procedimiento establecido en ésta... 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.

La Convención Americana sobre Derechos Humanos en su artículo 7º, aprobada mediante la Ley 74 de 1968, señala: "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 y por las leyes dictadas conforme a ellas".

Por todo lo anterior, se puede concluir que la detención preventiva es compatible con la Constitución y con los instrumentos internacionales que determinan su alcance, en cuanto tiene un carácter preventivo y excepcional. En esos términos se ha pronunciado la Corte en anteriores fallos y por consiguiente, sobre el particular ha operado el fenómeno de la cosa juzgada constitucional formal y

material, tal como, en cada caso, se establecerá en la parte resolutive de esta providencia.

5. [sic] De las condiciones generales de procedencia de la detención preventiva en un Estado Social de Derecho y a la luz del derecho a la libertad personal y la presunción de inocencia

Procede la Corte ahora a analizar las condiciones generales de procedencia de la detención preventiva a la luz de la Constitución.

La procedencia de la detención preventiva tiene como sustento legal el cumplimiento de los requisitos formales y sustanciales que el ordenamiento impone, estructurados bajo un criterio de graduación punitiva, situación de flagrancia, y en ciertos casos vinculado a delitos taxativamente reconocidos por el legislador (artículo 397 CPP y artículo 357 del nuevo CPP).

4.5.1. La detención preventiva procede de acuerdo con el artículo 28 de la Constitución Política, siempre y cuando se cumplan los siguientes requisitos: mandamiento escrito de autoridad judicial competente, con la observancia de las formalidades legales y por motivos previamente definidos en la ley.

La Corte, por su parte, ha determinado la constitucionalidad de supuestos que permiten la aplicación de la detención preventiva (incisos 1º, 2º, 3º y 7º del artículo 397 del CPP), bajo el entendido de que corresponde a la órbita de configuración legislativa determinar bajo los criterios de proporcionalidad y razonabilidad, cuál ha de ser la política punitiva del Estado.

Al respecto la Corte ha expresado:

... La Corte ha hecho énfasis en que tratándose de la libertad personal, la Constitución Política establece una estricta reserva de ley, siendo entonces el legislador el llamado a establecer los casos y a fijar las condiciones que tornen viable la privación de la libertad, tarea que redundará en beneficio del derecho en la medida en que los asociados cuentan

con la definición de los eventos en los cuales resulta posible afectarlo. En este sentido la Corporación ha puntualizado que “las normas legales que fijan y precisan los supuestos en los que a una persona se le puede privar de la libertad, constituyen garantía del derecho que de esa forma desarrollan...

...Al definir las causales de detención preventiva el legislador, actuando bajo el marco de la carta y en atención a la política criminal que adopte, utiliza los criterios que estima adecuados al logro de las finalidad de esa específica medida de aseguramiento...

La Corte ha señalado que la potestad de configuración legislativa tiene como límite de aplicación los criterios de razonabilidad y proporcionalidad, de manera que las restricciones a la libertad no pueden convertirse en una regla general:

...Ahora bien, en ejercicio de las competencias que le atañen tratándose de la regulación de la libertad y en concreto del señalamiento de los casos en que sea procedente su privación, el legislador se encuentra asistido por la denominada libertad de configuración que se extiende hasta encontrar sus fronteras en la propia constitución y en los criterios de razonabilidad y proporcionalidad “que al obrar como límites, le imprimen a los supuestos de privación de la libertad la naturaleza excepcional que deben tener, erigiéndose, entonces, en garantías de ese derecho fundamental”...

En un idéntico sentido expresó:

...No obstante, resulta relevante aclarar que, en materia de restricciones a la libertad personal, la facultad de configuración legislativa resulta válida en la medida en que, de un lado, se mantenga un equilibrio con las demás garantías y derechos reconocidos en la Constitución y en la ley y, del otro, se expidan medidas coercitivas fundamentadas en un principio de razón suficiente que avale su operancia en el orden jurídico interno. En efecto, tal como lo ha sostenido la Corte, “aún cuan-

do el derecho a la libertad no es absoluto, es claro que su limitación tampoco ha de tener ese carácter y, por lo tanto, el legislador, al regular los supuestos en los que opere la restricción del derecho, debe observar criterios de razonabilidad y proporcionalidad que fuera de servir al propósito de justificar adecuadamente una medida tan drástica, contribuyan a mantener inalterado el necesario equilibrio entre las prerrogativas en que consiste el derecho y los límites del mismo”...

Es importante determinar cuál es el ámbito constitucional dentro del cual debe desenvolverse la potestad de configuración legislativa del Congreso en materia de detención preventiva.

La Corte Constitucional ha precisado que de acuerdo con el artículo 28 de la Constitución Política, referente a los requisitos de la detención, y en especial a la necesidad de existencia “de motivos previamente definidos en la ley”, se hace necesario la intervención del legislador para señalar los motivos que permitan decretar la detención en el régimen jurídico colombiano.

En tal sentido expresó:

...Desde la perspectiva de los requisitos reseñados, cabe anotar que la norma comentada contempla el derecho de todos a no ser privados de la libertad de sino en la forma y *en los casos previstos en la ley*, de donde surge 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...

...Se deduce de lo expuesto que el Constituyente no concibió la libertad individual a la manera de un derecho absoluto, inmune a cualquier forma de restricción; todo lo contrario, fluye del propio texto superior que en determinados supuestos, ese derecho fundamental es susceptible de limitación, empero, los casos en que tal limitación tenga lugar han de venir fijados por la ley, siendo claro, en consecuencia, que tratándose de la libertad personal la Constitución Política establece una estricta reserva legal...

4.5.2. No obstante lo anterior, la detención preventiva dentro de un Estado Social de Derecho, 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, toda vez que la Constitución ordena a las autoridades públicas velar por la efectividad de los derechos y libertades de las personas, garantizar la vigencia de los principios constitucionales (la presunción de inocencia), y promover el respeto de la dignidad humana (preámbulo, artículos 1° y 2°).

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.

El concepto de detención preventiva tiene en la Constitución, en principio, el carácter de indeterminado, en la medida en que, ni en la norma que la permite (artículo 28 de la CP) ni en el resto de las disposiciones de la parte dogmática de la Carta, se definen su alcance o sus limitaciones.

En el proceso de concretización de ese contenido abierto, la propia Carta, en su parte orgánica suministra algunos elementos, cuando en el artículo 250, al regular las acciones que debe tomar la Fiscalía para el cumplimiento de sus cometidos constitucionales, señala que ésta debe asegurar la comparecencia de los presuntos infractores de la ley penal adoptando las medidas de aseguramiento.

Se tiene entonces que la propia Constitución, el artículo 250 citado, establece una de las finalidades admisibles para la detención preventiva, cual es la de asegurar la comparecencia al proceso de los presuntos infractores de la ley penal. Sin embargo esta norma no agota al ámbito de indeterminación del concepto, cuyo alcance corresponderá fijar, dentro de los límites constitucionales, al legislador y a la jurisprudencia. Sobre este particular la Corte ha dicho que:

...Dentro de las funciones que se le atribuyen a la Fiscalía General de la Nación en el artículo 250 de la Carta, aparece en primer lugar la de “Asegurar la comparecencia de los presuntos infractores de la ley penal, adoptando las medidas de aseguramiento”.... El propósito que orienta la adopción de este tipo de medidas es de carácter preventivo y no sancionatorio. Por ello, no son el resultado de sentencia condenatoria ni requieren de juicio previo; buscan responder a los intereses de la investigación y de la justicia al procurar la comparecencia del acusado al proceso y la efectividad de la eventual sanción que llegare a imponerse. *La detención persigue impedirle al imputado la fuga, la continuación de su actividad delictual o las labores que emprenda para ocultar, destruir, deformar o desvirtuar elementos probatorios importantes para la instrucción...*

Como se ve, esta Corporación, aún dentro del ámbito del propio artículo 250, ha encontrado para la detención preventiva finalidades que desbordan el tenor literal previsto en esa disposición.

Para la completa determinación del concepto de detención preventiva, reitera la Corte, la Constitución ha dejado un espacio a la potestad de configuración del legislador, la cual sin embargo, no está exenta de límites, puesto que debe ejercerse de manera que respete tanto la naturaleza cautelar de la figura como los principios y derechos constitucionales.

La propia Carta contiene elementos que sin excluir otros que puedan resultar constitucionalmente admisibles, pueden configurar finalidades válidas para la detención preventiva. Así, por ejemplo, puede considerarse que la Constitución prevé, de manera implícita, como fin u objetivo de la detención preventiva, la necesidad de afianzar la preservación de la prueba, tal como se deduce del numeral 4º del artículo 250 de la Constitución, por virtud del cual, es función de la Fiscalía “*velar por la protección de las víctimas, testigos e intervinientes en el proceso*”. Si a dicha entidad le corresponde velar por la seguridad de los testigos y de sus testimonios, modalidad de prueba reconocida por los ordenamientos procesales, es susceptible y admisible que para cumplir tal objetivo decrete las medidas de

aseguramiento que considere pertinentes, circunstancia que bajo una interpretación sistemática no restringe su alcance a otros medios de prueba que puedan resultar en un serio y fundado peligro (*fumus boni juris*), y que requieran como única medida de protección la detención, ya que en ausencia de estas circunstancias, y en aras de proteger la dignidad humana (arts. 1° de la Constitución) y el derecho a la libertad personal (art. 2° y 28 de la Constitución), es predicable la adopción de otro tipo de medidas menos lesivas de estos derechos fundamentales como disponer la vigilancia de las personas, o la incautación de documentos, entre otras (artículo 256 del Decreto 2700 de 1991). Condicionamiento que hace efectivo el postulado constitucional de la investigación integral, por el cual es obligación de la Fiscalía General de la Nación investigar no sólo lo desfavorable al acusado sino también lo favorable.

Igualmente, la protección de la comunidad en aras de impedir la continuación de la actividad delictual, puede concebirse como fin propio de la detención preventiva a partir de la consideración del mandato del artículo 1° de la Constitución, según el cual, el Estado colombiano se encuentra fundado en “la prevalencia del interés general”, cuyo desarrollo explica el precepto consagrado en el artículo 2° de la Constitución Política, por el cual, es fin esencial del Estado, “asegurar la convivencia pacífica” de la comunidad, no obstante, esta atribución debe actuar en concordancia con el principio de la dignidad humana, y por lo tanto, para no lesionar las garantías fundamentales del sindicado, el ejercicio de esta atribución impone la necesidad de investigar lo favorable como desfavorable al acusado.

Por lo tanto, los criterios legales de procedencia y de señalamiento de los fines de la detención preventiva, deben concurrir con los mandatos constitucionales, y podrían ser objeto de juicio de constitucionalidad cuando no se ajusten a los postulados de la Carta fundamental.

La presente consideración fue expuesta por la Corte de la siguiente manera:

... Es importante precisar que la resolución de detención preventiva no conlleva en todos los casos la privación efectiva y material de la libertad individual. En realidad, bajo el supuesto de que el procesado se encuentra amparado por la *presunción de inocencia* incluso durante la etapa del juzgamiento, “la restricción de su libertad sólo puede estar determinada por la necesidad de que se cumplan los fines de la investigación penal”...

En igual sentido:

...La medida de aseguramiento consistente en detención preventiva no comporta siempre la privación efectiva de la libertad, pues dada la presunción de inocencia que acompaña al procesado durante toda la investigación penal, la restricción de su libertad sólo puede estar determinada por la necesidad de que se cumplan los *fines* de la investigación penal...

[...]

Corte Constitucional
Sentencia C-251 de 2002
Magistrados ponentes: Eduardo Montealegre Lynett
y Clara Inés Vargas Hernández
11 de abril de 2002

[...] III. CONSIDERACIONES Y FUNDAMENTOS [...]

Convivencia pacífica, políticas de seguridad y defensa y el modelo de Estado previsto en la Constitución

5. Una de las finalidades básicas de las autoridades colombianas es la defensa de la integridad nacional y la preservación del orden

público y de la convivencia pacífica, no sólo porque así lo establece expresamente el artículo 2° de la Carta, sino además porque esos elementos son condiciones materiales para que las personas puedan gozar de sus derechos y libertades. La Constitución busca entonces el fortalecimiento de las instituciones, para que éstas puedan cumplir efectivamente su misión constitucional de asegurar la convivencia pacífica perturbada por grupos armados que actúan al margen de la ley y atentan contra la vida, la libertad y los demás derechos y libertades de las personas residentes en Colombia (CP art. 2°). Por ello esta Corte señaló que el Estado tiene el deber de “mantener la convivencia pacífica e instaurar un sistema jurídico-político estable, para constituir la protección a la vida como una de las obligaciones del gobernante sin las cuales no es posible la continuidad de la comunidad”, puesto que el derecho “sólo puede asegurar al individuo una esfera de libertad y protección contra la violencia a condición de reprimir, incluso con la fuerza, aquellas actividades violentas de los demás individuos que vulneran esa órbita de libertad”.¹ En tales condiciones, es claro que en cumplimiento de su función primigenia de proteger a la población (CP art. 2°), la Fuerza Pública debe desplegar sus actividades con la firmeza y la contundencia adecuadas para someter a quienes subvierten el orden constitucional y desafían el principio democrático, según el cual se confía al Estado el monopolio del uso legítimo de las armas. Y en este campo, el Presidente tiene una responsabilidad esencial, pues no sólo le corresponde conservar en todo el territorio el orden público y restablecerlo donde fuere turbado, sino que además, como Comandante Supremo de las Fuerzas Armadas que es, dirige la fuerza pública y conduce las operaciones de guerra cuando lo estime conveniente (CP art. 189 ords. 3°, 4°, 5° y 6°)

6. Conforme a lo anterior, la Constitución permite que el Congreso adopte un sistema de defensa y seguridad, y que en desarrollo del mismo distintas autoridades, y en particular el Presidente de la República, tracen políticas y planes específicos. Un cuerpo legal de

¹ Sentencia C-038 de 1995, fundamento 5.

esa naturaleza encuentra sustento no sólo en el deber constitucional de las autoridades de proteger el orden público y asegurar la convivencia pacífica (CP art. 2º) sino también en el principio democrático (CP arts. 1º y 3º), en virtud del cual, corresponde a las mayorías representadas en el Congreso adoptar las políticas de seguridad y defensa que juzguen más adecuadas. Sin embargo, no cualquier ley de seguridad y defensa es legítima, pues ella debe respetar integralmente la Constitución y los compromisos internacionales asumidos por Colombia en materia de derechos humanos y de derecho humanitario (CP arts. 93 y 214). En efecto, no sólo la ley está sujeta a la Constitución, que es norma de normas (CP art. 4º), sino que además la Carta instituye un Estado social y democrático de derecho, fundado en ciertos principios y diseños institucionales que no pueden ser desconocidos por las autoridades (CP Títulos I, II y V). Entra pues la Corte a precisar esos límites constitucionales a los cuales debe sujetarse cualquier estrategia de seguridad y defensa.

Para ese examen, y exclusivamente para dar mayor claridad expositiva a la sentencia, la Corte tendrá en cuenta la distinción clásica que la doctrina constitucional suele establecer entre la parte dogmática y la parte orgánica de los textos constitucionales. Así, la primera contiene los principios filosóficos que orientan la organización estatal y definen las relaciones básicas entre los ciudadanos y las autoridades, mientras que la segunda regula la organización institucional y territorial del Estado. Comienza pues la Corte por indicar las limitaciones a las políticas de seguridad que provienen de las definiciones que la Carta establece sobre la naturaleza del Estado colombiano (fundamentos 7º a 23), para luego presentar aquellas restricciones constitucionales que provienen de los diseños institucionales adoptados por el Constituyente (fundamentos 24 a 33).

*Fórmulas constitucionales básicas, principios
constitucionales y políticas de defensa y seguridad*

7. La Carta señala en sus primeros artículos que Colombia es un Estado social de derecho, que además de ser democrático, partici-

pativo y pluralista, está fundado en la dignidad humana, se encuentra al servicio de la comunidad y debe garantizar la efectividad de los principios, derechos y deberes consagrados en la Constitución (CP arts. 1º, 2º, 3º, 5º, 7º y 8º). Estos enunciados no son proclamas retóricas sin efectos normativos sino que establecen las fórmulas constitucionales básicas, que definen la naturaleza de nuestra organización institucional y delimitan las relaciones que existen entre los ciudadanos y las autoridades. Esas primeras normas condensan entonces la filosofía política que inspira el diseño institucional previsto por la Carta, y por tanto representan los principios esenciales que irradian todo el ordenamiento constitucional y condicionan la acción de las autoridades en general, y del Legislador en particular. Por ello el intérprete de la Carta encuentra en estos principios o fórmulas constitucionales básicas unos criterios hermenéuticos esenciales para determinar el contenido propio de otras cláusulas constitucionales más particulares, como aquellas que regulan la organización institucional. Desde sus primeras decisiones, esta Corte ha destacado la importancia de esos primeros artículos, en los siguientes términos:

En síntesis, la Constitución está concebida de tal manera que la parte orgánica de la misma sólo adquiere sentido y razón de ser como aplicación y puesta en obra de los principios y de los derechos inscritos en la parte dogmática de la misma. La carta de derechos, la nacionalidad, la participación ciudadana, la estructura del Estado, las funciones de los poderes, los mecanismos de control, las elecciones, la organización territorial y los mecanismos de reforma, se comprenden y justifican como transmisión instrumental de los principios y valores constitucionales. No es posible, entonces, interpretar una institución o un procedimiento previsto por la Constitución por fuera de los contenidos materiales plasmados en los principios y derechos fundamentales.²

² Sentencia T-406 de 1992, M.P. Ciro Angarita Barón, consideración I-A-6.

Procede pues la Corte a examinar las implicaciones normativas que tienen esas fórmulas constitucionales básicas sobre el diseño de las estrategias de seguridad y defensa.

**Un Estado al servicio de la comunidad y de la dignidad humana:
proscripción constitucional de cualquier forma de Estado organicista
o totalitario**

8. El principio según el cual el Estado colombiano está fundado en la dignidad humana, en la prevalencia de los derechos de la persona y se encuentra al servicio de la comunidad (CP arts. 1°, 2° y 5°), tiene consecuencias normativas muy precisas, tanto a nivel general, como en particular en el diseño de las estrategias de seguridad y defensa.

Así, esa fórmula constitucional implica una proscripción de cualquier asomo totalitario. En efecto, como es sabido, los Estados totalitarios –como el nazismo y el fascismo– que se desarrollaron en Europa entre las dos guerras mundiales, tenían algunos rasgos distintivos: eran no sólo regímenes de terror sino naciones en donde no existían límites entre el Estado y la sociedad, de suerte que la sociedad era absorbida por el Estado.³ Además, en ese tipo de sociedades las personas estaban al servicio del Estado, que era considerado un fin en sí mismo. En radical oposición a ese tipo de filosofías políticas, la Carta de 1991, que es esencialmente personalista y no estatalista, hace de la dignidad y los derechos de la persona la base

³ Así, en su discurso en la Scala, afirmó Mussolini: “Todo dentro del Estado, nada fuera del Estado, nada contra el Estado”. Citado por Paolo Biscaretti di Ruffia, *Introducción al derecho constitucional comparado*, Fondo de Cultura Económica, México, 1996, p. 475. Y en otro de sus textos, afirmaba este líder fascista: “para el fascista todo está en el Estado, y nada de humano o espiritual existe –y menos tiene valor– fuera del Estado. En tal sentido, el Fascismo es Totalitario y el Estado fascista, síntesis y unidad de todos los valores, interpreta y robustece toda la vida del pueblo”. Benito Mussolini, *La doctrina del fascismo*, Ediciones Tercer Mundo, Bogotá, 1971, p. 29.

del Estado, y por ello, en vez de poner al individuo al servicio del Estado, pone a las autoridades al servicio de la comunidad y de las personas (CP arts. 1º, 2º y 5º). “El sujeto, razón y fin de la Constitución de 1991 es la persona humana”, ha reiterado esta Corte desde sus primeras decisiones.⁴ Y por consiguiente, es claro que están proscritas de nuestro ordenamiento constitucional las políticas que permitan una absorción de la sociedad por el Estado, o la instrumentación de las personas en beneficio del simple engrandecimiento y glorificación del Estado.

9. Estos rasgos definitorios del Estado colombiano, tienen implicaciones evidentes sobre las políticas de seguridad y defensa. Si el Estado se fundamenta en la dignidad y derechos de la persona, entonces la preservación del orden público no es una finalidad en sí misma sino que constituye, como esta Corte lo ha dicho, “un valor subordinado al respeto a la dignidad humana”, por lo que, “la preservación del orden público lograda mediante la supresión de las libertades públicas no es entonces compatible con el ideal democrático”.⁵ Y de otro lado, si el Estado está al servicio de la comunidad y de las personas, entonces corresponde obviamente a las autoridades del Estado proteger y ser garantes de la seguridad de las personas, y no a las personas proteger y ser garantes de la seguridad del Estado.

10. Algunos podrían objetar que las anteriores conclusiones no son válidas, pues la Carta no sólo señala que el interés general prevalece sobre el particular (CP art. 1º) sino que además establece deberes a los particulares, cuyo cumplimiento corresponde asegurar a las autoridades (CP arts. 2º, 6º y 95). Y entre esas obligaciones existen algunas referidas específicamente al orden público, como el deber de apoyar a las autoridades democráticas legítimamente constituidas para mantener la independencia y la integridad nacionales (CP

⁴ Sentencia T-002 de 1992, fundamento 2.1. En el mismo sentido ver, entre muchas otras, las sentencias C-058 de 1994, fundamento 3.2., y T-125 de 1994, fundamento 2.

⁵ Corte Constitucional, sentencia C-024 de 1994, fundamento 4.2.

art. 95), o la obligación de todos los colombianos de tomar las armas cuando las necesidades públicas lo exijan para defender la independencia nacional y las instituciones públicas (CP art. 216). Por consiguiente, conforme a este reparo, podría argumentarse que la ley, con el fin de garantizar la seguridad y la defensa nacional, puede imponer amplios deberes de colaboración a los particulares para la preservación del orden público, incluso limitando sus derechos fundamentales, pues el interés general de mantener la estabilidad institucional primaría sobre el derecho constitucional particular de cada ciudadano individual.

A pesar de su aparente fuerza, la Corte considera que el anterior reparo no es de recibo, pues se basa en una comprensión equivocada de la relación normativa que existe entre la prevalencia del interés general, los derechos constitucionales y los deberes constitucionales, como se verá a continuación.

Derechos constitucionales, interés general y deberes constitucionales

11. De manera reiterada esta Corporación ha señalado que el principio de prevalencia del interés general no implica que deban preferirse los intereses de la mayoría y el bienestar colectivo siempre que entran en conflicto con un derecho constitucional de una persona, con el cuestionable argumento de que el derecho individual es particular, por cuanto esa interpretación implica la anulación del mandato del artículo 5° de la Carta, según el cual los derechos inalienables de la persona son prevalentes.⁶ En efecto, si el respeto de un derecho inalienable de la persona depende de que éste sea compatible con el bienestar colectivo de las mayorías, entonces en cualquier momento las autoridades podrían invocar ese bienestar colectivo para limitar, restringir o incluso anular ese derecho constitucional,

⁶ Ver, entre otras, las sentencias C-606 de 1992, C-221 de 1994, C-350 de 1994, T-669 de 1996 y C-309 de 1997.

con lo cual la Carta de derechos quedaría privada de cualquier eficacia jurídica.

El dilema es entonces claro: o los derechos de la persona son verdaderamente derechos, y entonces deben tener la virtualidad de limitar y condicionar las estrategias destinadas a lograr propósitos de interés general; o por el contrario, por la prevalencia del interés general, los derechos de la persona sólo deben ser respetados en la medida en que sean compatibles con la realización de esos objetivos de interés general, con lo cual, en el fondo, dejan de ser derechos constitucionales con verdadera eficacia jurídica.

Ahora bien, la Carta no sólo reconoce la dignidad humana y la primacía de los derechos inalienables de la persona (CP arts. 1° y 5°) sino que consagra una extensa carta de derechos constitucionales, que si bien no son absolutos, son en principio inviolables. Sería pues absurdo pensar que el Constituyente consagró esos derechos fundamentales con la intención de que no tuvieran ninguna eficacia jurídica propia, por lo que hay que concluir que la solución al anterior dilema es la primera alternativa: los derechos de la persona representan límites que deben ser respetados por el Estado cuando busca alcanzar objetivos de interés general, como la paz, la seguridad y la defensa nacional.

Conforme a lo anterior, esta Corte ha insistido en que la única forma como los derechos constitucionales pueden tener una eficacia normativa verdadera es reconociendo que ellos, como lo señala la doctrina y lo ha establecido la jurisprudencia de esta Corporación, “son verdaderas cartas de triunfo contra el bienestar colectivo”, y por ende no pueden “ser disueltos en un cálculo utilitario sobre el bienestar colectivo, ni pueden estar sometidos al criterio de las mayorías, ya que esos derechos son precisamente limitaciones al principio de mayoría y a las políticas destinadas a satisfacer el bienestar colectivo”.⁷ Igualmente esta Corte ha resaltado que no puede condicionarse la validez de un derecho constitucional a los criterios

⁷ Sentencia C-309 de 1997, fundamento 6.

de las mayorías y a su compatibilidad con los objetivos de interés general, por cuanto eso implicaría “quitarle toda su eficacia específica puesto que, en una gran medida, los derechos constitucionales fundamentales son las promesas que formulan las mayorías a las minorías –y a esas minorías radicales que son las personas– de que su dignidad e igualdad serán siempre respetadas”.⁸

12. El principio de prevalencia del interés general permite entonces preferir la consecución de objetivos comunes sobre intereses particulares, siempre y cuando el interés particular no se encuentre amparado por un derecho constitucional. Y es que debe entenderse que el respeto de esos derechos constitucionales es un componente integrante del interés general, tal y como esta Corporación lo ha señalado, cuando dijo al respecto:

Por esta razón, no basta ya con que el legislador argumente la necesidad de proteger al interés general para restringir el ejercicio de un derecho. El interés general es un concepto vago e impreciso que requiere de una determinación concreta, probada y razonable. Si esto no fuera así, quedaría en manos del poder público limitar el alcance de los derechos fundamentales, mediante una reglamentación tal que la regla general de libertad se convierta, de hecho, en la excepción.

En el texto constitucional colombiano, el interés general, definido por el legislador se opone al interés particular, salvo cuando este último está protegido por un derecho fundamental. En este caso, como lo dijimos arriba, ha de entenderse que la dimensión objetiva de tales derechos los convierte en parte estructural del sistema jurídico y por lo tanto dejan de ser meros derechos subjetivos para integrar la parte dogmática del complejo concepto de interés general.⁹

13. El análisis precedente no significa que la Corte deba desestimar el interés general si éste entra en conflicto con un derecho funda-

⁸ Corte Constitucional, sentencia C-350/94, M.P. Alejandro Martínez Caballero.

⁹ Corte Constitucional, sentencia C-606/92, M.P. Ciro Angarita Barón.

mental, o que esta Corporación esté ignorando que la propia Carta señala deberes a las personas (CP art. 95), pues la interpretación constitucional debe en lo posible armonizar los principios constitucionales en tensión. Es más: es posible que en una situación específica puedan existir poderosas razones de interés general que justifiquen la restricción de un derecho fundamental, siempre y cuando ésta sea proporcionada y respete el contenido esencial del derecho afectado. La restricción puede ser mayor a las limitaciones ordinarias que derivan de las leyes de policía o de orden penal, siempre y cuando cada incremento en el grado de limitación del derecho sea estrictamente proporcionado para alcanzar un fin específico de carácter imperioso. Es pues claro que la simple invocación del interés general, o de la necesidad de asegurar la convivencia pacífica y el orden público, no representa un argumento que justifique, por sí solo, la limitación o restricción de un derecho constitucional, pues no tendría sentido que los derechos constitucionales sean sacrificados supelementalmente para asegurar la realización de las condiciones que permiten gozar de ellos.

14. La anterior doctrina, lejos de ser una novedad conceptual de esta sentencia, lo único que hace es sistematizar la jurisprudencia de esta Corte sobre la relación entre convivencia pacífica, orden público y derechos constitucionales, que a su vez se basa en la idea misma de derechos humanos, tal y como ha sido desarrollada por el derecho internacional de los derechos humanos. En efecto, conforme a los instrumentos internacionales de derechos humanos ratificados por Colombia, como la Convención Interamericana o el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, y que hacen parte del bloque de constitucionalidad (CP art. 93), los Estados tienen el deber no sólo de respetar sino también de garantizar los derechos humanos a todos los habitantes de sus territorios.¹⁰ Es obvio que en desarrollo del deber de garantía, el Estado tiene la obligación de ase-

¹⁰ Ver los artículos 1° de la Convención Interamericana y 2° del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos.

gurar unas condiciones básicas de orden público y de convivencia pacífica, pues sin ellas, mal podrían las personas gozar verdaderamente de sus derechos. Es más, ese deber estatal es tan importante que los propios instrumentos internacionales autorizan que, en situaciones de especial gravedad, las autoridades puedan decretar un estado de excepción y limitar la vigencia de ciertos derechos humanos.¹¹ Sin embargo, la obligación estatal de asegurar la paz y el orden no permite a las autoridades olvidar su deber de respetar y no vulnerar los derechos humanos, y por ello todas las políticas de seguridad están enmarcadas por el estricto respeto a los límites impuestos por los derechos humanos. Así lo señalan con claridad esos tratados que Colombia ha ratificado y que constituyen una pauta vinculante para interpretar los derechos constitucionales (CP art. 93). En efecto, el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos no sólo establece que ninguna de sus cláusulas “podrá ser interpretada en el sentido de conceder derecho alguno a un Estado, grupo o individuo para emprender actividades o realizar actos encaminados a la destrucción de cualquiera de los derechos y libertades reconocidos en el Pacto o a su limitación en mayor medida que la prevista en él” (art. 5º) sino que además, al regular los estados de excepción, señala limitaciones estrictas a los Estados para conseguir el restablecimiento de la convivencia pacífica: no sólo ciertos derechos no pueden ser suspendidos sino que además las medidas deben ser estrictamente proporcionadas a la gravedad de la situación (art. 4º). Con idénticos criterios, la Convención Interamericana establece que ninguna de sus disposiciones puede ser interpretada en el sentido de “permitir a alguno de los Estados partes, grupo o persona, suprimir el goce y ejercicio de los derechos y libertades reconocidos en la Convención o limitarlos en mayor medida que la prevista en ella” (art. 29). Igualmente esa Convención también regula de manera rigurosa las facultades de los Estados en las situaciones de emergencia, pues no sólo

¹¹ Ver los artículos 27 de la Convención Interamericana y 4º del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos.

prohíbe la suspensión de ciertos derechos sino que, además, prevé que las medidas de excepción deben ser estrictamente proporcionadas a la gravedad de la crisis (art. 27).

15. Por su parte, la Corte Interamericana, que es el intérprete autorizado de la Convención Interamericana y cuya jurisprudencia es entonces relevante para determinar el alcance de los derechos constitucionales (CP art. 93), tal y como esta Corte Constitucional lo ha precisado en numerosas oportunidades,¹² ha señalado de manera reiterada que los derechos humanos son “esferas individuales que el Estado no puede vulnerar o en las que solo puede penetrar limitadamente. Así, en la protección a los derechos humanos, está necesariamente comprendida la noción de la restricción al ejercicio del poder estatal”.¹³ Posteriormente, y refiriéndose específicamente al deber del Estado de preservar el orden público, la Corte Interamericana, con criterios que esta Corte Constitucional comparte plenamente, insistió en que las estrategias de seguridad y defensa deben respetar estrictamente los límites impuestos por los derechos humanos. Dijo al respecto la Corte Interamericana:

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

¹² Ver, entre otras, las sentencias C-010 de 2000 y T-1319 de 2001.

¹³ Corte Interamericana, Opinión Consultiva OC-6/86 del 9 de mayo de 1986, Serie A, No. 6, párr. 21, criterio reiterado en el caso Velásquez Rodríguez, sentencia del 29 de julio de 1988, Serie C, No. 4, párr. 165. Igualmente en el caso Godínez Cruz, sentencia del 20 de enero de 1989, Serie C, No. 5, párr. 174.

moral. Ninguna actividad del Estado puede fundarse sobre el desprecio a la dignidad humana.¹⁴

Igualmente, la Corte Interamericana también ha señalado que las referencias genéricas al orden público y al bien común no justifican en sí mismas la limitación de un derecho. Sobre el particular explica:

No escapa a la Corte, sin embargo, la dificultad de precisar de modo unívoco los conceptos de “orden público” y “bien común”, ni que ambos conceptos pueden ser usados 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. A este respecto debe subrayarse que de ninguna manera podrían invocarse el “orden público” o el “bien común” 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.¹⁵

16. Directamente ligado a lo anterior, es obvio que la imposición de deberes a los particulares por el ordenamiento jurídico debe ser compatible con el respeto de los derechos constitucionales. Así, es

¹⁴ Corte Interamericana, caso Velásquez Rodríguez, sentencia del 29 de julio de 1988, Serie C, No. 4, párr. 165. Criterio reiterado en el caso Godínez Cruz, sentencia del 20 de enero de 1989, Serie C, No. 5, párr. 174, y en el caso Neira Alegria y otros, sentencia del 19 de enero de 1995, Serie C, No. 20, párr. 75.

¹⁵ Corte Interamericana, La colegiatura obligatoria de los periodistas (arts. 13 y 29 Convención Americana sobre Derechos Humanos), Opinión Consultiva OC-5/85 del 13 de noviembre de 1985, Serie A, No. 5, párrs. 66-67. Criterio reiterado en Opinión Consultiva O-C 6/86 del 9 de mayo de 1986, Serie A, No. 6, párr. 31.

cierto que las personas no sólo tienen una obligación general de respetar el ordenamiento (CP art. 6º) sino que también tienen deberes constitucionales específicos en distintos campos (CP arts. 49 y 95).¹⁶ Además, en desarrollo de sus competencias, la ley puede establecer deberes a los particulares que faciliten las tareas de las autoridades de preservar el orden público y la convivencia democrática. Sin embargo, teniendo en cuenta que el Estado colombiano se encuentra al servicio de la comunidad y reposa en la dignidad humana y en la prevalencia de los derechos de la persona (CP arts. 1º, 2º y 5º), la ley no puede imponer cualquier tipo de deberes a los particulares. Estas obligaciones deben ser compatibles con el respeto de la dignidad humana y con la naturaleza misma del Estado colombiano. Por ello esta Corte ha dicho de manera reiterada que un *“un deber constitucional no puede entenderse como la negación de un derecho, pues sería tanto como suponer en el constituyente trampas a la libertad”*.¹⁷ E igualmente la sentencia SU-200 de 1997, consideración 2, al analizar los alcances de la obligación constitucional de prestar el servicio militar, señaló que así como la legitimidad de la limitación de los derechos está condicionada por criterios de razonabilidad y proporcionalidad, también “los deberes, las obligaciones y las cargas que impone la vida en sociedad deben cumplirse en términos razonables y proporcionales a los propósitos que les sirven de fundamento.” Por ello concluyó esa sentencia que “los deberes exigibles a las personas no pueden hacerse tan rigurosos que comprometan el núcleo esencial de sus derechos fundamentales”.

¹⁶ Sobre los deberes constitucionales en general, ver, entre otras, las sentencias T-125 de 1994, SU-200 de 1997 y SU 747 de 1998. Sobre los deberes específicos en relación con el orden público y la administración de justicia, ver, entre otras, las sentencias C-035 de 1993, C-058 de 1994, C-179 de 1994, C-406 de 1994, C-511 de 1994 y C-037 de 1996, y para el deber de colaboración con la justicia, las sentencias SU-200 de 1997 y SU 747 de 1998.

¹⁷ Sentencia C-511 de 1994. En el mismo sentido, ver sentencias SU-200 de 1997 y C-776 de 2001.

17. La posibilidad de imponer deberes en materia de orden público y defensa se encuentra además delimitada por la propia Carta, que atribuye ese papel fundamentalmente a la Fuerza Pública. Así, a las Fuerzas Militares corresponde la defensa de la soberanía, la independencia, la integridad del territorio nacional y del orden constitucional, mientras que la Policía debe mantener las condiciones necesarias para el ejercicio de los derechos y libertades públicas, y asegurar que los habitantes de Colombia convivan en paz (CP arts. 217 y 218). Esto significa que es la Fuerza Pública la garante de la convivencia ciudadana,¹⁸ y no puede trasladarse a los propios ciudadanos esa función, sin desnaturalizar la estructura constitucional del Estado colombiano, como se explicará posteriormente (ver infra fundamentos 24 a 26).*

18. Algunos ejemplos de casos anteriores resueltos por esta Corte muestran que la consecución de objetivos en materia de seguridad o de orden público no son suficientes para legitimar constitucionalmente la restricción o limitación de un derecho constitucional, o para autorizar la consagración de determinados deberes a los particulares, si esas medidas resultan desproporcionadas, y el objetivo no es específico e imperioso.

En determinados casos, la Corte ha concluido que el deber mismo impuesto por la ley es inaceptable, a pesar de perseguir propósitos constitucionales valiosos. Así, la Ley 40 de 1993, con el fin de combatir el secuestro, prohibió a los familiares de los secuestrados el pago del rescate. La sentencia C-542 de 1993 encontró que esa prohibición vulneraba la Carta. La Corte consideró que la lucha contra el secuestro encontraba pleno sustento en la Constitución, por tratarse de un delito atroz, cuya práctica vulnera numerosos derechos fundamentales de sus víctimas. Sin embargo, la sentencia concluyó que el instrumento utilizado para alcanzar ese objetivo (la prohibición del pago del rescate) desconocía la dignidad humana y los derechos fundamentales, pues no era lícito exigir de un ser humano el

¹⁸ Ver sentencia SU-1184 de 2001, fundamento 17.

* Estos párrafos se encuentran en la sentencia completa.

sacrificio de la vida y de la libertad, propias o ajenas, aduciendo la primacía del interés general sobre el individual. Dijo entonces esta Corporación:

Los derechos a la vida y a la libertad no pueden sacrificarse por la persona en aras del interés general, salvo cuando la propia persona acepta el sacrificio voluntaria y libremente.

No sucede igual en tratándose de derechos inferiores, como el de la propiedad. De ahí que el artículo 58 de la Constitución, siguiendo el mismo principio del 30 de la anterior, aprobado en la reforma de 1936, y del artículo 31 aprobado en 1886, consagre la primacía de las leyes expedidas por motivos de utilidad pública o interés social, sobre los derechos de los particulares. Pero, ¿sobre cuáles derechos? Sobre los de contenido económico: jamás sobre los derechos a la vida y a la libertad.

(...)

Si la protección de la persona en sus derechos fundamentales, entre ellos la vida y la libertad, es la razón de ser de las autoridades, que son la manifestación viva del Estado, no cabe duda de que la organización social es un medio al servicio de la persona, como se ha dicho. Y de que la protección del individuo es el primer deber social del Estado.

Esta protección de las personas se hace más exigente cuando éstas padecen la amenaza o la acción de los delincuentes. En esta circunstancia, todos los recursos del Estado tienen que ponerse al servicio de su misión fundamental.” (Resalta la Corte).

Igualmente, en reciente oportunidad, esta Corte tuvo que analizar la constitucionalidad de la obligación que el artículo 368 del estatuto procesal penal establecía para que el sindicato brindara, al funcionario competente, bajo la gravedad de juramento, “la colaboración necesaria para el esclarecimiento de los hechos”. La sentencia C-776 de 2001 declaró la inexequibilidad de ese mandato, pues consideró que desconocía el derecho de toda persona a no

declarar contra sí misma y contra sus familiares (CP art. 33). La Corte señaló que si bien las personas tenían el deber de colaborar con la administración de justicia (CP art. 95 ord 7º), esa obligación constitucional no debía ser interpretada en forma aislada sino en armonía con el respeto de la dignidad humana y de las garantías procesales, y en especial, en este caso, del derecho a la no autoincriminación.

En otros eventos, la Corte ha concluido que la imposición de un deber para proteger el orden público tenía claro sustento constitucional, pero su ejercicio tenía límites en otros derechos constitucionales y en criterios de razonabilidad y proporcionalidad. Así, desde sus primeras decisiones, esta Corte consideró que las personas tienen la obligación de prestar el servicio militar y que la disciplina castrense impone la obediencia a las órdenes del superior. Sin embargo, esta Corporación ha señalado que los derechos fundamentales y la dignidad humana implican una relativización del deber militar de obediencia, consagrado por el inciso segundo del artículo 91 de la Carta. La necesidad de conciliar la disciplina castrense con el respeto de los derechos constitucionales obliga entonces a distinguir entre la obediencia militar “que se debe observar por el inferior para que no se quiebre la disciplina y la que, desbordando las barreras del orden razonable, implica un seguimiento ciego de las instrucciones impartidas por el superior”.¹⁹

Dijo entonces esta Corte:

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.

¹⁹ Corte Constitucional, sentencia T-409/92 del 8 de junio de 1992, M.P. José Gregorio Hernández Galindo. Criterios reiterados en las sentencias C-225 de 1995 y C-578 de 1995.

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”.

Según el Convenio de Ginebra I, del 12 de agosto de 1949, aprobado por la Ley 5a. de 1960 (*Diario Oficial* No. 30318), que las Altas Partes Contratantes se comprometieron a respetar y a hacer respetar “en todas las circunstancias”, existen infracciones graves, contra las cuales los Estados han de tomar oportunas medidas. Entre ellas se enuncian, a título de ejemplo, “el homicidio intencional, la tortura o los tratos inhumanos, incluidos los experimentos biológicos, el hecho de causar deliberadamente grandes sufrimientos o de atentar gravemente contra la integridad física o la salud, la destrucción y la apropiación de bienes, no justificadas por necesidades militares y efectuadas a gran escala, ilícita y arbitrariamente” (artículo 50).

Obligado en esos términos el Estado colombiano, mediante un convenio internacional que, por otra parte, es hoy fuente interpretativa sobre el alcance de los derechos y deberes de rango constitucional (artículo 93 Constitución Política), mal podría prohibirse actualmente una concepción absoluta y ciega de la obediencia castrense.

Los anteriores conceptos no deben entenderse como la posibilidad constitucional de que toda orden militar pueda ser discutida por quienes la reciben, ya que eso representaría una ruptura del concepto de autoridad, cuyo fundamento reside en la normatividad en que se apoya este fallo para sostener la obligatoriedad del servicio y la indispensable disciplina que exigen los altos fines señalados por la Constitución a las Fuerzas Armadas.²⁰ [...]

²⁰ *Ibidem.*

*Conflicto armado, derecho internacional humanitario
y principio de distinción*

21. La Corte destaca que las exigencias normativas precedentes, derivadas de las fórmulas constitucionales básicas que definen al Estado colombiano, siguen operando, *mutatis mutandi*, en situaciones de conflicto armado, como las que desafortunadamente conoce el país desde hace varios años. En efecto, no sólo los límites constitucionales ya explicados son también aplicables en esas situaciones sino que, además, la Carta establece expresamente que, en “todo caso”, deben ser respetadas las reglas del derecho internacional humanitario (CP art. 214). Ahora bien, las normas humanitarias prevén límites mínimos para la protección de los derechos humanos en situaciones de conflicto armado. Esto significa que los principios básicos del derecho internacional humanitario, explicados en detalle por esta Corte en anteriores decisiones,²¹ establecen nuevos límites para las políticas de seguridad y defensa.

Ahora bien, los dos principios más importantes del derecho humanitario son el principio de proporcionalidad y el de distinción. Conforme al primero, ampliamente desarrollado en el Protocolo I sobre guerras internacionales, pero aplicable también en los conflictos internos en Colombia, como lo señaló esta Corporación,²² las partes enfrentadas no pueden elegir cualquier medio de guerra, ya que deben evitar los males superfluos o innecesarios, por lo que se encuentran prohibidos los ataques indiscriminados o la utilización de ciertas armas.²³ El principio de distinción, a su vez, ordena a las partes en conflicto diferenciar entre combatientes y no combatien-

²¹ Ver, en particular, las sentencias C-574 de 1992 y C-225 de 1995, que revisaron la constitucionalidad de los Protocolos I y II a los Convenios de Ginebra de 1949.

²² Ver sentencia C-225 de 1995, fundamentos 22 y 23.

²³ Ver sentencia C-328 de 2000, relativa a la prohibición de utilización de armas químicas.

tes, puesto que estos últimos no pueden ser nunca un objetivo de la acción bélica.

Conforme a lo anterior, si el derecho internacional humanitario rige en Colombia, es obvio que las estrategias de seguridad y defensa deben respetar los mandatos del derecho humanitario, como los principios de proporcionalidad y de distinción, entre otros. Y estos mandatos tienen consecuencias concretas. Por ejemplo, al precisar los alcances del principio de distinción, esta Corte señaló que la “protección general de la población civil contra los peligros de la guerra implica también que no es conforme al derecho internacional humanitario que una de las partes involucre en el conflicto armado a esta población, puesto que de esa manera la convierte en actor del mismo, con lo cual la estaría exponiendo a los ataques militares por la otra parte”.²⁴ Las estrategias de seguridad y defensa pueden contemplar un papel para los particulares. Así, y sin que esta enumeración sea taxativa, pueden comprender mecanismos de cooperación con la administración de justicia y con la fuerza pública, pero sin colocar a los civiles en la disyuntiva de ser aliados o enemigos; dichas estrategias pueden igualmente establecer programas de sensibilización y alerta frente al terrorismo, pero sin transformar a los particulares en espías al servicio del Estado, o en sucedáneos de la fuerza pública. Esto significa entonces que las mencionadas estrategias de seguridad y defensa no pueden imponer deberes tales a la población civil, que terminen involucrándola en el conflicto armado, ya que no sólo se estaría afectando el principio de distinción derivado del derecho internacional humanitario, sino que además se estaría desconociendo el mandato constitucional, según el cual, las tareas de protección de la soberanía y el orden público corresponden a la Fuerza Pública, y no a los particulares, como se explica más adelante (ver *infra* fundamentos 24 a 26).*

22. Algunos podrían objetar que la anterior conclusión no es válida, por cuanto en un conflicto armado interno, como el que vive

²⁴ Sentencia C-225 de 1995, fundamento 30.

* Estos párrafos se encuentran en la sentencia completa.

Colombia, no es posible apartar a la sociedad civil del conflicto por las siguientes dos razones: de un lado, porque en la realidad la población no combatiente es tal vez la principal víctima del conflicto, lo cual significa que la sociedad civil ya está inmersa en la confrontación armada; y de otro lado, porque es deber de las personas apoyar a las autoridades (CP art. 95), por lo que la sociedad está en la obligación de involucrarse activamente en favor del Estado.

A pesar de su aparente fuerza, ese reparo no es válido por las siguientes dos razones: de un lado, la objeción según la cual la población civil no puede ser jurídicamente excluida del conflicto armado, por cuanto ya se encuentra inmersa en él en la realidad, es errónea, pues incurre en la llamada falacia naturalista, ya que extrae conclusiones normativas a partir de una situación fáctica. En efecto, este reparo confunde una situación empírica con una exigencia normativa, pues considera que el principio de distinción, que es una norma, no es válido, por cuanto a nivel empírico ese principio es negado por los actores armados, que han hecho de la población civil su principal víctima. Ahora bien, este argumento es equivocado, pues equivale a afirmar que los artículos del Código Penal que sancionan el homicidio o el robo son inválidos, y no deben ser aplicados, por cuanto en la práctica ocurren homicidios y robos. Y es que del incumplimiento de una norma no se deduce la invalidez de la misma, ya que es propio de las normas jurídicas que puedan ser violadas, y para ello está prevista precisamente la correspondiente sanción. Es más, el orden jurídico existe para proteger valores que en la práctica pueden ser desconocidos, por lo cual, poco sentido jurídico tendría una disposición que prohibiera una conducta que no puede nunca ser realizada. Por ende, del hecho de que la población civil colombiana se encuentre inmersa en el conflicto armado y se vea afectada por él, en manera alguna podemos deducir que es absurdo que el derecho humanitario ordene que las partes enfrentadas deben mantenerla por fuera de él. Todo lo contrario: precisamente porque la población civil es una de las principales víctimas en una confrontación armada es que las normas humanitarias ordenan su protección. El principio de distinción del derecho humanitario tiene entonces

sentido, no sólo a pesar de que la población civil se vea involucrada en el conflicto armado, sino justamente porque eso ocurre.²⁵

De otro lado, y ya admitido que es válida la exigencia normativa de evitar que la población civil se vea involucrada en el conflicto, el problema a nivel interpretativo es el siguiente: es necesario compatibilizar los dos preceptos constitucionales, a saber, (i) el deber de los particulares de apoyar y respetar a las autoridades legítimamente constituidas (CP art. 95 ord. 2º) y (ii) el mandato según el cual en todo caso rigen las reglas del derecho humanitario, las cuales hacen parte del bloque de constitucionalidad (CP art. 214). En tal contexto, la regla que se desprende de una adecuada ponderación de estas normas en tensión es indudablemente que, en situaciones de conflicto armado, el deber constitucional de los particulares de apoyar a las autoridades se encuentra limitado por el principio de distinción, por lo cual no puede el Estado involucrar activamente a la población civil en el conflicto armado. Y es que la interpretación opuesta, a saber, que el deber de apoyo a las autoridades permitiría involucrar a la población no combatiente en las hostilidades, resulta inadmisibles pues desconoce la norma básica del derecho humanitario, que es la exclusión de la población civil del conflicto armado, a fin de asegurarle una adecuada protección. Esa interpretación vulneraría entonces el perentorio mandato del artículo 214 de la Carta, según el cual, en todo caso deben ser respetadas las reglas del derecho internacional humanitario. Esa hermenéutica es entonces inaceptable. Por ello esta Corte ha señalado que a pesar de que es claro que los particulares deben cumplir con ciertos deberes constitucionales, que implican un apoyo a las autoridades legítimamente constituidas, como ser jurados de votación, sin embargo, en desarrollo del principio de distinción, es claro que, como lo dijo la sentencia SU-747 de 1998, M.P. Eduardo Cifuentes Muñoz, fundamento 16, “el

²⁵ En el mismo sentido, ver aclaración de voto de Alejandro Martínez Caballero a la sentencia C-572 de 1997.

Estado colombiano no está autorizado para atacar o aterrorizar a la población civil ni para involucrarla en el conflicto armado, en calidad de actor militar”. En esa oportunidad, la Corte analizó la situación de varias personas que habían sido designadas como jurados de votación y sintieron amenazados sus derechos, ante la aparición de un volante supuestamente suscrito por el Bloque Sur de las FARC, que exigía la renuncia de los jurados. La Corte concluyó que las personas debían cumplir con el deber de ser jurados, pero precisó que esa exigencia legal era constitucional ya que no vulneraba el derecho humanitario pues no implicaba “convertirlos en actores del conflicto o involucrarlos en acciones militares preparadas por el Estado”. Esto significa que, conforme a la jurisprudencia de esta Corporación, el principio de distinción representa un límite a la imposición de deberes a los particulares en materia de orden público. [...]

La inconstitucionalidad de la asignación de funciones de policía judicial a las Fuerzas Militares

91. De acuerdo con el artículo 59 de la ley bajo examen, el fiscal general está en la obligación de atribuir de manera transitoria precisas funciones de policía judicial a miembros de las Fuerzas Militares, cuando no sea posible que un grupo especial de la Fiscalía acompañe a estas fuerzas en el desarrollo de sus operativos. Para esta Corte la norma plantea entonces dos interrogantes: ¿el otorgamiento de funciones de policía judicial a miembros de las fuerzas militares, en los casos en que miembros de la Fiscalía no puedan acompañarlas en los operativos, rompe la dependencia funcional entre quienes desarrollan tales labores y el Fiscal? Y ¿la atribución de funciones de policía judicial a miembros de las fuerzas militares implica la investigación de personal civil por parte de las fuerzas militares?

92. Para responder, la Corte debe recordar que los asuntos que ahora se debaten fueron objeto de estudio en la sentencia C-034 de

1993, en la cual se declaró la constitucionalidad condicionada del Decreto 1810 de 1992.²⁶ En la sentencia citada, esta Corporación encontró que el quehacer de la policía judicial se orientaba sustancialmente a la comprobación de hechos y circunstancias relevantes para el juzgamiento y por tanto no era admisible que las unidades de policía judicial se conformaran por personal militar. Ello en razón a la protección de la libertad individual que un Estado democrático le confía a la autoridad judicial. Consideró la Corte que esta última incumple su misión si la investigación del delito se abandona en funcionarios diferentes a los que integran la policía judicial.

En ese sentido dijo la Corte “de los dos cuerpos que conforman la fuerza pública, únicamente la Policía Nacional cumple funciones de policía judicial, lo que se explica en razón de su fin primordial orientado a velar por el mantenimiento de las condiciones necesarias para el ejercicio de los derechos y libertades públicas”. Por el contrario, de acuerdo con sus objetivos constitucionales, las Fuerzas Militares carecen de competencia en materia de policía judicial, pues ello desnaturalizaría su fisonomía. Concluyó entonces la Corte que adscribir a las Fuerzas Militares una dualidad de funciones (la militar y la de policía judicial) e imponer una correlativa dualidad de jerarquías (el superior en el rango y la Fiscalía General de la Nación), desvertebraría su estructura, quebrantaría la necesaria unidad de mando y no aseguraría que “en caso de conflicto entre las dos funciones –no descartable dentro del clima de confrontación armada

²⁶ El Decreto 1810 de 1992, en su artículo 1° estableció: “Bajo la dirección, coordinación y dependencia del Fiscal General de la Nación, en las Fuerzas Militares se conformarán unidades que ejercerán funciones de policía judicial, en desarrollo de lo previsto por el numeral 4° del artículo 251 de la Constitución Política, en relación con hechos punibles de competencia de los jueces regionales, en los eventos en que no sea posible disponer de autoridades de policía judicial en el lugar de los hechos.” La exequibilidad de aquella disposición fue condicionada en su interpretación, en el sentido de que las Unidades de Policía Judicial que colaboran en los casos de competencia de los fiscales y jueces regionales deben estar integradas por personal no militar.

que se vive en varios lugares del territorio nacional y que ha obligado a las fuerzas militares a robustecer su presencia y multiplicar sus operativos— prime la de policía judicial”.

93. Tales consideraciones fueron hechas a pesar de que el texto de la norma era ambiguo, y del mismo podía inferirse que serían miembros de las fuerzas militares a quienes se les atribuirían tales funciones, o que quienes conformarían los respectivos cuerpos de policía judicial serían personas que, aun cuando pertenecieran a las fuerzas militares, no serían miembros de las mismas.²⁷ Por el contrario, en el presente caso, del texto de la norma no se deriva ninguna duda. El texto es el siguiente:

(...)Cuando por motivos fundados un grupo especial de la Fiscalía General de la Nación no pueda acompañar permanentemente las operaciones de las Fuerzas Militares, el Fiscal General de la Nación deberá atribuir, de manera transitoria, precisas facultades de policía judicial a miembros de las Fuerzas Militares.

²⁷ En relación con el Decreto 1810, la Corte dijo: “4. El legislador ordinario y, en su caso, el Presidente en ejercicio de las facultades derivadas de los estados de conmoción interior, pueden disponer la creación de unidades de policía judicial. En estricto rigor, el decreto examinado a ello se contrae. Sin embargo, si las unidades aludidas se conforman con personal militar, la norma resultará inexecutable. Si, en cambio, dichas unidades se integran con personal no militar, que es una posibilidad que puede objetivamente deducirse de la norma, la misma es executable.” Sentencia C-034/93, M.P. Eduardo Cifuentes Muñoz. Por su parte, al referirse al párrafo 1° del artículo 18 del Decreto 2790 de 1990, la Corte, para modular el efecto de la declaratoria de constitucionalidad, afirmó: “De otra parte la disposición acusada que consiste en señalar que en materia de justicia penal militar y en casos de orden público, dichas funciones de Policía Judicial son ejercidas en forma permanente por aquellas unidades, mientras que en los demás eventos estas funciones sólo pueden ser ejercidas de manera transitoria o por comisión de los fiscales o jueces regionales y del Tribunal Nacional, bajo la dirección y coordinación del fiscal general y sus fiscales delegados según lo dispuesto en el artículo 250, numeral 3° de la Carta y 309 del CPP”.

A tal efecto, las Fuerzas Militares designarán un grupo de su personal para que, debidamente capacitado y en forma exclusiva, atienda la facultad transitoria de que trata el párrafo anterior.

Parágrafo transitorio. El Fiscal General de la Nación y el Comandante General de las Fuerzas Militares adoptarán las medidas administrativas pertinentes para cumplir lo previsto en este artículo a los treinta (30) días siguientes de la entrada en vigencia de la presente ley.

De acuerdo con ello, es clara la facultad de las Fuerzas Militares para desempeñar funciones de policía judicial. Por tanto resultan pertinentes los argumentos de la sentencia precitada. Oportunidad en la cual la Corte consideró que los organismos que desempeñan funciones de policía judicial, colaboran en una tarea cuya naturaleza es eminentemente judicial: averiguar, indagar y esclarecer los hechos que constituyen presupuesto indispensable de las sentencias y providencias que profieren los jueces penales, de allí su dependencia de la Fiscalía, como ente acusador.

94. De lo anterior se sigue que frente al primer problema que plantea la norma la Corte debe responder afirmativamente: el otorgamiento de funciones de policía judicial a miembros de las Fuerzas Militares rompe la dependencia funcional entre quienes realizan estas labores y el fiscal. Incluso la integración de las unidades de policía judicial con militares equivale a una intromisión de la administración en la función jurisdiccional. El resultado de ello sería confiar a un aparato institucional cuya razón se orienta a un uso táctico de la fuerza, a que enderece esa misma razón a la libre interpretación de los hechos y de las normas con un sentido de justicia. Lo anterior genera una disfuncionalidad inconstitucional ya que las fuerzas militares exhiben un carácter estrictamente jerarquizado y adoptan una disciplina rígida frente a las órdenes superiores. Por tanto su régimen propio y el contexto histórico en el que actúan, no se concilian con la independencia e imparcialidad inherentes a la policía judicial, atributos característicos de la función jurisdiccional a la cual sirve.

Para destacar la importancia de tales rasgos, vale la pena recordar algunas de las funciones de investigación que le corresponden a la policía judicial: actuar como comisionados para la práctica de pruebas (art. 84), adoptar las medidas especiales de aseguramiento de pruebas (art. 243), “allegar documentación, realizar análisis de información, escuchar en exposición o entrevista a quienes considere pueden tener conocimiento de la posible comisión de una conducta punible” (art. 314). Además, “[e]n los casos de flagrancia y en el lugar de su ocurrencia o cuando por motivos de fuerza mayor acreditada no pueda el Fiscal General de la Nación o sus delegados iniciar la investigación previa, los servidores públicos que ejerzan funciones de policía judicial podrán ordenar y practicar pruebas” (art. 315), y practicar “pruebas técnicas o diligencias tendientes al esclarecimiento de los hechos ...”, y “extender su actuación a la práctica de otras pruebas técnicas o diligencias que surjan del cumplimiento de la comisión” (art. 316), conocer “a prevención de la investigación previa (...) aisla[r] y prote[ger] el sitio y [a] los testigos, así como para las demás medidas que sean conducentes” (art. 317). Por otra parte, “[c]uando exista mérito para vincular a una persona o antes si lo requiere el funcionario judicial, quien cumpla la función de policía judicial hará entrega de las diligencias” (art. 320).

Así mismo, respecto de la calificación de la naturaleza investigativa de la función que cumplen, el artículo 311 del Código de Procedimiento Penal dice que el “Fiscal General de la Nación, bajo su responsabilidad, separará en forma inmediata de las funciones de policía judicial al servidor público que omita o se extralimite en el cumplimiento de sus funciones para el desarrollo investigativo específico que se le haya dado”, y además, ante ellos “[l]os sujetos procesales tendrán las mismas facultades y derechos que les otorga la ley ante los funcionarios judiciales” (art. 318). En tal medida, pueden ser objeto de impedimento o recusación como cualquier funcionario judicial (art. 109). Por tanto, el artículo bajo examen rompe la dependencia funcional de quienes cumplan funciones de policía judicial frente a la Fiscalía, lo que vicia la disposición.

95. Entra ahora la Corte a referirse al segundo interrogante planteado por la norma, esto es, si la misma desconoce la proscripción constitucional (art. 213) que recae sobre los militares para investigar y juzgar civiles. De conformidad con lo dicho anteriormente la labor de la policía judicial tiene un clara connotación investigativa, por lo tanto la norma al facultar a los militares para desarrollar esta actividad apareja una evidente contradicción con la Constitución. Y precisamente por ello, el artículo 37 de la Ley Estatutaria de Estados de Excepción, al regular el alcance de las unidades especiales creadas para que el Fiscal General de la Nación ejerza la facultad a que se refiere el numeral 4o. del artículo 251 de la Constitución, señaló perentoriamente que éstas “no podrán estar integradas por militares.” La sentencia C-179 de 1994, M.P. Carlos Gaviria Díaz, declaró la constitucionalidad de ese mandato, pues concluyó que era una prohibición que derivaba directamente de la Carta ya que, dijo la sentencia, “la asignación de funciones de policía judicial a los militares, está prohibida por nuestro Ordenamiento Supremo”.

Conforme a lo anterior, es entonces claro que en ningún caso puede la ley conferir facultades de policía judicial a las Fuerzas Militares, en desarrollo del artículo 250, ord. 3 de la Carta, ni puede tampoco el fiscal general, invocando la posibilidad prevista en el artículo 251, ord. 4 superior, otorgar transitoriamente esas atribuciones a los militares, pues la prohibición constitucional es terminante: en ningún caso, ni siquiera durante los estados de excepción, pueden los militares investigar a los civiles (CP art. 213).

96. Cabe agregar que además de la expresa prohibición constitucional ya referida, el artículo 59 de la Ley 684 de 2001 es inconstitucional por cuanto viola el debido proceso (art. 29 CP), que debe ser interpretado de acuerdo con los pactos internacionales de los cuales el Estado colombiano es parte (art. 29 CP). Tales instrumentos enfatizan la importancia del respeto a las garantías procesales, en especial en lo tocante a la imparcialidad e independencia del investigador y juzgador. Por lo anterior, es claro que los compromisos internacionales del Estado colombiano proscriben también lo estatuido por la disposición bajo examen. Sobre el punto resultan

ilustrativos pronunciamientos de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos y de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, en los que han considerado que es imperativo que los Estados miembros del Sistema (entre ellos Colombia) terminen con prácticas que atenten contra el debido proceso, en especial aquellas que violan el derecho de que deben gozar las personas, en todas las etapas del proceso penal, para ser investigadas y juzgadas por funcionarios independientes e imparciales. Tales características no son aplicables a miembros de la Fuerza Pública que participen en el conflicto interno que viva un país, pues los rasgos judiciales de la función investigativa requieren de personas independientes que lleven a cabo esta labor.²⁸

97. En diferentes ocasiones los organismos internacionales han recomendado a los Estados que delimiten el papel de las Fuerzas Armadas y de los cuerpos de seguridad. Consideran que en todo Estado democrático las fuerzas de seguridad cumplen un papel crucial en la protección de los ciudadanos, sus bienes y sus derechos. Esta función tiene matices múltiples, que cuentan con características propias. El orden público democrático requiere que los ciudadanos depositen su confianza en el profesionalismo y, sobre todo, en la ética de la autoridad policial. La tarea que debe cumplir la institución policial en el contexto de la sociedad es delicada, y requiere de instrucción y entrenamiento especiales. En consecuencia, la policía no debe ser suplida en su tarea por las Fuerzas Militares. La Comisión Interamericana recomienda enfáticamente que las Fuerzas Militares no sean empleadas en la tarea de hacer cumplir la ley “particularmente en tareas tales como la investigación de crímenes comunes y la ejecución de arrestos” ya que “por su especialidad, complejidad y su

²⁸ Comisión Interamericana, *Por un país con derechos. Propuestas de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos sobre la situación de los derechos humanos en el Perú*. En este documento la Comisión manifestó su preocupación por el juzgamiento de civiles por parte de militares y por las excesivas atribuciones dadas a la policía judicial en la lucha contra el terrorismo.

contacto con la sociedad, debe ser responsabilidad de un cuerpo policial debidamente instruido y especialmente respetuoso del Derecho.²⁹

En el mismo sentido y específicamente sobre la situación de derechos humanos en Colombia, el Comité de derechos humanos de las Naciones Unidas ha manifestado su preocupación por el hecho de que los militares ejerzan las funciones de investigación, arresto, detención e interrogatorio de civiles.³⁰

Por otro lado, la garantía de imparcialidad ha sido estudiada en varias ocasiones³¹ por la Corte Interamericana de Derechos Humanos, la cual ha señalado que cuando “las fuerzas armadas inmersas en el combate contra los grupos insurgentes, son las encargadas del juzgamiento de las personas vinculadas a dichos grupos (...)” se ve minada de manera considerable la imparcialidad que debe tener el juzgador. Esto se erige, según este Tribunal, como una violación del artículo 8 de la Convención Interamericana de Derechos Humanos y de las garantías judiciales que éste consagra, pues el atributo de imparcialidad exige que el proceso no sea afectado por personas que tengan algún interés o relación personal con el asunto. Sólo así puede protegerse a los ciudadanos de injerencias inadecuadas y opiniones anticipadas de parte de los funcionarios. Es obvio entonces que los militares no gozan de la imparcialidad exigida por la Carta y los pactos de derechos humanos cuando investigan penalmente a sus enemigos en un conflicto armado.

²⁹ Al respecto ver OEA/Ser.L/V/II.98 Doc. 6, 17 febrero 1998. Original español, Informe anual de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos 1997.

³⁰ Ver Distr. General CCPR/C/79/Add.76, 5 de mayo de 1997, español. Original inglés, Observaciones finales del Comité de Derechos Humanos: Colombia. 05/05/97. CCPR/C/79/Add.76 (Concluding Observations/Comments Convention Abbreviation: CCPR Comité de Derechos Humanos, Examen de los informes presentados por los Estados Partes de conformidad con el artículo 40 del Pacto).

³¹ Ver caso Castillo Petruzzi, sentencia del 30 de mayo de 1999, párr. 130. Similar criterio fue reiterado en el caso Cantoral Benavides, sentencia del 18 de agosto de 2000, párr. 114.

98. En esa medida, la atribución contenida en este artículo permite que los civiles sean investigados por militares en contra de la Constitución y de tratados ratificados por el Estado colombiano. En virtud de lo anterior es patente la violación de los artículos 213 y 251 de la Constitución, pues es clara la naturaleza investigativa de las funciones que cumple la policía judicial en el actual ordenamiento penal. Ese precepto desconoce además la terminante prohibición prevista por el artículo 37 de la Ley Estatutaria de los Estados de Excepción, que establece que las unidades de policía judicial no pueden estar integradas por militares. Igualmente esta disposición viola el derecho al debido proceso (CP art. 29), interpretado a la luz de los artículos 8 de la Convención Interamericana de Derechos Humanos y 14 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos pues desconoce el derecho de toda persona a ser investigada por funcionarios imparciales. Por tanto resulta evidente la inconstitucionalidad del artículo 59 de la Ley 684 de 2001.

La falta de entrega física en los casos de captura en flagrancia

99. Los demandantes y algunos intervinientes consideran que el artículo 58 de la Ley 684 de 2001 es contrario a la Carta pues autoriza retenciones físicas más allá de las treinta y seis horas dispuestas por la Constitución. Aducen que con la expresión “[l]a persona detenida preventivamente será puesta a disposición del juez competente dentro de las treinta y seis horas siguientes”, contenida en el artículo 28 de la Constitución no sólo se pretende garantizar la legalidad de la aprehensión. Dicha orden tiene como objetivo adicional permitirle a tal autoridad constatar el estado físico en que se encuentra la persona detenida o capturada, es decir, garantiza no sólo el debido proceso y la libertad personal, sino, además, la integridad física de la persona detenida.

A fin de analizar este cargo, resulta pertinente establecer qué regulación dispuso el legislador en la norma acusada. El último inciso del artículo 58 indica que una vez capturada la persona se debe in-

formar a la autoridad judicial y que la entrega física de la persona se realizará en el término de la distancia, “debidamente justificada”. La ley entiende que “a partir del momento de la comunicación, el capturado queda a disposición de la autoridad judicial”.

De lo anterior se desprende que dos son los problemas que la Corte debe enfrentar. De una parte, si puede admitirse que la comunicación sobre la captura supone que la persona queda “a disposición de la autoridad judicial” y, por otra, si resulta contrario a la Constitución que se autorice la entrega física de la persona dentro del término de la distancia.

Entrega física de la persona: alcance del derecho

100. El artículo 28 de la Constitución dispone 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”. La Constitución establece que debe colocarse a disposición de la autoridad judicial, lo que permitiría pensar que con la comunicación resulta satisfecho el requisito constitucional.

101. Esta interpretación parte del supuesto de que la norma constitucional únicamente busca que la autoridad judicial tenga conocimiento de la captura, para efectos de dar lugar a los trámites pertinentes. Esta interpretación no consulta el objetivo de la norma.

El artículo 93 de la Carta dispone que los derechos constitucionales se interpretarán de conformidad con los tratados internacionales sobre derechos humanos ratificados por Colombia. De acuerdo con tales tratados, la colocación de la persona a disposición de la autoridad judicial, ha de ser física. Así, el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos,³² ratificado mediante Ley 74 de 1968,

³² AG. res. 2200A (XXI), 21 U.N. GAOR Supp. (No. 16) p. 52, ONU Doc. A/6316 (1966), 999 U.N.T.S. 171, *entrada en vigor* 23 de marzo de 1976.

y el Pacto de San José, disponen que es obligación de los Estados llevar sin demora a la persona aprehendida o detenida ante una autoridad judicial. En el Pacto Internacional la norma (art. 9)³³ se refiere a las personas detenidas por infracciones penales, lo cual ha de interpretarse en armonía con el Pacto de San José que claramente se refiere a cualquier forma de detención (art. 7).³⁴

102. La entrega del capturado a una autoridad judicial cumple varios propósitos, que no se limitan al ejercicio de funciones judiciales. La regulación de la materia en el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos se encuentra en la norma dedicada a la libertad y seguridad personal, y en el caso del Pacto de San José, el mandato inicia con una exigencia de protección y respeto a la libertad y seguridad personales. De ello se desprende que la regulación sobre la captura tiene un propósito más allá de asegurar que la restricción a la libertad se realice de acuerdo a la ley y ante funcionarios competentes. También tiene un propósito protector de la integridad de la persona. Sobre este punto, la Corte Interamericana de Derechos Humanos ha señalado:

35. El hábeas corpus, para cumplir con su objeto de verificación judicial de la legalidad de la privación de libertad, exige la presentación del detenido ante el juez o tribunal competente bajo cuya disposición queda la persona afectada. En este sentido es esencial la función que cumple el hábeas corpus como medio para controlar el respeto a la vida e integridad de la persona, para impedir su desaparición o la indeterminación de su lugar de detención, así como para protegerla contra la tortura u otros tratos o penas crueles, inhumanos o degradantes.

³³ El numeral 3 del artículo 9 manda: “3. 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”.

³⁴ El numeral 5 del artículo 7 dispone que: “5. Toda persona detenida o retenida debe ser llevada, sin demora, ante un juez u otro funcionario autorizado por la ley para ejercer funciones judiciales”.

36. Esta conclusión se fundamenta en la experiencia sufrida por varias poblaciones de nuestro hemisferio en décadas recientes, particularmente por desapariciones, torturas y asesinatos cometidos o tolerados por algunos gobiernos. Esa realidad 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.³⁵

Lo anterior se corrobora con lo dispuesto en la Convención Interamericana sobre Desaparición Forzada de Personas, cuyo artículo 10, sin ambigüedades señala que:

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 la desaparición forzada de personas. En tales casos, el derecho a procedimientos o recursos judiciales rápidos eficaces se conservará como medio para determinar el paradero de las personas privadas de libertad o su estado de salud o para individualizar a la autoridad que ordenó la privación de libertad o la hizo efectiva.

103. En este orden de ideas, resulta abiertamente contrario a los propósitos del artículo 28 de la Constitución disponer que se entienda que la persona ha quedado a disposición de la autoridad judicial con la mera comunicación de su captura. La Corte ya había señalado que es obligación entregar físicamente al aprehendido a la autoridad judicial.³⁶ El Estado, por intermedio del juez, tiene la obligación de garantizar la integridad física del capturado, así como realizar un proceso mínimo de individualización, a fin de adoptar las medidas legales pertinentes. En suma, la orden de entregar la persona a una autoridad judicial no tiene como objetivo exclusivo establecer aspectos de competencia en materia de privación de la libertad,

³⁵ Opinión Consultiva OC-8/87 del 30 de enero de 1987.

³⁶ Sentencia C-024 de 1994.

sino que opera como una garantía para la protección integral de la persona.

104. Por lo anterior, no resulta pertinente considerar la existencia del recurso de *Hábeas Corpus* para enfrentar las privaciones ilegítimas de la libertad, pues su existencia no autoriza al Estado eliminar o flexibilizar los controles sobre la aprehensión. Por el contrario, el recurso al hábeas corpus ha de ser excepcional y no debe constituir un medio ordinario de defensa. El cumplimiento de los deberes de protección en cabeza del Estado no pueden supeditarse a la solicitud de la víctima de las violaciones; el Estado tiene la obligación permanente de no incurrir en conductas que no respeten los derechos de las personas privadas de la libertad.

105. ¿Implica lo anterior que resulta inconstitucional comunicar a la autoridad judicial? La inconstitucionalidad deriva del hecho de entender que a partir de la comunicación la persona se entiende “a disposición” de la autoridad judicial. La obligación legal de comunicar, por su parte, coadyuva a garantizar los derechos constitucionales del retenido, pero en ningún momento puede suplir la obligación de entregar.

Entrega física. Término para realizarla

106. En relación con la entrega física, la Constitución dispone que ella se hará dentro del término de 36 horas, mientras que la norma acusada indica que podrá hacerse en el término de la distancia, “debidamente justificada”. Se pregunta la Corte si la regulación legal viola el precepto constitucional.

La dogmática jurídica enseña que en los casos en los cuales se presentan conflictos entre reglas y principios, *prima facie* se prefieren las primeras. Por consiguiente, cuando quiera que los derechos constitucionales se estructuren como reglas, adquieren un carácter casi absoluto. Lo anterior, por cuanto la regla restringe el espectro interpretativo del juez, quien podrá verificar claramente si el mandato contenido en la norma se ha cumplido o no. Lo anterior llevaría a la

conclusión de que cualquier retención que se prolongue 36 o más horas sin entregar al retenido a una autoridad judicial, resulta inconstitucional.

107. Como se indicó antes, la entrega de la persona retenida a una autoridad judicial constituye una garantía para la persona. No cabe duda del carácter fundamental de dicha garantía, pues está involucrada la protección de la libertad, la integridad física y la vida del retenido. Ello coadyuvaría a la conclusión de la primacía de la regla contenida en el artículo 28 de la Constitución, sobre otras disposiciones, sean constitucionales o legales.

108. Empero, la obligación en cuestión se halla directamente vinculada a una serie de obligaciones prestacionales del Estado. La realización o el cumplimiento de esta obligación supone que el Estado tiene que garantizar que desde cualquier lugar del territorio colombiano, sin consideración a las circunstancias en que se realiza la captura, puede accederse a una autoridad judicial en el término máximo de 36 horas. Dicha interpretación resulta incompatible con el orden constitucional por las siguientes razones:

a) La obligación Estatal de garantizar la seguridad personal, la vida e integridad física de la persona retenida es permanente. No se trata de algo que atañe exclusivamente al juez, sino que se predica de sus captores. En este orden de ideas, ¿estarían obligadas las autoridades que capturan a una persona a llevarlo ante un juez si las condiciones de captura aconsejan posponer la entrega para efectos de garantizar la debida protección a su vida, integridad y seguridad personal? La Corte estima que no. Sobre este punto, resulta relevante lo dispuesto en el artículo 5 del Protocolo II adicional a los Convenios de Ginebra de 1949,³⁷ que claramente impone un deber de protección a los cautivos, que desplaza temporalmente la obligación de entrega personal ante una autoridad judicial:

³⁷ Ratificado mediante Ley 171 de 1994.

Artículo 5.

(...)

2. En la medida de sus posibilidades, los responsables del internamiento o la detención de las personas a que se refiere el párrafo 1º respetarán también, dentro de los límites de su competencia, las disposiciones siguientes relativas a esas personas:

(...)

c) Los lugares de internamiento y detención no deberán situarse en la proximidad de la zona de combate. Las personas a que se refiere el párrafo 1º serán evacuadas cuando los lugares de internamiento o detención queden particularmente expuestos a los peligros resultantes del conflicto armado, siempre que su evacuación pueda efectuarse en condiciones suficientes de seguridad...

De igual manera, no resultaría razonable exponer la vida y la salud de la persona cautiva si ésta se encuentra hospitalizada, en cuyo caso ha de llevar a la autoridad judicial ante el enfermo-privado de su libertad.

La Corte entiende que se trata de situaciones excepcionales, debidamente probadas, pues únicamente de esta manera se armonizan los derechos constitucionales en conflicto. La regla, pues, permanece y ha de intentarse, por todos los medios, su cumplimiento. Sólo si no existe otro medio, es decir, si resulta absolutamente necesario posponer la entrega, esta dilación se justifica.

b) También puede ocurrir, por razones de la extensión del territorio y su desigual poblamiento, o por desplazamiento de las autoridades judiciales, que éstas se encuentren a una distancia temporal mayor a las treinta y seis horas fijadas por la Constitución. Frente a esta situación, debe señalarse la obligación del Estado de procurar la existencia de autoridades judiciales dentro de un radio temporal de

treinta y seis horas. ¿Si no existen, puede calificarse de ilegal la captura? En este caso la Corte observa que la efectividad del derecho fundamental depende, por entero, de la realización de actividades prestacionales por parte del Estado. Frente a las formas de poblamiento del territorio colombiano o a los desplazamientos a los cuales se han visto sometidos los funcionarios judiciales, no puede exigirse al Estado que en este preciso momento histórico se asegure que, conforme a un mapa de tiempos, exista una autoridad judicial a una distancia no mayor de 36 horas desde cualquier punto del país. Empero, la legalidad de la captura, en estos eventos, depende de que las autoridades captoras realicen todas las diligencias y actos que efectivamente se dirijan a garantizar que en el término más breve posible la persona sea entregada a una autoridad judicial.

109. Así mismo, debe recalcarse en la obligación del Estado de diseñar los mecanismos para asegurar, dentro de lo posible, que alguna autoridad judicial pueda ser alcanzada en el término fijado por la Constitución. Esto también puede lograrse con el desplazamiento de la autoridad judicial al lugar, antes de que se cumplan las 36 horas, en aquellos casos excepcionales en que sea materialmente imposible desplazar al capturado hasta la sede de dicha autoridad judicial.

En suma, la Corte entiende que la expresión “término de la distancia” es de carácter restrictivo, únicamente aplicable en las situaciones en las cuales sin lugar de dudas y de manera absolutamente necesaria, debe postergarse la entrega. Así, la legalidad de la captura dependerá, por entero, de la diligencia con que las autoridades captoras enfrenten las dificultades que explican el retraso. Únicamente bajo estas circunstancias, puede hablarse de una debida justificación, la cual no puede ser autorizada por vía general en la ley, sino apreciada caso por caso por la autoridad judicial.

110. No sobra señalar que no puede acudir libremente a lo dispuesto en los tratados internacionales sobre derechos humanos ratificados por Colombia, quienes no señalan términos perentorios, pues

tales instrumentos condicionan su aplicación a la no suspensión de medidas más favorables o que ofrecen más garantías de protección de los derechos contenidos en ellos. Es decir, en tanto que ofrece una mayor seguridad a la persona, la regla contenida en el artículo 28 de la Constitución prevalece sobre los tratados internacionales. [...]

Corte Constitucional
Sentencia C-317 de 2002
Magistrada ponente: Clara Inés Vargas Hernández
2 de mayo de 2002

[...] II. TEXTO DE LA NORMA DEMANDADA

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

LEY 599 DE 2000
(julio 24)

Por la cual se expide el Código Penal

EL CONGRESO DE COLOMBIA

DECRETA

TÍTULO III.
DELITOS CONTRA LA LIBERTAD INDIVIDUAL
Y OTRAS GARANTÍAS

CAPÍTULO I.
DE LA DESAPARICIÓN FORZADA

ARTÍCULO 165. DESAPARICIÓN FORZADA. El particular que *perteneciendo a un grupo armado al margen de la ley* someta a otra persona a privación de su libertad cualquiera que sea la forma, seguida de su ocultamiento y de la negativa a reconocer dicha privación o de dar información sobre su paradero, sustrayéndola del amparo de la ley, incurrirá en prisión de veinte (20) a treinta (30) años, multa de mil (1.000) a tres mil (3.000) salarios mínimos legales mensuales vigentes y en interdicción de derechos y funciones públicas de diez (10) a veinte (20) años.

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

[...] VI. CONSIDERACIONES Y FUNDAMENTOS DE LA CORTE [...]

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

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

En el plano universal se considera que la desaparición forzada tiene como antecedente el decreto "*Nacht und Nebel*" (noche y niebla) promulgado en Alemania el 7 de diciembre de 1941, en virtud del cual las personas bajo sospecha de poner en peligro la seguridad

del Tercer Reich eran arrestadas al amparo de la noche y en secreto, para luego ser torturadas y desaparecidas sin dejar rastro y sin la posibilidad de obtener información sobre su paradero.

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

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

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

jurídica ante la ley y el derecho a un tratamiento humano de detención.

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

Mediante resolución 47/133 de 1992 la Asamblea General de la Organización de Naciones Unidas –ONU– adoptó la Declaración sobre la Protección de todas las Personas contra las Desapariciones Forzadas, en la que se estableció que se presenta este comportamiento cuando

se arreste, detenga o traslade contra su voluntad a las personas, o que éstas resulten privadas de su libertad de alguna u otra forma por agentes gubernamentales de cualquier sector o nivel, por grupos organizados o particulares que actúan en nombre del gobierno o con su apoyo directo o indirecto, su autorización o su asentimiento, y que luego se niegan a revelar la suerte o el paradero de esas personas o a reconocer que están privadas de la libertad, sustrayéndola así a la protección de la ley.

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

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

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

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

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

prevención y represión efectivas, para lo cual se debe promover la investigación de tales situaciones.¹

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

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

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

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

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

164. Además, el aislamiento prolongado y la incomunicación coactiva a los que se ve sometida la víctima representan, por sí mismos, formas de tratamiento cruel e inhumano, lesivas de la libertad psíquica y moral

de la persona y del derecho de todo detenido al respeto debido a la dignidad inherente al ser humano, lo que constituye, por su lado, la violación de las disposiciones del artículo 5 de la Convención que reconocen el derecho a la integridad personal como sigue: 1. Toda persona tiene derecho a que se respete su integridad física, psíquica y moral. 2. Nadie debe ser sometido a torturas ni a penas o tratos crueles, inhumanos o degradantes. Toda persona privada de libertad será tratada con el respeto debido a la dignidad inherente al ser humano.

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

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

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

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

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

El 9 de junio de 1994, los Estados miembros de la Organización de Estados Americanos –OEA– suscriben la Convención Interamericana sobre Desaparición Forzada, hecha en Belém do Pará, cuyo artículo II define la desaparición forzada en los siguientes términos:

Para los efectos de la presente Convención, se considera desaparición forzada la privación de la libertad a una o más personas, cualquiera que fuere su forma, cometida por agentes del Estado o por personas o grupos de personas que actúen con la autorización, el apoyo o la aquies-

² Caso Godínez Cruz, sentencia de 20 de enero de 1989, Corte Interamericana de Derechos Humanos, Serie C, No. 5, 1989.

cencia del Estado, seguida de la falta de información o de la negativa a reconocer dicha privación de libertad o de informar sobre el paradero de la persona, con lo cual se impide el ejercicio de los recursos legales y demás garantías procesales pertinentes.

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

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

Finalmente, conviene poner de presente en este acápite que el Gobierno colombiano ha ratificado varios instrumentos internacionales que proscriben la desaparición forzada y llaman a que los Estados Partes consagren esta conducta como delito en su legislación interna. Es así como mediante la Ley 171 del 16 de diciembre de

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

1994⁴ se aprobó el Protocolo adicional a los Convenios de Ginebra del 12 de agosto de 1949, relativo a la protección de las víctimas de los conflictos armados sin carácter internacional (Protocolo II) hecho en Ginebra el 8 de junio de 1977; también el Protocolo Adicional a los Convenios de Ginebra del 12 de agosto de 1949 (Protocolo I) que no improbió la Comisión Especial Legislativa el 4 de septiembre de 1991⁵ y se refiere a la protección de las víctimas de los conflictos armados internacionales.

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

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

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

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

⁶ Sentencia C-225 de 1995.

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.

b) Antecedentes constitucionales de la desaparición forzada y su desarrollo en la legislación interna

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

Remontándonos a los antecedentes de la norma superior, cabe recordar que el Gobierno Nacional presentó ante la Asamblea Nacional Constituyente de 1991 un proyecto de norma constitucional que decía: *“La integridad física y mental de la persona es inviolable. Se prohíbe la tortura y las penas o tratos crueles, inhumanos o degradantes. Será nula toda declaración obtenida mediante la violación de este derecho”*.

La Subcomisión Segunda de la Comisión Primera de la Asamblea Nacional Constituyente propuso a la Comisión un texto del siguiente tenor: *“El Estado garantiza el derecho a la vida. No hay pena de muerte. La tortura en todas sus formas al igual que los tratos inhumanos y degradantes y la desaparición forzada son delitos”*.

A su vez, la Comisión Primera presentó para primer debate el siguiente texto: *“El derecho a la vida es inviolable. No habrá pena de muerte.*

Nadie será sometido a desaparición forzada, a torturas ni a tratos o penas crueles, inhumanos o degradantes"

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

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

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

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

(...)

La misma norma internacional establece, sin embargo, que esa noción de tortura se debe entender sin perjuicio de cualquier instrumento internacional o legislación nacional que contenga o pueda contener disposiciones de mayor alcance. Exactamente

*mente eso es lo que ha hecho la Constitución Nacional al prohibir la tortura no sólo cuando ésta proviene de un funcionario público o con su consentimiento o aquiescencia, sino cuando proviene también de un particular, como quedó visto en el anterior numeral de esta providencia. De ahí que el artículo 279 del Código Penal esté, también por este aspecto, ajustado en un todo a la Constitución.*⁷ (Bastardillas fuera de texto.)

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

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

Los reproches del Ejecutivo se dirigieron contra el artículo 8° del proyecto, en sus incisos tercero y cuarto que prescribían que “en ningún caso podrá aducirse que las conductas previstas en la pre-

⁷ Corte Constitucional, sentencia C- 587 de 1992, M.P., Ciro Angarita Barón.

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

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

sente ley han sido cometidas en relación con el servicio, cuando se atribuyan a miembros de la fuerza pública en servicio activo” y que “Tampoco podrá alegarse como eximente de responsabilidad la obediencia debida. En todo caso quien recibiera la orden podría incurrir en alguna de las conductas previstas en la presente ley, teniendo el derecho y el deber de no obedecerla”. A criterio del Gobierno estas disposiciones eran contrarias a los artículos 91 y 221 de la Constitución Política.¹⁰

En 1997 los ministros de Relaciones Exteriores y de Justicia y del Derecho presentaron ante el Senado de la República el proyecto de Ley No. 129 de 1997, Senado, 222 de 1998, Cámara, “por medio de la cual se tipifica la desaparición forzada de persona y genocidio, se modifica y aumenta la pena para el delito de tortura y se dictan otras disposiciones”.¹¹ El 14 de abril de 1998 el Gobierno Nacional solicitó al Congreso que le diera al proyecto trámite de urgencia.¹²

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

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

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

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

Código Penal de 1980, tipificó el delito de desaparición forzada en los siguientes términos:

[...] *ARTÍCULO 268-A. Desaparición forzada.* El particular que perteneciendo a un grupo armado al margen de la ley someta a otra persona a privación de su libertad cualquiera que sea la forma, seguida de su ocultamiento y de la negativa a reconocer dicha privación o de dar información sobre su paradero, sustrayéndola del amparo de la ley, incurrirá en prisión de veinticinco (25) a cuarenta (40) años, multa de quinientos (500) a dos mil (2.000) salarios mínimos legales vigentes y en interdicción de derechos y funciones públicas de cinco (5) a diez (10) años.

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

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

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

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

La conciencia jurídica universal ha repudiado la comisión individual o masiva de las desapariciones forzadas y de genocidios como unas de las conductas más lesivas contra las personas y contra el género huma-

no, por lo cual la Comisión de Derecho Internacional de las Naciones Unidas, lo mismo que la Organización de Estados Americanos, las han calificado como delitos de lesa humanidad.

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

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

El 30 de diciembre de 2000 el presidente de la república objetó el proyecto por inconveniencia solicitando, entre otras cosas, la eliminación de las expresiones “particular” y “perteneciendo a un grupo armado al margen de la Ley”, argumentando que el tipo penal como estaba establecido sólo tenía como sujeto activo al particular que pertenezca a un grupo armado al margen de la ley, excluyendo a otros posibles infractores de la norma penal, lo que consideraba inconveniente teniendo en cuenta el compromiso de este Gobierno en la defensa de los derechos humanos.¹³

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

(...) en materia de derechos humanos, los tratados internacionales establecen estándares mínimos de protección, lo que significa que en manera alguna excluye para que los países, dentro de su legislación interna, consagren regulaciones más rigurosas. Así tenemos por ejemplo, que internacionalmente se considera el delito de tortura, como un compor-

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

tamiento realizado por agentes del Estado, y en nuestra legislación se consagra como sujeto activo indeterminado, lo que significa que puede ser realizado tanto por particulares como por agentes del Estado; *igual sucede dentro del mismo proyecto objetado, con relación al delito de desaparición forzada en donde, de acuerdo con los tratados internacionales correspondientes, se limita a que sea realizado por agentes del Estado o por particulares que actúan a nombre del Estado, pues bien, en el proyecto objeto de este estudio, se consagra la desaparición forzada por parte de particulares sin relación alguna con el Estado, y por esas circunstancias, ni nosotros ni el Gobierno considera que esa tipificación sea inconveniente. (...)*

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

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

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

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

El proyecto de ley que se convirtió en la Ley 599 de 2000, en su artículo 165 tipifica el delito desaparición forzada de personas dentro del Capítulo I del Título III, *Delitos contra la libertad individual y otras garantías*,¹⁴ conservando la misma descripción que está prevista en la Ley 589 de 2000. Asimismo, la descripción típica del delito de

desaparición forzada es muy similar a la definición contenida en el artículo II de la Convención Interamericana sobre Desaparición Forzada de Personas y con el texto de la Declaración de la Asamblea General de las Naciones Unidas, resolución 44/162 de 15 de diciembre de 1989.

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

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

Uno de los fines del Estado Social de Derecho que pregona la Carta Política es el de garantizar la efectividad de los principios, derechos y deberes consagrados en la Constitución. Además, por mandato superior las autoridades de la República están instituidas, entre otros objetivos, para asegurar el cumplimiento de los deberes sociales del Estado y de los particulares así como para proteger a todas

¹⁴ Artículo 165. Desaparición forzada. El particular que perteneciendo a un grupo armado al margen de la ley someta a otra persona a privación de su libertad cualquiera que sea la forma, seguida de su ocultamiento y de la negativa a reconocer dicha privación o de dar información sobre su paradero, sustrayéndola del amparo de la ley, incurrirá en prisión de veinte (20) a treinta (30) años, multa de mil (1000) a tres mil (3000) salarios mínimos legales vigentes y en interdicción de derechos y funciones públicas de diez (10) a veinte (20) años. A la misma pena quedará sometido el servidor público o el particular que actúe bajo la determinación o la aquiescencia de aquél, y realice la conducta descrita en el inciso anterior.

las personas residentes en Colombia en su vida, honra, bienes, creencias y demás derechos y libertades (CP Preámbulo y arts. 1° , 2° y 5°).

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

Precisamente el Derecho Penal es uno de esos instrumentos que permite asegurar la protección y vigencia de los derechos fundamentales. Así lo ha reconocido la Corte Constitucional al señalar que “una de las formas en que el Estado cumple su deber de proteger los derechos constitucionales fundamentales es tipificando como delitos, conductas en que los particulares o los agentes del Estado pueden vulnerar dichos derechos”,¹⁵ toda vez que

los derechos fundamentales consagrados en la Constitución y en los tratados internacionales suscritos por Colombia, corresponden justamente a esas condiciones básicas de la vida individual y colectiva, cuya tutela reforzada asumen las leyes penales, pues en ellos se traducen y proyectan con toda su intensidad la igualdad, la libertad y la dignidad de la persona humana, objeto y fin del derecho (...) El derecho penal se justifica y se torna imperioso como una de las formas más importantes de protección de todas las personas residentes en Colombia, en su vida, honra, bienes, creencias, derechos y libertades (CP, art. 2°).¹⁶

Así mismo, la jurisprudencia ha señalado con especial énfasis que en el Estado Social de Derecho, donde la dignidad humana ocupa un lugar de primer orden “El Constituyente erigió los derechos fundamentales en límites sustantivos del poder punitivo del Estado,

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

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

racionalizando su ejercicio. Sólo la utilización medida, justa y ponderada de la coerción estatal, destinada a proteger los derechos y libertades, es compatible con los valores y fines del ordenamiento”.¹⁷

La Corte también ha sido constante en afirmar que mientras en el cumplimiento de la función legislativa no resulten contrariados los preceptos fundamentales

bien puede el legislador crear o suprimir figuras delictivas, introducir clasificaciones entre ellas, establecer modalidades punitivas, graduar las penas aplicables, fijar la clase y magnitud de éstas con arreglo a criterios de agravación o atenuación de los comportamientos penalizados, todo de acuerdo con la apreciación, análisis y ponderación que efectúe acerca de los fenómenos de la vida social y del mayor o menor daño que ciertos comportamientos puedan estar causando o llegar a causar en el conglomerado.¹⁸

Por lo anterior, solamente “en los casos de manifiesta e innegable desproporción o de palmaria irrazonabilidad,”¹⁹ correspondería al juez Constitucional declarar la inexecutable de la disposición normativa que sea objeto de análisis.

Igualmente esta Corporación ha expresado que en materia penal el legislador debe ser respetuoso del principio de igualdad, de modo que

puede consagrar regímenes diferenciados para el juzgamiento y tratamiento de delitos y contravenciones, pudiendo, incluso, realizar diferenciaciones dentro de cada uno de estos grupos, en la medida en que unos y otros se fundamenten en criterios de razonabilidad y proporcionalidad que atiendan una valoración objetiva de elementos tales como, la mayor o menor gravedad de la conducta ilícita, la mayor o menor

¹⁷ Sentencia C-070 de 1996.

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

¹⁹ *Ibidem*.

repercusión que la afectación del bien jurídico lesionado tenga en el interés general y en el orden social, entre otros. La consecuencia obvia y lógica de lo anterior, es que el tratamiento procesal y punitivo previsto para los delitos de mayor entidad y gravedad, sea más severo que el dado a los hechos punibles de menor gravedad.²⁰

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

El principio de proporcionalidad presupone la ponderación de bienes jurídicos constitucionales. Este sopesamiento asume la forma de un juicio de proporcionalidad de los medios. Como principio para la delimitación y concretización de los derechos constitucionales, la proporcionalidad exhibe una naturaleza diferencial, o sea, que admite una diversa libertad de configuración legislativa dependiendo de la materia. Así, por ejemplo, en el ejercicio de la reserva legal establecida para la reglamentación de derechos constitucionales (CP arts. 15, 23, 24, 26, 28, 31, 37 y 39), sólo la restricción excesiva e imprevisible de los mismos implica la ilegitimidad del medio escogido para la realización de los fines constitucionales. En términos generales, entre mayor sea la intensidad de la restricción a la libertad mayor será la urgencia y la necesidad exigidas como condición para el ejercicio legítimo de la facultad legal. *En materia penal, la potestad legislativa de tipificación está sometida al control constitucional de las medidas, según la aptitud para la protección del bien jurídico tutelado, la necesidad de esa protección específica en contraste con otros medios preventivos igualmente idóneos y menos restrictivos de la libertad —medidas civiles, administrativas, laborales—, y el mayor beneficio neto en protección de los bienes jurídicos que debe comportar la exclusión de ciertas conductas del ámbito de lo legalmente permitido.*²¹

²⁰ Sentencia C-840 de 2000.

²¹ Sentencia C-070 de 1996.

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

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

d) El caso concreto

Antes de abordar el problema jurídico planteado en la demanda y aplicando la facultad excepcional prevista en el artículo 6° del Decreto 2067 de 1991,²² la Corte en el caso bajo estudio procede a integrar la unidad normativa del segmento demandado con la totalidad del artículo 165 de la Ley 599 de 2000, no sólo porque guardan estrecha e íntima conexión sino porque además los efectos de la decisión que se adopte inciden en la manera como debe ser entendido y aplicado el delito de desaparición forzada regulado en la citada disposición legal.

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

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

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

El particular que perteneciendo a un grupo armado al margen de la ley someta a otra persona a privación de su libertad cualquiera que sea la forma, seguida de su ocultamiento y de la negativa a reconocer dicha privación o de dar información sobre su paradero, sustrayéndola del amparo de la ley, incurrirá en prisión de veinte (20) a treinta (30) años, multa de mil (1.000) a tres mil (3.000) salarios mínimos legales mensuales vigentes y en interdicción de derechos y funciones públicas de diez (10) a veinte (20) años.

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

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

Con base en lo anterior, concluye la Corte que tratándose de la desaparición forzada cometida por agentes del Estado –servidores públicos–, en forma directa o indirectamente a través de un particular que actúe bajo su determinación o aquiescencia, la descripción de la conducta exige que se someta a una persona a privación de su libertad, bien sea en forma legal o ilegal; que luego la víctima sea ocultada y sus familiares no puedan conocer su paradero; y que ocultada la víctima, el sujeto agente se abstenga de brindar información sobre su paradero sustrayéndola del amparo de la ley, imposibilitándola de esta manera para ejercer cualquiera de los recursos legales establecidos para su protección. Es decir, que no es necesario requerimiento alguno pues basta la falta de información.

Sin duda, la consagración de este inciso está en consonancia con el mínimo de protección establecida en los instrumentos internacio-

nales que consagran la desaparición forzada como un delito de Estado.

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

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

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

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

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

En verdad, al dejar por fuera las hipótesis citadas se desconoce el artículo 12 superior que, como ya quedó dicho, consagra una protección más amplia que la regulada en los instrumentos internacio-

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

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

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

Sobre el particular, cabe recordar que el Estado como responsable de la efectividad de los derechos constitucionales fundamentales, no sólo está comprometido a no vulnerarlos sino a hacer todo

lo que esté a su alcance para respetarlos, garantizarlos, protegerlos y promoverlos, razón por la cual la tipificación de los delitos debe estar en consonancia con la Carta Política. Por ello, el Estado no cumple con su deber de proteger los derechos constitucionales fundamentales, cuando al sancionar determinadas conductas violatorias de los derechos humanos deja de tipificar y sancionar los comportamientos de otros sujetos que potencialmente están en capacidad de afectar tales derechos fundamentales –bienes jurídicos tutelados con la norma penal–.

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

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

Por todo lo anterior, es claro que la calificación del sujeto activo que está consignada en el inciso primero de la norma bajo revisión para el delito de la desaparición forzada resulta a todas luces inconstitucional, y en consecuencia, la Corte procederá a declarar la inconstitucionalidad de las expresiones “perteneciendo a un grupo armado al margen de la ley” del inciso primero del artículo 165 del

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

Código Penal. No considera, sin embargo, necesario extender tal pronunciamiento a la palabra “particular” del inciso primero del artículo en cuestión, por cuanto al hacerlo quedaría sin efectos la tipificación de la desaparición forzada contenida en el inciso segundo de la citada norma respecto de los particulares que actúen bajo determinación o aquiescencia de un servidor público.

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

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

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

En efecto, mientras la tipificación de la desaparición forzada busca la protección de una multiplicidad de bienes jurídicos –tales como el derecho a la vida, a la libertad y a la seguridad de su persona, la prohibición de tratos crueles, inhumanos o degradantes, el derecho a no ser arbitrariamente detenido, preso ni desterrado, el derecho a un juicio imparcial y un debido proceso, el derecho al reconocimiento de la personalidad jurídica ante la ley y el derecho a un tratamiento humano de detención, entre otros–, el secuestro solamente protege el bien jurídico de la libertad y autonomía personal. Además, mientras el delito de secuestro lo comete quien arrebate, sustraiga, retenga u oculte a una persona con los fines determinados en la legislación penal, la comisión de la desaparición forzada se consuma 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 ade-

más la negativa a reconocer dicha privación o de dar información sobre su paradero sustrayéndola del amparo legal.

Aceptar como cierta tal apreciación no sólo es restringir el alcance de la garantía constitucional del artículo 12 superior, sino que además con su aplicación también se violaría el principio de igualdad (art. 13 de la 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.

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

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

Garantías judiciales y debido proceso

Comité de Derechos Humanos de las Naciones Unidas

Caso Joseph Kavanagh contra Irlanda

Comunicación 819 de 1998

Decisión adoptada el 4 de abril de 2001

Dictamen al tenor del párrafo 4 del artículo 5 del Protocolo Facultativo

1. Firma la comunicación, fechada el 27 de agosto de 1998, el Sr. Joseph Kavanagh, súbdito irlandés, nacido el 27 de noviembre de 1957. Afirma que la República de Irlanda ha violado el párrafo 1 y el apartado a) del párrafo 3 del artículo 2, los párrafos 1 y 3 del artículo 4, los párrafos 1, 2 y 3 del artículo 14 y el artículo 26 del Pacto. El Pacto y el Protocolo Facultativo entraron en vigor para Irlanda el 8 de marzo de 1990. El autor de la comunicación está representado por letrado.

Antecedentes

2.1. En el párrafo 3 del artículo 38 de la Constitución irlandesa se dispone que, mediante ley al efecto, se podrán establecer tribunales especiales para el enjuiciamiento de delitos en los casos en que quepa considerar, con arreglo a la ley, que los tribunales ordinarios son “inadecuados para garantizar una administración efectiva de la justicia y el mantenimiento de la paz y el orden públicos”. El 26 de mayo de 1972, de conformidad con el párrafo 2 del artículo 35 de la *Ley de 1939 sobre los delitos contra la seguridad del Estado*, el Gobierno hizo uso de la facultad de legislar por decreto y creó el Tribunal Penal Especial encargado de procesar algunos delitos. En los párrafos 4 y 5 del

artículo 35 de la ley se dispone que, si en cualquier momento el Gobierno o el Parlamento estiman que los tribunales ordinarios son de nuevo adecuados para garantizar una administración efectiva de la justicia y el mantenimiento de la paz y el orden públicos, dispondrán por decreto o resolución, respectivamente, que se deroga el régimen del Tribunal Penal Especial. No se ha promulgado hasta la fecha ningún decreto ni ninguna resolución de derogación.

2.2. Con arreglo al párrafo 1 del artículo 47 de la ley, el Tribunal Penal Especial es competente para entender en un “delito de la lista” (es decir, en uno de los delitos especificados en una lista) cuando el fiscal general “considere apropiado” que una persona acusada de delito sea juzgada por el Tribunal Penal Especial en vez de serlo por los tribunales ordinarios. El alcance del concepto “delito de la lista” se determina en la *Orden de 1972 sobre los delitos contra la seguridad del Estado (delitos de la lista)* y quedan comprendidos en él los delitos sancionados por la *Ley de 1861 sobre los daños causados deliberadamente*, por la *Ley de 1883 sobre las sustancias explosivas*, por las *Leyes de 1925 a 1971 sobre las armas de fuego* y por la *Ley de 1939 sobre los delitos contra la seguridad del Estado*. Posteriormente, en virtud de un instrumento legislativo se añadió otra clase de delitos, a saber, los sancionados por el artículo 7 de la *Ley de 1875 sobre la conspiración y la protección de la propiedad*. El Tribunal Penal Especial tiene además competencia para entender en delitos que no figuran en la lista cuando el Fiscal General certifica, con arreglo al párrafo 2 del artículo 47 de la Ley de 1939, que, a su modo de ver, los tribunales ordinarios son “inadecuados para garantizar una administración efectiva de la justicia en el caso del juicio de la persona objeto de acusación”. Se han delegado a la Fiscalía del Estado estas facultades del fiscal general.

2.3. En contraste con los tribunales ordinarios de la jurisdicción penal, integrados por jurados, los tribunales penales especiales están formados por tres magistrados que adoptan las decisiones por mayoría de votos. El Tribunal Penal Especial utiliza además un procedimiento distinto del de los tribunales penales ordinarios, por ejemplo, el acusado no puede reclamar la aplicación del procedimiento

preliminar de examen en relación con las declaraciones de determinados testigos.

Exposición de los hechos

3.1. El 2 de noviembre de 1993 ocurrió un grave incidente, en apariencia muy bien organizado, en que el gerente de una entidad bancaria irlandesa, su esposa, sus tres hijos y una niñera fueron detenidos y agredidos en su hogar por siete miembros de una banda. Luego, con amenazas de violencia, se obligó al gerente a robar una cantidad muy considerable de dinero de su propio banco. El autor de la comunicación reconoce que participó en el incidente, pero afirma que había sido secuestrado por la banda antes del incidente y que obró por coacción y amenazas de violencia contra su persona y su familia.

3.2. El 19 de julio de 1994, el autor de la comunicación fue detenido como culpable de siete delitos relacionados con el incidente, entre ellos los de detención ilegal, robo, obtención de dinero con amenazas, conspiración para obtener dinero con amenazas y posesión de un arma de fuego con la intención de cometer el delito de detención ilegal. Seis de los delitos no estaban comprendidos en la lista y el séptimo (posesión de un arma de fuego con la intención de cometer el delito de detención ilegal) era un “delito de la lista”.

3.3. El 20 de julio de 1994, el autor de la comunicación fue acusado de los siete delitos ante el Tribunal Penal Especial por orden de la Fiscalía del Estado de fecha 15 de julio de 1994 en aplicación de los párrafos 1 y 2 del artículo 47 de la Ley de 1939, del delito comprendido en la lista y de los delitos no comprendidos en la lista, respectivamente.

3.4. El 14 de noviembre de 1994, el autor de la comunicación solicitó del Tribunal Superior autorización para pedir la revisión judicial de la orden de la Fiscalía. El Tribunal Superior concedió autorización el mismo día y el autor de la comunicación presentó su

petición en junio de 1995. Afirmó que los delitos de los que había sido acusado no tenían ninguna connotación subversiva o paramilitar y que los tribunales ordinarios eran adecuados para juzgarlo. Impugnó el Decreto de 1972 con el argumento de que no existía ya ninguna base sólida que pudiera justificar razonablemente la opinión sobre la que el decreto estaba fundado y solicitó una declaración al efecto. Solicitó también que se anulara la calificación de la Fiscalía del Estado con respecto a los delitos no comprendidos en la lista, con el argumento de que la Fiscalía del Estado no estaba facultada para atribuir el enjuiciamiento de los delitos no comprendidos en la lista al Tribunal Penal Especial si no tenían una connotación subversiva. A este respecto, afirmó que la argumentación expuesta por el Fiscal General ante el Comité de Derechos Humanos en su 48° período de sesiones, según la cual el Tribunal Penal Especial era necesario a causa de la campaña en curso en Irlanda del Norte, permitía prever legítimamente que sólo los delitos relacionados con Irlanda del Norte serían juzgados por el Tribunal. Afirmó además que la decisión de enjuiciarlo ante el Tribunal Penal Especial constituía una discriminación injusta contra él.

3.5. El 6 de octubre de 1995, el Tribunal Superior rechazó todos los argumentos del autor de la comunicación. El Tribunal, en consonancia con una sentencia anterior, resolvió que las decisiones de la Fiscalía del Estado no podían ser revisadas en ausencia de pruebas de *mala fides* y negó que ésta hubiera sido influida por una motivación o por una política impropias. A juicio del Tribunal, no era impropio calificar delitos no comprendidos en la lista de delitos de carácter no subversivo o no paramilitar. El Tribunal concluyó que se podía razonablemente adoptar una decisión apropiada y válida y confirmó la calificación. En cuanto a la impugnación básica del Decreto de 1972, el Tribunal Superior consideró que le bastaba examinar la constitucionalidad de la medida del Gobierno en 1972 y que el Tribunal no podía expresar una opinión acerca de la obligación presente del Gobierno, de conformidad con el párrafo 4 del artículo 35, de poner fin al régimen especial. El Tribunal Superior consideró que ejercer la facultad de anular el decreto equivaldría a usurpar la

función legislativa en una esfera en que los tribunales no tenían competencia.

3.6. Con referencia a la afirmación según la cual el autor de la comunicación era objeto de un juicio de carácter diferente del de los procesados por delitos análogos que no habían sido juzgados por el Tribunal Penal Especial, el Tribunal Superior llegó a la conclusión de que el autor de la comunicación no había probado que esta diferencia de trato fuera injusta. Por último, el Tribunal Superior afirmó que ninguna declaración de un representante del Estado ante un comité internacional podía modificar el efecto de una ley válida o limitar las facultades discrecionales de la Fiscalía del Estado ejercidas de conformidad con dicha ley.

3.7. El 24 de octubre de 1995, el autor de la comunicación recurrió ante el Tribunal Supremo. En particular, afirmó que el Decreto de 1972 tenía por objeto reprimir actos subversivos y que nunca se había previsto que la jurisdicción del Tribunal Penal Especial abarcara los “delitos ordinarios”. Argumentó además que el Gobierno tenía la obligación de revisar y derogar el decreto tan pronto como llegara al convencimiento de que los tribunales ordinarios bastaban para garantizar una administración efectiva de la justicia y el mantenimiento de la paz y el orden públicos.

3.8. El 18 de diciembre de 1996, el Tribunal Supremo desestimó el recurso del autor de la comunicación contra la decisión del Tribunal Superior. El Tribunal Supremo resolvió que la decisión gubernamental de 1972 de legislar por decreto era esencialmente una decisión política y podía beneficiarse de una presunción de constitucionalidad que no había sido refutada. El Tribunal Supremo resolvió que, de conformidad con el artículo 35 de la Ley de 1939, tanto el Gobierno como el Parlamento tenían la obligación de derogar el régimen tan pronto como tuvieran la certeza de que los tribunales ordinarios eran de nuevo adecuados para desempeñar su misión. Aun cuando en principio pudiera ser objeto de revisión judicial la existencia del Tribunal Penal Especial, el Tribunal Supremo consideró que no se había demostrado que el mantenimiento del régimen tenía como consecuencia un menoscabo de los derechos constitucionales te-

niendo en cuenta que la situación podía ser objeto de revisión y que el Gobierno seguía estando convencido de su necesidad.

3.9. En consonancia con la jurisprudencia sentada en el asunto *El pueblo (Fiscalía del Estado) c. Quilligan*,¹ el Tribunal Supremo consideró que la ley autorizaba también el enjuiciamiento de actos “no subversivos” por el Tribunal Penal Especial si la Fiscalía del Estado creía que los tribunales ordinarios eran inadecuados. El autor de la comunicación afirma que, después de haber sido desechado el recurso, han quedado agotadas todas las vías internas posibles dentro del sistema judicial irlandés en relación con los asuntos planteados.

3.10. Después de haberse denegado varias solicitudes de libertad bajo fianza, el juicio del autor de la comunicación ante el Tribunal Penal Especial comenzó el 14 de octubre de 1997. El 29 de octubre de 1997, el autor de la comunicación fue condenado por los delitos de robo, posesión de un arma de fuego, a saber una pistola, con la intención de cometer un delito, a saber, el de detención ilegal, y exigir la entrega de dinero mediante amenazas con propósito de robo. El autor de la comunicación fue condenado a penas de prisión de 12, 12 y 5 años, respectivamente, que debía cumplir de modo simultáneo desde el 20 de julio de 1994 (fecha de la detención del autor de la comunicación). El 18 de mayo de 1999, el Tribunal de Apelación Penal desestimó la petición del autor de la comunicación de autorización para recurrir de la sentencia condenatoria.

La denuncia

4.1. El autor de la comunicación afirma que la orden de la Fiscalía del Estado, de que fuera juzgado por el Tribunal Penal Especial, violó el principio de equidad y total igualdad de condiciones enunciado en los párrafos 1 y 3 del artículo 14. El autor de la comunicación se queja de haber sido situado en posición de grave desventaja en

¹ [1986] I.R. 495.

comparación con otras personas acusadas de delitos análogos o de los mismos delitos, que han sido juzgadas en cambio por los tribunales ordinarios y que, por consiguiente, se han podido beneficiar de un mayor conjunto de posibles salvaguardias. El autor de la comunicación pone de relieve que, en su caso, el juicio por un jurado y la posibilidad de efectuar exámenes preliminares de los testigos habrían sido particularmente importantes. La evaluación del crédito de varios testigos relevantes habría sido el objeto principal de su causa. Así, pues, afirma que ha sido retenido arbitrariamente y tratado con desigualdad en sus derechos procesales, pues la Fiscalía del Estado no ha dado ninguna razón o justificación de su decisión.

4.2. El autor de la comunicación reconoce que el derecho a ser juzgado por un jurado y a examinar de modo preliminar a los testigos no se enuncia expresamente en el párrafo 3 del artículo 14, pero declara que las disposiciones del párrafo 3 del artículo 14 sólo enumeran algunas, pero no todas, las exigencias de la equidad. Afirma que la finalidad evidente del artículo en su conjunto es instituir garantías significativas que estén a la disposición de todos por igual. Por consiguiente, el autor de la comunicación afirma que estos derechos, que, según declara, son salvaguardias decisivas en la jurisdicción del Estado Parte, están igualmente garantizados por el artículo 14.

4.3. El autor de la comunicación se queja además de que la decisión adoptada por la Fiscalía del Estado al amparo del artículo 47 de la ley se dictó sin ningún motivo o justificación y que, por consiguiente, violó la garantía del párrafo 1 del artículo 14 a ser oído públicamente. El órgano judicial más elevado del Estado Parte, el Tribunal Supremo, resolvió en el asunto *H. c. la Fiscalía del Estado*² que no se podía obligar a la Fiscalía del Estado a motivar la decisión, salvo en circunstancias excepcionales en las que se demostrara *mala fides*. El autor de la comunicación afirma que, en relación con su juicio, se adoptó en secreto una decisión capital, a saber, la elección del procedimiento y de la jurisdicción, y ello sobre la base de considera-

² [1994] 2 I.R. 598.

ciones que no se comunicaron ni a él ni al público y que, por consiguiente, no podían ser objeto de refutación.

4.4. Además, el autor de la comunicación afirma que la decisión de la Fiscalía del Estado violó la presunción de inocencia garantizada por el párrafo 2 del artículo 14. Considera que el restablecimiento del Tribunal Penal Especial por el Gobierno irlandés en 1972 se debió a la intensificación de la violencia en Irlanda del Norte y que la intención era aislar mejor a los jurados de influencias impropiedades e interferencias externas. El autor de la comunicación afirma que la decisión de la Fiscalía del Estado tiene como base la determinación de que el autor de la comunicación es miembro o cómplice de una agrupación paramilitar o subversiva participante en el conflicto de Irlanda del Norte o de que él o personas asociadas con él tratarían probablemente de ejercer ascendente o influencia de algún modo sobre los jurados si fuera juzgado por un tribunal ordinario. Declara también que permanecer detenido hasta el juicio en estas circunstancias da a entender también cierto grado de culpabilidad.

4.5. El autor de la comunicación niega ser o haber sido jamás miembro de una agrupación paramilitar o subversiva. Afirma que, por consiguiente, la decisión de la Fiscalía del Estado en su caso da a entender que hubiera tenido que estar asociado con la banda delincuente culpable del secuestro del día 2 de noviembre de 1993, lo que probablemente entorpecería o tendría algún influjo en la decisión de un jurado. El autor de la comunicación niega haber sido parte de la banda delincuente, lo que, a su modo de ver, es el principal asunto que debe quedar resuelto en el juicio y que, por consiguiente, no puede ser decidido de antemano por la Fiscalía del Estado.

4.6. El autor de la comunicación afirma que el Estado Parte no ha suministrado un recurso efectivo, según lo dispuesto en el artículo 2. En las circunstancias de su caso, se ha adoptado una decisión que plantea cuestiones evidentes en relación con el Pacto y que no está sujeta a un recurso judicial efectivo. Teniendo en cuenta que los tribunales limitan sus propias posibilidades de acción y restringen su análisis a elementos excepcionales y casi imposibles de demostrar, a consideraciones de *mala fides*, a motivos improprios o a las

consideraciones de la Fiscalía del Estado, no se puede decir que exista un recurso efectivo. Como no niega la existencia de circunstancias excepcionales, el autor de la comunicación no tiene a su alcance ningún recurso.

4.7. El autor de la comunicación afirma además que se ha violado el principio de no discriminación garantizado por el artículo 26, pues ha sido privado sin causa objetiva de importantes salvaguardias jurídicas al alcance de otras personas procesadas por delitos análogos. A este respecto, el autor de la comunicación afirma que el Decreto de 1972 por el que el Gobierno irlandés restableció el Tribunal Penal Especial es una derogación, al amparo del párrafo 1 del artículo 4, de determinados derechos enunciados en el artículo 14 del Pacto. Declara que la situación de violencia creciente en Irlanda del Norte que justificó la decisión del Gobierno ha dejado de existir y no se puede calificar ya de urgencia pública que ponga en peligro la existencia de la nación. Por consiguiente, el autor de la comunicación afirma que ya no es necesario apartarse de lo dispuesto en el Pacto. Al mantener en existencia el Tribunal Penal Especial, Irlanda viola las obligaciones contraídas en virtud de lo dispuesto en el párrafo 1 del artículo 4.

4.8. Por último, el autor de la comunicación afirma que Irlanda ha violado la obligación prescrita por el párrafo 3 del artículo 4. Afirma que, al no derogar su Decreto de 1972, Irlanda, por lo menos de momento, se aparta de facto o de modo oficioso de lo dispuesto en el artículo 14 del Pacto sin notificar de ello a los demás Estados Partes en el Pacto según lo prescrito.

Observaciones del Estado Parte acerca de la admisibilidad de la comunicación

5.1. El Estado Parte afirma que, a la luz del apartado b) del párrafo 2 del artículo 5 del Protocolo Facultativo, la comunicación se debe considerar inadmisibile porque no se han agotado los recursos de la jurisdicción interna. Al presentar la comunicación, su autor no ha-

bía interpuesto ante el Tribunal de Apelación Penal recurso contra la sentencia condenatoria. El Estado Parte afirma además que algunos aspectos de la reclamación no se han planteado en absoluto ante los tribunales nacionales. El Estado Parte afirma que el autor de la comunicación no ha mencionado nunca en los tribunales nacionales que no había sido oído públicamente o que se había violado su derecho constitucional a la presunción de inocencia. Por consiguiente, el Estado Parte afirma que estos aspectos son inadmisibles. Como anexo a sus comunicaciones, el Estado Parte transmite una decisión adoptada en 1995 por su órgano judicial más elevado, el Tribunal Supremo, según la cual la decisión de la Fiscalía del Estado no vulneraba la presunción de inocencia.³ (El Estado Parte ha reconocido en comunicaciones ulteriores que la cuestión de la presunción de inocencia se planteó en dos instancias del procedimiento de revisión judicial.)

5.2. El Estado Parte afirma, por fin, que el autor de la comunicación ha gozado de la plena protección del Pacto en relación con su detención, prisión, acusaciones formuladas y juicio. Afirma además que varias disposiciones del Pacto son inaplicables a las reclamaciones, que las reclamaciones son incompatibles con las disposiciones del Pacto y que las reclamaciones están insuficientemente documentadas.

Observaciones del autor de la comunicación sobre los argumentos del Estado Parte acerca de la admisibilidad

6.1. Además de responder a los argumentos de fondo formulados por el Estado Parte en relación con el contenido y la aplicabilidad del Pacto, el autor de la comunicación se refiere al agotamiento de los recursos internos. Indica que ha apelado contra la sentencia condenatoria y que la apelación sólo se refiere a las pruebas expuestas

³ O'Leary c. el Fiscal General [1995] 1 I.R.254.

en el juicio y a las inferencias que se derivan de ellas. Afirma que las cuestiones planteadas en relación con la calificación de la Fiscalía del Estado y el trato desigual e injusto de que ha sido objeto se discutieron a fondo, antes de su juicio, de instancia en instancia hasta el Tribunal Supremo. En respuesta a la afirmación del Estado Parte de que no reclamó por no haber sido oído “públicamente” ni planteó ninguna violación de la presunción de inocencia, el autor de la comunicación declara que la base y el fondo de esta reclamación se examinaron detenidamente a lo largo de los trámites de revisión judicial.

Observaciones del Estado Parte acerca del fondo de la comunicación

7.1. El Estado Parte declara que la Constitución irlandesa autoriza concretamente la creación de tribunales especiales por disposición legislativa. El Estado Parte señala que, después de la puesta en práctica de una revisión gubernamental periódica y de un procedimiento de evaluación el 14 de enero de 1997, se han efectuado revisiones teniendo en cuenta las opiniones de los organismos estatales competentes el 11 de febrero de 1997, el 24 de marzo de 1998 y el 14 de abril de 1999 y que se ha llegado a la conclusión de que mantener el Tribunal es necesario, no sólo teniendo en cuenta la amenaza permanente contra la seguridad del Estado a causa de actos concretos de violencia, sino también teniendo en cuenta la amenaza particular contra la administración de justicia, incluso con la intimidación de jurados, como resultado de la formación de bandas de delincuentes organizadas y despiadadas, responsables principalmente de delitos relacionados con las drogas y de actos de violencia.

7.2. El Estado Parte afirma que el régimen del Tribunal Penal Especial responde a todos los criterios expuestos en el artículo 14 del Pacto. Señala que ni el artículo 14 ni la Observación General del Comité sobre el artículo 14 ni otras normas internacionales exigen un juicio por un jurado ni una audiencia preliminar en que se pueda

interrogar a los testigos bajo juramento. En cambio, se exige simplemente que el juicio sea equitativo. La ausencia de uno de los elementos o de ambos no tiene como resultado, de por sí, que el juicio sea injusto. En muchos Estados pueden existir diferentes sistemas de enjuiciamiento y la mera posibilidad de disponer de mecanismos diferentes no se puede considerar de por sí una vulneración.

7.3. En cuanto a la afirmación del autor de la comunicación, según la cual su incapacidad para examinar de modo preliminar a los testigos bajo juramento viola las garantías de un juicio equitativo según el artículo 14, el Estado Parte pone de relieve que cada parte se encontraba en condiciones iguales y, por consiguiente, equilibradas en el juicio. En todo caso, la finalidad de esta actuación preliminar es simplemente suscitar cuestiones que se plantearán probablemente en los interrogatorios recíprocos en el juicio y no tiene efecto sobre el juicio propiamente dicho.

7.4. En relación con el argumento del autor de la comunicación según el cual sus derechos fueron vulnerados al comparecer ante el Tribunal Penal Especial para responder de acusaciones penales “ordinarias”, el Estado Parte afirma que es necesario garantizar una buena administración de la justicia frente a las amenazas que la debilitan, entre ellas las amenazas proferidas por grupos subversivos de la sociedad y por la delincuencia organizada, así como el peligro de intimidación de jurados. En el caso de que exista esta amenaza para la integridad de la actuación normal del jurado, como lo certificó la Fiscalía del Estado en el caso presente, los derechos del acusado están mejor protegidos de hecho por una sala de tres magistrados imparciales que están menos expuestos que un jurado al riesgo de sufrir una influencia externa indebida. El Estado Parte pone de relieve que la insuficiencia de los tribunales ordinarios, que debe constar para la Fiscalía del Estado antes de que se pueda invocar el Tribunal Penal Especial, puede estar relacionada no sólo con los delitos “políticos”, “subversivos” o paramilitares, sino también con el “gangsterismo ordinario o el tráfico de estupefacientes financiado y organizado o con otros casos en los que se pueda considerar que algunos jurados, por causa de corrupción, amenazas o interferencia

ilegal, no han podido hacer justicia”.⁴ Por consiguiente, la afirmación del autor de la comunicación según la cual su delito no tenía carácter “político” no es óbice para el enjuiciamiento por el Tribunal Penal Especial.

7.5. El Estado Parte afirma que se reconocieron también al autor de la comunicación todos los derechos enunciados en el párrafo 3 del artículo 14 del Pacto. En Irlanda, todas las personas que comparecen ante un tribunal penal ordinario gozan de estos derechos y lo mismo cabe decir de todos los que comparecen ante el Tribunal Penal Especial de conformidad con el artículo 47 de la Ley de 1939.

7.6. En relación con la afirmación del autor de la comunicación según la cual no fue oído “públicamente” según lo garantizado por el párrafo 1 del artículo 14, porque la Fiscalía del Estado no tenía que exponer y no expuso razones para la decisión de calificar de inadecuados a los tribunales ordinarios, el Estado Parte afirma que el derecho a un juicio público se refiere a las actuaciones del tribunal que en todas las fases y en todos los niveles se desarrollan abierta y públicamente también en el caso del Tribunal Penal Especial. Este derecho no se extiende a las decisiones de la Fiscalía del Estado anteriores al juicio. No sería conveniente exigir que se justificara o explicara la decisión de la Fiscalía del Estado, porque ello daría pie a investigaciones sobre informaciones de carácter confidencial con implicaciones en materia de seguridad que dejarían sin objeto la creación del Tribunal Penal Especial y no redundarían en el interés general del público.

7.7. En cuanto a la afirmación del autor de la comunicación según la cual se violó su derecho a la presunción de inocencia en virtud de lo dispuesto en el párrafo 2 del artículo 14, el Estado Parte afirma que esta presunción es un principio fundamental del derecho irlandés, que el Tribunal Penal Especial debe aplicar y aplica efectivamente. A los tribunales penales especiales incumbe la misma responsabilidad de la prueba que a los tribunales penales ordinarios, es

⁴ Tribunal Supremo, El Pueblo (Fiscalía del Estado) c. Quilligan [1986] I.R. 495, 510.

decir, es necesario probar la culpabilidad más allá de toda duda razonable. Por consiguiente, el autor de la comunicación tendría derecho a ser absuelto, si no se aportasen las pruebas requeridas.

7.8. El Estado Parte señala que el acusado impugnó con buen éxito un cargo al comienzo del juicio, fue absuelto de tres cargos y fue condenado por otros tres. Más generalmente, el Estado Parte observa que de 152 personas enjuiciadas por el Tribunal Penal Especial de 1992 a 1998, 48 se declararon culpables, 72 fueron condenadas y 15 fueron absueltas; se sobreseyeron las causas de 17. En relación con el juicio del acusado, la cuestión se planteó ante el Tribunal de Apelación Penal, según el cual, a la vista de la totalidad de las pruebas, la presunción de inocencia no había sido violada.

7.9. El Estado Parte afirma que, teniendo en cuenta que estos elementos demuestran en conjunto que el procedimiento aplicado por el Tribunal Penal Especial es equitativo y coincide con el artículo 14 del Pacto, la decisión de la Fiscalía del Estado de enjuiciar al autor de la comunicación ante dicho Tribunal no puede ser una violación del artículo 14.

7.10. En cuanto a las afirmaciones del autor de la comunicación acerca de un trato desigual y arbitrario incompatible con el artículo 26, el Estado Parte afirma que todos son tratados por igual en el régimen judicial instituido por la ley. Todos están igualmente sujetos a la evaluación de la Fiscalía del Estado de que los tribunales ordinarios tal vez no sean adecuados para garantizar una administración efectiva de la justicia y el mantenimiento de la paz y el orden públicos. Además, el autor de la comunicación fue tratado de modo idéntico al de cualquier otro en un caso calificado por la Fiscalía del Estado. El Estado Parte afirma también que, incluso si el Comité considera que se hizo una distinción entre el autor de la comunicación y otras personas acusadas de delitos análogos o igualmente graves, los criterios aplicados fueron razonables y objetivos, pues se consideró que los tribunales ordinarios eran inadecuados en este caso concreto.

7.11. El Estado Parte declara, contrariamente a lo afirmado por el autor de la comunicación, que sus autoridades policíacas creen que

el autor de la comunicación *era* miembro de un grupo delincuente organizado y pone de relieve la gravedad de los delitos, el carácter sobremano deliberado de la operación criminal y la brutalidad de los delitos cometidos. Aun cuando el autor de la comunicación estaba detenido antes del juicio, no se podía excluir el peligro de una intimidación de los jurados por otros miembros de la banda. No se ha aportado ningún elemento que sugiera que la evaluación de la Fiscalía del Estado se hizo de mala fe, en obediencia a una motivación o consideración indebida o que fuera arbitraria de otro modo.

7.12. Por último, acerca de las afirmaciones del autor de la comunicación según las cuales el Estado Parte no ha proporcionado un recurso efectivo por las violaciones de derechos según lo dispuesto en el artículo 2, el Estado Parte observa que su Constitución garantiza amplios derechos a los individuos y que cierto número de violaciones fueron denunciadas por el autor de la comunicación y examinadas por las diversas jurisdicciones hasta el órgano judicial más elevado del país. Los tribunales examinaron a fondo las cuestiones planteadas por el autor de la comunicación, aceptaron algunas de sus afirmaciones y rechazaron otras.

7.13. El Estado Parte rechaza también como extemporáneo el argumento del autor de la comunicación según el cual el Estado Parte se aparta, de facto o de modo oficioso, de lo dispuesto en el artículo 4 del Pacto. El Estado Parte afirma que el artículo 4 autoriza las excepciones en determinadas circunstancias, pero el Estado no invoca este derecho en el caso presente y el artículo no es aplicable.

Comentarios del autor de la comunicación sobre las observaciones del Estado Parte acerca del fondo de la comunicación

8.1. En respuesta al argumento del Estado Parte según el cual podía haber existido un peligro de intimidación de los jurados o de los testigos por parte de otros miembros de la banda y en apoyo de la decisión de la Fiscalía del Estado de enjuiciarlo ante el Tribunal

Penal Especial, el autor de la comunicación declara que el Estado Parte no ha revelado en ningún momento las razones de la Fiscalía del Estado que justificaron su decisión. Además, la Fiscalía no ha afirmado nunca con ocasión de una solicitud de liberación bajo fianza que existiera un riesgo de intimidación por el autor de la comunicación. En todo caso, si la Fiscalía del Estado decidiera que el autor de la comunicación u otros miembros de la banda iban a hacerlo –si éste fuera en realidad el motivo de la decisión– ello equivaldría a decir que la Fiscalía del Estado prejuzgaba el resultado del proceso. Por lo demás, no se ha dado al autor de la comunicación ninguna oportunidad de refutar la hipótesis de la Fiscalía del Estado.

8.2. En cuanto a la afirmación del Estado Parte de que el autor de la comunicación era efectivamente miembro de un grupo delincuente organizado, el autor de la comunicación se opone a ella con vigor y observa que ésta es la primera vez que el Estado Parte ha hecho una afirmación de esta índole. Es más, en relación con la solicitud de liberación bajo fianza la policía desechó expresamente este vínculo ante el tribunal y, durante el proceso, no se aportó ninguna prueba al efecto salvo la de participación en la comisión de los delitos. En todo caso, el Estado Parte no declaró si este fue el motivo de la decisión de la Fiscalía del Estado y, si así fue, esta decisión prejuzgó lo que era una cuestión del proceso.

8.3. En relación con las afirmaciones concretas del Estado Parte acerca del artículo 14, el autor de la comunicación pone de relieve que en su Observación General No. 13 el Comité señala que las exigencias del párrafo 3 del artículo 14 son garantías mínimas, cuya observancia no basta siempre para asegurar la equidad de un proceso según lo enunciado en el párrafo 1.

8.4. En cuanto a las revisiones gubernamentales del Tribunal Penal Especial efectuadas en febrero de 1997, marzo de 1998 y abril de 1999, el autor de la comunicación observa que esas revisiones no se dieron a conocer por anticipado, que no se invitó al público, a las organizaciones no gubernamentales ni a los órganos profesionales a participar en ellas y que no se dio ninguna información sobre las personas que realizaron las revisiones ni sobre los motivos detalla-

dos por los que el Gobierno decidió que el Tribunal seguía siendo necesario. En consecuencia, el autor de la comunicación afirma que las revisiones parecen ser exclusivamente internas, sin ningún contenido independiente y, por consiguiente, sin ningún valor efectivo como salvaguardia.

8.5. En relación con la afirmación del Estado Parte según la cual el Tribunal sigue siendo necesario, entre otras cosas, a causa de la aparición de bandas delincuentes sobremanera organizadas, que participan en muchos casos en el tráfico de drogas y en actos de violencia, el autor de la comunicación pone de relieve que el Decreto de 1972 se dictó evidentemente en el contexto de una “violencia políticamente inspirada” y que las sucesivas declaraciones gubernamentales, entre ellas la destinada al Tribunal Europeo de Derechos Humanos en 1980 y la destinada al Comité de Derechos Humanos en 1993,⁵ confirman este aspecto. No puede haber existido ningún otro motivo para la creación del Tribunal. La amenaza de bandas delincuentes modernas está más allá del alcance del Decreto de 1972 y, llegado el caso, sería necesario un nuevo decreto para oponerse a esta amenaza. En todo caso, muchas causas relativas al tráfico de drogas y a actos de violencia cometidos por bandas son juzgadas por los tribunales ordinarios y no hay ningún motivo evidente que justifique que la causa del autor de la comunicación se haya tratado de modo diferente a las otras.

8.6. El autor de la comunicación rechaza la afirmación del Estado Parte según la cual no fue situado en desventaja al negársele un examen preliminar pues la acusación se encontraba en la misma posición. El autor de la comunicación declara que la acusación pudo

⁵ Al examinar el informe inicial del Estado parte, el fiscal general del Estado Parte declaró al comité que el tribunal penal especial “era necesario para velar por los derechos fundamentales de los ciudadanos y proteger la democracia y el imperio de la ley de la campaña en marcha relacionada con el problema de Irlanda del Norte”. El Estado Parte utilizó el mismo argumento en exposiciones hechas en el caso *Holland c. Irlanda* (comunicación No. 593/1994, declarada inadmisibile el 25 de octubre de 1996, CCPR/C/58/D/593/1994).

privarle de este derecho y lo hizo después de haber visto y entrevistado a los correspondientes testigos, pero él no pudo privar a la acusación del derecho a un examen preliminar. Por consiguiente, afirma que no hubo igualdad de condiciones.

8.7. En cuanto a la afirmación del Estado Parte según la cual se había celebrado una “audiencia equitativa y pública”, el autor de la comunicación declara que no afirma que las actuaciones judiciales no fueran públicas, sino que la decisión de la Fiscalía del Estado, que formaba parte íntegra y esencialmente de la determinación de los cargos, no fue pública. La audiencia no fue tampoco equitativa, pues no se dieron ni notificación ni motivos y no hubo ninguna oportunidad de refutación. El autor de la comunicación cita diversas decisiones del Tribunal Europeo de Derechos Humanos,⁶ según las cuales una revisión judicial efectiva de las decisiones no puede ser anulada totalmente por la invocación de consideraciones de seguridad y afirma que en el asunto presente no ha habido ninguna posibilidad auténtica de revisión independiente efectiva. Los tribunales han limitado estrictamente su actividad al examen de las decisiones de la Fiscalía del Estado.

8.8. En cuanto al derecho a la presunción de inocencia, el autor de la comunicación afirma que la decisión de la Fiscalía del Estado de enjuiciarlo ante el Tribunal Penal Especial formó parte de la determinación de los cargos y que la Fiscalía del Estado debía aceptar esta presunción. Según el autor de la comunicación, la decisión de la Fiscalía tuvo como consecuencia que el autor de la comunicación fuera considerado participante en una organización subversiva o miembro de la banda que realizó el secuestro. El autor de la comunicación afirma que su enjuiciamiento por el Tribunal Penal Especial fue una indicación al Tribunal de que formaba parte de una peligrosa banda delincuente y cuesta creer que este factor no influyera en el resultado.

⁶ Tinnelly c. Reino Unido (caso 62/1997/846/1052-3), Chahal c. Reino Unido (caso 70/1995/576/662) y Fitt c. Reino Unido (solicitud No. 29777/96, decidida el 16 de febrero de 2000).

8.9. En respuesta a los argumentos del Estado Parte sobre la igualdad ante la ley, el autor de la comunicación señala que la afirmación del Estado Parte según la cual fue tratado del mismo modo que los demás imputados ante los tribunales penales especiales sólo quiere decir que fue tratado del mismo modo que el pequeño número de los que fueron juzgados por el Tribunal Penal Especial y no del mismo modo que la mayoría de las personas acusadas de delitos análogos juzgadas por los tribunales ordinarios. En todo caso, la mayoría de las 18 personas fueron juzgadas por delitos de carácter subversivo. Él mismo fue seleccionado para formar parte de este pequeño grupo sin que se explicaran los motivos y sin tener medios efectivos de impugnación.

8.10. Refiriéndose a la cuestión de saber si una diferenciación es objetiva, razonable y tendente al logro de un objetivo legítimo con arreglo al Pacto, el autor de la comunicación pone en duda que la utilización continuada del Tribunal sea apropiada teniendo en cuenta la disminución marcada de la violencia paramilitar. Incluso en el caso de que estos procedimientos sean una respuesta que guarde proporción con la actividad subversiva, lo que el autor de la comunicación no acepta, se plantea la cuestión de saber si es una respuesta legítima a una actividad no subversiva. El autor de la comunicación afirma que es imposible determinar si la diferenciación es razonable pues no se conocen los criterios de la Fiscalía del Estado y la Fiscalía está encargada de la acusación.

8.11. En relación con el argumento del Estado Parte según el cual éste no hizo uso de su derecho a apartarse de las disposiciones del Pacto según lo autorizado por el artículo 4, el autor de la comunicación afirma que, si bien el Estado Parte no había declarado el estado de excepción, el Decreto de 1972 por el que se estableció el Tribunal Penal Especial puso efectivamente en vigor una medida apropiada únicamente en condiciones de excepción. El autor de la comunicación declara que la condición que autoriza una medida de dicha clase –esto es, una amenaza a la vida de la nación– no existía entonces y no existe ahora. En todo caso, si el Estado Parte renuncia a

aplicar el artículo 4 no puede pretender tampoco justificar su proceder al amparo de las excepciones allí previstas.

Cuestiones materiales y procesales de previo pronunciamiento

9.1. Antes de examinar una denuncia contenida en una comunicación, el Comité de Derechos Humanos, de conformidad con el artículo 87 de su reglamento, debe decidir si es admisible con arreglo al Protocolo Facultativo del Pacto.

9.2. El Comité, de conformidad con el apartado a) del párrafo 2 del artículo 5 del Protocolo Facultativo, se ha cerciorado de que el mismo asunto no ha sido sometido ya a otro procedimiento de examen o arreglo internacionales.

9.3. En relación con la afirmación del Estado Parte según la cual no se han agotado las vías internas de recurso disponibles, el Comité observa que el litigio anterior al juicio acerca de la decisión de la Fiscalía del Estado se tramitó hasta el Tribunal Supremo. Además, una apelación contra la condena del autor de la comunicación, que planteaba cuestiones del juicio relacionadas con la decisión de la Fiscalía del Estado, fue rechazada en el Tribunal de Apelación Penal. No se puede prever que un reclamante plantee estas cuestiones ante los tribunales internos utilizando los mismos términos del Pacto, pues la forma de los recursos jurídicos difiere de un Estado a otro. De lo que se trata es de saber si en su totalidad las actuaciones han versado sobre los hechos y las cuestiones planteados actualmente ante el Comité. A la luz de estas actuaciones, en su calidad de autoridad verificadora distinta de los tribunales del Estado Parte y en ausencia de cualquier indicación acerca de otros recursos disponibles, el Comité concluye en consecuencia que lo dispuesto en el apartado b) del párrafo 2 del artículo 5 del Protocolo Facultativo no le impide examinar la comunicación.

9.4. Con respecto a las demandas del autor de la comunicación al amparo del artículo 2, el Comité considera que las afirmaciones

del autor de la comunicación no plantean cuestiones distintas de las examinadas con arreglo a los artículos invocados, que se examinan a continuación. Con respecto a la pretendida violación del artículo 4, el Comité observa que el Estado Parte no ha querido invocar este artículo.

9.5. En cuanto a los demás argumentos del Estado Parte acerca de la admisibilidad, el Comité expresa la opinión de que estos argumentos están íntimamente relacionados con cuestiones de fondo y no pueden ser disociados lógicamente de un examen completo de los hechos y argumentos expuestos. El Comité concluye que la comunicación es admisible en la medida en que plantea cuestiones relacionadas con los artículos 14 y 26 del Pacto.

Examen del fondo

10.1. El autor de la comunicación afirma que se ha violado el párrafo 1 del artículo 14 del Pacto en el sentido de que, como fue enjuiciado por un tribunal penal especial, el juicio no fue equitativo pues no tuvo la oportunidad de ser juzgado por un jurado y le fue denegado el derecho a examinar testigos en una fase preliminar. Reconoce que ni el juicio por un jurado ni el examen en una fase preliminar son elementos que estén garantizados en sí en el Pacto y que la ausencia de uno de ellos o de ambos no implica necesariamente que el juicio sea injusto, pero pretende que todas las circunstancias de su enjuiciamiento en el Tribunal Penal Especial indican que el proceso fue injusto. 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.

10.2. 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 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.

10.3. 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. Habida cuenta de esta conclusión al tenor del artículo 26, en el presente caso no es necesario examinar la cuestión de la violación de la igualdad “ante los tribunales y cortes de justicia” que dispone el párrafo 1 del artículo 14 del Pacto.

10.4. El autor sostiene que su derecho a ser oído públicamente con arreglo al párrafo 1 del artículo 14 fue violado por cuanto no fue oído por la Fiscalía del Estado antes de adoptar la decisión de enjuiciarlo ante un tribunal penal especial. El Comité considera que el derecho a ser oído públicamente se aplica al enjuiciamiento. No se aplica a las decisiones anteriores a éste que adopten fiscales o autoridades públicas. No se refuta que el proceso y el recurso del autor de la comunicación se llevaran a cabo públicamente y no en privado. Por lo tanto, el Comité es de opinión que no se violó el derecho a ser oído públicamente. El Comité considera asimismo que la decisión de enjuiciar al autor de la comunicación ante el Tribunal Penal Especial en sí no constituyó una violación de la presunción de inocencia establecida en el párrafo 2 del artículo 14.

11. El Comité de Derechos Humanos, actuando en virtud del párrafo 4 del artículo 5 del Protocolo Facultativo del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, considera que los hechos expuestos revelan una violación del artículo 26 del Pacto.

12. De conformidad con lo dispuesto en el apartado a) del párrafo 3 del artículo 2 del Pacto, el Estado Parte está obligado a suministrar al autor de la comunicación un recurso efectivo. El Estado Parte está obligado también a procurar que no vuelvan a ocurrir violaciones análogas: debe cerciorarse de que nadie sea sometido a enjuiciamiento en el Tribunal Penal Especial a menos que se aduzcan criterios razonables y objetivos para ello.

13. Teniendo presente que, al pasar a ser Parte en el Protocolo Facultativo, Irlanda ha reconocido la competencia del Comité para

determinar si ha habido una violación del Pacto y que, de conformidad con el párrafo 2 de éste, el Estado Parte se ha comprometido a garantizar a todos los individuos que se encuentren en su territorio y estén sujetos a su jurisdicción los derechos reconocidos en el Pacto y a suministrar un recurso efectivo y justiciable en el caso de que se haya cometido una violación, el Comité desea recibir del Gobierno de Irlanda, dentro de 90 días, información sobre las medidas que se adopten para dar cumplimiento al dictamen del Comité. Se pide asimismo al Estado Parte que difunda el dictamen del Comité.

Voto particular de los miembros del Comité Louis Henkin, Rajsoomer Lallah, Cecilia Medina Quiroga, Ahmed Tawfik Khalil y Patrick Vella

1. En tanto que la denuncia del autor se puede considerar con arreglo al artículo 26 que impone a los Estados la obligación de asegurar en sus disposiciones legislativas, judiciales y ejecutivas la igualdad de trato, sin distinciones, a toda persona, a menos que criterios razonables y objetivos justifiquen lo contrario, opinamos que también se ha violado el principio de igualdad consagrado en el párrafo 1 del artículo 14 del Pacto.

2. En su primera oración, el párrafo 1 del artículo 14 del Pacto arraiga el principio de igualdad en el propio aparato judicial. Ese principio trasciende y complementa los principios consagrados en los otros párrafos del artículo 14 relativos a la imparcialidad del proceso, la demostración de culpabilidad, salvaguardias procesales y probatorias, el derecho de recurso y revisión y, por último, la prohibición de segundo procesamiento por el mismo delito. Se viola este principio de igualdad en los casos en que las personas acusadas de cometer exactamente el mismo delito no son procesadas en tribunales normales competentes en la materia, sino en un tribunal especial a discreción del poder ejecutivo. Es así aun cuando el ejercicio de discreción por parte del órgano ejecutivo pueda ser sometido a revisión en los tribunales o no.

Comisión Interamericana de Derechos Humanos
Informe No. 50/00 Caso 11.298
Reinaldo Figueredo Planchart contra
La República Bolivariana de Venezuela
13 de abril de 2000

I. RESUMEN

1. Se denuncia la supuesta violación de derechos protegidos en la convención por parte del Estado venezolano en perjuicio del señor Reinaldo Figueredo Planchart en la investigación y juicio seguido contra él por los delitos de malversación y peculado. Se denuncia la violación del artículo 5 (1), (2) y (4) (Derecho a la Integridad Personal); artículo 8(1), (2)(b), (d), (f), (h) y (5) (Garantías Judiciales); y artículo 25(1) (Protección Judicial) en relación con el artículo 1(1) (Obligación de Respeto y Garantía) de la Convención. Se solicita a la Comisión que decida la suspensión de los efectos de la orden de detención dictada en contra del señor Figueredo; asimismo, la suspensión de la extradición o encarcelamiento mientras la Comisión decide sobre los méritos del caso. El Estado alegó como excepción de admisibilidad la falta de agotamiento de los recursos internos. La Comisión no acogió dicha excepción y declaró la admisibilidad del caso el 28 de septiembre de 1998, durante su 100º período ordinario de sesiones. En el Informe de Admisibilidad Nº 81/98 la Comisión se puso a disposición de las partes para lograr una solución amistosa del asunto. El peticionario aceptó dicho procedimiento, pero el Estado no envió observaciones al informe ni dio respuesta al ofrecimiento de la Comisión. En nota del 8 de marzo de 1999, la Comisión reiteró su ofrecimiento al Estado de Venezuela con un plazo de 30 días, manifestándole además que “[d]e no recibirse dicha respuesta en el plazo fijado, la Comisión continuará con la tramitación de este caso”. Al continuar con el trámite del caso y después de un análisis de los fundamentos de hecho y de derecho proporcionados por las partes, la Comisión considera que el Estado venezolano es

responsable de la violación de los derechos consagrados en la Convención Americana que fueron expuestos por el peticionario en su denuncia del 23 de mayo de 1994, salvo el derecho a la integridad personal, donde no se encontró responsabilidad del Estado. En consecuencia, la Comisión recomienda al Estado venezolano que declare nulo el proceso judicial seguido contra Reinaldo Figueredo Planchart, deje sin efecto la orden de detención en su contra y le otorgue un nuevo juicio con todas las garantías del debido proceso. Asimismo, el Estado deberá otorgar a Reinaldo Figueredo Planchart una adecuada y oportuna reparación que comprenda una plena satisfacción por las violaciones de los derechos humanos aquí establecidas. [...]

II. POSICIONES DE LAS PARTES

A. Los peticionarios

7. En la denuncia se alega que a Reinaldo Figueredo Planchart el Estado venezolano le ha violado derechos protegidos por la Convención. La Corte Suprema de Justicia ordenó la detención de Reinaldo Figueredo Planchart para ser enjuiciado por malversación y peculado durante su gestión como ministro de la Secretaría de la Presidencia y ministro de Relaciones Exteriores de Venezuela.

8. Se alega que durante dicho proceso se le ha violado el derecho de defensa por la Contraloría General de la República de Venezuela. Ésta realizó una “investigación documental” acerca del uso de fondos presupuestarios destinados a gastos de seguridad del Estado en 1989 y concluyó que existían indicios de haberse cometido los delitos de malversación y peculado. Este informe señaló como uno de los presuntos culpables al señor Figueredo. Dicho documento fue base de un procedimiento sumario ante un tribunal.

9. Se denuncia que la Contraloría General no le notificó al señor Figueredo la investigación en su contra; no le permitió conocer los elementos usados en su contra; no le concedió oportunidad alguna

de defenderse o aportar pruebas; se negó a entregarle copia del informe que le incrimina, a pesar de haberlo enviado al Fiscal General y a un tribunal; y no dio respuesta a su solicitud de que se abriera una “averiguación administrativa” en su contra con los debidos procedimientos y garantías de ley.

10. Se denuncia la violación del derecho de defensa por el Fiscal General de la República al citar informalmente al señor Figueredo; introducir una acusación penal en su contra ante la Corte Suprema de Justicia, mediante la utilización como prueba fundamental del informe de la Contraloría General, sin conocer los elementos de convicción utilizados ni tener la oportunidad de contradecirlos; y al negarle acceso al texto de la acusación y del informe de la Contraloría General en que se fundamenta la acción.

11. Se denuncia la violación por la Corte Suprema de Justicia de Venezuela de los derechos de defensa, de apelación y de no ser objeto de trato cruel e inhumano, en perjuicio del señor Figueredo.

12. El 20 de mayo de 1993, la Corte Suprema declaró la existencia de méritos suficientes para el enjuiciamiento del entonces diputado Figueredo, con base en lo dispuesto constitucionalmente para el enjuiciamiento penal en contra de ciertos funcionarios (presidente de la república, senadores, diputados). Señala el peticionario que ante tal decisión de la Corte, al señor Figueredo no se le permitió conocer los elementos existentes en su contra, ni se le permitió defenderse. Que la decisión de la Corte, basada en el informe de la Contraloría, dictaminó que existían indicios de que se habían cometido los delitos de malversación y peculado; sin embargo, no especificó cuáles eran los indicios, ni por cuáles delitos debía enjuiciársele. La decisión de la Corte tuvo los efectos de someter al señor Figueredo a un juicio, allanarle la inmunidad parlamentaria y desincorporarlo como diputado del Congreso Nacional.

13. La Corte Suprema decidió enjuiciarlo (conjuntamente con el presidente Carlos Andrés Pérez y el senador Alejandro Izaguirre) en forma directa, en un procedimiento cuyas decisiones no admiten apelación. Iniciado el procedimiento, la Corte no le permitió conocer los elementos de prueba en su contra, ni presentar pruebas o

alegatos o realizar acto alguno para defenderse. Esa etapa sumaria concluyó con la orden de detención en su contra sin posibilidad de libertad bajo fianza.

14. La Corte le tomó declaración en acto secreto con la presencia únicamente de los representantes del Fiscal acusador y de los funcionarios de la propia Corte, sin la posibilidad de la asistencia de su abogado. La Corte no le permitió designar abogado apoderado o defensor, ni realizar actuación alguna ante la Corte para hacer alegatos, presentar elementos de prueba o formular cualquier solicitud mientras no se hubiera ordenado su detención. Aduce el peticionario que la Corte expresó que hasta ese momento a él y a los otros dos no se les podía considerar procesados, a pesar de haber sido individual y nominalmente sometidos a juicio por decisión de la misma Corte.

15. Un año después de iniciarse el proceso, la Corte decidió que estaba comprobada la existencia de los delitos de malversación y peculado; que había fundados indicios de culpabilidad en su contra y ordenó su detención mientras se realizaba el juicio plenario. Alega el peticionario que “no hay ninguna acusación ni ningún elemento que arroje la más leve sospecha sobre mi honestidad o mi integridad personales”.

16. Asimismo, alega el peticionario que de conformidad con la ley y con anteriores decisiones de la Corte, no puede concederse en ningún caso libertad bajo fianza a los procesados por delitos previstos en la Ley de Salvaguarda del Patrimonio Público, por lo que permanecería privado de su libertad por todo el tiempo que dure el juicio. Además, describe las peligrosas condiciones de los sitios de detención venezolanos.

17. El peticionario denuncia la violación del derecho de defensa por parte de la Corte Suprema al no habersele permitido conocer las acusaciones y elementos de prueba en su contra; al no habersele permitido nombrar abogado defensor ni apoderado, ni actuar, presentar pruebas o alegatos o hacer pedimentos en ningún estado del proceso que condujo a la orden de detención en su contra; al

habérsele sometido a interrogatorio sin permitir la presencia de sus abogados defensores ni de ningún tercero imparcial de buena fe.

18. Ante el alegato del Estado de que la acusación junto con los documentos de apoyo se le entregó después del antejuicio y antes del sumario, sostiene el peticionario que “los documentos le fueron entregados en esa oportunidad al ex Presidente Pérez, no al señor Figueredo, quien no tuvo acceso a esos documentos sino un año más tarde, después del sumario”.

19. El peticionario denuncia la violación del derecho de recurrir los fallos dictados en su contra, así como la “orden de sometimiento a castigos inhumanos, sin haber sido ni siquiera sentenciado, al ordenar su detención sin posibilidad de libertad bajo fianza en condiciones de grave peligro para su integridad física y moral”.

20. En la denuncia complementaria presentada por el peticionario, se alega que la independencia de la Corte “se presta razonablemente a ser cuestionada”.

21. Se alega la violación por la Sala Político-Administrativa de la Corte Suprema de Justicia de Venezuela del derecho al debido proceso legal.

22. Aduce el peticionario que, ante la imposibilidad de defenderse de las imputaciones contenidas en el informe de la Contraloría, introdujo el 10 de noviembre de 1993, a través de apoderado, ante la Sala Político-Administrativa de la Corte Suprema, una acción de nulidad de dicho informe. A pesar del vencimiento de los lapsos procesales y de la incidencia que esta sentencia habría de tener en el juicio principal, aún la Sala no ha emitido decisión al respecto. En la misma oportunidad, introdujo un recurso de amparo de los derechos constitucionales violados por el informe en cuestión. Nueve meses después de su interposición, el recurso de amparo fue declarado improcedente.

23. Se denuncia que los magistrados de esa sala actuaron en el juicio principal mediante su participación en la decisión que ordena su detención, y no se pronunciaron sobre los recursos planteados. Alega el peticionario retardo injustificado y denegación de justicia.

24. Consecuentemente, el peticionario ha solicitado a la Comisión que investigue la violación por el Estado de Venezuela, en su contra, del artículo 5, numerales 1, 2 y 4, y del artículo 8, numerales 1, 2(b), 2 (d), 2 (f), 2 (h) y 5, artículo 24 y artículo 25 de la Convención. Pide a la Comisión “que decida, como medida cautelar de carácter urgente, y comunique al Estado de Venezuela, la suspensión de los efectos de la orden de detención dictada en su contra, a fin de evitar el daño irreparable a su integridad física y moral y de permitirle comparecer en libertad, con las debidas seguridades y garantías, a ejercer su derecho de defensa en el juicio que se le sigue”.

25. A la vez, solicita a la Comisión que interponga sus oficios ante la Corte Interamericana de Derechos Humanos, con carácter urgente, para que ésta decida como medida cautelar [sic] y así lo comunique al Estado de Venezuela “la suspensión de los efectos de la orden de detención en su (mi) contra, a fin de evitar daños irreparables a su (mi) integridad física y moral y de permitirle (me) comparecer en libertad, con las debidas seguridades y garantías, a ejercer su (mi) derecho de defensa en el juicio que se le (me) sigue”.

26. En fecha posterior a su denuncia original, el peticionario interpuso ante la Comisión una solicitud contingente de medidas cautelares. El peticionario solicita que en el caso en que la Corte Suprema de Venezuela le condenare en el proceso penal que es objeto de esta petición, que dicte una resolución que recomiende, *ad interim*, medidas cautelares.

27. Si así fuere el caso, la medida cautelar solicitada es la siguiente:

Una resolución que declare que la Comisión recomienda que a la condena del Sr. Figueredo por parte de la Corte Suprema de Venezuela en el proceso penal que es objeto de esta petición, no se le otorguen efectos legales, a los fines de extradición o encarcelamiento, mientras la Comisión no haya resuelto las graves cuestiones de violaciones del debido proceso en ese caso, que actualmente están pendientes ante la Comisión.

28. En la denuncia complementaria presentada por el peticionario, solicita además a la Comisión que “recomiende que se compense al Sr. Figueredo por sus lesiones producto de la violación de sus derechos, incluyendo, sin limitarse a ello, la pérdida de empleo durante el período incluido desde el inicio del sumario; que recomiende que Venezuela reforme sus leyes y procedimientos para asegurarse de que no vuelvan a ocurrir tales violaciones, incluyendo, sin limitarse a ello, el aseguramiento de que los derechos de defensa se aplican tanto en el sumario como en el plenario [...]”

B. El Estado

29. Alega el Estado que la denuncia resulta inadmisibles por no haberse agotado los recursos de la jurisdicción interna.

30. Señala el Estado que no se le informó al peticionario sobre el contenido de la acusación en su contra debido a que “no se puede concluir que en todos los casos debe hacerse el traslado al acusado de la copia de la acusación como de la documentación que a ella se anexe”.

31. El procurador afirma que la entrega al acusado de la copia íntegra de la querrela sólo es obligatoria en los juicios de responsabilidad, cuando el delito imputado no merezca pena corporal. “Debe tenerse presente, que en este caso, se imputaron al acusado los delitos de malversación y peculado, los cuales tienen asignadas en la Ley Orgánica de Salvaguarda del Patrimonio Público, penas corporales o restrictivas de la libertad”.

32. Es posición del Estado que el “juicio instaurado contra el ciudadano Reynaldo Figueredo Planchart, continúa su curso con estricto apego al ordenamiento jurídico consagrado en la Constitución y en las Leyes de la República”.

33. En el proceso denominado “antejuicio de mérito” no son aplicables las garantías consagradas en el artículo 8 de la Convención, por no ser éste un juicio, ni “un proceso para determinar responsabilidad de ninguna naturaleza”. No es un procedimiento dirigido a

producir una sentencia de responsabilidad sino un pronunciamiento sobre la viabilidad o no de un juicio a seguir. “Hacer presentes dichas garantías judiciales en el antejuicio, desnaturalizaría a este procedimiento previo y lo convertiría en algo distinto de lo que es”.

34. El procedimiento aplicado en el presente caso no fue el de la “Averiguación Administrativa” sino el procedimiento de la “Inspección Fiscal” que “no es un procedimiento sancionatorio sino constataador de informaciones, del cual, eventualmente puede surgir un procedimiento sancionatorio”:

El caso del señor Figueredo es un caso de competencia por conexión, dada la íntima relación con la causa seguida en contra del expresidente de la república Sr. Carlos Andrés Pérez. Por esta particular situación, el hecho de que el juicio se ventile ante el máximo Tribunal de la República, es una prerrogativa funcional prevista en nuestra Constitución que opera como una garantía derivada, precisamente, de la necesidad de proteger la majestad de la Presidencia de la República y de quien ocupe tan alta investidura al momento de iniciarse el juicio. Trátase de una garantía reconocida y recogida en numerosos ordenamientos constitucionales, que aún generando juicios penales sin apelación, no ha sido considerada, sin embargo, en la justicia internacional, como violatoria de derechos humanos; ni siquiera, en casos en que el juicio se ha seguido también, por conexión, contra funcionarios de menor rango que los protegidos por esa prerrogativa, como es la hipótesis que hoy concierne al ciudadano Reinaldo Figueredo Planchart.

35. Alega el Estado que el señor Figueredo votó por su allanamiento sin oponerse; que recibió de manera oportuna la información de la acusación fiscal a objeto de que la pudiese utilizar para su defensa en el “juicio”, en el proceso que actualmente se le sigue ante la Corte Suprema de Justicia; que se le entregó la acusación junto con los documentos de apoyo después del antejuicio y antes de que comenzara el sumario; que “para mayor garantía del acusado, no le juzga un tribunal unipersonal o una sala, sino la totalidad de los magistrados –en este caso quince– integrantes del Supremo Tribunal de la República”.

36. Señala el Estado que el antejuicio de mérito no es un juicio de responsabilidad sino un elemento incidental al juicio sobre el fondo:

Es un juicio de única instancia, ciertamente, pero tan igual como el juicio de única instancia que le podría seguir al Estado venezolano si la Comisión Interamericana decidiese accionar contra el mismo en sede de la Corte Interamericana de Derechos Humanos [...] El antejuicio de mérito no es un juicio de responsabilidad sino un mero privilegio de procesabilidad y por ende un elemento incidental al juicio sobre el fondo; siendo evidente y manifiesto que en el juicio seguido al denunciante no se ha incurrido en dilaciones procesales, es decir, en manifiesta denegación de justicia; constando además que sus abogados participan activamente dentro del proceso [...]

37. El Estado solicita a la Comisión que la denuncia interpuesta sea declarada improcedente:

Solicita el Estado que la denuncia interpuesta sea declarada improcedente por: a) no haberse agotado los recursos internos; b) por referirse su planteamiento a un disfrute de un privilegio de la función pública y no a la perturbación de un derecho ciudadano como la defensa, que por lo demás está garantizada y ejerce a plenitud en la actualidad y ante la Corte Suprema de Justicia; c) por ser falsa su afirmación de que no le fue trasladada para su oportuna defensa la acusación fiscal y los documentos que le soportaron; d) por lo incierto de su afirmación en cuanto a que el efecto del antejuicio de mérito fue despojarlo arbitrariamente de su condición parlamentaria, demostrado como ha sido que se le allanó su inmunidad con su propio voto afirmativo y luego del pronunciamiento mayoritario de su Cámara con vista a los méritos encontrados por la Suprema Corte y con el propósito de exigirle responsabilidades por presuntos hechos punibles con base en el principio de responsabilidad que vincula a ciudadanos y a funcionarios del Estado; e) por su distorsión manifiesta acerca de los hechos procesales vinculados a su enjuiciamiento, al confundir deliberadamente las etapas preliminares

del juicio —en las que resulta extemporáneo el ejercicio de la defensa— con aquellas que dentro del juicio signan el momento para la controversia, para la promoción y evacuación de las pruebas que considere menester en cuanto al cuidado de sus intereses; y f) finalmente por estar al margen de toda contención el que sus abogados hoy actúan con total diligencia y publicidad, sin obstáculos de ningún orden, en un juicio que habiendo avanzado con toda celeridad y rigurosidad procesal, se encuentra en fase de sentencia.

38. En fecha 6 de febrero de 1997, la Comisión recibió un escrito por parte del Estado donde señala que en fecha 30 de mayo de 1996 “el Pleno de la Corte Suprema de Justicia de Venezuela condenó al ciudadano Reinaldo Figueredo Planchart como responsable del delito de malversación genérica agravada... El señor Figueredo fue procesado por los delitos de peculado y malversación (se le siguió juicio en ausencia), finalizando dicho proceso penal con el fallo mencionado, sin que existan otros recursos de jurisdicción interna para ser interpuestos contra dicha decisión, toda vez que la misma emanó del Alto Tribunal según lo dispone el artículo 211 de la Constitución venezolana”. [...]

III. EL ÁMBITO DE APLICACIÓN DE LA CONVENCION AMERICANA AL PROCESO SEGUIDO CONTRA REINALDO FIGUEREDO PLANCHART EN LA JURISDICCION INTERNA

79. En nota del 4 de octubre de 1994, la Comisión sometió a la consideración de las partes un cuestionario con varias preguntas relativas al procedimiento seguido en Venezuela contra Reinaldo Figueredo Planchart. Así, la Comisión preguntó “[d]e conformidad con el artículo 8 de la Convención Americana, ¿cuál es el ámbito de aplicación de las garantías judiciales en el presente caso? ¿Se aplican, por ejemplo, al antejuicio o a los procedimientos administrativos?”

80. El Estado, citando el artículo 215(1) y (2) de la Constitución Política, así como la Ley Orgánica de la Corte Suprema de Justicia, artículos 146 al 154, manifestó que el antejuicio de méritos no es un juicio ni un proceso para determinar responsabilidad de ninguna naturaleza. El Estado agregó que la Corte Suprema de Justicia no despliega actividad jurisdiccional destinada a inculpar o exculpar a alguien de determinado hecho y que esta etapa es una prerrogativa funcional establecida para proteger a altos funcionarios del Estado contra juicios temerarios. En consecuencia, el Estado concluyó que en la etapa del antejuicio de méritos de la Corte Suprema de Justicia no son aplicables las garantías judiciales consagradas en la Convención Americana.

81. Con respecto a si las mencionadas garantías judiciales son aplicables a los procedimientos administrativos, el Estado manifestó que sólo se aplica la Convención Americana a los procedimientos administrativos sancionatorios. El Estado agregó que en el derecho venezolano existe una tendencia aceptada que en los procedimientos administrativos enderezados a imponer sanciones por faltas o infracciones administrativas, sí son aplicables las garantías judiciales; en particular, el principio de legalidad de las faltas o infracciones, el principio del debido proceso y dentro de éste el principio del derecho a la defensa. No obstante, el Estado también manifestó que en este caso no son aplicables las garantías judiciales consagradas en la Convención en virtud de que el procedimiento administrativo desplegado por la Contraloría General de la República no fue el de averiguación administrativa sino el de inspección fiscal. Señaló el Estado que éste último no es un procedimiento sancionatorio sino constatación de informaciones, del cual eventualmente puede surgir un procedimiento sancionatorio. También manifestó el Estado que como quiera que esa inspección fiscal, a juicio de la Contraloría, arrojó indicios de responsabilidad civil y penal que a ella no corresponde determinar, dicho organismo remitió los resultados de la misma al Tribunal Superior de Salvaguarda del Patrimonio Público y al Fiscal General de la República.

82. Los peticionarios, por su parte, manifestaron que las garantías del artículo 8 de la Convención deben aplicarse tanto a los procedimientos administrativos como al antejudio de méritos de la Corte Suprema de Justicia con mayor énfasis si éstos pudieran resultar en sanciones de naturaleza penal. Según los peticionarios, la Constitución y las leyes administrativas de Venezuela prevén el debido proceso, que ha sido negado en la práctica por los órganos administrativos y judiciales intervinientes. El argumento del Estado que establece que la Contraloría General de la República es un órgano con funciones exclusivamente administrativas, que carece de las atribuciones jurisdiccionales del Poder Judicial y que por ello está exento de respetar los derechos relativos a las garantías judiciales, es inconsistente con las obligaciones asumidas por el Estado de Venezuela de acuerdo con la Convención Americana y sus propias leyes internas. Los peticionarios agregaron que la Contraloría realizó una “investigación documental” en virtud de la cual se privó al imputado de su derecho a la defensa y a un proceso justo, de acuerdo con las garantías del debido proceso. Señalan que los derechos violados por la actuación de la Contraloría fueron los siguientes: a) el derecho de defensa, b) el acceso a un órgano independiente e imparcial, c) el derecho al debido proceso, y d) el acceso a las actuaciones procesales.

83. Una vez sintetizada y estudiada la posición de las partes, la Comisión deberá determinar si en el caso *sub lite* son aplicables las garantías del debido proceso [artículos 8 y 25] consagradas en la Convención Americana a las etapas previas al proceso judicial seguido contra la presunta víctima. En este sentido, la Comisión observa que ni el artículo 8 ni el 25 de la Convención establecen en qué etapa del proceso de sustanciación de una acusación penal el indiciado queda habilitado para ejercer sus derechos a la defensa y al debido proceso.

84. No obstante, la Corte Interamericana ha interpretado los artículos 8 y 25 de la Convención como derechos que no consagran medios de naturaleza judicial en el sentido estricto, 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.²⁶

85. Igualmente, la Corte Europea de Derechos Humanos al analizar el artículo 6(1) de la Convención Europea similar al 8(1) de la Convención Americana, señaló que “[e]n una sociedad democrática y dentro del sentido de la Convención, los derechos del juicio justo ocupan un lugar tan preeminente que, en consecuencia, cualquier interpretación restrictiva no se compadece con los propósitos y fines del artículo 6(1) de la Convención [Europea]”.²⁷ Este enfoque es consistente con el énfasis que la Corte Interamericana otorga al debido proceso dentro del contexto de una sociedad democrática.²⁸

86. Con el mismo criterio, la Comisión Europea de Derechos Humanos estableció en el caso *Joseph Kaplan vs. Reino Unido* que “...la legislación del Estado involucrado no puede limitar la aplicación de la Convención Europea de Derechos Humanos. El carácter autónomo de la protección extendida por el artículo 6(1) supera las deficiencias de la ley del Reino Unido, la cual no provee una adecuada protección como lo hacen los otros Estados Partes en la Convención”.²⁹ Al reafirmar esta interpretación, la Corte Europea de Dere-

²⁶ Corte IDH, Opinión Consultiva OC-9/87 del 6 de octubre de 1987, Garantías Judiciales en Estados de Emergencia, Serie A: Fallos y Opiniones N° 9, párr. 27, p. 15.

²⁷ Corte Europea de Derechos Humanos, caso *Delcourt vs. Bélgica*, 1 EHHR 335, sentencia del 17 de enero de 1970, párr. 25, p. 15. En el mismo sentido fue la sentencia del 26 de octubre de 1984, *De Cubber*, A.86 (1984), párr. 16.

²⁸ La Corte Interamericana ha manifestado que “[e]n 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 de ella se define, completa y adquiere sentido en función de los otros”. Corte IDH, Opinión Consultiva OC-9/87, *op. cit.*, párr. 35.

²⁹ Comisión Europea de Derechos Humanos, *Joseph Kaplan vs. Reino Unido*, Application 7598/76, 1981; ECC 297, 1982; 4 EHRR 64-17 July 1980. En este caso el peticionario afirmó que ciertos derechos y obligaciones fueron objeto de decisión sin que éste tuviera acceso a una audiencia pública ante un tribunal, y que, como consecuencia de ello, su responsabilidad fue incrementada

chos Humanos en el caso *Feldbrugge vs. República de Holanda* decidió que “...la aplicación del artículo 6(1) de la Convención y sus garantías judiciales específicas (...) por supuesto es igualmente esencial que se apliquen al ámbito de la justicia administrativa”.³⁰

87. La Comisión observa que tanto la jurisprudencia del sistema europeo como la del interamericano establecen claramente que la aplicación por parte de los Estados de las garantías del debido proceso no pueden estar limitadas ni restringidas a la fase final de un proceso penal, menos aún si la fase preliminar tiene consecuencias jurídicas sobre los derechos civiles del presunto imputado. Así, por ejemplo, la Corte y la Comisión Europeas de Derechos Humanos consideran que los siguientes derechos deben ser aplicados a las actuaciones preliminares de un proceso penal: 1) derecho a la asistencia de un abogado,³¹ derecho a tiempo adecuado y facilidades

sustancialmente. La cuestión esencial que debió resolver la Comisión Europea fue el ámbito de aplicación del artículo 6 de la Convención. La Comisión Europea estableció que las garantías del artículo 6 de la Convención pueden extenderse a procedimientos administrativos, aún cuando no sean sustanciados por tribunales judiciales en sentido estricto. Todo ello en virtud de que cumplen funciones similares con efectos sobre los derechos civiles del peticionario.

³⁰ Corte EDH, *Feldbrugge vs. República de Holanda*, Serie A, No. 99, Application 8562/79, 8 EHRR 425, 29 de mayo de 1986. En este caso, la señora *Feldbrugge* invocó la aplicación del artículo 6(1) de la Convención. Ella sostuvo que en la determinación de su derecho a seguro de salud no recibió un juicio justo por parte del tribunal de apelaciones. La Corte Europea estableció que el artículo 6(1) era aplicable al presente caso puesto que dichas garantías se aplican a conflictos entre personas privadas en el sentido tradicional, entendiéndose como tales, a individuos, o entre un individuo y un Estado, si es que este último actúa como persona privada y no en su capacidad soberana. El carácter de la legislación que gobierna la materia, así como la autoridad investida de jurisdicción en el asunto es de poca importancia, pudiendo ser esta última un tribunal ordinario o un órgano administrativo. La Corte Europea enfatizó que sólo el carácter del derecho a determinar es relevante.

³¹ En *Can vs. Austria*, App. No. 9300/81, 7 EHHR 421 (1984), la Comisión Europea opinó que las restricciones a las comunicaciones con el abogado “durante los primeros meses de la investigación preliminar” violaban el derecho del

para preparar una defensa,³² derecho a la autodefensa,³³ derecho de ser informado de la naturaleza y la causa de la acusación,³⁴ derecho a interrogar testigos,³⁵ derecho a permanecer en silencio,³⁶ y derecho a la asistencia gratuita de un intérprete.³⁷ El principio general, tal como lo ha señalado la Corte Europea de Derechos Humanos, es que las garantías del debido proceso se aplican a las actuaciones anteriores al juicio, incluyendo las investigaciones preliminares, “si y en la medida [en] que la equidad del juicio pueda verse gravemente perjudicada por una falla inicial en su cumplimiento”.³⁸

88. Después de este análisis, queda claro que la posición del Estado venezolano es incompatible con la jurisprudencia interamericana y europea de derechos humanos, especialmente si tenemos en cuenta su afirmación de que una persona sometida a su jurisdicción no puede ser titular de las garantías del debido proceso consagradas en la Convención dentro del contexto de una investigación administrativa³⁹ o en un antejuicio de méritos realizado por la Corte Suprema de Justicia.⁴⁰ El Estado tampoco puede invocar su legislación

petionario a defenderse a través de abogado (párrs. 45, 61). Al aprobar un arreglo subsiguiente, la Corte Europea notó que, “[l]a casuística del Tribunal, ya ha proporcionado indicaciones ciertas para responder a la cuestión...si el artículo 6(3) es aplicable a la fase de las investigaciones preliminares”. 8 EHHR párr. 17 (1985). El derecho de defenderse a través de abogado en la fase preliminar fue reconocido luego en forma expresa por la Corte en *S. vs. Switzerland*, 14 EHHR, 670, párrs. 46-48 (1991), y en *Imbroscia vs. Switzerland*, 17 EHHR, 441, párr. 36 (Eur. Ct. H. Rts. 1993).

³² *Engel vs. The Netherlands*, 1 EHHR 647 en párr. 91 (1976).

³³ *Ibidem*.

³⁴ *Campbell and Fell vs. United Kingdom*, 7 EHHR 165, en párrs. 95-99 (1984).

³⁵ *Delta vs. France*, 16 EHHR 574, párr. 36 (1990).

³⁶ *Funke vs. France*, 16 EHHR 297 (1993), párrs. 41-44.

³⁷ *Luedicke et al. vs. Germany*, 2 EHHR 149, parr. 48 (1978).

³⁸ Corte EDH, *Imbroscia vs. Suiza*, 17 EHHR. 441, párr. 36 (1993).

³⁹ El Estado venezolano denominó a esta investigación administrativa “inspección fiscal” e “investigación documental” en diferentes oportunidades.

⁴⁰ Es importante destacar también que la Corte Europea de Derechos Humanos en el caso *Lutz, Englert y Nolkenbockoff vs. República Federal de Alemania*

interna para desconocer estos derechos, por cuanto “la protección a los derechos humanos, en especial 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”.⁴¹

concluyó que para determinar si la infracción objeto del litigio pertenece al derecho penal o queda fuera de su ámbito, según el ordenamiento legal del Estado demandado, “hay que examinar la naturaleza de dicha infracción, y por último, la naturaleza también y la gravedad de la pena que se expone a sufrir el interesado, teniendo en cuenta el objeto y la finalidad del artículo 6”, de la Convención Europea similar al artículo 8 de la Convención Americana. “De acuerdo con estos principios, el Tribunal llegó a la conclusión de que las características generales de la norma y la finalidad, al mismo tiempo preventiva y represiva, de la sanción legal bastaban para demostrar, a efectos del artículo 6, la naturaleza penal de la infracción controvertida”. “El Tribunal puntualiza que los dos últimos criterios seguidos en los casos Engel y Otros, y Ozturk son alternativos: para aplicar el artículo 6 en virtud de las palabras ‘acusación en materia penal’, basta que la infracción de que se trate sea, por su naturaleza, “penal” en relación al Convenio, como sucede en el caso de autos, o haya expuesto al interesado a una sanción que, por su naturaleza o nivel de gravedad, se incluya por lo general en la ‘*materia penal*’ (véase también la sentencia en el caso Campbell y Fell, de 28 de junio de 1984, Serie A, núm. 80, pp. 35 a 38, apartados 69 a 73)”, en Tribunal EDH, Caso Lutz, Englert y Nolkenbockhoff, sentencia del 25 de agosto de 1987, Jurisprudencia 1984-1987, Cortes Generales, Madrid, España, p. 1165. Al igual que en el caso antes citado, el hecho de que un proceso se encuentre en una fase previa, ya sea de investigación, sumario o antejuicio de méritos es indiferente a la luz del derecho internacional de los derechos humanos. Lo importante es determinar si la presunta infracción cometida por el imputado es de naturaleza penal, como en el caso de autos –malversación y peculado– y si esta infracción también acarrea una sanción penal –Reinaldo Figueredo Planchart fue condenado a 2 años y 4 meses de prisión por la CSJ–. En consecuencia, son plenamente aplicables las garantías del debido proceso consagradas en los artículos 8 y 25 de la Convención, tanto a la investigación administrativa como al antejuicio de méritos de la Corte Suprema de Justicia de Venezuela.

89. Una vez determinado el ámbito de aplicación de la Convención, la Comisión deberá evaluar si, efectivamente, las garantías del debido proceso a las cuales tenía derecho Reinaldo Figueredo Planchart fueron violadas por el Estado de Venezuela durante las diferentes etapas del proceso hasta que la Corte Suprema de Justicia dictó sentencia definitiva.

IV. EL DEBIDO PROCESO Y EL ACCESO A LOS RECURSOS INTERNOS [ARTÍCULOS 8 Y 25 DE LA CONVENCIÓN]

90. Los peticionarios en su denuncia original manifestaron ante la Comisión que el Estado venezolano violó, entre otros, los artículos 8(1), (2)(b), (d), (f), (h), y 25 de la Convención en perjuicio de Reinaldo Figueredo Planchart por los hechos ocurridos en Caracas, Venezuela, a partir del 10 de noviembre de 1992, fecha en que la Contraloría General de la República inicia de oficio una investigación administrativa que termina con un proceso penal ante la Corte de Suprema de Justicia, cuya sentencia condenatoria se dicta el 30 de mayo de 1996. Según los peticionarios, el Estado violó las garantías del debido proceso que le correspondían por derecho a Reinaldo Figueredo Planchart tanto durante la etapa de la investigación administrativa, como en el antejuicio de méritos de la Corte Suprema de Justicia y en el juicio sumario hasta que se dicta el auto de detención.

91. Las disposiciones de la Convención citadas por los peticionarios son las siguientes:

Artículo 8. Garantías Judiciales

1. Toda persona tiene derecho a ser oída, con las debidas garantías y dentro de un plazo razonable, por un juez o tribunal competente, inde-

⁴¹ Corte IDH, Opinión Consultiva OC-6/86 del 9 de mayo de 1986, la expresión “Leyes” en el Artículo 30 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos, Serie A: Fallos y Opiniones, párrafo 21, página 11.

pendiente e imparcial, establecido con anterioridad por la ley, en la sustanciación de cualquier acusación penal formulada contra ella, o para la determinación de sus derechos y obligaciones de orden civil, laboral, fiscal o de cualquier otro carácter. 2. Toda persona inculpada de delito tiene derecho a que se presuma su inocencia mientras no se establezca legalmente su culpabilidad. Durante el proceso, toda persona tiene derecho, en plena igualdad, a las siguientes garantías mínimas:

[...]

b. comunicación previa y detallada al inculcado de la acusación formulada;

[...]

d. derecho del inculcado de defenderse personalmente o de ser asistido por un defensor de su elección y de comunicarse libre y privadamente con su defensor; [...]

f. 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; [...]

h. derecho de recurrir del fallo ante juez o tribunal superior.

Artículo 25. Protección Judicial

1. Toda persona tiene derecho a un recurso sencillo y rápido o a cualquier otro recurso efectivo ante los jueces o tribunales competentes, que la ampare contra actos que violen sus derechos fundamentales reconocidos por la Constitución, la ley o la presente Convención, aun cuando tal violación sea cometida por personas que actúen en ejercicio de sus funciones oficiales.

92. El artículo 8 de la Convención Americana establece una serie de requisitos que deben observarse en las diversas etapas procesales a fin de que pueda hablarse de verdaderas garantías judiciales.⁴² Dicho artículo comprende distintos derechos y garantías que provie-

⁴² Corte IDH, Opinión Consultiva OC-9/87 del 6 de octubre de 1987, *op. cit.*, párr. 27.

nen 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.⁴³ Este derecho es una garantía básica del respeto de los demás derechos reconocidos en la Convención, debido a que representa un límite al abuso de poder por parte del Estado.⁴⁴

93. Asimismo, es fundamental recordar que tanto el artículo 8 como el artículo 25 de la Convención Americana “constituyen condiciones necesarias para que los instrumentos procesales, regulados por la Convención, puedan considerarse como garantías judiciales”.⁴⁵ Cabe señalar que “las garantías sirven para proteger, asegurar o hacer valer la titularidad o el ejercicio de un derecho”.⁴⁶ El artículo 25(1) de la Convención Americana incorpora el principio, reconocido en el derecho internacional de los derechos humanos, de la efectividad de los instrumentos o medios procesales destinados a garantizar tales derechos.⁴⁷ Para que tal recurso exista, la Convención requiere que sea realmente idóneo a fin de establecer si se ha incurrido en una violación de los derechos establecidos en la Convención y proveer lo necesario para remediarla.⁴⁸ En este sentido, la Corte ha concluido que “[n]o pueden considerarse efectivos aquellos recursos que, por las condiciones generales del país o incluso por las circunstancias particulares de un caso dado, resulten ilusorios”.⁴⁹

⁴³ Véase Corte Europea de Derechos Humanos, Caso Golder, sentencia del 21 de febrero de 1975, Serie A, No. 18, párr. 28, en relación al artículo 6 de la Convención Europea de Derechos Humanos, el que sustancialmente comprende los mismos derechos y garantías del artículo 8 de la Convención Americana.

⁴⁴ El derecho a un juicio justo está regulado en varios artículos de la Convención, a saber, 7, 8, 9 y 25.

⁴⁵ Corte IDH, Opinión Consultiva OC-9/87, *op.cit.*, párr. 30.

⁴⁶ Corte IDH, 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), párr. 25.

⁴⁷ Corte IDH, Opinión Consultiva OC-9/87, *op. cit.*, párr. 24.

⁴⁸ *Ibidem.*

⁴⁹ *Ibidem.*

94. El derecho a un juez natural y competente. El artículo 8(1) de la Convención establece, entre otros derechos y garantías, que toda persona tiene derecho a ser oída por un juez o tribunal competente, establecido con anterioridad por la ley, en la sustanciación de cualquier acusación penal formulada contra ella. La Corte Interamericana, al analizar la cuestión del juez natural, manifestó *inter alia* que “[c]onstituye 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 legalmente establecidos”.⁵⁰

95. La Comisión observa en autos que la Corte Suprema de Justicia ordenó el 8 de junio de 1993, que el caso del entonces presidente de la república Carlos Andrés Pérez continuara conjuntamente con el de Reinaldo Figueredo Planchart, “así como contra aquellas otras personas que por los mismos hechos ameritasen su enjuiciamiento y hasta sentencia definitiva”.⁵¹ La Corte Suprema citó el artículo 215(1) de la Constitución como fundamento jurídico para tomar tal decisión.

96. El artículo 215(1) de la Constitución Política del Estado de Venezuela señala a la letra lo siguiente:

Son atribuciones de la Corte Suprema de Justicia: 1º Declarar si hay o no mérito para el enjuiciamiento del presidente de la república o quien haga sus veces, y, en caso afirmativo, continuar conociendo de la causa, previa autorización del Senado, hasta sentencia definitiva.

97. Tal como puede observarse, la disposición constitucional, norma de máxima jerarquía, establece claramente cuál es el procedimiento que debe seguir la Corte Suprema para enjuiciar al presidente de la república en instancia única hasta sentencia definitiva. La

⁵⁰ Corte IDH, caso Castillo Petrucci vs. República del Perú, sentencia de 30 de mayo de 1999, parr. 129.

⁵¹ Corte Suprema de Justicia, sentencia del 30 de mayo de 1996, pp. 4 y 5.

Comisión también observa que la Constitución venezolana no dejó un vacío ni laguna con respecto al procedimiento a seguir en caso que el enjuiciado sea un miembro del Congreso de la República, como lo era Reinaldo Figueredo Planchart. La Constitución, en su mismo artículo 215, inciso 2º, señala que son atribuciones de dicho tribunal:

Declarar si hay o no mérito para el enjuiciamiento de los miembros del Congreso o de la propia Corte, de los Ministros, el Fiscal General, el Procurador General o el Contralor General de la República y, en caso afirmativo, pasar los autos al tribunal ordinario competente, si el delito fuere común, o continuar conociendo de la causa hasta sentencia definitiva, cuando se trate de delitos políticos, salvo lo dispuesto en el Artículo 144 con respecto a los miembros del Congreso.⁵²

98. Puesto que los delitos imputados a Reinaldo Figueredo Planchart eran comunes –malversación genérica y peculado– la Corte Suprema debió cumplir con el mandato constitucional y remitir los autos al tribunal ordinario correspondiente –que en este caso era el Tribunal Superior de Salvaguarda del Patrimonio Público– una vez decidido que había méritos para enjuiciar al imputado.

99. Lo señalado anteriormente es confirmado por el propio Estado en su comunicación del 23 de enero de 1996, cuando señala *inter alia* que:

De haberse determinado en el Tribunal de Salvaguarda que el denunciante en su condición de ex-Ministro y a su vez parlamentario, resul-

⁵² El artículo 144 de la Constitución señala que “[e]l Tribunal que conozca de acusaciones o denuncias contra algún miembro del Congreso, practicará las diligencias sumariales necesarias y las pasará a la Corte Suprema de Justicia a los fines del ordinal 2º del artículo 215 de esta Constitución. Si la Corte declara que hay mérito para la continuación de la causa, no habrá lugar al enjuiciamiento sin que preceda el allanamiento del indiciado por la Cámara respectiva o por la Comisión Delegada”.

taba comprometido en los ilícitos investigados, de cuyo el mencionado foro tenía la posibilidad de juzgarlo por mandato de la ley, una vez realizado el antejuicio de mérito y de ser el caso, una vez allanada la inmunidad del parlamentario denunciante (art. 144 de la Constitución y art. 87 de la Ley Orgánica de Salvaguarda del Patrimonio Público).

100. La Comisión no comparte la opinión del Estado de que el Tribunal de Salvaguarda “tenía la posibilidad de juzgarlo” por cuanto el mandato constitucional era muy claro: la Corte Suprema de Justicia sólo puede juzgar en instancia única hasta sentencia definitiva a quien actúa en calidad de presidente de la república mas no a un congresista o parlamentario. A juicio de la Comisión, la Corte Suprema de Justicia usurpó la jurisdicción que le correspondía al Tribunal Superior de Salvaguarda, el cual además debió haber actuado como tribunal de primera instancia de suerte que pudiese recurrir ante un tribunal superior si la decisión le era desfavorable, lo cual le fue negado en la práctica por la Corte Suprema, al haberlo procesado en instancia única hasta su fallo definitivo y condenatorio del 30 de mayo de 1996.⁵³

101. En consecuencia, la Comisión considera que el Estado venezolano violó en perjuicio de Reinaldo Figueredo Planchart el artículo 8(1) de la Convención en lo que respecta a su derecho a ser oído por un juez o tribunal competente en la sustanciación de la acusación penal que se llevó a cabo en su contra.

102. *El derecho a ser oído por un tribunal con la garantía del derecho a la defensa y el acceso a los recursos internos [artículos 8(1), 8(2)(d) y 25(1) de la Convención].* El artículo 8(1) de la Convención establece la obligación de los tribunales de justicia de escuchar, con las debidas garantías, a toda persona que ha sido acusada penalmente. Una de estas garantías es la establecida en el artículo 8(2)(d) de la Convención, la cual

⁵³ Aunque este asunto será analizado más adelante en el presente informe, cabe señalar que el artículo 211 de la Constitución Política de Venezuela señala lo siguiente: la Corte Suprema de Justicia es el más alto Tribunal de la República. Contra sus decisiones no se oirá ni admitirá recurso alguno.

señala que toda persona inculpada de delito tiene el derecho de “defenderse personalmente o de ser asistido por un defensor de su elección”. Igualmente, el artículo 25(1) de la Convención obliga al Estado a proveer a toda persona sometida a su jurisdicción de un recurso sencillo y rápido, que la ampare contra actos que violen sus derechos fundamentales. La Corte Interamericana ha manifestado que estos artículos de la Convención reconocen “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”.⁵⁴ La Comisión también ha señalado que “[n]egar el acceso a los tribunales para hacer valer sus derechos a un imputado es impedir la obtención de recursos sin que medie un juicio fundamentado en los méritos del caso y constituye en efecto una violación del Derecho a Protección Judicial que garantiza el Artículo 25 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos”.⁵⁵

103. A la luz de estos principios y después de un exhaustivo análisis del proceso, la Comisión observa que desde el mes de noviembre de 1992 –fecha en que el Estado inició de oficio la investigación a Reinaldo Figueredo Planchart que terminó con una sentencia condenatoria de la Corte Suprema de Justicia– hasta el 22 de junio de 1994, en que dicho tribunal consintió en otorgarle acceso al expediente en virtud de que ya había concluido el sumario secreto y se había dictado el auto de detención, el inculcado no pudo ejercer su derecho a ser oído por ninguna autoridad administrativa ni judicial en presencia de su abogado defensor. Está probado, asimismo, que durante esta etapa crucial del proceso tampoco se le permitió al inculcado presentar pruebas de descargo ni conainterrogar a los testigos presentados por el Estado, y por último, tampoco tuvo

⁵⁴ Corte IDH, Opinión Consultiva OC-9/87 del 6 de octubre de 1987, *op.cit.*, párr. 28, p. 15.

⁵⁵ CIDH, Informe Anual 1985-1986, resolución 28/86, caso 9190, Jamaica, 16 de abril de 1986, OEA/Ser.L/V/II.68, Doc. 8, rev. 1, 26 de septiembre de 1986, p. 81.

conocimiento oportuno de los cargos que se le habían imputado. También está probado que los pocos recursos permitidos por el derecho positivo venezolano contra un proceso –seguido en instancia única– ante la Corte Suprema de Justicia fueron ejercidos por el procesado, pero sin éxito, ya que a juicio de dicho tribunal no se puede ejercer el derecho a la defensa en ninguna de las etapas previas al auto de detención, el cual –de acuerdo al artículo 103 de la Ley Orgánica de Salvaguarda del Patrimonio Público– no permite la libertad provisional o bajo fianza.⁵⁶

104. En efecto, mediante comunicación del 17 de mayo de 1993, el Contralor General de la República le confirmó a Reinaldo Figueredo Planchart que estaba siendo investigado desde el 10 de noviembre de 1992, y que en virtud de esta “investigación documental” –que terminó con un informe y doce anexos– no fue necesaria “la comparecencia ni declaración de ningún ciudadano”. Más adelante el Contralor también le comunicó a Figueredo que legalmente no podía darle más información porque el informe y sus anexos habían formado parte de un sumario penal que de conformidad con el derecho positivo venezolano era de naturaleza confidencial. El Contralor también informó a Figueredo que esta “investigación documental” tenía sustento jurídico en los artículos 234 de la Consti-

⁵⁶ Ley Orgánica de Salvaguarda del Patrimonio, artículo 103. Las medidas de privación de libertad contempladas en la presente Ley, serán de cumplimiento efectivo, aún las meramente preventivas y las que resultaren por conversión. En consecuencia, quienes resultaren enjuiciados por los delitos que en esta ley se establecen y los que fueren conexos, no disfrutarán del beneficio de libertad provisional o sea, bajo fianza de cárcel segura establecido en el Código de Enjuiciamiento Criminal, ni de los provistos en la Ley de Sometimiento a Juicio y Suspensión Condicional de la Pena, ni de los contemplados en la Ley de Régimen Penitenciario que se refieren a libertad condicional o vigilada. Esta norma, así como la figura del sumario secreto, han sido derogadas a partir de la promulgación del nuevo Código Orgánico Procesal Penal, el cual entró en vigencia desde el 1° de julio de 1999. No obstante, la Comisión considera que la aplicación de estas normas a este caso en concreto, repercutieron negativamente en el derecho de la víctima a un juicio justo.

tución, 1º de la Ley Orgánica de la Contraloría General de la República y 25 y 30 de la Ley Orgánica de Salvaguarda del Patrimonio Público.⁵⁷ Ante este hecho, Figueredo Planchart presentó un recurso de amparo ante la Corte Suprema de Justicia, la cual confirmó la versión del Contralor al señalar que el derecho a la defensa no procede por cuanto ésta es una fase previa al inicio de un proceso judicial.⁵⁸

105. No obstante lo señalado por el Contralor y la Corte Suprema de Justicia, la Comisión observa que la autoridad administrativa cuando se dirige al investigado sustentando jurídicamente su posición lo hace citando artículos que, efectivamente, le otorgan competencia para la investigación que realizó, pero no establece las bases jurídicas para el procedimiento que debió seguir. Más aún, ninguna de las normas citadas por el Contralor señalan el alcance y procedi-

⁵⁷ *Artículo 234 de la Constitución Política:* “Corresponde a la Contraloría General de la República el control, vigilancia y fiscalización de los ingresos, gastos y bienes nacionales, así como de las operaciones relativas a los mismos. La ley determinará la organización y funcionamiento de la Contraloría General de la República, y la oportunidad, índole y alcance de su intervención”.

Artículo 1º de la Ley Orgánica de la Contraloría General de la República: “La Contraloría General de la República ejercerá, de conformidad con la ley, el control, la vigilancia y la fiscalización de los ingresos, gastos y bienes públicos, así como de las operaciones relativas a los mismos”.

Artículos 25 y 30 de la Ley Orgánica de Salvaguarda del Patrimonio Público: artículo 25: “La Contraloría General de la República tiene competencia para investigar y fiscalizar todos los actos que tengan relación con el Patrimonio Público. A estos efectos podrá realizar las averiguaciones que crea necesarias en los organismos y entidades que se mencionan en el artículo 4º de esta Ley”. *Artículo 30:* “Compete también a la Contraloría General de la República realizar todos los actos de sustanciación en aquellos casos en que pueda derivarse responsabilidad penal o civil. Concluida la sustanciación, remitirá al Ministerio Público el resultado de sus actuaciones para que éste ejerza las acciones pertinentes”.

⁵⁸ Ver parte pertinente de la sentencia de la Corte Suprema de Justicia, Sala Político Administrativa del 11 de agosto de 1994, párr. 62 en el presente informe. [Este párrafo se encuentra en el documento completo]

miento de su autodenominada “investigación documental”. Lo que sí establece claramente la Ley Orgánica de la Contraloría General de la República en su artículo 83 es lo siguiente:

Iniciada la averiguación [administrativa], la Contraloría reunirá las declaraciones, experticias, informes y demás elementos de juicio que estime necesarios para esclarecer la verdad de los hechos. Si en el curso de esta labor aparecieren indicios contra alguna persona, la Contraloría le ordenará comparecer dentro de los diez días [10] continuos a la fecha de la citación, en cuya oportunidad le tomará declaración y le impondrá de los cargos en su contra. Si el investigado no comparece a declarar se le impondrá la sanción prevista en el artículo 94 de esta Ley, sin perjuicio de que la averiguación continúe en ausencia.

106. Tal como puede apreciarse, la Ley Orgánica de la Contraloría General de la República sí establecía un procedimiento a seguir y éste permitía al investigado el derecho a la defensa, lo cual era además compatible con el Reglamento –nunca citado por el Contralor ni por el Estado– de la Ley Orgánica de la Contraloría, el cual en su Título IV (De los Procedimientos), Capítulo V (Del procedimiento en las Averiguaciones Administrativas) señalaba que:

Artículo 49. Las averiguaciones que practique la Contraloría serán reservadas salvo para el indiciado, desde que se le haya informado de los cargos que existen en su contra (...).

Artículo 52. Abierta la averiguación, se realizarán las diligencias que se estimen indispensables. Una vez practicadas éstas, se dispondrá la citación del presunto responsable a fin de informarle de los cargos que existen en su contra y de oír su declaración. Si el indiciado así lo solicita, la Contraloría le concederá un plazo no menor de quince días continuos ni mayor de cuarenta y cinco para contestar cargos, acompañar pruebas y producir los documentos que estime pertinentes para que sean agregados al expediente y apreciados en la decisión que recaiga sobre el asunto.

107. La doctrina en materia de derecho constitucional y contencioso administrativo del Ministerio Público venezolano también confirma el procedimiento antes citado, en cuanto al derecho a la defensa:

Este derecho corresponde al derecho clásico *audire alteram partem*, comportando que el afectado por cualquier posible decisión administrativa debe ser previamente oído, lo cual supone participar en el procedimiento, actuando así con garantías suficientes para defenderse (...). El principio *audire alteram* está consagrado constitucionalmente (artículo 68 *in fine* de la Constitución de la República), cuando este principio es infringido por las autoridades administrativas en un procedimiento de investigación, se viola una garantía constitucional.⁵⁹

108. Igualmente, la Sala Político-Administrativa de la Corte Suprema de Justicia venezolana interpreta el derecho a la defensa en el mismo sentido:

El derecho a la defensa debe ser considerado no sólo como la oportunidad para el ciudadano encausado o presunto infractor de hacer oír sus alegatos, sino como el derecho de exigir del Estado el cumplimiento previo a la imposición de toda sanción, de un conjunto de actos o procedimientos destinados a permitirle conocer con precisión los hechos que se le imputan, las disposiciones legales aplicables a los mismos, hacer oportunamente alegatos en su descargo, y promover y evacuar pruebas que obren en su favor. Esta perspectiva del derecho de defensa es equiparable a lo que otros Estados de Derecho han llamado el principio del *debido proceso*.⁶⁰

⁵⁹ Instituto de Estudios Superiores del Ministerio Público, *Doctrina Constitucional y Contencioso Administrativa 1977-1986*, Publicación No. 12, Caracas, Venezuela, 1988, Oficio No. 14.854, pp. 123-127.

⁶⁰ Sentencia de la Sala Político-Administrativa de la Corte Suprema de Justicia, 17 de noviembre de 1983, en *Revista de Derecho Público*, No. 16, Caracas, Venezuela, p. 151.

Establece como consecuencia implícita de derecho, un deber constitucional del funcionario competente de dar audiencias al interesado antes de tomar una decisión que afecte sus derechos e intereses.⁶¹

109. También la Corte Primera de lo Contencioso Administrativo, en sentencia del 7 de julio de 1988, señaló que:

La audiencia del interesado, como actuación procedimental, es necesaria y esencial en los procedimientos denominados sancionatorios, por cuanto en estos casos la administración impone, mediante audiencia del interesado, formalmente al administrado de la existencia de un procedimiento en su contra que tiene como causa una presunta actuación ilícita de éste y de establecer su veracidad, le acarrearía una sanción.⁶²

110. Es evidente que tanto las normas de la Ley Orgánica de la Contraloría como su Reglamento y la doctrina venezolana en materia del derecho a la defensa establecen que la autoridad administrativa estaba obligada a seguir un procedimiento que iba más allá de una simple comparecencia del investigado, ya que le otorgaba un plazo para contestar cargos, acompañar pruebas y otros elementos de convicción que servirían de base para que el Contralor, finalmente, tomara una decisión apegada a derecho. En cambio el Contralor, violando normas del debido proceso, realizó una investigación unilateral y preparó un informe con doce anexos que sirvió de base para condenar a Reinaldo Figueredo Planchart en instancia judicial. Un análisis objetivo de las normas antes citadas pone en evidencia que la intención del legislador fue la de brindar a los investigados un procedimiento legal que proporcione el mínimo de seguridad. Esta protección no obra tan sólo para el investigado sino también para la

⁶¹ Sentencia de la Sala Político-Administrativa de la Corte Suprema de Justicia, 25 de febrero de 1988, en *Revista de Derecho Público*, No. 33, Caracas, Venezuela, 1988, p. 90.

⁶² Sentencia de la Corte Primera de lo Contencioso Administrativo, 7 de julio de 1988, en *Revista de Derecho Público*, No. 35, Caracas, Venezuela, 1988, p. 91.

administración pública, que bien podría verse afectada por la ausencia del debido proceso, lo cual viciaría de nulidad absoluta al proceso y haría nula e inexistente cualquier conclusión.

111. Las violaciones del debido proceso en el caso *sub lite* no se limitan solamente a las autoridades administrativas, sino que también abarcan a las judiciales. En efecto, está probado que Reinaldo Figueredo Planchart fue interrogado en dos oportunidades consecutivas durante el proceso seguido en su contra sin la asistencia de un abogado. Más grave aún es que el inculpado se acercara en ambas ocasiones a los tribunales de justicia en compañía de su abogado defensor, y que éste fuera excluido de la sala de interrogatorios por los jueces. Estos hechos tuvieron lugar el 13 de noviembre de 1992 ante el Tribunal Superior de Salvaguarda del Patrimonio Público y el 29 de septiembre de 1993 ante el Juzgado de Sustanciación de la Corte Suprema de Justicia.

112. La Comisión Interamericana no puede considerar estas comparecencias como el derecho efectivo del inculpado a ser escuchado por un tribunal, por cuanto las garantías del derecho a la defensa consagradas en el artículo 8(2)(d) de la Convención fueron violadas sistemáticamente por los tribunales. Estos actos en los cuales el sujeto investigado comparece sin asistencia de abogado a un interrogatorio basado en un expediente que él desconoce, sin saber qué hechos criminales se le imputan, no constituyen a juicio de la Comisión el ejercicio del derecho a ser oído por un tribunal, consagrado en el artículo 8(1) de la Convención. Oír a una persona investigada implica permitir que se defienda con propiedad, asistida por abogado, con conocimiento de todos los elementos que puedan obrar en su contra en el expediente; oírle es permitir su presencia en los interrogatorios de testigos que puedan declarar en su contra, permitirle tacharlos, contrainterrogarlos con el fin de desvirtuar sus declaraciones inculpatorias por contradictorias o por falsas; oír a un procesado es darle la oportunidad de desconocer, de restar valor a los documentos que se pretenden utilizar en su contra. Está probado que el inculpado no tuvo acceso a estos derechos en todas las etapas previas al auto de detención, el cual en la práctica no le per-

mitía defenderse en libertad. Dicho en otras palabras, a Reinaldo Figueredo Planchart se le dictó auto de detención sin haber sido oído con todas las garantías del debido proceso en la sustanciación de la acusación penal en su contra.

113. Las violaciones al debido proceso antes señaladas quedaron confirmadas con la decisión de la Corte Suprema de Justicia del 16 de noviembre de 1993, mediante la cual sentó una jurisprudencia contraria a las obligaciones internacionales asumidas por Venezuela con la firma y ratificación de la Convención Americana. En efecto, dicho tribunal manifestó *inter alia* que una vez

[d]etenido el indiciado (...) podrán entonces imponerse de las actas sumariales, asistidos de persona o abogado de su confianza. Es, a partir de este momento en el proceso, cuando surge para cualquier investigado la situación jurídica de parte. Y consecuentemente, tendrá acceso a los recaudos sumariales y a todos los medios de defensa que prevé la ley tan pronto como se ejecute el correspondiente auto de detención.⁶³

114. Teniendo en cuenta que la víctima es el destinatario de la protección internacional de los derechos humanos, el Estado debe garantizar el llamado *debido proceso legal* para asegurar la adecuada defensa de aquéllos cuyos derechos y obligaciones están involucrados. A juicio de la Comisión, el hecho de que la etapa procesal sea un sumario secreto o un antejuicio de méritos es indiferente a la luz del derecho internacional de los derechos humanos si es que la misma termina en un fallo que afecta en diversos grados la situación de una persona implicada: ésta pierde su condición de libertad e incluso –de acuerdo al derecho positivo venezolano– la libertad provisional. Dicho en otras palabras, los antejuicios y los sumarios secretos están tan estrechamente vinculados al proceso penal que tratarlos separadamente restringiría y debilitaría considerablemente

⁶³ Corte Suprema de Justicia, ponencia del magistrado Ismael Rodríguez Salazar, pp. 7 y 8, pieza 22, folios 175-176, 16 de noviembre de 1993.

la protección del debido proceso legal a que tienen derecho los acusados. De ahí que una decisión judicial que impida, prohíba o limite el derecho a la defensa de una persona en esta etapa del proceso implica una violación del artículo 8(1) y 8(2)(d) de la Convención.⁶⁴

115. La Comisión observa también dos votos disidentes de la magistrada de la Corte Suprema de Justicia, Hildegard Rondón de Sansó, donde confirma lo señalado por la Comisión Interamericana en lo que respecta al derecho a la defensa de Reinaldo Figueredo Planchart.⁶⁵

116. Al analizar la sentencia definitiva de la Corte Suprema de Justicia del 30 de mayo de 1996, la Comisión encuentra que, efectivamente, dicho tribunal no valora los alegatos de la defensa de Reinaldo Figueredo Planchart con relación a las violaciones del debido proceso. En efecto, dicha sentencia señala *inter alia* que “[l]a

⁶⁴ Es interesante observar que en el caso *Funke vs. Francia*, la Comisión y la Corte Europea de Derechos Humanos aplicaron el artículo 6(1) de la Convención Europea –similar al artículo 8(1) de la Convención Americana– a procedimientos aduaneros previos al inicio de un proceso penal. En este caso, “[p]rocedimientos interlocutorios vinculados con el proceso principal se iniciaron por las autoridades aduaneras con el fin de conseguir las pruebas requeridas para fundamentar una base sólida para los cargos (...). La relación temporal entre estos dos procedimientos demuestra que se vinculaban de manera muy estrecha, tal como el proceso en contra del peticionario, el cual dependió de las decisiones previas adoptadas en los procedimientos aduaneros”. En consecuencia, tanto la Comisión como la Corte Europea de Derechos Humanos decidieron que el artículo 6(1) era plenamente aplicable (16 E.H.H.R. 297 (1993), párrafos 44 y 60).

⁶⁵ La magistrada de la Corte Suprema de Justicia, Hildegard Rondón de Sansó, en votos disidentes del 16 de noviembre de 1993 y del 30 de mayo de 1996, manifestó *inter alia* lo siguiente: “De acuerdo con el fallo, hasta que no sean dictados el auto de detención o de sometimiento a juicio, no existe proceso, sino actuaciones preparatorias del mismo y como consecuencia de ello, el acusado no puede tener defensores o apoderados ni contradecir las imputaciones en su contra. Esta concepción, a juicio de quien disiente, choca contra la conciencia jurídica moderna al mantener la ficción de que un sujeto acusado no está sometido a un juicio

sino a una simple averiguación en razón de lo cual, no tiene pleno derecho a la defensa. A juicio de la disidente, de existir normas expresas que establecieran tal dispositivo, las mismas serían contrarias a la más elemental tutela de los derechos inherentes a la persona humana (...) A juicio de quien disiente, el proceso penal se inicia con el auto de proceder, que es cuando recae sobre el indiciado el peso de la actuación investigadora del juez con todas las consecuencias sobre su persona. La disidente estima que la aludida interpretación que se le da a la normativa procesal penal, es la que crea situaciones de flagrante injusticia permitiendo que miles de sujetos sometidos a juicio carezcan durante un lapso fundamental de toda defensa. Por lo que atañe a la posibilidad de actuación de los abogados del indiciado, los mismos, a juicio de la disidente poseían legitimidad para actuar en su nombre, en razón de lo cual no puede negarse la representación que aducen.

Por todas las consideraciones que anteceden la disidente estima que la Corte ha debido oír los alegatos de los abogados del sometido a juicio y decidir sobre ellos estimando que tenían plena legitimidad para representarlo (...) La Corte, por otra parte, ha debido innovar en su tesis de la determinación del momento en que se inicia el juicio penal, superando la inadmisibles ficción de que hasta tanto no sea dictado el auto de detención o de sometimiento a juicio no se ha iniciado el juicio y al indiciado no le es posible disponer de ningún medio para su defensa”.

Con respecto a la sentencia definitiva de la Corte Suprema de Justicia del 30 de mayo de 1996, la magistrada Rondón de Sansó también manifestó *inter alia* que:

“El fallo se rige sobre la base de una serie de presupuestos que, a juicio de la disidente, son contrarios a derecho, algunos expresamente establecidos y otros, constituidos por la omisión de pronunciamientos sobre puntos esenciales que estuvieron en debate. Al efecto, se considera necesario seguir paso a paso las más importantes imputaciones que le fueron formuladas a los hoy condenados en la conformación de eso que constituyó el supuesto *iter criminis* a fin de analizar, en un orden que se acerque al de las secuencias temporales, los puntos jurídicos fundamentales presentes en tal proceso.

(...) No puede menos que reseñar la disidente los siguientes hechos:

1. Se observa que en los tres primeros legajos y parte del cuarto, destinado esencialmente a la parte decisoria (...) no se exponen ni analizan los elementos aportados por la defensa, lo cual impide conocer las respuestas que la misma da a las imputaciones contenidas en las denuncias, acusaciones testimoniales y otras pruebas.
2. Siempre en la misma línea de la observación anterior nos preguntamos por qué no se reproducen o se citan los argumentos hechos valer durante la au-

defensa del procesado Reinaldo Figueredo Planchart alega (...) que se infringió el debido proceso en el antejuicio de mérito y en la etapa sumaria, el derecho a la defensa, así como el derecho a ser oído, se incumplieron, desconociéndose la presunción de inocencia a la

diencia del reo, y el acto de informes. Ahora bien, más allá de los vicios de forma, más allá de la inmotivación estima la disidente que las observaciones precedentemente podrían constituir *violación del derecho a la defensa*, ya que el respeto de tal derecho se encuentra no sólo en el acceso en general a los autos; en el conocimiento de los cargos; en la posibilidad de formulación de los descargos; en el ejercicio de la facultad probatoria; y, en la facultad de oponerse a las probanzas de la parte contraria, sino también –y sobre todo– en la garantía de que el juez analizará los alegatos y confrontará las posiciones contrapuestas, sin lo cual el hecho de que el encausado haya ejercido las facultades precedentemente indicadas, no tendría valor ni significado alguno.

Igualmente debe indicar la disidente que al desechar una serie de pruebas de la defensa, la sentencia señala algunos documentos a los cuales considera genéricamente impertinentes o irrelevantes, pero no razona en qué fundamento tal calificación, lo cual nuevamente plantea las dudas sobre el acatamiento a los principios relacionales de todo fallo como lo son la claridad de los elementos de juicio que sirven de base a la decisión. A diferencia de ello, la sentencia valora como testigos a quienes en forma referencial hacen sus deposiciones, incluso sin indicar la fuente de la cual obtuvieron la información. *Todo lo cual plantea el cuadro de una sentencia parcializada por el desigual tratamiento de las partes.*

De todo lo precedentemente expuesto, no puede menos la disidente que recordar la responsabilidad histórica que tiene todo funcionario judicial en la delicada misión de impartir justicia, en un sistema como el nuestro, esencialmente legalista y exigente por ello de la presencia de elementos de juicio como el nuestro, esencialmente legalista y exigente por ello de la presencia de elementos de juicio que consten en los autos y que entiende, [sic] como máxima garantía del encausado, *la permanente presunción de inocencia*. El juez de un sistema de tal índole, no puede prescindir en consecuencia, en su fallo, de la constatación y verificación de lo que emerge de los autos (énfasis en el original). Corte Suprema de Justicia, Caracas, República de Venezuela, *Voto Salvado de Hildegard Rondón de Sansó*, 16 de noviembre de 1993, pp. 194-203 y 30 de mayo de 1996, pp. 837, 862, 863, y 864.

que tenían derecho”.⁶⁶ Más adelante, la sentencia de la Corte Suprema rechaza dichos alegatos puesto que *inter alia* “[l]os alegatos de la defensa anteriormente esgrimidos quedan desvirtuados con las razones de hecho y de derecho que quedaron establecidas en el Capítulo III, del presente fallo”.⁶⁷ Sin embargo, de una lectura exhaustiva del mencionado capítulo no aparece ninguna alusión a los derechos procesales de la víctima ni se analizan los elementos de convicción presentados por la defensa cuando el mencionado tribunal sí se lo permitió.⁶⁸

117. Como consecuencia de los fundamentos de hecho y de derecho antes expuestos, la Comisión Interamericana considera que el Estado venezolano es responsable internacionalmente por las violaciones de los artículos 8(1), 8(2)(d) y 25(1) en conexión con el artículo 1(1) de la Convención en perjuicio de Reinaldo Figueredo Planchart por los hechos ocurridos en Caracas, Venezuela, a partir del mes de noviembre de 1992, fecha en que se inició una investigación administrativa en su contra, la cual terminó con una sentencia condenatoria de la Corte Suprema de Justicia el 30 de mayo de 1996. Ha quedado demostrado en autos que entre el mes de noviembre de 1992 y el 22 de junio de 1994, el inculpado no tuvo acceso a las garantías mínimas del debido proceso antes citadas, a las cuales tenía derecho en virtud de las obligaciones internacionales asumidas por Venezuela al ratificar la Convención Americana el 9 de agosto de 1977.

118. *El derecho a la presunción de inocencia [artículo 8(2) de la convención].* El artículo 8(2) de la Convención establece *inter alia* que “[t]oda persona inculpada de un delito tiene derecho a que se presuma su

⁶⁶ Corte Suprema de Justicia, sentencia del 30 de mayo de 1996, *op.cit.*, p. 758.

⁶⁷ *Ibidem*, p. 759.

⁶⁸ Cabe recordar que Reinaldo Figueredo Planchart no tuvo acceso al expediente, a la acusación del fiscal ni derecho a defenderse a través de su abogado defensor desde el inicio de la investigación hasta que la Corte Suprema de Justicia dictó auto de detención en su contra.

inocencia mientras no se establezca legalmente su responsabilidad”. De todas las garantías judiciales propias del ámbito penal, la más elemental es, quizás, la presunción de inocencia, expresamente reconocida sin salvedad ni excepción alguna por diversos instrumentos internacionales de derechos humanos tales como la Declaración Universal, el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, la Declaración Americana y la Convención Americana.

119. Esta disposición atribuye a favor del acusado la presunción de que éste debe ser considerado inocente, y tratado como tal, mientras no se determine su responsabilidad penal mediante una sentencia firme. El contenido de la presunción de inocencia exige “que la sentencia de condena y, por ende, la aplicación de la pena, sólo pueden ser fundadas en la certeza del tribunal acerca de la existencia de un hecho punible atribuible al acusado”.⁶⁹ El juez a quien le corresponde conocer de la acusación penal tiene la obligación de abordar la causa sin prejuicios y bajo ninguna circunstancia debe suponer a priori que el acusado es culpable.⁷⁰ Por el contrario, la Convención Americana requiere que, en aplicación del debido proceso legal, y de los principios de derecho penal universalmente aceptados, el juez debe circunscribirse a determinar la responsabilidad penal y aplicar la pena a un imputado a partir de la valoración de los elementos de convicción con que cuenta. Esa presunción de inocencia es la que ha llevado al derecho penal moderno a imponer como regla general, que toda persona sometida a proceso penal debe ser juzgada en libertad y que es sólo por vía de excepción que se puede privar al procesado de la libertad.

120. Puesto que el imputado, Reinaldo Figueredo Planchart, no pudo ejercer su derecho a la defensa desde el inicio de la investigación en su contra hasta dictado el auto de detención, y que esta decisión jurisdiccional no permitía al momento de los hechos la li-

⁶⁹ Julio B. J. Maier, *El derecho procesal argentino*, Buenos Aires, 1989, p. 257.

⁷⁰ Véase al respecto, Comisión Europea de Derechos Humanos, caso 9037-80, X vs. Switzerland, decisión del 5 de mayo de 1981, D.R. 24, p. 224.

bertad provisional o bajo fianza,⁷¹ la Comisión considera violado el principio de presunción de inocencia consagrado en el artículo 8(2) de la Convención. La Comisión considera grave que la orden de privación de libertad se decidiera sin que el imputado hubiese tenido la oportunidad de ejercer su derecho a la defensa, ni beneficiarse de las garantías del debido proceso a las que tenía pleno derecho antes del auto de detención.

121. En el caso *Minelli vs. República de Suiza*, la Corte Europea de Derechos Humanos ha definido claramente la forma en que un Estado puede violar la presunción de inocencia de un inculpado; según el Tribunal, la presunción de inocencia se encuentra ignorada si, sin la determinación legal previa de culpabilidad de un acusado y concretamente sin que éste haya tenido ocasión de ejercer los derechos de defensa, una decisión judicial que le concierne refleja el sentimiento de que él es culpable.⁷²

122. Al igual que en el caso Minelli, la presunción de inocencia fue violada en el caso *sub lite* al haberse emitido una decisión jurisdiccional que privara de libertad al acusado y por ende reflejaba el sentimiento de que era culpable, sin habersele permitido ejercer su derecho a la defensa. Ese sentimiento de culpabilidad se refleja fácilmente en la decisión de la Corte Suprema de Justicia del 18 de mayo de 1994, mediante la cual decretó en 444 páginas el auto de detención judicial contra Reinaldo Figueredo Planchart:

⁷¹ Tal como se ha señalado en el presente informe el artículo 103 de la Ley Orgánica de Salvaguarda del Patrimonio Público aplicado al presente caso señala *inter alia* que “[l]as medidas de privación de libertad contempladas en la presente ley serán de cumplimiento efectivo... En consecuencia, quienes resultaren enjuiciados por los delitos que en esta ley se establecen y los que les fueren conexos, no disfrutarán del beneficio de libertad provisional o sea, bajo fianza de cárcel segura establecido en el Código de Enjuiciamiento Criminal...” (énfasis agregado).

⁷² Corte EDH, caso Minelli vs. República de Suiza, sentencia del 25 de marzo de 1983, sobre la violación de la presunción de inocencia (artículo 6(2) de la Convención Europea de Derechos Humanos), en *Tribunal Europeo de Derechos Humanos, 25 años de jurisprudencia 1959-1983*, Cortes Generales, Madrid, Espa-

De los elementos probatorios anteriormente reseñados surgen fundados indicios de culpabilidad contra los procesados (...) Reinaldo Figueredo Planchart en la perpetración de los delitos de Malversación Genérica y Peculado Doloso Propio, cometidos en las circunstancias ya referidas, previstos y penados en los artículos 60 y 58 de la Ley Orgánica de Salvaguarda del Patrimonio Público, respectivamente. En virtud de las consideraciones anteriores y de acuerdo a las especificaciones que anteceden, la Corte Suprema de Justicia en Pleno, administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la Ley (...) decreta la detención judicial (...) de los ciudadanos (...) ya identificados, por la comisión de los delitos de Malversación Genérica y Peculado Doloso Propio...

123. A juicio de la Corte Europea de Derechos Humanos, “una resolución que implique sustancialmente una declaración de culpabilidad sin haberse probado previamente con arreglo a la ley y, especialmente, sin que el interesado haya podido utilizar los derechos propios de la defensa”⁷³ constituye una violación de los principios que consagran la presunción de inocencia. El alto tribunal europeo también ha manifestado que “basta una motivación tendiente a pensar que el juez considera al acusado como culpable”⁷⁴ para declarar a un Estado en violación del derecho a la presunción de inocencia. Con base en este último análisis, la Comisión observa también que en los días subsiguientes al 15 de febrero de 1995, fecha en la cual la Corte Suprema de Justicia decretó medida de aseguramiento sobre los bienes del procesado, el magistrado Rafael Alfonso Guzmán declaró ante los medios de comunicación “que este caso concreto

ña, p. 954. En este caso concreto del señor Minelli, el Tribunal entendió que el Estado había violado el artículo 6(2) de la Convención Europea, similar al artículo 8(2) de la Convención Americana, el cual consagra el principio de presunción de inocencia.

⁷³ Tribunal EDH, caso Lutz, Engelrt y Nolkenbockhoff vs. República Federal de Alemania, sentencia del 25 de agosto de 1987, *op. cit.*, p. 1166.

⁷⁴ Tribunal EDH, caso Minelli vs. República de Suiza, *op. cit.*, p. 955.

(...) son inefectivas estas medidas, porque este tipo de reos y de delitos hace que nadie tenga a su nombre ningún bien importante para que se lo graven..”⁷⁵ La Comisión observa también que este magistrado fue recusado por los abogados defensores del procesado, pero la recusación fue declarada sin lugar por la Corte Suprema de Justicia. Debe hacer notar, asimismo, la Comisión que estas declaraciones fueron realizadas un año y tres meses antes de la sentencia condenatoria de la Corte Suprema de Justicia que tuvo lugar el 30 de mayo de 1996, la cual además va con la rúbrica y firma del mencionado magistrado.

124. A juicio de la Comisión, dichos comentarios vician el proceso por cuanto dicho magistrado no solamente desconoce la presunción de inocencia a que tiene derecho el inculpado al prejuzgarlo de “reo” antes de la sentencia condenatoria, sino que también actúa como juez y parte al mismo tiempo, y daña el honor y la reputación del presunto responsable. Igualmente, la Comisión considera que la exhibición de personas procesadas a través de los medios de comunicación masiva en un horario de alta audiencia, como ocurrió en el caso *sub lite*,⁷⁶ induce a la opinión pública a prejuzgar sobre la culpabilidad de esas personas y constituye una práctica reñida con las más elementales normas del debido proceso. Todos estos hechos expuestos en este capítulo permiten a la Comisión concluir que el Estado venezolano es responsable internacionalmente por la violación del artículo 8(2) de la Convención, en relación con el artículo 1(1) del citado instrumento internacional.

125. *Derecho a la comunicación previa y detallada de la acusación, derecho de la defensa de interrogar testigos y derecho de las partes a la igualdad procesal [artículo 8(2)(b)(h) de la convención].* La Convención Americana

⁷⁵ [...] Estas declaraciones aparecieron en el diario *El Universal*, Caracas, Venezuela, 16 de febrero de 1995, p. 21.

⁷⁶ Las declaraciones públicas del magistrado Rafael Alfonso Guzmán fueron realizadas el viernes 17 de febrero de 1995, a través del noticiero de las 8:00 p.m. del Canal 10 de la empresa Televen.

establece en su artículo 8(2)(b) y (h) que toda persona inculpada de delito tiene derecho, en plena igualdad procesal, a la comunicación previa y detallada de la acusación formulada en su contra, así como a “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”. Éstas son garantías esenciales del derecho a un juicio justo, ya que como lo ha señalado la Corte Europea de Derechos Humanos

debe existir un compromiso razonable entre el interés público por el castigo y represión del delito, que es servido por la admisión del rango más amplio posible de evidencia incriminatoria, y el derecho del imputado o acusado a desvirtuar efectivamente dicha evidencia. Cuando el testimonio incriminatorio que se ofrece como prueba pertenece a testigos anónimos, o cuando los testigos se niegan a concurrir a las audiencias de lo cual resulta que la defensa no puede contrainterrogar sobre los hechos declarados por un testigo, la Corte Europea ha considerado que tal proceder viola, en perjuicio del acusado, la norma contenida en el artículo 6, párrafo 3 de la Convención Europea de Derechos Humanos.⁷⁷

126. Ha quedado comprobado en autos que entre el 11 de marzo de 1993, fecha en que el Fiscal General de la República presentó acusación y solicitud de antejuicio de méritos ante la Corte Suprema de Justicia, y el 22 de junio de 1994 –después de ordenado el auto de detención sin derecho a libertad provisional– el imputado no tuvo acceso a una copia de la acusación del Fiscal ni pudo defenderse con la asistencia de su abogado defensor en los interrogatorios a los que fue citado. También está probado que el inculcado no tuvo acceso al informe y los doce anexos preparados en su contra

⁷⁷ Corte EDH, *Bonisch vs. Austria* (1985), Serie A, No. 92; *Kostovski vs. Netherlands* (1989), Serie A, No. 166; y *Urterpertinger vs. Austria* (1986), Serie A, No. 110.

por el Contralor General de la República en noviembre de 1992, a pesar de las reiteradas solicitudes del interesado alegando su derecho a la defensa. Consta también en autos la decisión de la Corte Suprema de Justicia del 11 de mayo de 1993 negando sean expedidas copias de la querrela fiscal y los recaudos correspondientes, y la decisión del mismo tribunal del 26 de mayo de 1993, mediante la cual ordena pasar al entonces presidente Carlos Andrés Pérez “copia íntegra del libelo acusatorio y de la documentación acompañada”. Está probado también que el 16 de noviembre de 1993 la Corte Suprema de Justicia se negó a atender una solicitud para excluir al Fiscal General de las actuaciones judiciales para asegurar a las partes una igualdad procesal, ya que la defensa no tenía acceso a las actas sumariales. Dicho tribunal interpretó que durante el sumario el acusado no podía tener acceso al escrito de acusación del Fiscal ni a las actas sumariales, ni a abogado defensor, ni a presentar testigos de descargo o contrainterrogar a los de cargo. Más aún, consta en el expediente que el procesado Figueredo Planchart fue interrogado, en presencia del Fiscal General de la República, por la Corte Suprema de Justicia el 29 de septiembre de 1993, sin la asistencia de su abogado defensor y sin poder presentar pruebas de descargo.

127. A juicio de la Comisión, un indiciado debe tener un derecho real y efectivo a responder los cargos y pruebas presentados por el Ministerio Público. La efectividad de este derecho implica que debe estar disponible para el interesado en las primeras etapas de un proceso. De no ser así, las imputaciones equivocadas o injustas del Ministerio Público o las declaraciones falsas de testigos de cargo pueden llevar al encarcelamiento obligatorio y prolongado del indiciado, sin haber tenido la oportunidad de contradecir los testimonios inculpativos o mucho menos oponerse a ellos. Al conferir a la defensa el derecho de preguntar y presentar sus pruebas en las mismas condiciones que la acusación, se está asegurando la efectividad del principio de igualdad procesal. Sólo así podrá la defensa presentar equitativamente una causa y podrán aparecer todos los aspectos relevantes del caso.

128. La Comisión estima que ninguno de los principios del debido proceso antes mencionados se cumplieron en el caso *sub lite*. En efecto, las limitaciones impuestas a los abogados defensores del inculpado, la imposibilidad de presentación de pruebas de descargo, y la falta de acceso al expediente acusatorio antes de declarado el auto de detención violan los principios consagrados en el artículo 8(2)(b) y (h) de la Convención. En el caso de autos no se le concedió al procesado –durante el sumario– una oportunidad real de tener conocimiento, ni de responder las acusaciones formuladas, y la evidencia presentada por la otra parte. Durante más de un año de procedimiento sumarial, la Corte Suprema de Justicia venezolana mantuvo en secreto tanto la acusación del fiscal como el informe del Contralor. Cuando sus abogados pudieron, finalmente, enterarse de su contenido, ya se había decretado una orden de detención en su contra. Igualmente, dicho tribunal violó el derecho del inculpado a la igualdad procesal, por cuanto fue interrogado en presencia del fiscal mientras al mismo tiempo se excluyó a su abogado defensor. En consecuencia, el Estado venezolano es responsable internacionalmente por las violaciones del artículo 8(2)(b) y (h) de la Convención en relación con el artículo 1(1) del citado instrumento internacional.

129. *El derecho de recurrir del fallo ante juez o tribunal superior [artículo 8(2)(h) de la convención]*. La Convención Americana establece en su artículo 8(2)(h) que toda persona inculpada de delito tiene derecho, en plena igualdad, a “recurrir del fallo ante juez o tribunal superior”. Este derecho constituye un requisito esencial del debido proceso y tiene, además, el carácter de inderogable conforme a lo señalado en el artículo 27(2) de la Convención. A juicio de la Comisión, el derecho de recurrir del fallo implica una revisión de los hechos objeto de la causa, un estudio acabado del juicio, lo cual implica garantías reales a los acusados de que su causa será vista y sus derechos serán garantizados de conformidad con los principios del debido proceso establecidos en el artículo 8 de la Convención. Este derecho no establece excepciones de ninguna naturaleza. Dicho en otras palabras,

un Estado no puede alegar su derecho interno para evitar cumplir con esta disposición.⁷⁸ La Corte Interamericana ha definido este concepto en una de sus últimas decisiones:

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 verdadera revisión de la sentencia, en el sentido requerido por la Convención, es preciso que el tribunal superior reúna las características jurisdiccionales que lo legitiman para conocer del caso concreto.⁷⁹

130. La Comisión ya ha señalado en el presente informe que la Corte Suprema de Justicia no era el tribunal competente para juzgar y condenar en instancia única a Reinaldo Figueredo Planchart.⁸⁰ De acuerdo al derecho positivo venezolano, el Tribunal Superior de Salvaguarda del Patrimonio Público era el competente para juzgar al inculpado en calidad de tribunal de primera instancia, lo cual le ha-

⁷⁸ Las leyes nacionales de un Estado no pueden pasar por encima de este compromiso internacional. Tal como lo ha reconocido el Comité de Derechos Humanos de las Naciones Unidas al interpretar el artículo 14(5) –similar al 8(2).h de la Convención– “no era la intención dejar el derecho de revisión a la discreción de los Estados Partes, ya que los derechos son aquellos reconocidos por el pacto y no meramente aquellos reconocidos por la ley nacional”. *Salgar vs. República de Colombia*, No. 64/179 (1982), reimpresso en *Comité de Derechos Humanos: Selección de Decisiones Adoptadas con arreglo al Protocolo Facultativo*, pp. 127-30, párr. 10.4. El artículo 14(5) del Pacto Internacional sobre Derechos Civiles y Políticos dispone lo siguiente: “Toda persona declarada culpable de un delito tendrá el 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”.

⁷⁹ Corte IDH, caso *Castillo Petruzzzi y Otros vs. República del Perú*, sentencia del 30 de mayo de 1999, párr. 161.

⁸⁰ Ver párrafo 94 en el presente informe: El derecho a un juez natural y competente.

bría permitido recurrir ante una instancia superior si el fallo le era desfavorable. Ello no ocurrió en los hechos, ya que la Corte Suprema lo condenó el 30 de mayo de 1996. Al respecto, la Corte Interamericana también ha señalado 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 posteriores. En consecuencia, el concepto del juez natural y el principio del debido proceso legal rigen a lo largo de estas etapas y se proyectan sobre las diversas instancias procesales. Si el juzgador (...) no satisface los requerimientos del juez natural, no podrá establecerse como legítima y válida la etapa procesal que se desarrolle ante él.⁸¹

131. Estos antecedentes sumados al hecho de que la Constitución Política del Estado venezolano dispone en su artículo 211 que “[l]a Corte Suprema de Justicia es el más alto Tribunal de la República. Contra sus decisiones no se oirá ni admitirá recurso alguno” y analizados en conjunto con el escrito del Estado venezolano del 6 de febrero de 1997, en donde manifiesta *inter alia* que “no existen otros recursos de jurisdicción interna para ser interpuestos” contra la decisión condenatoria de dicho tribunal, permiten concluir a la Comisión que el Estado venezolano incurrió también en la violación del artículo 8(2)(h) de la Convención, en concordancia con el artículo 1(1) del citado instrumento internacional.

132. *El derecho a un proceso público [artículo 8(5) de la convención]*. El artículo 8(5) de la Convención dispone que “el proceso penal debe ser público, salvo en lo que sea necesario para preservar los intereses de la justicia”. La Comisión Interamericana ha señalado al respecto que: La publicidad de los juicios no solamente es una garantía esencial del debido proceso, sino también, un principio general del derecho.

⁸¹ Corte IDH, caso Castillo Petruzzi y Otros vs. República del Perú, *op. cit.*, párr. 161.

La publicidad procesal es un principio fundamental del procedimiento moderno, opuesto al secreto inquisitorial, que establece como suprema garantía de los litigantes, de la averiguación de la verdad y de los fallos justos, que la instrucción de las causas sean conocidas no solamente de las partes y de los que intervienen en los procesos, sino de todos en general.⁸²

133. La Corte Europea de Derechos Humanos también tiene una jurisprudencia consistente al respecto:

El carácter público de los procedimientos protege a los litigantes frente a una Administración de Justicia secreta y sin control por la opinión pública; constituye igualmente uno de los medios para preservar la confianza ante los juzgados y tribunales mediante la consecución de una Administración de Justicia transparente. La publicidad contribuye a lograr la finalidad del derecho a un juicio equitativo, cuya garantía constituye uno de los pilares fundamentales de toda sociedad democrática.⁸³

134. La Comisión observa que al momento de los hechos, el proceso penal ordinario en Venezuela podía comenzar de oficio, por denuncia o por acusación; sin embargo, una vez iniciada la averiguación sumarial, ésta era secreta y de plazo indefinido en los casos que no había detenido.⁸⁴ En el caso *sub lite* está ampliamente proba-

⁸² CIDH, Informe Anual 1998, Capítulo IV, *Desarrollo de los Derechos Humanos en la Región*, p. 1124.

⁸³ Corte EDH, Caso Axen, sentencia de 8 de diciembre de 1983, "Publicidad del procedimiento judicial", en *Tribunal Europeo de Derechos Humanos, 25 años de jurisprudencia 1959-1983*, Publicaciones de las Cortes Generales, Impreso en Closas-Orcoyen, S.L., Madrid, España, 1981.

⁸⁴ Artículo 73 del antiguo Código de Enjuiciamiento Criminal: *Las diligencias del sumario, ya empiecen de oficio, ya a instancia de parte, serán secretas hasta que éste se declare terminado, menos para el Representante del Ministerio Público. También dejarán de ser secretas para el procesado contra quien se lleva a efecto un auto de detención y para el acusador, en las causas en que la ley exija el*

do que desde que se dio inicio a las investigaciones en noviembre de 1992, hasta el 22 de junio de 1994 –después de dictado el auto de detención– el procesado no tuvo acceso al expediente acusatorio tanto del contralor como del fiscal. Al ser secreta esta primera etapa del proceso –llámese primera etapa a pesar de los casi dos años transcurridos– el inculcado no tuvo acceso al proceso y por ende no pudo contribuir al esclarecimiento de los hechos. En efecto, el hecho de que la legislación penal venezolana de ese momento haya dispuesto que las diligencias del sumario sean secretas, no sólo imposibilitó que el interesado pueda conocer la verdad de lo que ocurrió en la investigación, sino que además prohibió su colaboración o participación en la misma. El interés del inculcado porque se haga justicia en su caso puede contribuir a la profundidad de las investigaciones y al esclarecimiento de los hechos. Así, en esta etapa crucial de la investigación, cuando la memoria de los testigos está fresca y cuando aún es posible practicar pruebas periciales o inspecciones judiciales que permitan recoger evidencias de descargo a favor del imputado, la falta de acceso al proceso iniciado por el Estado ha contribuido a la falta de transparencia procesal en el presente caso.

135. Dentro de ese contexto, es pertinente indicar que el Estado venezolano ha corregido esta situación a través de la promulgación del nuevo Código Orgánico Procesal Penal, el cual entró en vigencia el 1° de julio de 1999. Mediante este nuevo Código, el Ministerio Público tiene el monopolio de la investigación en los delitos de acción pública, con lo cual desaparece la figura del *sumario secreto*. La exposición de motivos del nuevo Código Procesal Penal critica la figura del *secreto sumarial* así:

requerimiento de parte o la acusación de la parte agraviada, desde que el Tribunal ejecute el auto de detención o de sometimiento a juicio y desde que dicte o confirme las decisiones a que se refieren los artículos 99, 109, en su último aparte y 206. *Artículo 208*. Cuando de la averiguación sumaria apareciere comprobada la comisión de un hecho punible, pero no resultaren indicios de quién fuere su autor, se mantendrá abierta la averiguación hasta que se le descubra (énfasis agregado).

[...]

el] ordenamiento procesal penal, analizado donde su normatividad (legalidad) y desde su efectividad (realidad), es violatorio de principios procesales básicos(...). El proceso penal venezolano, mixto en su origen, se fue pervirtiendo (de instrucción judicial a instrucción policial y posibilidad de valorar como prueba los datos adquiridos en el sumario) hasta convertirse en un proceso inquisitivo casi puro. El sumario, que era una fase preparatoria del juicio plenario, pasó a ser la fase principal, donde la policía es la que elabora el expediente, detiene al “presunto” autor del delito y por añadidura, violando expresas disposiciones legales, lo condena públicamente a través de los medios de comunicación; y el plenario, privado de todo contenido sustancial, se transformó en un ritual sin sentido: hoy el proceso penal termina, materialmente, con el auto de detención.

[...]

La consideración de esta situación hace surgir la necesidad de actualizar la legislación procesal venezolana y sustituir un sistema de enjuiciamiento, que se dice “mixto”, pero que es fundamentalmente inquisitivo (sistema característico de los Estados Absolutos), por otro en el cual se sitúe a las partes en condiciones de igualdad, y el juez actúe como un tercero imparcial.

[...]

Se trata –como objetivo– de ofrecer a la ciudadanía en cada caso, comenzando por el área penal, una respuesta concreta –a fecha cierta– de justicia rápida y dictada con sentido de equidad. ...El acusador y el acusado concurren ante el juez en igualdad de derecho y obligaciones, y el juzgamiento generalmente se hace en libertad hasta el pronunciamiento de la sentencia.

[...]

Por cuanto los asuntos penales son demasiado importantes no se les puede tratar secretamente, por ello los actos del proceso, salvo las excepciones legales, han de efectuarse en público, esto que constituye una garantía de la legalidad y la justicia del fallo, permite el acercamiento del ciudadano común al sistema de administración de justicia y fortalece su confianza en ella, lo cual a su vez representa un control

democrático de la actuación judicial. Así, al proteger a las partes de una justicia substraída al control público, se garantiza uno de los aspectos del debido proceso.⁸⁵

136. La Comisión Interamericana valora positivamente el hecho de que el Estado venezolano haya corregido normas que eran incompatibles con el objeto y fin de la Convención Americana. Sin embargo, independientemente de que esa legislación haya sido modificada para hacerla compatible con las obligaciones asumidas por el Estado en el marco del citado instrumento internacional, subsiste el hecho de que la aplicación del antiguo Código de Enjuiciamiento Criminal al presente caso repercutió negativamente en los derechos procesales de la víctima quien vio vulnerado su derecho a las garantías del debido proceso legal, y por ende, a un juicio justo. Por consiguiente, el Estado venezolano también es responsable internacionalmente por la violación del artículo 8(5) de la Convención en relación con el artículo 1(1) del citado instrumento.

137. *El derecho a un tribunal imparcial [artículo 8(1) de la convención]*. El artículo 8(1) de la Convención establece el derecho de toda persona a ser oída por un tribunal imparcial. El alcance del término independiente ha sido analizado, desarrollado y aplicado por la jurisprudencia internacional de derechos humanos. La Corte Europea de Derechos Humanos, por ejemplo, ha desarrollado una abundante y coherente jurisprudencia sobre este tema.⁸⁶ El análisis de esa práctica permite deducir que, para calificar a un órgano como tribunal independiente, deben satisfacerse ciertas condiciones tanto desde una perspectiva estructural como funcional.

⁸⁵ Código Orgánico Procesal Penal y Exposición de Motivos, *Gaceta Oficial* No. 5208 del 23 de enero de 1998, Editorial Buchivacoa, Caracas, Venezuela, pp. 9, 12, 18, y 32.

⁸⁶ Principalmente en los siguientes casos: *Sramek vs. Austria*, Serie A, No. 84; *Campbell and Fell vs. United Kingdom*, Serie A, No. 39; *Ringeinsen vs. Austria*, Serie A, No. 13; *Engel vs. Netherlands*, Serie A, No. 22; y *Schiesser vs. Switzerland*, Serie A, No. 78.

138. La imparcialidad supone que el juez o tribunal no tiene opiniones preconcebidas sobre el caso *sub lite* y, en particular, no presume la culpabilidad del acusado. Para la Corte Europea de Derechos Humanos la imparcialidad del juzgador se compone de elementos subjetivos y objetivos. La imparcialidad subjetiva del juez se presume en el caso concreto mientras no se pruebe lo contrario. La imparcialidad objetiva, por su parte, exige que el tribunal ofrezca las suficientes garantías que disipen cualquier duda acerca de la imparcialidad observada en el proceso.⁸⁷ La Corte Europea agrega también que “[i]ncluso las apariencias pueden tener cierta importancia. Lo que está en juego es la confianza que los tribunales de una sociedad democrática deben inspirarle al público, comenzando, en el orden penal, por los acusados. Lo decisivo es si ese temor de falta de imparcialidad puede considerarse objetivamente justificado”.⁸⁸ En síntesis, concluyó dicho tribunal que “[n]o basta con que se haga justicia, es preciso que se vea que se hace justicia”.⁸⁹

139. Tenida cuenta de estos principios, la Comisión considera que las diferentes etapas procesales de este caso han estado rodeadas de numerosas irregularidades que ponen en serias dudas la independencia e imparcialidad de los órganos del Estado encargados de sustanciar la causa contra Reinaldo Figueredo Planchart. A continuación la Comisión pasa a exponer y analizar las irregularidades cometidas:

a. El diario *El Nacional* del 16 de marzo de 1993 –páginas A-1 y D-1– informa de las investigaciones realizadas por la Contraloría General de la República a Reinaldo Figueredo Planchart (en adelante RFP). Debe tenerse presente que este órgano del Estado negó a RFP

⁸⁷ Así, por ejemplo, en el caso Piersak, sentencia del 1º de octubre de 1982, Serie A, No. 5.

⁸⁸ Corte EDH, Casos vs. Italia, sentencia del 26 de febrero de 1993, Series A, Vol. 257-B al H, párr. 27.

⁸⁹ Corte EDH, De Cubber vs. Bélgica, 7 EHHR 236, párr. 26 (1984) al citar a Delcourt vs. Bélgica, 1 EHHR 355, párr. 31 (1970).

el 17 de marzo de 1993 copia del informe con los doce anexos que dicha entidad administrativa había producido. También debe tenerse en cuenta que al día siguiente de esta noticia de prensa, es decir el 17 de marzo de 1993, fue admitida por la Corte Suprema de Justicia la acusación del fiscal general de la república contra RFP.

b. El diario *El Nacional* del 5 de mayo de 1993 –página d-1– y el diario *El Universal* del 6 de mayo de 1993, publican el proyecto de sentencia de la Corte Suprema de Justicia con los méritos para enjuiciar a RFP. Cabe señalar que RFP no tiene todavía acceso al expediente ni derecho a abogado defensor y que el 11 de mayo de 1993, la Corte Suprema deniega el acceso a una copia de la acusación fiscal en virtud de que ello es aplicable sólo “cuando previamente se ha declarado que existen méritos para el enjuiciamiento”. También es importante precisar que 15 días después de las noticias publicadas por la prensa, es decir, el 20 de mayo de 1993, la Corte Suprema declaró que había méritos para el enjuiciamiento de RFP.

c. El diario *El Universal* del 15 y 30 de abril de 1994 publica el texto parcial de la sentencia que contiene el auto de detención contra RFP. Cabe señalar que RFP tan sólo había tenido acceso al expediente y por ende, a ser asistido por abogado defensor en los interrogatorios desde el 22 de junio de 1994. Es importante también destacar que los abogados de RFP presentaron escrito ante la Corte Suprema denunciando la filtración. Tres semanas después de dicha filtración, la Corte Suprema decreta el auto de detención contra RFP el 18 de mayo de 1994.

d. El 16 de febrero de 1995, el magistrado de la Corte Suprema Rafael Alfonso Guzmán realizó declaraciones ante el diario *El Universal* –página 21– haciendo juicios de valor sobre los imputados de este caso y catalogándolos de “reos”.⁹⁰ Estas mismas declaraciones aparecen el viernes 17 de febrero de 1995, en el noticiero de las 8:00 p.m. del Canal 10 de la empresa Televen. Los abogados de RFP re-

⁹⁰ Ver párrafo 71 del presente informe. [Este párrafo se encuentra en el documento completo.]

cusaron a dicho magistrado; sin embargo, la recusación fue declarada sin lugar. Cabe señalar que este mismo magistrado fue elegido posteriormente Presidente de la Corte Suprema de Justicia y que al momento de sus declaraciones todavía no se había dictado sentencia condenatoria.

e. El diario *El Nacional* del 25 de enero de 1996 publica una entrevista al entonces presidente de la república Rafael Caldera donde considera que indultar a los imputados sería desconocer “el veredicto condenatorio de la Corte Suprema que corresponde”. Todavía la Corte Suprema no ha dictado sentencia en el caso.

f. El diario *El Nacional* del 1° de febrero de 1996 publica declaraciones del entonces procurador general de la república, Jesús Petit Da Costa, donde considera que la presentación de una denuncia ante la CIDH es un medio de presión ejercida por los imputados contra el Estado.

g. El diario *El Nacional* del 19 de abril de 1996 transcribe extractos de la sentencia condenatoria de RFP. Dos semanas después, el 30 de mayo de 1996, la Corte Suprema de Justicia dicta su sentencia definitiva en el caso, condenando a RFP a dos años cuatro meses. Cabe indicar que el texto de la sentencia coincide con el publicado por la prensa.

140. A juicio de la Comisión, las filtraciones a la prensa por parte de los órganos encargados de administrar justicia en Venezuela antes de que el imputado pueda ejercer su derecho a la defensa vician el proceso gravemente y ponen en serias dudas la imparcialidad de las autoridades judiciales. Estos hechos, sumados a las declaraciones de algunos magistrados prejuzgando o adelantando juicio y calificando al imputado como reo antes de la sentencia condenatoria, demuestran la parcialización de dicha autoridad judicial con una de las partes en el proceso, que en este caso es el Estado, y la descalifica como *juez independiente e imparcial* de acuerdo con los principios establecidos por la Convención Americana.

141. En esta etapa del análisis, la Comisión no puede dejar de reproducir parte de la opinión disidente de la magistrada de la Corte

Suprema de Justicia, Hildegard Rondón de Sansó, quien disintiendo de la mayoría en la sentencia condenatoria a Reinaldo Figueredo Planchart manifestó *inter alia* que:

Finalmente, no puede menos que aludirse *al planteamiento del proceso fuera del proceso* que ha sido elemento determinante de este juicio, en el cual todo, hasta el fallo definitivo, se debatió en la prensa antes de su publicación.

En este *proceso externo*, la manipulación de la opinión pública estuvo sobre todo en aportarle imputaciones contra los acusados (...) a fin de condicionar esa opinión pública a exigir decisiones sobre hechos ajenos al juicio. El lego no sabe que el juez decide *secundum allegata et probata*, y que las acusaciones sobre las cuales se pronuncia son sólo aquellas que fueron formuladas y aparecen en autos. Al ignorar este hecho, pero estar informado de otras imputaciones que son constantemente reseñadas fuera de juicio, la opinión pública estará manipulada para reaccionar ante una sentencia absolutoria tanto contra los acusados, como contra el juez.

Si se recogen las consideraciones jurídicas y las que se refieren a los elementos fácticos que rodearon la formación de este fallo, y se recuerda la presión que sobre su contenido ejerciera el propio Jefe de Estado exigiéndole a la Corte una sentencia condenatoria, no puede menos que afirmarse que la Corte Suprema de Justicia desperdició nuevamente la oportunidad de elevarse en el criterio del país y de la comunidad jurídica internacional, dictando un fallo apegado al Derecho y a la Justicia.⁹¹

142. El magistrado Alfredo Ducharne Alonzo también se refirió a la sentencia antes citada señalando que “[s]e ha decidido –en criterio

⁹¹ Corte Suprema de Justicia, sentencia del 30 de mayo de 1996, Caracas, Venezuela, voto salvado de la magistrada Hildegard Rondón de Sansó, pp. 866 y 867.

del magistrado disidente— con base a influjos perturbadores externos como lo son la opinión pública y el ingrediente político”.⁹²

143. La Comisión Europea de Derechos Humanos ha señalado que “el Estado tiene la obligación de asegurar que toda persona sometida a su jurisdicción y acusada de delito tenga un juicio justo y no lo que a veces es llamado un *juicio de la prensa*”.⁹³ Dicha Comisión también manifestó que “una campaña de prensa virulenta puede afectar adversamente la justicia del proceso e involucrar la responsabilidad del Estado, particularmente cuando es impulsada por uno de los órganos del mismo Estado”.⁹⁴

144. Al igual que la Comisión Europea, la Comisión Interamericana considera que el tipo de publicidad sesgada pone aún más en evidencia la falta de transparencia y la ausencia de igualdad procesal en el caso *sub lite*, ya que la autoridad administrativa, el fiscal, los jueces y aún la prensa escrita y televisada tuvieron acceso al expediente, mas no el interesado que resultó perjudicado por la ausencia de un juicio justo. Asimismo, estos indicios en conjunto son más que suficientes para crear una apariencia razonable de la carencia de imparcialidad de los órganos del Estado encargados de sustanciar la causa de Reinaldo Figueredo Planchart. Con ello, Venezuela como Estado Parte de la Convención no cumplió con su obligación positiva de garantizar al inculpado el debido proceso legal al cual tenía derecho y por ende, violó el artículo 8(1) del citado instrumento internacional.

145. Tal como la Corte Interamericana ha señalado,

(...) está más allá de toda duda que el Estado tiene el derecho y el deber de garantizar su propia seguridad. Tampoco puede discutirse que toda la sociedad padece por las infracciones a su orden jurídico. Pero por graves que puedan ser ciertas acciones y por culpables que puedan re-

⁹² Corte Suprema de Justicia, sentencia del 30 de mayo de 1996, *op.cit.*, p. 820.

⁹³ Comisión EDH, caso *Crociani vs. Italia*, 22 D.R. 147, 228 (1980).

⁹⁴ Comisión EDH, caso *Jespers vs. Bélgica*, 22 D.R. 100, 127 (1980).

sultar los reos de determinados delitos, no cabe admitir que el poder pueda ejercerse sin límite alguno o que el Estado pueda valerse de cualquier procedimiento para alcanzar sus objetivos, sin sujeción al derecho o a la moral. Existe un amplio reconocimiento de la primacía de los derechos humanos, que el Estado no puede desconocer sin violentar.⁹⁵

146. La Comisión sostiene que el Estado, al someter a la víctima de este caso a procedimientos en los que no se respetaron los principios y las garantías del debido proceso consagradas en la Convención Americana, ha incumplido su deber de respetar los derechos y libertades reconocidos en ella y de garantizar su libre y pleno ejercicio, como dispone el artículo 1(1) de la Convención. [...]

Corte Constitucional
Sentencia C-620 de 2001
Magistrado ponente: Jaime Araújo Rentería
13 de junio de 2001

[...] 4. Artículos 382 a 389 de la Ley 600 de 2000

Según la demandante, estos artículos son inconstitucionales porque al desarrollar un derecho fundamental, el hábeas corpus, debieron ser objeto de ley estatutaria, de conformidad con lo ordenado por el artículo 152 literal a) de la Constitución.

4.1. El hábeas corpus

La Constitución de 1991 consagró expresamente, el derecho fundamental de hábeas corpus en el artículo 30, así:

⁹⁵ Corte IDH, sentencia del caso Castillo Petruzzi y otros vs. República del Perú, 30 de mayo de 1999, párr. 204.

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 Constitución como de aplicación inmediata, lo que significa que no requiere de desarrollo legal ni de otro acto para efectos de su aplicación y garantía.

Según el citado artículo el hábeas corpus tiene una doble connotación pues es derecho fundamental y acción tutelar de la libertad personal. Sin embargo, el hecho de considerarse como acción no le quita el carácter de derecho fundamental pues mediante ella simplemente aquél se hace efectivo.

Este doble carácter fue expuesto en la Asamblea Nacional Constituyente, por uno de sus miembros, en estos términos:

Una de las garantías más importantes para tutelar la libertad, es la que disfruta toda persona que se creyere privada ilegalmente de ella para invocar ante cualquier autoridad jurisdiccional y en todo tiempo por sí o por interpuesta persona, el derecho de hábeas corpus, el cual no podrá ser suspendido ni limitado en ninguna circunstancia.

La acción debe resolverse en el término de treinta y seis horas, lo cual refuerza el carácter imperativo de la norma y le otorga a los posibles perjudicados la posibilidad de recuperar de inmediato su libertad.

Tal derecho fundamental se encuentra reconocido en varios instrumentos internacionales, entre los que cabe destacar la Declaración Universal de los Derechos Humanos, el Pacto Internacional sobre Derechos Civiles y Políticos, la Convención Americana sobre Derechos Humanos, los cuales rigen en Colombia y tienen fuerza vinculante por disposición del artículo 93 de la Carta.

En el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos –aprobado mediante la Ley 74 de 1968–, el hábeas corpus se encuentra

regulado en el artículo 9, numeral 4, así: “Toda persona que sea privada de la 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 ordene su libertad si la prisión fuera ilegal”.

En la Convención Americana sobre Derechos Humanos, Pacto de San José de Costa Rica –aprobada mediante la Ley 16 de 1972–, el hábeas corpus no sólo es considerado como una garantía de la libertad sino también como un derecho fundamental, que no puede ser limitado ni abolido, como se lee en el artículo 7 numeral 6, cuyo texto es éste:

Toda persona privada de libertad tiene derecho a recurrir ante un juez o tribunal competente, a fin de que éste decida, sin demora, sobre la legalidad de su arresto o detención y ordene su libertad si el arresto o la detención fueron ilegales. En los Estados partes cuyas leyes prevén que toda persona que se viera amenazada de ser privada de su libertad tiene derecho a recurrir a un juez o tribunal competente a fin de que éste decida sobre la legalidad de tal amenaza, dicho recurso no puede ser restringido ni abolido. Los recursos podrán interponerse por sí o por otra persona.

Los tratados internacionales y, especialmente, la Convención Interamericana de Derechos Humanos establecen claramente que el hábeas corpus es un derecho que no se suspende en los estados de excepción o anomalía. Además, el hábeas corpus es un derecho que no sólo protege la libertad física de las personas sino también es un medio para proteger la integridad física y la vida de las mismas, pues la experiencia histórica ha demostrado que en las dictaduras la privación de la libertad es el primer paso para luego torturar y desaparecer a aquellas personas que no gozan de la simpatía del régimen de turno; este fenómeno fue motivo de análisis por la Corte Interamericana de Derechos Humanos en la Opinión Consultiva OC-08/87 (enero 30), Serie A, No. 8, párrafos 35, 37-40 y 42, que textualmente señala:

El hábeas corpus, para cumplir con su objeto de verificación judicial de la legalidad de la privación de la libertad, exige la presentación del detenido ante el juez o tribunal competente bajo cuya disposición queda la persona afectada. En este sentido es esencial la función que cumple el hábeas corpus como medio para controlar el respeto a la vida e integridad de la persona, para impedir su desaparición o la indeterminación de su lugar de detención, así como para protegerla contra la tortura u otros tratos o penas crueles, inhumanos o degradantes. Esta conclusión se fundamenta en la experiencia sufrida por varias poblaciones de nuestro hemisferio en décadas recientes, particularmente por desapariciones, torturas y asesinatos cometidos o tolerados por algunos gobiernos. Esa realidad 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.

El hábeas corpus se convierte así en el instrumento máximo de garantía de la libertad individual cuando ésta ha sido limitada por cualquier autoridad, en forma arbitraria, ilegal o injusta, como también de otros derechos entre los que se destacan la vida y la integridad física.

4.2 La regulación de derechos fundamentales debe hacerse mediante ley estatutaria

De conformidad con el artículo 152 de la Constitución, el Congreso de la República debe regular por medio de ley estatutaria los siguientes asuntos:

- a. Los derechos y deberes fundamentales de las personas y los procedimientos y recursos para su protección;
- b. La administración de justicia;
- c. La organización y régimen de los partidos y movimientos políticos, estatuto de la oposición y funciones electorales;

- d. Las instituciones y mecanismos de participación ciudadana; y
- e. Los estados de excepción.

Con esta clase de leyes quiso el constituyente “dar cabida al establecimiento de conjuntos normativos armónicos e integrales, caracterizados por una mayor estabilidad que la de las leyes ordinarias, por un nivel superior respecto de éstas, por una más exigente tramitación y por la certeza inicial y plena acerca de su constitucionalidad.”

La Constitución establece diferencias entre las leyes estatutarias y las ordinarias, no solamente por los temas que por medio de las primeras deben regularse sino también en cuanto al trámite para su aprobación, modificación o derogación, pues según el artículo 153 del Estatuto Superior, requieren ser aprobadas por la mayoría absoluta de los miembros del Congreso y ser tramitadas en una misma legislatura. Además, se exige que el proyecto de ley una vez aprobado por las Cámaras Legislativas se envíe a la Corte Constitucional para efectos del control previo u oficioso de constitucionalidad.

En cuanto a la regulación de los derechos fundamentales y de los recursos y procedimientos para su protección, la Corte ha señalado que mediante ley estatutaria no se “supone que toda norma atinente a ellos deba necesariamente ser objeto del exigente proceso aludido, pues una tesis extrema al respecto vaciaría la competencia del legislador ordinario”. La ley estatutaria si bien debe

desarrollar los textos constitucionales que reconocen y garantizan los derechos fundamentales, ellas no fueron creadas dentro del ordenamiento con el fin de regular en forma exhaustiva y casuística cualquier evento ligado a ellos, pues, de algún modo, toda la legislación, de manera más o menos lejana, se ve precisada a tocar aspectos que con ese tema se relacionan (...) los derechos fundamentales pueden verse afectados directa o indirectamente, de una u otra forma, por cualquier regla jurídica, ya en el campo de las relaciones entre particulares, o en el de las muy diversas actividades del Estado. En últimas, en el contenido de todo precepto se encuentra, por su misma naturaleza, una orden, una autorización, una prohibición, una restricción, una regla general o una

excepción, cuyos efectos pueden entrar en la órbita de los derechos esenciales de una persona natural o jurídica.

En consecuencia, ha considerado la Corte que la exigencia de ley estatutaria

no podría conducir al extremo contrario del que, por exagerado, se ha venido desechando –el de que pueda el legislador afectar el sustrato mismo de los derechos fundamentales mediante ley ordinaria–, en cuanto ello representaría la nugatoriedad de los artículos 152 y 153 de la Constitución y, lo que es más grave, la pérdida del especialísimo sentido de protección y garantía que caracteriza a nuestro sistema constitucional cuando de tales derechos se trata. La regulación de aspectos inherentes al ejercicio mismo de los derechos y primordialmente la que signifique consagración de límites, restricciones, excepciones y prohibiciones, en cuya virtud se afecte el *núcleo esencial* de los mismos, únicamente procede, en términos constitucionales, mediante el trámite de ley estatutaria.

El núcleo esencial de un derecho fundamental ha sido entendido como “la naturaleza jurídica de cada derecho, esto es, el modo de concebirlo o configurarlo (...) Desde esta óptica, constituyen el contenido esencial de un derecho subjetivo aquellas facultades o posibilidades de actuación necesarias para que el derecho sea reconocible como pertinente al tipo descrito, sin las cuales el derecho se desnaturalizaría”. Igualmente, se ha dicho que el núcleo esencial se refiere a los

intereses jurídicamente protegidos como núcleo y médula del derecho. Se puede entonces hablar de una esencialidad del contenido del derecho, para hacer referencia a aquella parte del contenido del mismo que es absolutamente necesaria para que los intereses jurídicamente protegibles, que dan vida al derecho, resulten real, concreta y efectivamente protegidos. De ese modo, se rebasa o se desconoce el contenido

esencial cuando el derecho queda sometido a limitaciones que lo hacen impracticable, lo dificultan más allá de lo razonable o lo despojan de la necesaria protección.

No obstante lo anterior, la Corte también ha aceptado la tesis de

que cuando el legislador asume de manera integral, estructural o completa la regulación de un tema de aquellos que menciona el artículo 152 superior, debe hacerlo mediante ley estatutaria, aunque dentro de esta regulación general haya disposiciones particulares que por su contenido material no tengan el significado de comprometer el núcleo esencial de derechos cuya regulación se defiende a este especial proceso de expedición legal. Es decir, conforme con el aforismo latino que indica que quien puede lo más puede lo menos, una ley estatutaria que de manera integral pretende regular un asunto de los que enumera la precitada norma constitucional, puede contener normas cuya expedición no estaba reservada a este trámite, pero en cambio, a la inversa, una ley ordinaria no puede contener normas particulares reservadas por la Constitución a las leyes estatutarias.

En síntesis: la jurisprudencia de esta Corte ha sido enfática al señalar que las disposiciones que deben ser objeto de regulación por medio de ley estatutaria, concretamente, en lo que respecta a los derechos fundamentales y los recursos o procedimientos para su protección son aquellas que de alguna manera tocan su núcleo esencial o mediante las cuales se regula en forma “íntegra, estructural o completa” el derecho correspondiente.

En el caso que se somete hoy al juicio de la Corte, se observa sin dificultad que el derecho de hábeas corpus fue objeto de regulación exhaustiva, íntegra y completa por el legislador ordinario en las normas demandadas, que pertenecen al Código de Procedimiento Penal, basta leer su contenido, que se transcribe a continuación:

En el artículo 382 se define el derecho de hábeas corpus y se fija su sentido y alcance, así: “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 la libertad. Las peticiones sobre libertad de quien se encuentra legalmente privado de ella deberán formularse dentro del respectivo proceso”.

En el artículo 383 se señalan las garantías que se derivan del ejercicio del hábeas corpus:

En los casos señalados en el artículo anterior, toda persona tiene derecho a las siguientes garantías: 1) acudir ante cualquier autoridad judicial para que decida a más tardar dentro de las treinta y seis horas siguientes si decreta la libertad. La solicitud se puede presentar ante cualquier funcionario judicial pero el trámite y la decisión corresponde exclusivamente al juez penal. El Consejo Superior de la Judicatura reglamentará la materia para los casos de vacancia judicial. 2) A que la acción pueda ser invocada por terceros en su nombre, sin necesidad de mandato alguno. 3) A que la actuación no se suspenda o aplaze por la interposición de días festivos o de vacancia judicial.

En el artículo 384 se consagra el contenido de la petición:

La petición de hábeas corpus deberá contener el nombre de la persona en cuyo favor se interviene, las razones por las cuales se considera que con la privación de su libertad se está violando la Constitución o la ley, si lo conoce, la fecha de reclusión y lugar donde se encuentre el capturado y, en lo posible, el nombre del funcionario que ha ordenado la captura y el cargo que desempeña. Además, bajo la gravedad del juramento que se considera prestado por la presentación de la petición, deberá afirmarse que ningún otro juez ha asumido el conocimiento de la solicitud de hábeas corpus o decidido sobre la misma.

En el artículo 385 se establece el procedimiento a seguir cuando la persona haya sido capturada:

Si la autoridad que hubiere decretado la captura no fuere del mismo lugar del juez que remita la petición de hábeas corpus, y éste no pudiere trasladarse a la sede de aquélla, solicitará por el medio más eficaz, información completa sobre la situación que dio origen a la petición. A esta solicitud se le dará respuesta inmediata, remitiendo copia de las diligencias adelantadas contra el capturado. Se podrá solicitar del respectivo director del centro de reclusión una información urgente sobre todo lo concerniente a la captura. El juez podrá interrogar directamente a la persona capturada. En todo caso se dará aviso a la Fiscalía General de la Nación y al interesado.

En el artículo 386 se señala el juez competente para conocer de la acción respectiva. “En los municipios donde haya dos o más jueces de la misma categoría, la petición de hábeas corpus se someterá a reparto inmediato entre dichos funcionarios. El juez decretará inmediatamente una inspección a las diligencias que pudieren existir en el asunto que dio origen a la petición que se practicará a más tardar dentro de las doce (12) horas siguientes.”

En el artículo 387 se prohíbe imponer otra medida restrictiva de la libertad al afectado. “La persona capturada con violación de las garantías consagradas en la Constitución o en la ley, no podrá ser afectada con medida restrictiva de su libertad mientras no se restau- ren las garantías quebrantadas. Por tanto, son inexistentes las medidas que tengan por finalidad impedir la libertad del capturado cuando ella se conceda a consecuencia del hábeas corpus.

En el artículo 388 se consagra el envío de copias para el inicio de la acción penal, “Reconocido el hábeas corpus , el juez compulsará copias para que el funcionario competente inicie las investigaciones a que haya lugar.”

En el artículo 389 se establece el contenido de la decisión que se debe adoptar y el término para tramitar y resolver la petición: “Demostrada la violación de las garantías constitucionales o legales, el juez inmediatamente ordenará la libertad de la persona capturada, por auto interlocutorio contra el cual no procede recurso alguno. Si

se niega la decisión la petición puede ser impugnada. En ningún caso el trámite y la decisión sobre el hábeas corpus pueden exceder de treinta y seis (36) horas.”

Para la Corte no queda duda alguna que el legislador ordinario reguló en forma sistemática, integral y completa el derecho fundamental de hábeas corpus, incluyendo aspectos tanto sustanciales como procedimentales, agotando de esta manera totalmente el tema y tocando aspectos que comprometen la esencia misma del citado derecho fundamental, esto es, su núcleo esencial, razones por las cuales las disposiciones acusadas han debido sujetarse al trámite de la ley estatutaria y, como así no se hizo, tal regulación será declarada inexecutable, por violar el literal a) del artículo 152 del Estatuto Superior que ordena al Congreso expedir ley estatutaria para regular tanto los derechos y deberes fundamentales de las personas como también los procedimientos y recursos para su protección.

No obstante lo anterior, considera la Corte pertinente aclarar que el hecho de que en el Código de Procedimiento Penal se regulen algunos aspectos que tocan con otros derechos fundamentales, por ejemplo, la libertad, ello no significa que las disposiciones correspondientes también deban ser necesariamente objeto de ley estatutaria, pues unas pueden serlo como las que tienen que ver con la inviolabilidad de la correspondencia o de las comunicaciones o inviolabilidad del domicilio, etc., y otras no, lo que implica examinar caso por caso. Las que pueden ser objeto de ley ordinaria son simplemente garantías establecidas por el legislador para que una persona pueda ser privada de la libertad y, por tanto, operan antes de que esa situación se presente; en cambio, la petición de hábeas corpus se ejerce en forma posterior a la ocurrencia del hecho, esto es, que la persona se encuentra privada de la libertad y lo que se busca con la acción respectiva es recobrar la libertad perdida. En otras palabras, las primeras están destinadas a establecer reglas para que una persona pueda ser privada de su libertad y, por tanto, pueden quedar incluidas en una ley ordinaria, mientras que las segundas operan después que el individuo ha sido privado de la libertad como consecuencia de una decisión de una autoridad, tomada en

forma arbitraria o ilegal y, por tanto, el hábeas corpus se encamina a restablecerle al ciudadano el derecho violado permitiendo que recobre la libertad perdida, siendo así no hay duda que se trata de la regulación de un derecho fundamental que a la luz del antes citado artículo 152-a) de la Constitución debe ser objeto de ley estatutaria.

Además, existe otra diferencia que justifica dicha medida pues el hábeas corpus constituye un mecanismo destinado a garantizar la libertad personal injustamente limitada por las autoridades, esto es, ilegal o arbitraria. En cambio, el Código de Procedimiento Penal es un código para juzgar y proteger la libertad cuando se priva legalmente de ella, es decir, la que se ajusta a la Constitución y a la ley.

Por otra parte, llama la atención de la Corte que en el inciso segundo del artículo 382 se haya consagrado que la petición de libertad de quien está legalmente privado de ella debe ser resuelta dentro del mismo proceso y, por consiguiente, por el mismo juez que dictó la medida, de manera que la petición de hábeas corpus vendría siendo decidida por el mismo funcionario que ha podido incurrir en la violación alegada, lo que a juicio de la Corte infringe la Constitución, por no garantizar la autoridad judicial competente para resolverla 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.

Quien conoce y decide las peticiones de hábeas corpus debe ser un juez o tribunal autónomo e independiente con el fin de garantizar al máximo la imparcialidad y el principio de justicia material, como sucede en otros países, pues la autoridad judicial que debe resolver el hábeas corpus, “necesita toda la dignidad e inviolabilidad que la majestad de la justicia puede otorgar, porque su deber consiste en amparar al débil contra el fuerte, a la persona humana individual contra el poder del Estado utilizado como fuerza opresiva...”

Igualmente, vale la pena señalar respecto de esta misma disposición y del artículo 383 que asigna únicamente al juez penal la competencia para resolver las peticiones de hábeas corpus, que la Constitución es clara al señalar en el artículo 30, que éste se puede interponer ante “cualquier autoridad judicial”.

En este orden de ideas, la Corte considera que al proceder el legislador a regular en forma íntegra y completa el derecho fundamental de hábeas corpus y los mecanismos y procedimientos para su protección por medio de una ley ordinaria, además de tocar aspectos atinentes a su núcleo esencial, infringió abiertamente el artículo 152-a) de la Carta, que exige reserva de ley estatutaria, lo que motiva el retiro del ordenamiento positivo de los artículos 382 a 389 de la Ley 600/00, como ya se ha anotado.

4.3. *Inconstitucionalidad diferida*

Dado que como consecuencia de la declaración de inexecutable que aquí se declarará de los artículos 382 a 389 de la Ley 600 de 2000, el legislador debe expedir una ley estatutaria, que como es sabido requiere ser tramitada en una sola legislatura y aprobada por la mayoría absoluta de los miembros del Congreso, la Corte procederá a diferir los efectos del presente fallo en cuanto a esta decisión se refiere a partir del 31 de diciembre de 2002, es decir, que el Congreso de la República deberá expedir la ley estatutaria en la que se regule el derecho fundamental del *hábeas corpus* y los *procedimientos y recursos para su protección* antes de esa fecha, pues si así no lo hace las disposiciones precitadas desaparecerán del ordenamiento positivo a partir de ese momento. [...]

Corte Constitucional
Sentencia C-1288 de 2001

Salvamento de voto: magistrado (e) Rodrigo Uprimny Yepes
5 de diciembre de 2001

1. Con el debido respeto por las decisiones de la Corte, me veo obligado a salvar mi voto en la presente sentencia, por cuanto no comparto la parte resolutive, que declaró exequible el aparte demandado del numeral 2° del artículo 404 de la Ley 600 de 2000, según el cual, si el juez advierte que es necesario variar la calificación jurídica provisional de la acusación, así se lo hará saber al fiscal en la audiencia. Según mi parecer, esta facultad del juez de señalar al fiscal cuál es la calificación jurídica adecuada es problemática constitucionalmente, pues compromete la imparcialidad del juez, y afecta entonces el derecho de todas las personas a ser juzgadas por un tribunal imparcial e independiente. La Corte debió entonces condicionar la constitucionalidad de esa norma, en el sentido de que si el juez formula esa advertencia, entonces el acusado debería tener la facultad de recusar a ese funcionario judicial y obtener su separación de la conducción del proceso, en caso de que considere que éste ya no es lo suficientemente imparcial.

2. La razón por la cual considero que el aparte acusado es constitucionalmente problemático difiere entonces de los cargos formulados por el demandante. Y es que esa facultad del juez de señalar al fiscal la necesidad de un cambio de la calificación jurídica del hecho punible ha suscitado al menos tres cuestionamientos constitucionales: (i) según algunos, el problema reside en la posibilidad misma de que la calificación jurídica de la resolución de acusación sea variada, pues ese cambio desconoce el derecho de defensa; (ii) otros consideran que esa facultad del juez viola la separación de funciones entre juez y fiscal, pues este último tiene la potestad privativa de acusar; (iii) y para otras perspectivas, el problema reside en que esa advertencia del juez puede comprometer la imparcialidad del juez y la equidad del proceso. En mi concepto, los dos primeros cuestionamientos no tienen sustento, mientras que el tercero es acertado. Por

ello, y con el fin de clarificar lo mejor posible mi posición jurídica, comenzaré por explicar brevemente por qué las dos primeras perspectivas son equivocadas, para luego sustentar por qué considero que de todos modos esa regulación acusada es inconstitucional por afectar la imparcialidad judicial.

Variación de la calificación jurídica en el juicio y derecho de defensa

3. Algunos sectores de la doctrina colombiana han considerado que en el juicio no debería ser posible variar la calificación jurídica, por cuanto cualquier modificación de la resolución de acusación afecta el debido proceso, y en especial el derecho de defensa.

Según mi parecer, estos críticos de la variación de la calificación jurídica en el juicio parten de una premisa acertada, y es la siguiente: el ejercicio del derecho de defensa supone que la formulación de la acusación por el Estado sea precisa, no sólo desde el punto de vista fáctico sino también desde el punto de vista jurídico. No basta entonces que el órgano estatal encargado de sustentar la acusación (en nuestro ordenamiento, la Fiscalía) señale los hechos materiales que sirven de base a la pretensión punitiva del Estado; es también indispensable que indique con rigor la calificación jurídica de los mismos, pues la estrategia de defensa depende, en gran medida, de la valoración jurídica de los hechos. Así, y por utilizar un ejemplo muy conocido, no es lo mismo defenderse de una acusación por abuso de confianza que de otra por hurto agravado por la confianza, incluso si los hechos que sustentan el cargo son los mismos, por la sencilla razón de que el Estado debe probar en ambos casos cosas distintas. Así, en el hurto es indispensable que la fiscalía demuestre que hubo el apoderamiento o la sustracción material de la cosa mueble por el acusado, mientras que ese hecho no requiere ser probado en el abuso de confianza, pues no es un elemento de este último tipo penal.

4. La necesaria precisión de la acusación, tanto desde el punto de vista fáctico como jurídico, es claramente un presupuesto del debi-

do proceso y del derecho de defensa, pues el acusado sólo puede refutar la hipótesis de culpabilidad de la fiscalía, si ésta es concisa y verificable. Además, es obvio que esos cargos deben ser formulados en un momento procesal que permita un juicio sin dilaciones indebidas y un efectivo ejercicio de defensa. Por ello, expresamente los pactos internacionales de derechos humanos, conforme a los cuales debe ser interpretado el alcance del debido proceso (CP arts. 29 y 93), establecen que toda persona inculpada de un delito no sólo tiene derecho a “ser informada sin demora, en un idioma que comprenda y en forma detallada, de la naturaleza y causas de la acusación formulada contra ella”, sino que además debe “disponer del tiempo y de los medios adecuados para la preparación de su defensa”, y debe ser juzgada “sin dilaciones indebidas”.¹ Con base en esos preceptos, la jurisprudencia internacional ha concluido que es elemento esencial del debido proceso en el campo penal que el Estado formule “una notificación precisa y completa al acusado de los cargos que pesan contra él, y de la calificación jurídica que la justicia podría imponerle”.²

5. Los anteriores elementos sugieren que una variación de la calificación jurídica puede llegar a afectar el debido proceso en ciertos casos. Así, de nada serviría que la Fiscalía precisara la acusación cuando ya el procesado no puede controvertirla adecuadamente. Igualmente, los juicios se tornarían interminables si a cada momento los cargos pudieran ser reformulados por la Fiscalía. Por tal razón, en determinados casos, las instancias internacionales de derechos humanos han concluido que una variación de la calificación jurídica en el juicio ha desconocido los derechos del procesado. Por ejemplo, en la sentencia del 17 de julio de 2001 del caso Sarak y otros contra Turquía, la Corte Europea de Derechos Humanos concluyó que el

¹ Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, arts. 14-3.

² Corte Europea de Derechos Humanos, sentencia del 25 de marzo de 1999 en el caso Pelissier y Sasi contra Francia, párr. 52. En el mismo sentido, sentencia del 17 de julio de 2001 del caso Sarak y otros contra Turquía, párr. 49.

Estado turco había violado el derecho de defensa de los peticionarios, por cuanto varió, el último día de la audiencia, la calificación jurídica del hecho punible. Esas personas eran perseguidas por hacer parte del PKK, un grupo armado de separatistas kurdos. La acusación era inicialmente por traición contra la integridad del Estado y luego fue variada al delito de pertenencia a una organización armada. La Corte Europea concluyó que ese cambio de la calificación jurídica, sin brindar un tiempo suficiente para rehacer la defensa, constituía una violación al debido proceso, ya que, a pesar de que el nuevo cargo se basaba en los mismos hechos, la modificación de la calificación jurídica alteraba la estrategia de defensa. Así, para sustentar la acusación de traición, el Estado tenía que probar que los acusados no sólo pertenecían al PKK sino que además habían realizado actos graves que amenazaban la integridad del Estado; en cambio, el segundo delito sólo requería la prueba de la vinculación al PKK.

6. Las críticas a la variación de la calificación jurídica se basan entonces en premisas y preocupaciones válidas: la persona debe poder defenderse de una acusación precisa, y por ello una variación abrupta de la calificación jurídica afecta el derecho de defensa. Sin embargo, los críticos extraen de esa premisa la conclusión equivocada de que es imposible cualquier variación de la calificación jurídica en el juicio. Y considero que esa inferencia es errónea, pues implica una petrificación de la resolución de acusación y una minimización de la importancia del juicio. Ahora bien, en una democracia, el verdadero proceso penal debe ser el juicio oral y público, y en él deberían practicarse la mayor parte de las pruebas, a fin de no sólo permitir un mejor control por la ciudadanía de la labor de los jueces sino además fortalecer la inmediación, concentración y contradicción de la prueba. Es pues razonable suponer que si Colombia transita hacia un modelo acusatorio de esa naturaleza, como es deseable que ocurra, entonces en los juicios surgirán pruebas sobrevinientes que obliguen a una variación de la calificación jurídica del delito. No veo entonces por qué esa variación no sería posible en el juicio, siempre y cuando la regulación concreta de la misma

permita un adecuado ejercicio del derecho de defensa y evite una dilación indebida del proceso. El problema no es entonces la posibilidad misma de que en el juicio ocurra una variación de la calificación sino las condiciones y límites en que ésta puede ser efectuada.

7. Concluyo entonces que la variación de la calificación jurídica del hecho punible en el juicio no es en sí misma inconstitucional, por lo que no veo ninguna razón clara para que la Corte modifique la doctrina establecida en la sentencia C-491 de 1996, que declaró la constitucionalidad del carácter provisional de la calificación jurídica de la resolución de acusación.

Con la anterior conclusión no desconozco que la regulación concreta del tema puede suscitar inquietudes, o que en determinados casos, una modificación de la calificación puede llegar afectar el debido proceso de un acusado. Ya corresponderá a esta Corte en procesos futuros, o a la Corte Suprema y a la doctrina en otros casos, delimitar en qué condiciones, y de qué forma, esa variación es posible y legítima. Sin embargo, en la presente oportunidad, la Corte Constitucional no tenía por qué analizar la regulación integral del tema, pues el estudio de constitucionalidad del aparte acusado sólo requería discutir si esa variación de la calificación jurídica en el juicio desconocía o no, en sí misma, el derecho de defensa. La respuesta a ese interrogante es negativa, y en este punto, la presente sentencia tuvo razón en reiterar la jurisprudencia de la Corte.³

La advertencia del juez sobre calificación errónea y la potestad acusadora del fiscal

8. Otras perspectivas atacan el aparte acusado pues consideran que desconoce la separación de funciones que debe existir en el proceso penal entre el fiscal y el juez, en la medida en que permite una invasión de los jueces en las competencias propias de los fiscales,

³ Ver, entre otras, las sentencias C-491 de 1996, C-541 de 1998 y C-620 de 2001.

entre las cuales se encuentra la de acusar a los presuntos delincuentes, conforme al artículo 250 de la Carta.

9. Nuevamente considero que este análisis parte de unas premisas válidas pero infiere una conclusión errónea. Así, es claro que en una democracia constitucional, las funciones de los fiscales y aquellas de los jueces deben estar separadas, a fin de garantizar la imparcialidad y eficacia del proceso penal. Y las razones de esa separación son muy simples: de un lado, en virtud del principio de reserva judicial, los derechos fundamentales de las personas sólo pueden ser limitados por una autoridad que sea imparcial e independiente como un juez. Por ende, la parte acusadora no puede tener funciones judiciales a fin de que su actuación esté controlada por jueces independientes, quienes aseguran así los derechos de la defensa y de los ciudadanos. De otro lado, el proceso penal tiene que estar estructurado en torno al principio de “*igualdad de armas*” entre la acusación y la defensa, según el cual, el órgano acusador del Estado y el procesado deben contar con las mismas oportunidades y facultades en el proceso.⁴ Ahora bien, es obvio que si se confieren funciones judiciales al órgano acusador, ese equilibrio judicial queda irremediablemente roto, pues la parte acusadora podría utilizar sus funciones judiciales, como la facultad de privar de la libertad a las personas, para obtener concesiones del procesado. Finalmente, esa diferencia de funciones busca garantizar la imparcialidad del procedimiento penal, puesto que la radicación en un mismo sujeto de la investigación y la valoración de los hechos puede producir graves sesgos. En efecto, las cualidades de quien investiga y de quien juzga no son siempre compatibles: un investigador debe siempre construir –de manera abierta o tácita– hipótesis de culpabilidad para poder orien-

⁴ Sobre este principio, a nivel doctrinal, ver Commission Justice Pénale et Droits de l’Homme, *La mise en état des affaires pénales*, Paris, La Documentation Française, 1991. Ver igualmente, Luigi Ferrajoli, *Derecho y razón*, Madrid, Editorial Trotta, 1995, pp. 612 y ss. A nivel jurisprudencial, ver Corte Europea de Derechos Humanos entre otros, el fallo Ekbatani del 26 de mayo de 1988, párr. 30.

tar en forma exitosa la consecución de las pruebas; en cambio, lo propio de quien ejerce la función jurisdiccional en un Estado de Derecho, es actuar de manera imparcial ante las pruebas que le son presentadas a fin de poder evaluarlas racionalmente. Son muy pocas las personas e instituciones capaces de construir hipótesis de culpabilidad para acto seguido evaluarlas reposadamente.

10. La importancia de esa separación de funciones entre el juez y el fiscal, como garantía del debido proceso penal, ha sido ampliamente reconocida por la doctrina y la jurisprudencia internacionales. Así, por citar un solo ejemplo, el Octavo Congreso de las Naciones Unidas sobre Prevención del Delito y Tratamiento del Delincuente, celebrado en La Habana (Cuba) del 27 de agosto al 7 de septiembre de 1990, aprobó un documento de *Directrices sobre la Función de los Fiscales*, que expresamente establece que uno de los principios esenciales de la “función de los fiscales en el procedimiento penal” es el siguiente: “El cargo de fiscal estará estrictamente separado de las funciones judiciales.”

11. Es pues claro que debe existir una separación de funciones entre los jueces y los fiscales. Y la Constitución recoge parcialmente ese principio acusatorio, propio de los ordenamientos procesales democráticos, al distinguir las funciones de acusación, que corresponden a los fiscales, y las de juzgamiento, en cabeza de los jueces (CP arts. 116 y 250). Con todo, desafortunadamente ese reconocimiento es insuficiente pues la Carta confiere ciertas facultades judiciales a los fiscales durante la instrucción, lo cual desvirtúa la naturaleza de las competencias de los órganos acusadores.

El reconocimiento de esa separación funcional entre jueces y fiscales, y el hecho de que la Carta confiera a los fiscales la potestad de acusar (CP art. 250), no significa, empero, que en nuestro ordenamiento constitucional los jueces no puedan ejercer un control sobre la acusación. La razón por la cual ese control es posible es elemental: el hecho de que una persona sea acusada en un proceso penal, ya configura una situación que afecta sus derechos, y es entonces razonable que la acusación misma esté sujeta a un cierto control judicial. Por ello, algunos ordenamientos jurídicos, que han estable-

cido un sistema acusatorio con vocación garantista, prevén, entre la investigación y el juicio, la existencia de una fase procesal intermedia, que tiene como función básica precisamente que los jueces ejerzan un control de la acusación formulada por los fiscales. Así sucede en Italia, cuyo estatuto procesal penal prevé, en sus artículos 416 y ss, una audiencia preliminar, en donde el juez evalúa la solicitud de envío a juicio del Ministerio Público, y decide si precluye el proceso (sentencia de improcedibilidad) o decreta el llamamiento a juicio. Igualmente, el llamado proyecto de Código Maier en Argentina, conocido a veces como el código modelo para América Latina, establece un control judicial de la acusación, de suerte que el tribunal abre el juicio si acepta la acusación del ministerio fiscal.⁵ En otros países, como Estados Unidos, la formulación misma de la acusación está sometida a la garantía del jurado, pues en los delitos graves, la acusación o *indictment* no es formulada por el fiscal autónomamente sino que debe ser aprobada por un gran jurado.⁶

12. Sin embargo, ese control judicial no implica que sea el juez quien acusa, puesto que si no existe la solicitud del fiscal, no pueden los jueces autónomamente acusar. El juez (o el gran jurado en los Estados Unidos) simplemente verifica la legitimidad del ejercicio de la potestad acusadora, y por ello su acción no comporta una invasión de las potestades de los fiscales.

13. Considero entonces que bien puede la ley atribuir a los jueces un control sobre la acusación formulada por los fiscales, sin que ello implique una invasión de la potestad acusadora de los fiscales. Y esta conclusión no es una novedad en la jurisprudencia de esta Corte. Así, la sentencia C-395 de 1994, M.P. Carlos Gaviria Díaz, declaró la exequibilidad del control de legalidad de las medidas de aseguramiento, en contra de aquellas posiciones que consideraban que ese control judicial desconocía las potestades de los fiscales,

⁵ Ver, Consejo para la consolidación de la democracia, *Hacia una nueva justicia penal*, Buenos Aires, Presidencia de la República, 1989, pp. 165 y 242.

⁶ Ver la V enmienda de la Constitución de ese país.

pues a ellos corresponde constitucionalmente dictar las medidas de aseguramiento. Posteriormente, la sentencia C-609 de 1996, M.P. Alejandro Martínez Caballero, ratificó ese criterio pues señaló que si bien la Carta confería a los fiscales la facultad de dictar medidas de aseguramiento, “en ninguna parte la Constitución prohíbe que ellas estén sujetas a controles previos o posteriores por los jueces”. La sentencia precisó entonces que la distinción de funciones entre jueces y fiscales no significa que exista una absoluta separación funcional, pues conforme al principio de colaboración funcional (CP art. 113) puede haber interacciones entre esos funcionarios. Esa separación implica, según esa sentencia, solamente que “el Legislador debe respetar el contenido esencial de las órbitas de cada uno de estos funcionarios judiciales” y por ello “no podría la ley convertir a los fiscales en jueces, atribuyéndoles las decisiones definitivas sobre los procesos, ni convertir a los jueces en fiscales, confiriéndoles la plena dirección de las investigaciones y la titularidad autónoma de la acción penal”.

Ese criterio fue nuevamente retomado por la sentencia C-620 de 2001, M.P. Jaime Araújo Rentería, que declaró la constitucionalidad de la facultad del juez de decretar la nulidad de la resolución de acusación⁷ pues consideró que esa posibilidad no vulneraba las competencias propias de los fiscales, sino que era una expresión de la colaboración funcional entre los diferentes órganos del Estado. Según la sentencia es lógico que “el juez, como director del proceso, pueda corregir los errores que se cometan en el transcurso del mismo, de modo que se proteja el fin del proceso penal, esto es, el esclarecimiento de los hechos, la búsqueda de la verdad y la justicia material, así como los derechos fundamentales de quien está siendo procesado por la comisión de un hecho punible”.

⁷ Este aparte fue posteriormente declarado inexecutable por la sentencia C-760 de 2001. Pero esa decisión se basó exclusivamente en vicios de procedimiento en la aprobación de la Ley 600 de 2000, y no implica entonces ninguna variación de la doctrina establecida por la sentencia C-620 de 2001 sobre las relaciones entre el juez y el fiscal.

14. Por todo lo anterior, concluyo que la presente sentencia tenía razón en concluir, siguiendo los anteriores precedentes jurisprudenciales, que bien podía la ley atribuir a los jueces la facultad de advertir al fiscal sobre la necesidad de variar la calificación jurídica provisional de la acusación, pues esa intervención del juez no desconoce la separación de funciones entre jueces y fiscales. Sin embargo, y tal es el punto en donde me aparto de la presente sentencia, considero que esa intervención del juez puede comprometer su imparcialidad, y por ello el procesado debe tener la posibilidad de obtener, si lo desea, el cambio de ese funcionario.

La vulneración de la imparcialidad judicial

15. Según la presente sentencia, esa intervención del juez no afecta su imparcialidad por cuanto, conforme a la disposición demandada, el juez debe limitarse a indicar cuál es la calificación jurídica que estima pertinente, sin realizar ninguna valoración de la responsabilidad. La Corte concluye entonces que esa intervención del juez no implica un prejuzgamiento, ni erosiona la imparcialidad, pues está “encaminada a preservar la legalidad del acto, no a la formación de una convicción sobre la responsabilidad del acusado”.

Desafortunadamente no puedo compartir esa argumentación ni esa conclusión. Para explicar mi desacuerdo, comenzaré por recordar brevemente el alcance que tiene el principio de imparcialidad judicial, para luego exponer por qué dicho principio es vulnerado por la regulación acusada.

16. La imparcialidad es una de las principales cualidades que debe tener todo funcionario judicial, pues los pactos internacionales de derechos humanos establecen perentoriamente que toda persona tiene derecho a [ser] juzgada “por un tribunal competente, independiente e imparcial, establecido por la ley”, en la sustanciación de cualquier acusación de carácter penal formulada contra ella o para la determinación de sus derechos u obligaciones de carácter civil.⁸

Por su parte, la jurisprudencia internacional de derechos humanos ha desarrollado con bastante precisión el alcance que debe tener esa imparcialidad judicial. Así, la Corte Europea de Derechos Humanos, en numerosos fallos, ha precisado que la imparcialidad de un juez puede ser evaluada desde dos perspectivas.⁹ De un lado, la dimensión subjetiva, que busca determinar si el juez tiene, en su fuero interior, una opinión ya formada sobre el asunto. Y, de otro lado, la imparcialidad tiene una dimensión objetiva, en virtud de la cual, independientemente de la conducta y de las opiniones del juez, es necesario que no se presenten hechos que puedan llevar al procesado a legítimamente temer por una falta de imparcialidad del juez. Y en este segundo aspecto, ha insistido la Corte Europea, “incluso las apariencias pueden llegar a ser importantes”, pues no sólo el tribunal debe ser imparcial sino que debe aparecerlo así al procesado, pues de ello “depende la confianza que los tribunales de una sociedad democrática deben inspirar a los justiciables, comenzando, en materia penal, por los inculpados”.¹⁰ Conforme a lo anterior, si bien la imparcialidad subjetiva del juez se presume, y por ello debe ser probada toda forma de prejuzgamiento, por el contrario la dimensión objetiva implica que debe admitirse la recusación de un juez, siempre y cuando existan factores objetivos que hagan razonablemente dudar de su imparcialidad, independientemente del comportamiento y de la actitud personal del juez.

17. Dos breves ejemplos jurisprudenciales, entre muchos otros, permiten comprender el alcance de esa dimensión objetiva de la imparcialidad en la jurisprudencia europea de derechos humanos.

⁸ Ver artículo 14-1 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos y artículo 8-1 de la Convención Interamericana.

⁹ Ver, entre muchos otros, la sentencia de Piersack contra Bélgica del 1º de octubre de 1982; la sentencia De Cubber contra Bélgica del 16 de octubre de 1984, párrs. 24 y ss; la sentencia Thorgier Throgerson contra Islandia del 25 de junio de 1992, párrs. 48 y ss; y la sentencia Fey contra Austria del 28 de enero de 1993, párrs. 28 y ss.

¹⁰ Sentencia De Cubber contra Bélgica del 16 de octubre de 1984, párr. 26.

Así, en el caso Piersack, la Corte Europea concluyó que Bélgica había violado el derecho del peticionario a ser juzgado por un juez imparcial, por cuanto uno de los magistrados del tribunal que lo condenó a 18 años de trabajos forzados había hecho parte anteriormente de una sección del Ministerio Público de Bruselas que había investigado el caso. La Corte concluyó que esa situación constituía base suficiente para que el procesado pudiera dudar de la imparcialidad de ese juez.¹¹

Posteriormente, en el caso De Cubber, la Corte Europea concluyó que el peticionario había carecido de un juez imparcial por cuanto uno de los magistrados del tribunal que lo condenó, había sido el juez de instrucción de ese proceso. La Corte concluyó que aunque no existía ninguna evidencia de que ese magistrado pudiera tener sesgos contra el acusado, sin embargo, el solo hecho de que éste hubiera actuado como juez instructor en la investigación fundamentaba los temores que podría tener el procesado sobre la imparcialidad del tribunal.¹²

18. Esos criterios han sido también aceptados por la Corte Interamericana, que es el intérprete autorizado de la Convención Interamericana, y por ello sus criterios son relevantes para interpretar el alcance de los derechos constitucionales en el ordenamiento colombiano (CP art. 93). Así, la Corte Interamericana también ha aceptado que determinados hechos objetivos minan la imparcialidad del tribunal, independientemente de la actitud subjetiva y personal del juez. Por ejemplo, en la sentencia del 30 de mayo de 1999 del caso Castillo Petruzzi y otros, la Corte Interamericana concluyó que la aplicación por Perú de la justicia militar a las personas acusadas de actividades insurgentes desconocía el derecho de los procesados a un tribunal imparcial, por cuanto “las propias fuerzas armadas inmersas en el combate contra los grupos insurgentes, son las encargadas del juzgamiento de las personas vinculadas a dichos grupos.

¹¹ Sentencia Piersack contra Bélgica del 1° de octubre de 1982, párr. 31.

¹² Sentencia De Cubber contra Bélgica del 16 de octubre de 1984, párrs. 29 y 30.

Este extremo mina considerablemente la imparcialidad que debe tener el juzgador” (parr. 130).

19. Preciado así el alcance que debe tener la garantía de la imparcialidad en los procesos penales, la pregunta que naturalmente surge es la siguiente: el hecho de que el juez advierta al fiscal sobre la necesidad de cambiar la calificación jurídica provisional, ¿constituye un elemento que pueda razonablemente sustentar una desconfianza del procesado sobre la falta de imparcialidad de ese juez?

Para responder a ese interrogante, conviene tener en cuenta un dato de derecho comparado: aquellos ordenamientos que admiten un control judicial de la acusación en la llamada “etapa intermedia”, en general establecen que el juez que realiza ese control no puede ser el mismo que dirige el juicio, por cuanto ya habría comprometido su criterio y su imparcialidad. Por ejemplo, el estatuto procesal italiano expresamente prevé, en su artículo 34, que no “podrá participar en el juicio el juez que haya emitido la providencia conclusiva de la audiencia.” Esto muestra que, para esos ordenamientos, es claro que no goza de imparcialidad, y debe ser apartado del juicio, el juez que ha ejercido el control judicial sobre la resolución de acusación.

20. Con todo, podría afirmarse que la situación es distinta en el presente caso, por cuanto la actuación del juez no implica ninguna valoración de la responsabilidad del procesado, pues el juez únicamente indica que es necesaria una nueva calificación jurídica. Y precisamente ése parece ser el argumento de la presente sentencia, que considera que esa intervención no compromete la imparcialidad del juez, por cuanto la norma acusada expresamente señala que el funcionario debe limitarse a indicar la calificación que juzga pertinente, sin realizar ninguna valoración de la responsabilidad del procesado.

Sin embargo, el análisis de la sentencia es insuficiente, pues deja de lado la dimensión objetiva que tiene la imparcialidad y la importancia que revisten las apariencias en este campo, pues la Corte no se interroga sobre la impresión que razonablemente puede provocar en cualquier procesado esa acción del juez. Para la presente sentencia, esa labor judicial es un simple control de legalidad, que no

compromete la valoración que el juez pueda hacer de la culpabilidad del procesado. Y es probable que así ocurra en la gran mayoría de los casos. Sin embargo, la percepción que razonablemente puede tener el procesado de esa advertencia que el juez hace al fiscal puede ser muy diferente. En efecto, ella puede ser vista como un excesivo celo del juez en apoyar la labor del fiscal, en la medida en que el juez interviene para que el fiscal pueda corregir una tarea que estuvo mal hecha, y que podría entonces conducir a la absolución del procesado. Nótese en efecto que esa intervención del juez pretende en el fondo evitar una absolución o una eventual nulidad de la sentencia, por falta de congruencia entre la acusación y la condena. Y eso ocurre incluso cuando el juez parece proteger al procesado, al indicar al fiscal que la calificación jurídica debió ser por un delito de menor entidad y con menor punibilidad. En efecto, como lo muestra el ejemplo del caso *Sarak* y otros contra Turquía de la Corte Europea de Derechos Humanos, citado en el párrafo 5 de esta aclaración, el paso de una calificación jurídica por un delito de mayor entidad a un delito menos grave puede paradójicamente agravar la situación del procesado y sus posibilidades de defensa. Y la razón es simple: si el órgano acusador mantiene la acusación por el delito más grave, muchas veces sus probabilidades de obtener una condena disminuyen, pues puede serle mucho más difícil probar los elementos típicos del hecho punible más lesivo.

En tales circunstancias, ¿no es entonces lógico que algunos procesados empiecen a desconfiar de la imparcialidad de aquellos jueces que formulan esa advertencia al fiscal y se muestran entonces tan diligentes en corregir los eventuales errores de la Fiscalía, errores que indudablemente hubieran beneficiado al acusado? Y mi respuesta es afirmativa. Para muchos procesados, esa advertencia expresa una actitud del juez en favor de la condena pues, desde su perspectiva, esa intervención del juez tiene un solo objetivo: evitar una sentencia absolutoria, o la nulidad de la sentencia condenatoria, por falta de congruencia entre la acusación y los hechos realmente probados en el juicio. En tal contexto, creo que la formulación de la advertencia

constituye un elemento objetivo, que justifica una cierta desconfianza del procesado en la imparcialidad del juez.

21. Por todo lo anterior, considero que esa advertencia del juez al fiscal es legítima, con el fin de asegurar la eficacia del proceso penal, pero puede comprometer la imagen de imparcialidad del juez ante ciertos procesados. Considero entonces que la Corte debió buscar una decisión que mantuviera esa intervención del juez, que tiene sustento en el principio de eficacia de la justicia, pero garantizara también el derecho del procesado a gozar de un tribunal imparcial. Y la solución era relativamente simple: la Corte debió condicionar la constitucionalidad de la norma acusada, señalando que, en virtud de la dimensión objetiva del derecho de toda persona a ser juzgada por un tribunal imparcial, debía permitirse a aquel acusado que considere que el juez que realizó esa advertencia ya no es lo suficientemente imparcial, pueda obtener, por medio de una recusación, la separación de ese funcionario de la conducción del proceso. Ese simple condicionamiento hubiera logrado un adecuado equilibrio entre la búsqueda de eficacia de la justicia y la protección de los derechos del acusado.

Concluyo entonces que la Corte debió condicionar la constitucionalidad de la disposición acusada, y por ello, desafortunadamente, no pude adherir a la parte resolutive de la presente sentencia.

Verdad, justicia y reparación

Corte Interamericana de Derechos Humanos
Caso Barrios Altos (Chumbipuma Aguirre y otros contra Perú)
Sentencia de 14 de marzo de 2001*

[...] VII INCOMPATIBILIDAD DE LEYES DE AMNISTÍA CON LA CONVENCION

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, extralegales o arbitrarias y las desapariciones forzadas, todas ellas prohibidas por 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.

* En la nota de pie de página no se conservó la numeración original.

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 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.

VIII DERECHO A LA VERDAD Y GARANTÍAS JUDICIALES EN EL ESTADO DE DERECHO

Alegatos de la Comisión

45. La Comisión alegó que el derecho a la verdad se fundamenta en los artículos 8 y 25 de la Convención, en la medida que ambos son “instrumentales” en el establecimiento judicial de los hechos y

circunstancias que rodearon la violación de un derecho fundamental. Asimismo, señaló que este derecho se enraiza en el artículo 13.1 de la Convención, en cuanto reconoce el derecho a buscar y recibir información. Agregó que, en virtud de este artículo, sobre el Estado recae una obligación positiva de garantizar información esencial para preservar los derechos de las víctimas, asegurar la transparencia de la gestión estatal y la protección de los derechos humanos.

Alegatos del Estado

46. El Estado no contendió lo alegado por la Comisión a este respecto y señaló que su estrategia en materia de derechos humanos partía de “reconocer responsabilidades, pero más que nada de proponer fórmulas integrales de atención a las víctimas en relación a tres elementos fundamentales: el derecho a la verdad, el derecho a la justicia y el derecho a obtener una justa reparación”.

Consideraciones de la Corte

47. En el presente caso, es incuestionable que se impidió a las víctimas sobrevivientes, sus familiares y a los familiares de las víctimas que fallecieron, conocer la verdad acerca de los hechos ocurridos en Barrios Altos.

48. Pese a lo anterior, en las circunstancias del presente caso, el derecho a la verdad se encuentra subsumido en el derecho de la víctima o sus familiares a obtener de los órganos competentes del Estado el esclarecimiento de los hechos violatorios y las responsabilidades correspondientes, a través de la investigación y el juzgamiento que previenen los artículos 8 y 25 de la Convención.¹

¹ Cfr. Caso *Bámaca Velásquez*, sentencia de 25 de noviembre de 2000, Serie C, No. 70, párr. 201.

49. Por lo tanto, esta cuestión ha quedado resuelta al haberse señalado (supra párr. 39) que el Perú incurrió en la violación de los artículos 8 y 25 de la Convención, en relación con las garantías judiciales y la protección judicial. [...]

Derecho a la propiedad*

Corte Interamericana de Derechos Humanos
Caso de la Comunidad Mayagna (Sumo) Awas Tingni contra Nicaragua
Sentencia de 31 de agosto de 2001

[...] IX VIOLACIÓN DEL ARTÍCULO 21
DERECHO A LA PROPIEDAD PRIVADA¹

Alegatos de la Comisión

140. En cuanto al artículo 21 de la Convención, la Comisión alegó que:

- a) la Comunidad Mayagna tiene derechos comunales de propiedad sobre tierras y recursos naturales con base en patrones tradicionales de uso y ocupación territorial ancestral. Estos derechos “existen aún sin actos estatales que los precisen”. La tenencia tradicional está ligada a una continuidad histórica, pero no necesariamente a un sólo lugar y a una sola conformación social a través de los siglos. El territorio global de la Comunidad es poseído colectivamente y los individuos y familias gozan de derechos subsidiarios de uso y ocupación;
- b) los patrones tradicionales de uso y ocupación territorial de las comunidades indígenas de la Costa Atlántica de Nicaragua gene-

* En las notas de pie de página no se conservó la numeración original.

¹ Los textos del artículo 21 de la Convención en español, inglés, portugués y francés no tienen una variación sustancial. La única diferencia es que el epígrafe del texto en inglés dice “Derecho de Propiedad” (Right to Property) mientras que en los restantes tres idiomas dice “Derecho a la Propiedad Privada”.

ran sistemas consuetudinarios de propiedad, son derechos de propiedad creados por las prácticas y normas consuetudinarias indígenas que deben ser protegidos, y que califican como derechos de propiedad amparados por el artículo 21 de la Convención. El no reconocer la igualdad de los derechos de propiedad basados en la tradición indígena es contrario al principio de no discriminación contemplado en el artículo 1.1 de la Convención;

c) la Constitución Política de Nicaragua y el Estatuto de la Autonomía de las Regiones de la Costa Atlántica de Nicaragua reconocen derechos de propiedad cuyo origen se encuentra en el sistema consuetudinario de tenencia de tierra que ha existido tradicionalmente en las comunidades indígenas de la Costa Atlántica. Además, los derechos de la Comunidad se encuentran protegidos por la Convención Americana y por disposiciones de otras convenciones internacionales en las cuales Nicaragua es parte;

d) existe una norma de derecho internacional consuetudinario mediante la cual se afirman los derechos de los pueblos indígenas sobre sus tierras tradicionales;

e) el Estado no ha demarcado ni titulado las tierras comunales de la Comunidad AwasTingni ni ha tomado otras medidas efectivas para asegurar los derechos de propiedad de la Comunidad en sus tierras ancestrales y recursos naturales;

f) la vida de los miembros de la Comunidad depende fundamentalmente de la agricultura, la caza y la pesca que realizan en áreas cercanas a sus aldeas. La relación que la Comunidad mantiene con sus tierras y recursos se encuentra protegida bajo otros derechos contemplados en la Convención Americana, tales como el derecho a la vida, la honra y la dignidad, la libertad de conciencia y de religión, la libertad de asociación, la protección a la familia, y el derecho de circulación y residencia;

g) la Comisión Nacional para la Demarcación de las Tierras de las Comunidades Indígenas de la Costa Atlántica, creada con el fin de elaborar un "Proyecto de Demarcación", no ha contribuido a la creación de un mecanismo para la demarcación de tierras de los indígenas que cuente con una participación plena de éstos;

h) la mayoría de los pobladores de Awas Tingni llegaron en la década de 1940 al lugar en donde actualmente tienen su asentamiento principal, provenientes de su lugar ancestral antiguo: Tuburús. Se dio un movimiento de un lugar a otro dentro de su territorio ancestral; los ancestros Mayagnas estuvieron ahí desde tiempos inmemoriales;

i) existen tierras que son compartidas tradicionalmente por Awas Tingni y otras comunidades. El concepto de la propiedad puede consistir en un dominio compartido o en derechos de acceso y uso, de acuerdo con las costumbres de las comunidades indígenas de la Costa Atlántica;

j) el Estado violó el artículo 21 de la Convención al otorgarle a la compañía Solcarsa la concesión para el corte de madera en tierras tradicionalmente ocupadas por la Comunidad, concesión que puso en peligro el goce de los derechos de las comunidades indígenas, al considerar como tierras estatales todas aquellas que no se encuentran registradas bajo un título formal de dominio;

k) los miembros de la Comunidad “ocupan y utilizan una parte substancial del área de la concesión”. La concesión otorgada a la compañía Solcarsa puso en peligro los intereses económicos, la supervivencia y la integridad cultural de la Comunidad y sus miembros. “[L]as operaciones forestales de Solcarsa [...] al llegar a las tierras usadas y ocupadas por la Comunidad Awas Tingni, en particular, podrían haber causado daño a los bosques de esta Comunidad”. La concesión y los actos estatales relacionados con ésta constituyen una violación del derecho a la propiedad;

l) la complejidad del asunto no es excusa para que el Estado no cumpla con sus obligaciones, y para que administre las tierras indígenas no tituladas como tierras estatales;

m) el artículo 181 de la Constitución Política de Nicaragua se refiere a la aprobación de concesiones por el Estado con respecto a tierras bajo su dominio, y no al aprovechamiento de recursos en tierras comunales. Con base en este artículo, el Marena y el Consejo Regional de la raan no se encuentran facultados para autorizar el corte de madera en tierras privadas o comunales sin el consentimiento del propietario;

n) el Estado debe adoptar medidas adecuadas para demarcar la propiedad de la Comunidad y garantizar plenamente los derechos de ésta sobre sus tierras y recursos;

ñ) en el presente caso se debe interpretar la Convención Americana incluyendo los principios sobre los derechos colectivos de los pueblos indígenas, en aplicación del artículo 29 de la Convención; y

o) el otorgamiento de la concesión a Solcarsa y la omisión del Estado consistente en no tomar medidas que permitan garantizar los derechos de la Comunidad Awas Tingni sobre la tierra y los recursos naturales, de acuerdo con sus patrones tradicionales de uso y ocupación, violó los artículos 1 y 2 de la Convención.

Alegatos del Estado

141. En cuanto al artículo 21 de la Convención, el Estado alegó que:

a) existen “circunstancias particularizantes que sitúan el presente reclamo fuera del ámbito ordinario del derecho indigenista”. La Comunidad es un grupo reducido de indígenas resultante de una segregación comunal y de desplazamientos geográficos sucesivos; su presencia en la región no ha sido suficientemente documentada; se encuentra en posesión de tierras que no tienen carácter ancestral y que han sido tituladas parcialmente a terceras comunidades indígenas, o bien otras comunidades afirman tener un derecho de posesión ancestral anterior al derecho alegado por Awas Tingni. Los reclamos de tierras de diferentes grupos étnicos han causado la existencia de un complejo conflicto de intereses, que requiere de un cuidadoso examen de parte de las autoridades nacionales y un delicado proceso de solución de esos conflictos que genere seguridad jurídica. La Comunidad admitió que dentro de su población se encuentran personas procedentes de la comunidad indígena de Tilba-Lupia, la cual fue titulada por el Estado;

b) mediante la Ley No. 14 conocida como “Reforma a la Ley de Reforma Agraria”, se estableció un marco legal para conducir la titulación de la propiedad comunal indígena. Al amparo de esta ley “se efectuaron numerosas titulaciones de tierras comunales indígenas”. Sin embargo, la Comunidad no ha dirigido petición alguna de demarcación y titulación a las autoridades gubernamentales competentes;

c) la Comunidad ha reconocido en diferentes ocasiones haber sido titulada y lo señaló expresamente en el contrato que celebró con la empresa Madensa;

d) la Comisión no logró probar la presencia de Awás Tingni en las tierras reclamadas con anterioridad al año 1945; la misma Comunidad ha reconocido que la posesión de las tierras que reclama se remonta a dicho año. El Estado considera que se trata de un grupo que se desprendió de una comunidad indígena “madre”, pero que reclama para sí una titulación separada e independiente sobre tierras que no ha poseído en forma ancestral;

e) en este caso no opera la prescripción adquisitiva ya que la Comunidad Mayagna ejerció una posesión “precaria”;

f) el proceso de titulación indígena de las comunidades de la Costa Atlántica se caracteriza por ser complejo, debido a las siguientes circunstancias: a) el fenómeno de proliferación de las comunidades indígenas, como consecuencia de la desmembración de grupos de éstas; b) el fenómeno de agrupación y reagrupación de comunidades indígenas tituladas y no tituladas; c) el fenómeno del desplazamiento de las comunidades indígenas para ocupar tierras que no son ancestrales; d) el fenómeno de comunidades indígenas tituladas que reclaman tierras ancestrales como si nunca hubieran sido tituladas, y e) grupos humanos que reclaman títulos indígenas sin haber acreditado formalmente su condición de comunidad indígena conforme a la ley;

g) la extensión superficial de las tierras reclamadas por la Comunidad no guarda proporción con el número de miembros de la Comunidad, por lo cual a ésta no le asiste el derecho en los términos planteados en su reclamo. La Comunidad Mayagna dice estar

conformada por aproximadamente 600 personas e irracionalmente pretende el otorgamiento de una extensión de alrededor de 150,000 hectáreas, pretensión que excede las necesidades de subsistencia de sus miembros. La biodiversidad de la zona no justifica los grandes desplazamientos para la caza y la pesca que parece ser un argumento que está utilizando la Comunidad para acrecer la superficie que está reclamando. Además, un censo de 1995 indica que el número de miembros de la Comunidad es de 576 personas, de las cuales solamente un 43% son mayagnas;

h) mediante las peticiones que la Comunidad Awas Tingni presentó a autoridades incompetentes fue aumentando la superficie reclamada, lo cual evidenció la mala fe de sus actuaciones y obstaculizó que se lograra “un arreglo expedito”;

i) la concesión forestal otorgada a la compañía Solcarsa se limitó a áreas consideradas como tierras nacionales. Desde que se inició el proceso de titulación en la Costa Atlántica el Estado ha dejado “corredores” o “zonas de bienes nacionales” entre las comunidades indígenas cuyas tierras ya han sido tituladas. Las autoridades nacionales del Marena otorgaron una concesión forestal en una fracción de un área tenida como “corredor de tierras nacionales”, y ninguna de las comunidades la impugnó “por estar conscientes [de] que la misma recaía sobre una fracción del corredor de tierras nacionales existente entre ellas”. Sin embargo, la Comunidad Mayagna reclama la totalidad de la superficie;

j) la concesión forestal otorgada a la empresa Solcarsa no produjo ningún daño a la Comunidad Mayagna y esta empresa no inició actividades de explotación forestal derivadas de la concesión;

k) el “Convenio de Aprovechamiento Forestal” suscrito por la Comunidad, la empresa Madensa y las autoridades del Marena, “no constituye un precedente válido que prejuzgue la legitimidad del reclamo de propiedad comunal” de la Comunidad Mayagna. Las actuaciones del Marena –por su falta de competencia en la materia– no pueden ser alegadas para pretender un reconocimiento de la legitimidad de reclamos de titulación indígena, en virtud de que el órgano competente para recibir y resolver tales reclamos es el INRA,

actualmente dependencia del Ministerio Agropecuario y Forestal (MAF). La misma Comisión acepta que en dicho documento “Nicaragua no reconoció posesión ancestral, [sino que] simplemente se comprometió a facilitar la titulación de tierras ancestrales, lo cual presupone la presentación de un reclamo, en sede administrativa, en sede jurisdiccional, y la demostración efectiva de la ancestralidad”;

l) existe un marco legal y una autoridad competente para conducir la titulación de las comunidades indígenas. Nicaragua ha impulsado iniciativas importantes en materia de titulación de las tierras comunales de las comunidades indígenas de la Costa Atlántica.

Consideraciones de la Corte

142. El artículo 21 de la Convención Americana establece que:

1. Toda persona tiene derecho al uso y goce de sus bienes. La ley puede subordinar tal uso y goce al interés social.
2. Ninguna persona puede ser privada de sus bienes, excepto mediante el pago de indemnización justa, por razones de utilidad pública o de interés social y en los casos y según las formas establecidas por la ley.
3. Tanto la usura como cualquier otra forma de explotación del hombre por el hombre, deben ser prohibidas por la ley.

143. El artículo 21 de la Convención Americana reconoce el derecho a la propiedad privada. A este respecto establece: a) que “[t]oda persona tiene derecho al uso y goce de sus bienes”; b) que tales uso y goce se pueden subordinar, por mandato de una ley, al “interés social”; c) que se puede privar a una persona de sus bienes por razones de “utilidad pública o de interés social y en los casos y según las formas establecidas por la ley”; y d) que dicha privación se hará mediante el pago de una justa indemnización.

144. Los “bienes” pueden ser definidos como aquellas cosas materiales apropiables, así como todo derecho que pueda formar parte

del patrimonio de una persona; dicho concepto comprende todos los muebles e inmuebles, los elementos corporales e incorporeales y cualquier otro objeto inmaterial susceptible de tener un valor.²

145. Durante el estudio y consideración de los trabajos preparatorios de la Convención Americana sobre Derechos Humanos se reemplazó la frase “[t]oda persona tiene el derecho a la propiedad privada, pero la ley puede subordinar su uso y goce al interés público” por la de “[t]oda persona tiene derecho al uso y goce de sus bienes. La Ley puede subordinar tal uso y goce al interés social”. Es decir, se optó por hacer referencia al “uso y goce de los bienes” en lugar de “propiedad privada”.³

146. Los términos de un tratado internacional de derechos humanos tienen sentido autónomo, por lo que no pueden ser equiparados al sentido que se les atribuye en el derecho interno. Además, dichos tratados de derechos humanos son instrumentos vivos cuya interpretación tiene que adecuarse a la evolución de los tiempos y, en particular, a las condiciones de vida actuales.⁴

147. A su vez, el artículo 29.b de la Convención establece que ninguna disposición puede ser interpretada en el sentido de “limitar el goce y ejercicio de cualquier derecho o libertad que pueda estar reconocido de acuerdo con las leyes de cualquiera de los Estados

² Cfr. Caso Ivcher Bronstein, *supra* nota 9, párr. 122. [Las indicaciones *supra* e *infra* corresponden al texto original; ver documento completo.]

³ En el estudio y consideración de los trabajos preparatorios de la Convención Americana sobre Derechos Humanos, el derecho a la propiedad privada fue uno de los más extensamente debatidos en el seno de la Comisión. Desde el primer momento las delegaciones manifestaron la existencia de tres corrientes ideológicas, a saber: una tendencia a suprimir del texto del proyecto toda referencia al derecho de propiedad; otra tendencia a consagrar el texto del proyecto tal y como fue presentado, y una tercera posición conciliadora que reforzaría la función social de la propiedad. Finalmente prevaleció el criterio de incorporar el derecho de propiedad en el texto de la Convención.

⁴ Cfr. El Derecho a la Información sobre la Asistencia Consular en el Marco de las Garantías del Debido Proceso Legal. Opinión Consultiva OC-16/99 fr 1° de octubre de 1999, Serie A, No. 16, párr. 114.

partes o de acuerdo con otra convención en que sea parte uno de dichos Estados”.

148. Mediante una interpretación evolutiva de los instrumentos internacionales de protección de derechos humanos, tomando en cuenta las normas de interpretación aplicables y, de conformidad con el artículo 29.b de la Convención –que prohíbe una interpretación restrictiva de los derechos–, esta Corte considera que el artículo 21 de la Convención protege el derecho a la propiedad en un sentido que comprende, entre otros, los derechos de los miembros de las comunidades indígenas en el marco de la propiedad comunal, la cual también está reconocida en la Constitución Política de Nicaragua.

149. Dadas las características del presente caso, es menester hacer algunas precisiones respecto del concepto de propiedad en las comunidades indígenas. Entre los indígenas existe una tradición comunitaria sobre una forma comunal de la propiedad colectiva de la tierra, en el sentido de que la pertenencia de ésta no se centra en un individuo sino en el grupo y su comunidad. Los indígenas por el hecho de su propia existencia tienen derecho a vivir libremente en sus propios territorios; la estrecha relación que los indígenas mantienen con la tierra debe ser reconocida y comprendida como la base fundamental de sus culturas, su vida espiritual, su integridad y su supervivencia económica. Para las comunidades indígenas la relación con la tierra no es meramente una cuestión de posesión y producción sino un elemento material y espiritual del que deben gozar plenamente, inclusive para preservar su legado cultural y transmitirlo a las generaciones futuras.

150. Al respecto, la Ley No. 28 publicada el 30 de octubre de 1987 en *La Gaceta* No. 238, Diario Oficial de la República de Nicaragua, que regula el Estatuto de la Autonomía de las Regiones de la Costa Atlántica de Nicaragua, señala en su artículo 36 que:

La propiedad comunal la constituyen las tierras, aguas y bosques que han pertenecido tradicionalmente a las Comunidades de la Costa Atlántica, y están sujetas a las siguientes disposiciones:

1. Las tierras comunales son inajenables; no pueden ser donadas, vendidas, embargadas ni gravadas, y son imprescriptibles.
2. Los habitantes de las Comunidades tienen derecho a trabajar parcelas en la propiedad comunal y al usufructo de los bienes generados por el trabajo realizado.

151. El derecho consuetudinario de los pueblos indígenas debe ser tenido especialmente en cuenta, para los efectos de que se trata. Como producto de la costumbre, la posesión de la tierra debería bastar para que las comunidades indígenas que carezcan de un título real sobre la propiedad de la tierra obtengan el reconocimiento oficial de dicha propiedad y el consiguiente registro.

152. Como ya fue señalado, Nicaragua reconoce la propiedad comunal de los pueblos indígenas, pero no ha regulado el procedimiento específico para materializar dicho reconocimiento, lo cual ha causado que desde 1990 no se hayan otorgado títulos de esta naturaleza. Además, en el presente caso, el Estado no se ha opuesto a la pretensión de la Comunidad Awas Tingni de ser declarada propietaria, aunque se discuta la extensión del área que ésta reclama.

153. La Corte considera que, conforme a lo establecido en el artículo 5 de la Constitución Política de Nicaragua, los miembros de la Comunidad Awas Tingni tienen un derecho de propiedad comunal sobre las tierras donde actualmente habitan, sin perjuicio de los derechos de otras comunidades indígenas. Sin embargo, la Corte advierte que los límites del territorio sobre los cuales existe tal derecho de propiedad no han sido efectivamente delimitados y demarcados por el Estado. Esta situación ha creado un clima de incertidumbre permanente entre los miembros de la Comunidad Awas Tingni en cuanto no saben con certeza hasta dónde se extiende geográficamente su derecho de propiedad comunal y, consecuentemente, desconocen hasta dónde pueden usar y gozar libremente de los respectivos bienes. En este entendido, la Corte estima que los miembros de la Comunidad Awas Tigni tienen derecho a que el Estado delimite, demarque y titule el territorio de propiedad de la Comunidad; y se abstenga de realizar, hasta tanto no se realice esa delimitación, de-

marcación y titulación, actos que puedan llevar a que los agentes del propio Estado, o terceros que actúen con su aquiescencia o su tolerancia, afecten la existencia, el valor, el uso o el goce de los bienes ubicados en la zona geográfica donde habitan y realizan sus actividades los miembros de la Comunidad.

En atención a lo anterior, y teniendo presente el criterio adoptado por la Corte en aplicación del artículo 29.b de la Convención (supra párr. 148), la Corte estima que, a la luz del artículo 21 de la Convención, el Estado ha violado el derecho al uso y el goce de los bienes de los miembros de la Comunidad Mayagna Awas Tingni, toda vez que no ha delimitado y demarcado su propiedad comunal, y que ha otorgado concesiones a terceros para la explotación de bienes y recursos ubicados en un área que puede llegar a corresponder, total o parcialmente, a los terrenos sobre los que deberá recaer la delimitación, demarcación y titulación correspondientes.

154. Unido a lo anterior, se debe recordar lo ya establecido por este Tribunal, con fundamento en el artículo 1.1 de la Convención Americana, en el sentido de que el Estado está obligado a respetar los derechos y libertades reconocidos en la Convención y a organizar el poder público para garantizar a las personas bajo su jurisdicción el libre y pleno ejercicio de los derechos humanos. Según las reglas del derecho de la responsabilidad internacional del Estado aplicables en el Derecho Internacional de los Derechos Humanos, la acción u omisión de cualquier autoridad pública, independientemente de su jerarquía, constituye un hecho imputable al Estado que compromete su responsabilidad en los términos previstos por la Convención Americana.⁵

155. Por todo lo expuesto, la Corte concluye que el Estado violó el artículo 21 de la Convención Americana, en perjuicio de los miembros de la Comunidad Mayagna (Sumo) Awas Tingni, en conexión con los artículos 1.1 y 2 de la Convención. [...]

⁵ Cfr. Caso Ivcher Bronstein, supra nota 9, párr. 168; caso del Tribunal Constitucional, supra nota 10, párr. 109; y caso Bámaca Velásquez, supra nota 47, párr. 210.

Libertad de expresión

Comisión Interamericana de Derechos Humanos
Informe del Relator Especial para la Libertad de Expresión, 2001

[...] CAPÍTULO III

INFORME SOBRE LA ACCIÓN DE HABEAS DATA Y EL DERECHO
DE ACCESO A LA INFORMACIÓN EN EL HEMISFERIO¹

A. Introducción

1. El derecho de libertad de expresión contiene aspectos fundamentales para el desarrollo y fortalecimiento de las sociedades democráticas. La libertad de expresión consolida el resto de las libertades en una democracia al facilitar la participación de los miembros de la sociedad en los procesos de decisiones; al constituirse como herramienta para alcanzar una sociedad más tolerante y estable y al dignificar a la persona humana a través del derecho de expresión, intercambio de ideas, opiniones e información. La libertad de expresión, por lo tanto, provee de un marco en el cual los conflictos inherentes a cada sociedad se debatan y resuelvan sin destruir el tejido social manteniendo el equilibrio entre la estabilidad y el cambio. Tal como lo enunciara la Corte Interamericana de Derechos Humanos, la libertad de expresión permite el debate abierto sobre los valores morales y sociales y facilita el discurso político, central para la consolidación de la democracia.² Por lo tanto cuando se obstaculiza la

¹ La Relatoría agradece a la periodista María Seoane del diario *Clarín* de Buenos Aires, Argentina, por la investigación realizada para este informe referente a la legislación existente en la materia en cada uno de los países miembros de la OEA.

² Corte IDH, caso Baruch Ivcher, No. 74. Sentencia de 6 de febrero de 2001, párr. 143(e).

libertad de expresión, la democracia pierde su dimensión social colectiva y permanente, volviéndose un simple arreglo institucional formal en el cual la participación social no es efectiva.

2. Tanto la Relatoría como la comunidad internacional en general reconocen la importancia que se le otorga al derecho de acceso a la información como vía para alcanzar políticas de transparencia y fortalecer las democracias constitucionales. En función del mandato asignado por los Jefes de Estado y de Gobierno durante la Tercera Cumbre de las Américas reunida en Quebec, Canadá en abril del 2001, la Relatoría se compromete a realizar un seguimiento anual sobre la adopción de nuevas leyes y sistemas regulatorios para el ejercicio del derecho de acceso a la información y la acción de *habeas data*.³

3. En este capítulo, la Relatoría ha realizado un seguimiento de las leyes y prácticas relativas al derecho de acceso a la información y la acción de *habeas data* en los treinta y cinco países que conforman la Organización de Estados Americanos.

4. Para ello, se realizó un pedido oficial de información a los Estados, basado en un cuestionario tipo que incluía, entre otros temas, preguntas acerca de la normativa constitucional y legal vigente, criterios de aplicación, precisiones de aplicación del recurso, estadísticas y proyectos de ley.

5. Paralelamente, se trazó el mismo camino buscando información no oficial de Organizaciones No Gubernamentales (ONG) nacionales e internacionales. La Relatoría para la Libertad de Expresión se propuso conocer de este modo tanto la situación formal como la real, sin encontrar coincidencia entre ellas en muchos de los casos aquí presentados.

³ Durante la Tercera Cumbre de las Américas los jefes de Estado y de gobierno se comprometieron a apoyar “la labor del Sistema Interamericano de Derechos Humanos en materia de libertad de Expresión a través de la Relatoría sobre Libertad de Expresión de la CIDH, y procederán a la difusión de los trabajos de jurisprudencia comparada, y buscarán, asimismo, asegurar que su legislación nacional sobre libertad de expresión esté conforme a las obligaciones jurídicas internacionales”.

6. De los treinta y cinco países que integran la Organización de los Estados Americanos, sólo diez respondieron al cuestionario enviado por la Relatoría a través de los representantes de cada país.

7. En cuanto a los resultados, se destaca la falta de previsión constitucional y legal para garantizar el acceso a información pública en la gran parte de los países del hemisferio. A falta de una legislación más precisa, terminan adaptándose normas genéricas que protegen –por ejemplo– categorías tan amplias como “la libertad de los individuos”. Se hace evidente que sin procesar en detalle, esa previsión no ayuda a la aplicación de una norma tan específica como el *hábeas data*. Algunos países cuentan con una legislación concebida a tal efecto, pero dado que su lenguaje es ambiguo resulta, en algunos casos, en una práctica de negación de información por entes del Estado haciendo un uso abusivo de su poder de discreción.

8. Desde el punto de vista formal, pueden apreciarse claras diferencias entre los países que ya han desarrollado normativas constitucionales y legales y aquéllos que aún deben basarse en normas generales como “derecho de amparo” o “libertad de expresión y opinión”, para proteger el derecho a la información. Dado que en la mayoría de los Estados miembros el tema está en su fase inicial, la Relatoría recomienda a los Estados que impulsen legislaciones para garantizar ambos derechos en forma efectiva.

9. A continuación se presenta un breve marco normativo sobre el derecho de acceso a la información y la acción de *habeas data* seguido de la presentación de la información recabada sobre la normativa interna en relación a esta materia dentro de los 35 países miembros.

B. Marco Legal

10. Como marco de interpretación legal se toma el artículo 13 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos y la Declaración de Principios sobre Libertad de Expresión de la CIDH. Así mismo, la Relatoría consultó entre otras fuentes la Sociedad Interamericana de Prensa (SIP), la Ley Modelo de Acceso a Información Administrativa

para la Prevención de la Corrupción desarrollada por la Oficina de Anti-Corrupción de la OEA, los Principios sobre Acceso a la Información de la organización no-gubernamental, Article 19, comentarios de la organización no-gubernamental Center for National Security Studies, Human Rights Watch y otras organizaciones independientes dedicadas a la protección de los derechos humanos y la libertad de expresión.

1. Derecho a la información dentro del marco de la libertad de expresión

11. La Convención Americana sobre Derechos Humanos afirma en su artículo 13.1 que el derecho a la libertad de expresión e información: comprende la libertad de buscar, recibir y difundir informaciones 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.⁴

12. Con respecto al alcance de la libertad de expresión e información, la Corte Interamericana de Derechos Humanos señaló que: Quienes están bajo la Convención tienen no sólo el derecho y la libertad de expresar su propio pensamiento, sino también el derecho y la libertad de buscar, recibir y difundir informaciones e ideas de toda índole [...] la libertad de expresión e información 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.⁵

13. El derecho de acceso a la información es un requisito indispensable para el funcionamiento mismo de la democracia. En un sistema democrático representativo y participativo, la ciudadanía

⁴ Convención Americana sobre Derechos Humanos, artículo 13.

⁵ *Ibidem*, párr. 30.

ejerce sus derechos constitucionales de participación política, votación, educación y asociación entre otros, a través de una amplia libertad de expresión y de un libre acceso a información. La publicidad de la información permite que el ciudadano pueda controlar [la gestión pública], no sólo por medio de una constatación de los mismos con la ley, que los gobernantes han jurado cumplir, sino también ejerciendo el derecho de petición y de obtener una transparente rendición de cuentas.⁶

14. La falta de participación de la sociedad en el conocimiento de información que los afectaría directamente impide el desarrollo amplio de sociedades democráticas exacerbando posibles conductas corruptas dentro de la gestión gubernamental y promoviendo políticas de intolerancia y discriminación. La inclusión de todos los sectores de la sociedad en los procesos de comunicación, decisión y desarrollo es fundamental para que sus necesidades, opiniones e intereses sean contemplados en el diseño de políticas y en la toma de decisiones. El interés preferentemente tutelado en el artículo 13 de la Convención es la formación de la opinión pública a través del intercambio libre de información y una crítica robusta de la administración pública. Esta manifestación ha sido claramente fundamentada en la opinión consultiva de la Corte sobre Colegiación Obligatoria de Periodistas al considerar que:

El concepto de orden público reclama que dentro de una sociedad democrática se garanticen las mayores posibilidades de circulación de noticias, ideas, opiniones, así como el más amplio acceso a la información por parte de la sociedad en su conjunto. La libertad de expresión por lo tanto, se inserta en el orden público primario y radical de la democracia, que no es concebible sin el debate libre y sin que la disidencia tenga pleno derecho a manifestarse. [...]Tal como está concebido en la Convención Americana, [es necesario] que se respete

⁶ OEA, Ley Modelo de Acceso a Información Administrativa para la Prevención de la Corrupción. Taller Técnico Regional, Guatemala, noviembre, 2000.

escrupulosamente el derecho de cada ser humano de expresarse libremente y el de la sociedad en su conjunto de recibir información.⁷

15. Dada la importancia que se le otorga al derecho de información como principio de participación y fiscalización de la sociedad, la Relatoría ha promovido la necesidad de que los Estados miembros incorporen dentro de su normativa jurídica leyes de acceso a información y mecanismos efectivos para su ejercicio eficiente, habilitando a la sociedad en su conjunto a efectuar opiniones reflexivas o razonables sobre las políticas y acciones tanto estatales como privadas que los afectan.

2. Acceso a Información Pública

16. Como se ha puntualizado anteriormente, un aspecto fundamental para el fortalecimiento de las democracias constitucionales es el derecho a información en poder del Estado. Este derecho habilita a la ciudadanía de un conocimiento a un conocimiento amplio [sic] sobre las gestiones de los diversos órganos del Estado, dándole acceso a información relacionada con aspectos presupuestarios, el grado de avance en el cumplimiento de objetivos planteados y los planes del Estado para mejorar las condiciones de vida de la sociedad en su conjunto, entre otros.⁸ El control efectivo de los ciudadanos sobre las acciones públicas requiere no sólo una abstención por parte del Estado de censurar información sino que requiere la acción positiva de proporcionar información a los ciudadanos. Es evidente que sin esta información, a la que todas las personas tienen derecho, no puede ejercerse la libertad de expresión como un mecanismo efectivo de participación ciudadana ni de control democrático de la gestión gubernamental.

⁷ CIDH, Opinión Consultiva OC-5/85, Serie A, No. 5, párr. 69.

⁸ *Ibidem*.

17. Este derecho cobra aún mayor importancia por encontrarse íntimamente relacionado al principio de transparencia de la administración y la publicidad de los actos de gobierno. Los Jefes de Estado y de Gobierno durante la Tercera Cumbre de las Américas reconocieron que una buena gestión de los asuntos públicos exige instituciones gubernamentales efectivas, transparentes y públicamente responsables. Asimismo, dieron suma importancia a la participación ciudadana a través de sistemas de control efectivos.⁹ El Estado, en este sentido, se constituye como un medio para alcanzar el bien común. Dentro de este contexto, el titular de la información es el individuo que delegó en los representantes el manejo de los asuntos públicos.

18. El principio de transparencia demanda una posición servicial de la administración, aportando aquella documentación que hubiera sido previa, correcta y claramente solicitada, en la medida en que no se encuentre temporalmente excluida del ejercicio del derecho.¹⁰

19. Este control se hace aún más necesario por cuanto uno de los graves obstáculos para el desarrollo de las instituciones democráticas es la vigencia de una práctica tradicional que promueve el mantenimiento del secreto de las acciones de la administración pública, exacerbando los altos índices de corrupción que afectan a algunos gobiernos del hemisferio. Cabe destacar que la negación de información bajo un interés genuino de proteger la seguridad nacional y el orden público no es inconsistente con la protección de los derechos humanos toda vez que recaiga en el Estado demostrar ante instancias judiciales e independientes que dicha restricción se encuentra expresamente fijada por la ley y es necesaria para la protección de la democracia.¹¹

⁹ Véase Tercera Cumbre de las Américas, Declaración y Plan de Acción. Quebec, Canadá, 20-22 de abril de 2001.

¹⁰ Véase *El derecho de acceso de los ciudadanos a los archivos y registros administrativos*. Luis Alberto Pomed Sánchez, Editorial M.A.P., Madrid, 1989, p. 109.

¹¹ Véase *In the Public Interest: Security Services in a Constitutional Democracy*, Helsinki Foundation for Human Rights and Center for National Security Studies, Bulletin 1, junio de 1998; *A Model Freedom of Information*, artículo XIX, Londres, julio de 2001.

20. Uno de los factores que ha afectado seriamente la estabilidad de las democracias en los países del hemisferio ha sido la corrupción. La falta de transparencia en los actos del Estado ha distorsionado los sistemas económicos y contribuido a la desintegración social. La corrupción ha sido identificada por la Organización de Estados Americanos como un problema que requiere una atención especial en las Américas. Durante la Tercera Cumbre de las Américas, los Jefes de Estado y de Gobierno reconocieron la necesidad de reforzar la lucha contra la corrupción puesto que ésta “menoscaba valores democráticos básicos representando una amenaza a la estabilidad política y al crecimiento económico”. Asimismo, en el Plan de Acción de la Tercera Cumbre se promueve la necesidad de apoyar iniciativas que permitan una mayor transparencia para asegurar la protección del interés público e impulsar a los gobiernos a que utilicen sus recursos efectivamente en función del beneficio colectivo.¹² Dentro de este contexto, la Relatoría considera que la corrupción sólo puede ser adecuadamente combatida a través de una combinación de esfuerzos dirigidos a elevar el nivel de transparencia de los actos del gobierno.¹³ Por lo tanto, cualquier política dirigida a obstaculizar el acceso a información relativa a la gestión estatal tiene el riesgo de promover la corrupción dentro de los órganos del Estado debilitando así las democracias. El acceso a la información se constituye como forma preventiva contra estas prácticas ilegales que azotan a los países del hemisferio.¹⁴ La transparencia de los actos del gobierno puede ser incrementada a través de la creación de un régimen legal a través del cual la sociedad tenga acceso a información. Solamente se puede gobernar con eficacia respondiendo responsablemente a las sugerencias de las necesidades de los miembros de la

¹² Véase Tercera Cumbre de las Américas, *op. cit.*

¹³ Véase Convención Interamericana Contra la Corrupción del Sistema Interamericano de Información Jurídica, OEA.

¹⁴ Alfredo Chirino Sánchez, “Ley modelo de acceso a información administrativa para la prevención de la corrupción”, Departamento de Cooperación y Difusión Jurídica, Taller Técnico Regional, Guatemala, Ciudad de Antigua, OEA, noviembre, 2000, p. 3.

sociedad a través de un amplio acceso a la información. En este contexto, la regla debe ser la publicidad de los actos de gobierno como bien común y no la manipulación y el ocultamiento de los actos públicos.

21. La Corte Interamericana de Derechos Humanos ha señalado que el acceso a la información en poder del Estado se constituye como un derecho fundamental de los individuos y que los Estados están obligados a garantizarlo.¹⁵

22. Por su parte el Principio 4 de la Declaración de Principios sobre Libertad de Expresión de la CIDH señala:

El acceso a la información en poder del Estado es un derecho fundamental de los individuos. Los Estados están obligados 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.

23. El principio 4 de la Declaración de Principios sobre Libertad de Expresión establece el parámetro al que el Estado debe suscribirse para la negación de información en su poder. Debido a la necesidad de promover una mayor transparencia de los actos de gobierno como base para el fortalecimiento de las instituciones democráticas de los países del hemisferio, las limitaciones a la información contenida en archivos en poder del Estado deben ser excepcionales. Éstas deben estar claramente establecidas en la ley y aplicables sólo en el caso que exista un daño sustancial e inminente a un fin legítimo de política pública y que la protección de dicha información supere el interés público de estar informado.¹⁶ Se considera por lo tanto que cada acto restrictivo de acceso a la información debe ser resuelto sobre la base de cada caso peticionado.

¹⁵ CIDH, OC 5/85, Serie A, No. 5, párr. 70.

¹⁶ Véase Juan Pablo Olmedo Bustos y Ciro Colombrana López, *El derecho a acceso a información pública*, Chile, p. 8.

24. Como se enuncia en este principio, el derecho de los individuos a toda información en poder del Estado no es un derecho absoluto. El límite al ejercicio de este derecho encuentra restricciones permisibles por motivos de orden público, de seguridad nacional, de secreto fiscal o bancario y/o de protección a la honra o a la privacidad de las personas. La Relatoría se ha manifestado en diversas oportunidades respecto al alcance de dichas restricciones señalando que éstas no deben enmarcarse dentro del ámbito de discreción de los Estados sino que deben estar expresamente establecidas por la ley, destinadas a proteger un objetivo legítimo y ser necesarias para una sociedad democrática. Aplicando el criterio de proporcionalidad en el balance de los derechos afectados, el acceso a información de interés público debe regirse bajo el principio de presunción de publicidad aplicando las mínimas restricciones y sólo en casos excepcionales. Los criterios de reserva de información deben ser establecidos en forma clara y precisa para permitir que entes jurídicos puedan revisar tanto la legalidad como la razonabilidad de la resolución a la luz de los intereses afectados.¹⁷

25. La Corte Interamericana de Derechos Humanos ha interpretado que las restricciones a la libertad de expresión e información deben “juzgarse haciendo referencia a las necesidades legítimas de las sociedades y las instituciones democráticas” dado que la libertad de expresión e información es esencial para toda forma de gobierno democrático.¹⁸ Por lo tanto, dentro de este contexto, el Estado debe asegurar que cuando existe un caso de emergencia nacional, la negación a la información en poder del Estado será impuesta sólo por el período estrictamente necesario por las exigencias de las circunstancias y modificado una vez concluida la situación de emergencia.¹⁹ La revisión de la información considerada de carácter clasificada,

¹⁷ Véase *In the Public Interest: Security Services in a Constitutional Democracy*, *op. cit.*

¹⁸ CIDH, OC-5/85, párr. 70.

¹⁹ Véase Capítulo IV, artículo 27 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos, que contempla las obligaciones de los Estados bajo situaciones de emergencia.

debe estar a cargo de una instancia judicial independiente capaz de balancear el interés de proteger los derechos y las libertades de los ciudadanos con la seguridad nacional.

3. Acción de *habeas data*

26. Una de las formas para garantizar el derecho a la protección contra información abusiva, inexacta o perjudicial de las personas es el acceso a bancos de datos tanto públicos como privados con la finalidad de actualizar, rectificar, anular o mantener en reserva, en caso de que sea necesario, la información del particular interesado. Esta acción conocida como *habeas data* se instituyó como una modalidad del proceso de amparo 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 base de datos o registros públicos o privados, y en el supuesto caso que sea necesario, actualizar, rectificar, anular o mantener en reserva dicha información con la finalidad de proteger ciertos derechos fundamentales.

27. El principio 3 de la Declaración de Principios sobre Libertad de Expresión de la CIDH establece: “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 el caso de que fuere necesario, actualizarla, rectificarla y/o enmendarla”.

28. La acción de *habeas data* se erige sobre la base de tres premisas: 1) el derecho de cada persona a no ser perturbada en su privacidad,²⁰ 2) 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 sensi-

²⁰ Véase artículo 11 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos.

bles,²¹ falsos, tendenciosos o discriminatorios,²² y 3) el derecho de las personas a utilizar la acción de *habeas data* como mecanismo de fiscalización.²³ Este derecho de 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 obtenidos.²⁴

29. Asimismo, esta acción adquiere una importancia aún 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 necesario 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.

30. El derecho a la intimidad es uno de los derechos que se relacionan más directamente con los límites del ejercicio de la libertad de expresión y la libertad de información.

31. La Convención Americana reconoce y protege el derecho a la privacidad, la honra y la reputación en sus artículos 13.2 y 11. Estos artículos reconocen la importancia del honor y la dignidad individual al establecer la obligación de respetar ambos derechos. Establecen que estos derechos deben estar libres de interferencias arbitrarias

²¹ Se entiende por “dato sensible” toda aquella información relacionada con la vida íntima de la persona.

²² Véase Alicia Pierini, Valentín Lorences y María Inés Tornabene, *Habeas Data: derecho a la intimidad*, Editorial Universidad, Buenos Aires, 1999, p. 16.

²³ Véase, Víctor Abramovich y Christian Courtis, *El acceso a la información como derecho*, CELS, 2000, p. 7.

²⁴ Véase Secretaría de Investigación de Derecho Comparado, tomo 1, 199, p. 121, Corte Suprema de Justicia de la Nación Argentina.

o abusivas o ataques abusivos, y que toda persona tiene derecho a la protección de la ley contra tales interferencias o ataques. La privacidad por lo tanto, es un derecho que tiene toda persona para preservar la vida privada del marco social claramente reconocido por la ley.

32. El ataque a la privacidad se realiza generalmente a través de la búsqueda y difusión de información. La Relatoría desea puntualizar que tanto el derecho a la privacidad y la reputación como el derecho de libertad de expresión no son absolutos y deben ser armonizados y balanceados, de forma tal que no desemboquen en la negación de otros derechos. En cuanto al artículo 11, aunque la Convención no establece las circunstancias en que este derecho puede ser restringido o limitado, la Corte Interamericana enunció que el artículo 32.2 de la Convención prescribe las reglas interpretativas a las cuales se suscriben dichas restricciones al establecer: “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”.

33. Por lo tanto, el derecho a la privacidad, de acuerdo a lo estipulado por la Convención, 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.

34. En los últimos años la utilización de la acción de *habeas data* ha tomado un carácter fundamental como instrumento de investigación de las violaciones a los derechos humanos cometidas durante las pasadas dictaduras militares en el hemisferio. Este reclamo, accionado por los familiares de personas desaparecidas, conocido como “derecho a la verdad”, se ha instaurado como mecanismo de fiscalización en la búsqueda de datos relativos a la conducta estatal con la finalidad de conocer el destino de los desaparecidos. Asimismo, el derecho a la investigación se encuentra contenido en el artículo IV de la Declaración Americana de los Derechos y Deberes

del Hombre²⁵ el cual supone una obligación por parte del Estado para facilitar el acceso a información cuando su objeto es el de investigar datos, conductas o políticas públicas.

35. En cuanto a la relación entre el derecho a la verdad y el artículo 13.1 de la Convención Americana, la Comisión Interamericana de Derechos Humanos alegó en el caso Barrios Altos ante la Corte Interamericana que:

[...] El derecho a la verdad se fundamenta en los artículos 8 y 25 de la Convención, en la medida que ambos son “instrumentales” en el establecimiento judicial de los hechos y circunstancias que rodean la violación de un derecho fundamental. Asimismo,[...] este derecho se enraiza en el artículo 13.1 de la Convención, en cuanto reconoce el derecho de buscar y recibir información. [...] en virtud de este artículo, sobre el Estado recae una obligación positiva de garantizar información esencial para preservar los derechos de las víctimas, asegurar la transparencia de la gestión estatal y la protección de los derechos humanos.²⁶

36. Asimismo la acción de *habeas data* impone ciertas obligaciones a las entidades que procesan información: el 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. En los casos en que entes del Estado o del sector privado hubieran obtenido datos en forma irregular y/o ilegalmente, el peticionario debe tener acceso a dicha información, inclusive cuando ésta sea de carácter clasificada con el objeto de devolverle la tutela de la data al individuo que se ve afectado. La acción de *habeas*

²⁵ El artículo IV de la Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre establece: “Toda persona tiene derecho a la libertad de investigación, de opinión y de expresión y difusión del pensamiento por cualquier medio”.

²⁶ Corte IDH, caso Barrios Altos (Chumbipuma Aguirre y otros vs. Perú) Serie C No. 71 Sentencia del 14 de marzo de 2001, párr. 45.

data como mecanismo de fiscalización de las entidades de seguridad e inteligencia dentro de este contexto, tiene como finalidad verificar la legalidad en la recopilación de datos sobre las personas. La acción de *habeas data* habilita al damnificado o sus familiares a tomar conocimiento de el objeto de la recopilación y en caso de que éstos hayan sido recabados en forma ilegal determinar una posible sanción a los responsables. La publicidad de las prácticas ilegales en la recopilación de datos sobre las personas puede tener un efecto preventivo sobre las prácticas de estas agencias en el futuro.²⁷

37. Para que la acción de *habeas 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 información 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.

38. 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.²⁸

39. Resumiendo, el derecho de acceso a la información y la acción de *habeas data*, dentro del marco presentado en esta sección, 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 sociedad.²⁹

²⁷ Víctor Abramovich y Christian Curtis, *op. cit.*, párr. 28.

²⁸ Véase Miguel Angel Ekmekdjian, *Derecho a la información: reforma constitucional y libertad de expresión, nuevos aspectos*, Ediciones Depalma, 1996, p. 115.

²⁹ Alfredo Chirino Sánchez, *op. cit.*, p. 11.

[...] Colombia

78. A través de la Dirección General de Asuntos Especiales de su Ministerio de Relaciones Exteriores, el gobierno colombiano informó que la acción de *habeas data* se reconoce como derecho fundamental en el artículo 15 de la Constitución, por lo que según el artículo 86:

Toda persona tendrá acción de tutela para reclamar ante los jueces (...) mediante un procedimiento preferente y sumario (...) 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 pública.

79. Asimismo, el artículo 15 de la Constitución Política de la República de Colombia de 1991 establece que todas las personas tienen derecho a su intimidad personal y familiar y a su buen nombre, y el Estado debe respetarlos y hacerlos respetar. De igual modo, tienen 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.

80. Acerca de las disposiciones legales o reglamentarias, el Capítulo IV del Código Contencioso Administrativo sobre el derecho de petición de informaciones se suma al artículo 15 de la Constitución. Mediante este capítulo, toda persona tiene derecho a consultar los documentos que reposen en las oficinas públicas y a que se les expida copia de los mismos, siempre que ellos no sean considerados legalmente de carácter reservado o no hagan relación a la defensa y seguridad nacional.

81. En cuanto a información de carácter público el artículo 12 de la Ley 57 (5/7/1985) le da facultad a cualquier persona para consultar los documentos que reposen en las oficinas públicas y a que se les expida copia de los mismos.

82. Durante 1998, la Registraduría Nacional del Estado Civil recibió 319 solicitudes de información, y denegó 60. En 1999, la canti-

dad total de solicitudes fue de 458, y 98 fueron denegadas. En todos los casos, el argumento para la negativa fue que “el solicitante no acredita las calidades requeridas para poder acceder a la información”. Cualquier individuo puede solicitar información al Estado en Colombia en forma gratuita, mediante el ejercicio del derecho de petición. El Código Contencioso Administrativo establece que las peticiones deben resolverse dentro de los quince días siguientes a la fecha de su recibo.

83. Según información de fuentes no gubernamentales, los derechos de Petición y de Acceso a Documentos Públicos están establecidos en los artículos 23 y 74, inciso primero, de la Constitución Nacional. Estas normas garantizan al periodista y a los medios de comunicación la oportunidad de buscar y recoger la información de fuentes públicas o privadas para evaluarla y difundirla en desarrollo de la libertad de expresión.³²

84. Estos derechos se encuentran reglamentados por el Código Contencioso Administrativo y por la Ley 57 de 1985. El principio general es que es libre el acceso a los documentos oficiales y sólo será reservado si existe norma expresa que así lo consagre.

85. No obstante, se acaba de ampliar la lista de documentos objeto de reserva, al aprobarse una ley según la cual las investigaciones disciplinarias y administrativas adelantadas por los organismos de control relacionadas con procesos disciplinarios y de responsabilidad fiscal son objeto de reserva (Estatuto Anticorrupción, art. 33).

86. Desde la reforma del Código de Procedimiento Penal, está sujeta a reserva la etapa de instrucción en procesos penales, mientras que la etapa de juzgamiento no tiene reserva. Igualmente, según la Ley 104 de 1993, denominada la Ley de Orden Público, el Fondo de Garantías de Instituciones Financieras está obligado a guardar reserva sobre las informaciones que exija a las instituciones financieras inscritas.

³² Véase Leyes de Colombia en los archivos electrónicos de la Sociedad Interamericana de Prensa.

87. En agosto de 2001 el Congreso promulgó y el Presidente de la Nación sancionó la Ley 684 (Ley de Seguridad y Defensa del Estado) y leyes complementarias. El poder judicial en cambio tiene en sus manos la posible anulación de la entrada en vigor de la Ley. Asimismo, algunas organizaciones de derechos humanos presentaron ante la Corte Constitucional un recurso de inconstitucionalidad de la Ley 684. La ley en su artículo 14 conforma un consejo Superior de Seguridad y Defensa Nacional con el propósito de “garantizar el debido planeamiento, dirección, ejecución y coordinación de todos los elementos del Poder Nacional y su fortalecimiento, con miras a garantizar la Seguridad Nacional”.³³

88. En lo que respecta a la reserva de documentos el artículo 19 de la Ley 684 prevé: “Artículo 19º.- Reserva legal. Las deliberaciones y actas del Consejo serán de carácter reservado. El mismo carácter tienen los Documentos Primarios y Secundarios de Defensa mencionados en la presente ley”. [...]

³³ Ley 684. Título ii: Sistema de seguridad y defensa nacional; Capítulo I: Del Consejo Superior de Seguridad y Defensa, 13 de agosto, 2001. El artículo 14 establece que el Consejo Superior de Seguridad y Defensa Nacional estará conformado por:

- a) El Presidente de la República, quien lo presidirá;
- b) El Ministro del Interior;
- c) El Ministro de Relaciones Exteriores;
- d) El Ministro de Defensa Nacional;
- e) El Comandante General de las Fuerza Militares;
- f) El Director General de la Policía Nacional;
- g) El Director del Departamento Administrativo de Seguridad (DAS);
- h) Los Presidentes de las Comisiones Segundas Constitucionales del Congreso de la República.

CAPÍTULO IV

ÉTICA EN LOS MEDIOS DE DIFUSIÓN

A. Introducción: libertad de expresión y responsabilidad de los medios de comunicación

1. La Relatoría ha hecho hincapié, en varios de sus informes, sobre la necesidad de un amplio respeto a la libertad de expresión, garantizando a los ciudadanos su derecho a estar suficientemente informados y el funcionamiento del sistema democrático. Con excepción de las muy limitadas circunstancias previstas en la Convención Americana, la libertad de expresión requiere que los gobiernos se abstengan de imponer restricciones legales a los medios de comunicación, ya que son los principales mecanismos a través de los cuales los miembros de la sociedad ejercen su derecho de expresar y recibir información e ideas.¹ Sin embargo, se ha dicho poco sobre las correspondientes responsabilidades de los medios de comunicación en el ejercicio del derecho a la libertad de expresión. Muchos Estados y miembros de la sociedad en la región han expresado preocupación ante la posibilidad de que los medios de comunicación no siempre actúen responsablemente y en la búsqueda y difusión de información, afecten los derechos de terceros. Entre otros temas, preocupan los casos de invasión de la privacidad al recopilar noticias, omisión de verificar adecuadamente la exactitud de las noticias, revelación delicada sobre asuntos de seguridad nacional y publicación de información que puede causar daño a la reputación de las personas.

2. Es importante recordar que debido a que los medios de comunicación son esenciales para que los miembros de la sociedad puedan ejercer su derecho a buscar e impartir información, son principalmente responsables ante el público y no ante el Gobierno. La fun-

¹ Corte IDH, *La colegiación obligatoria de periodistas*, Opinión Consultiva OC-5/85, Serie A, No. 5, párr. 34.

ción principal de los medios de comunicación, y en general de la libertad de expresión, consiste en informar al público las medidas adoptadas por el Gobierno.² Por lo tanto, la función de este último no puede consistir en hacer efectiva la “responsabilidad” en los medios de comunicación, especialmente debido al carácter altamente subjetivo de la expresión “responsabilidad de los medios de comunicación”. “El mundo real es tan complejo, las situaciones tienden a ser tan diversas, que las normas generales carecen de toda utilidad o es imposible prever mediante normas especiales todos los casos posibles [...] [L]os periodistas no siempre están de acuerdo entre sí sobre lo que debe hacerse”.³ En consecuencia, los intentos de regular la “responsabilidad de los medios de comunicación” están expuestos a manipulación y abuso por parte de autoridades públicas que quizás no sean imparciales en lo que respecta a los medios de comunicación. La amenaza de imposición de sanciones legales por la adopción de decisiones periodísticas basadas esencialmente en cuestiones subjetivas o juicios profesionales suscitaría también un efecto inhibitorio en los medios, impidiendo la divulgación de información de legítimo interés público.

² Véase Hugo Aznar, *Ética y periodismo*, Ediciones Paidós Ibérica, Barcelona, España, 1999, p. 40. Esta idea se reflejó en varios códigos de conducta para periodistas. Por ejemplo, la Declaración Internacional de Derechos y Obligaciones de los Periodistas, aprobada por representantes de sindicatos de periodistas de seis países europeos en 1971, establece en su Preámbulo: “Todos los derechos y obligaciones del periodista derivan de este derecho del público a ser informado sobre acontecimientos y opiniones. La responsabilidad de los periodistas frente al público supera toda otra responsabilidad, en especial hacia los empleadores y hacia las autoridades públicas”. La Federación Internacional de Periodistas establece en el Principio 1 de su Declaración de Principios sobre la Conducta de los Periodistas: “El respeto por la verdad y por el derecho del público a conocerla es la primera obligación del periodista”.

³ Claude-Jean Bertrand, *Media Ethics and Accountability Systems* (“La Ética Periodística y Sistemas de Responsabilidad”), New Brunswick, Nueva Jersey, EE.UU., Transaction Publishers, 2000, p. 139.

3. Esto no significa que los medios de comunicación operen completamente al margen de la regulación legal, sino simplemente que la ley referente a ellos debe limitarse tan sólo a proteger y salvaguardar otros derechos básicos que pueden estar en peligro o hayan sido dañados por un uso indebido de la libertad de expresión, quedando su evaluación únicamente en manos de jueces y tribunales.⁴

4. Debe hacerse hincapié asimismo en que un debate sobre la “ética” o “responsabilidad” carece de sentido a menos que exista una amplia libertad de expresión.⁵ “Para tener la opción de actuar en forma ética”, una persona debe “estar en libertad de decidir entre diferentes alternativas de acción”.⁶ Así, la Declaración de Principios sobre Libertad de Expresión establece en el Principio 6, “La actividad periodística debe regirse por conductas éticas, las cuales en ningún caso pueden ser impuestas por los Estados”.⁷ En palabras de un estudioso del tema de las comunicaciones:

No cabe duda de que dar a los medios de comunicación este tipo de libertad suscita inevitablemente bastante incomodidad en algunos segmentos de la sociedad, y en algunos casos puede crear ciertas dificultades o inclusive situaciones peligrosas. Pero en realidad no existe diferencia con respecto a los riesgos que aceptamos al hacer de la democracia la forma de gobierno de nuestra elección. En una sociedad

⁴ Aznar, *op. cit.*, p. 40.

⁵ A. David Gordon y otros, *Controversies in Media Ethics (“Controversias en Ética periodística”)*, Longman Publishers, EE.UU., 1996, p. 6 (comentario de John C. Merrill).

⁶ *Ibidem*.

⁷ Compárese con el Principio 9 de la Declaración de Chapultepec, que establece, “La credibilidad de la prensa está ligada al compromiso con la verdad, a la búsqueda de precisión, imparcialidad y equidad, y a la clara diferenciación entre los mensajes periodísticos y los comerciales. El logro de estos fines y la observancia de los valores éticos y profesionales no deben ser impuestos. Son responsabilidad exclusiva de periodistas y medios. En una sociedad libre la opinión pública premia o castiga”.

democrática se da al pueblo la potestad última de decidir y luego mantener ese poder aunque una amplia minoría de la población crea que las decisiones son equivocadas. El antídoto de decisiones políticas erróneas o inclusive peligrosas consiste en librar las batallas políticas y convencer a un número suficiente de personas para que adopten la decisión correcta la próxima vez, y no en imponer restricciones al diálogo político o al proceso político para impedir la adopción de decisiones desacertadas.

El enfoque no debe ser diferente en lo que respecta a la libertad de expresión en una sociedad democrática. El antídoto de las expresiones equivocadas, peligrosas u ofensivas debe consistir en que quienes no estén de acuerdo con las manifestaciones originales hablen más, en lugar de restringir las posibilidades originales de que se expresen. La clave, a este respecto, es que debemos estar dispuestos a brindar protección inclusive a las expresiones que nos ofendan, aun gravemente.⁸

5. El hecho de que los gobiernos no regulen la responsabilidad de los medios de comunicación o la ética de su proceder no implica que no haya manera de lograr un comportamiento más ético en los medios.⁹ Los periodistas y los propietarios de los medios de comunicación tienen presente la necesidad de mantener su credibilidad con el público para perdurar y frecuentemente adoptan distintos tipos de medidas para promover un comportamiento más ético por parte de los profesionales de los medios de comunicación. Cuanto más educados lleguen a ser esos profesionales y mejor conozca el público el papel esencial que cumplen los medios de comunicación en la sociedad, tanto más probable será que esas medidas se apliquen. La finalidad de esta sección consiste en presentar algunos de los mecanismos que el público en general y los medios de comunicación mismos pueden aplicar para promover un mayor profesio-

⁸ Gordon y otros, *op. cit.*, p. 32 (comentario de A. David Gordon).

⁹ Aznar, *op. cit.*, p. 41.

nalismo y responsabilidad. Primero, sin embargo, es necesario describir brevemente el alcance de las medidas gubernamentales legítimas en el marco de la Convención Americana sobre Derechos Humanos con respecto a la responsabilidad de los medios de comunicación, para indicar los límites entre el campo del derecho y el de la ética.

B. Regulación gubernamental del contenido del material periodístico compatible con la Convención Americana sobre Derechos Humanos

6. En el marco de la Convención Americana, los Estados disponen de medios para castigar actos de los medios de comunicación que causen grave perjuicio a la sociedad o a miembros de la misma. El artículo 13.2 de la Convención, si bien prohíbe expresamente la censura previa,¹⁰ permite la aplicación de sanciones ulteriores, en circunstancias limitadas, a las personas que lesionen “a los derechos o a la reputación de los demás” o “la seguridad nacional, el orden público o la salud o la moral públicas”. Esas sanciones “deben estar expresamente fijadas por la ley y ser necesarias para asegurar” alguno de esos fines. Con respecto al requisito de la “necesidad”, la Corte Interamericana de Derechos Humanos ha interpretado este concepto en el sentido de que la sanción prevista debe ser algo más que simplemente “útil”, “razonable” u “oportuna”.¹¹ El Estado debe más bien demostrar que esa sanción es la menos restrictiva de los posibles mecanismos tendientes a lograr el imperioso interés del Gobierno.¹² “[L]as restricciones deben justificarse según objetivos

¹⁰ El artículo 13.4 prevé una excepción a esta regla general, al establecer que “Los espectáculos públicos pueden ser sometidos por la ley a censura previa con el exclusivo objeto de regular el acceso a ellos para la protección moral de la infancia y la adolescencia...”.

¹¹ Corte IDH, OC-5/85, [...]

¹² *Ibidem*.

colectivos que, por su importancia, preponderen claramente sobre la necesidad social del pleno goce del derecho que el artículo 13 garantiza”.¹³ Además, la restricción debe ser tal que no limite “más de lo estrictamente necesario el derecho proclamado en el artículo 13 [...] [L]a restricción debe ser proporcionada al interés que la justifica y ajustarse estrechamente al logro de ese legítimo objetivo”.¹⁴ Éste es un estándar sumamente estricto, con lo cual cualquier restricción a la libertad de expresión debe ser cuidadosamente examinada para evitar la aplicación de medidas que vulneren indebidamente este fundamental derecho.

7. Por otra parte, el artículo 13.5 establece: “Estará prohibida por la ley toda propaganda en favor de la guerra y toda apología del odio nacional, racial o religioso que constituyan incitaciones a la violencia o cualquier otra acción ilegal similar contra cualquier persona o grupo de personas, por ningún motivo, inclusive los de raza, color, religión, idioma u origen nacional”. Finalmente, el artículo 14 de la Convención prevé un derecho de respuesta de aplicación obligatoria para “[t]oda persona afectada por informaciones inexactas o agraviantes emitidas en su perjuicio a través de medios de comunicación legalmente reglamentados y que se dirijan al público en general[.]” La parte lesionada tiene derecho de responder o efectuar una rectificación a través del mismo medio de comunicación.

8. Dentro de este marco, el Estado puede castigar violaciones realmente graves cometidas por los medios de comunicación a través de sanciones proporcionables que no representen excesivas restricciones a la libertad de expresión. También puede adoptar medidas positivas en algunos casos, a los efectos de una más adecuada responsabilidad de los medios.

¹³ *Ibidem.*

¹⁴ *Ibidem.*

1. Protección de los derechos y la reputación de las personas

9. Con respecto a la protección de los derechos y la reputación de las personas frente a una interferencia indebida de los medios de comunicación, el Estado tiene varios mecanismos a su alcance. Primero, la Comisión Interamericana de Derechos Humanos ha establecido el principio de que se pueden aplicar sanciones civiles por difamación, calumnias e injurias contra integrantes de los medios de comunicación que propalen información perjudicial para la reputación o el derecho a la privacidad de las personas. En caso de que la persona ofendida sea un “funcionario público, o persona pública o particular que se haya involucrado voluntariamente en asuntos de interés público”,¹⁵ debe usarse el criterio de la “real malicia” para determinar la responsabilidad. Esto significa que: “debe probarse que en la comunicación de las noticias el comunicador tuvo intención de infligir daño o pleno conocimiento de que se estaban difundiendo noticias falsas o se condujo con manifiesta negligencia en la búsqueda de la verdad o falsedad de las mismas”.¹⁶ En ningún caso pueden imponerse sanciones penales por tales transgresiones cuando estén vinculadas con personas públicas. Esas personas están sujetas a un nivel de vigilancia más severo por parte de la sociedad porque se ocupan de cuestiones de interés público. Las sanciones penales son demasiado severas en relación con el daño que se procura prevenir a través de las mismas, y las personas públicas disponen de otros mecanismos para proteger su reputación. Por lo tanto, esas sanciones no cumplen el requisito de la “proporcionalidad” previsto en el artículo 13.2.¹⁷

¹⁵ Declaración de Principios sobre Libertad de Expresión, Principio 10.

¹⁶ *Ibidem*.

¹⁷ Véase CIDH, “Informe sobre la compatibilidad entre las leyes de desacato y la Convención Americana sobre Derechos Humanos”, en *Informe Anual de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos 1994*, OAS/Ser. L./V/II.88, Doc. 9 rev., 17 de febrero de 1995, pp. 207 a 223.

10. También pueden recibir protección los derechos y la reputación de las personas a través del derecho de respuesta o rectificación preceptuado por el artículo 14 de la Convención Americana, que puede hacerse respetar coercitivamente conforme a la ley. Además, el Estado tiene potestad de intervenir e imponer sanciones legales conforme al artículo 13.5 cuando otros derechos de personas, incluido su derecho a la integridad física y a la vida, se ven amenazados por expresiones que inciten a la violencia. Finalmente, el Estado tiene derecho de hacer cumplir leyes de aplicación general, como las que sancionan la penetración ilegítima en inmuebles ajenos, contra los medios de comunicación, sin perjuicio de respetar su actividad de recopilación de noticias. “Quienes recopilan información no tienen derecho de invadir la privacidad de las personas ni de obligar a una persona [...] No tienen derecho de tomar por asalto un hogar o una empresa privada con una falange de equipos sonoros y cámaras, ni de invadir el predio de un vecino”.¹⁸ Por otra parte, el Estado no debe aplicar esas leyes a los medios de comunicación en forma abusiva y destinada exclusivamente a impedir un acceso indebido a información que sea de interés público.

2. Protección de la seguridad nacional, el orden público y la salubridad o la moral públicas

11. También en este caso, conforme al artículo 13.2, el Estado puede imponer sanciones ulteriores por expresiones ilícitas, para proteger la seguridad nacional, el orden público y la salubridad o la moral públicas, en la medida en que esas sanciones estén “expresamente fijadas por la ley y [sean] necesarias para asegurar” alguno de esos derechos.¹⁹ Como ya se señaló, toda restricción a la libertad de expresión debe ser de interpretación restrictiva y estrictamente

¹⁸ Gordon y otros, *op. cit.*, p. 38 (comentario de Carol Reuss).

¹⁹ Convención Americana sobre Derechos Humanos, artículo 13.2.

proporcional a la importancia del interés legítimo del Estado que se trata de proteger. En virtud de esta norma, la Corte Interamericana de Derechos Humanos concluyó que la obligación legal de que los periodistas se afilien a una asociación profesional implica una restricción ilegítima de la libertad de expresión, porque impide a quienes no sean miembros de la asociación ejercer su derecho a la libertad de expresión.²⁰ La Corte concluyó que la ley sobre afiliación obligatoria a una asociación profesional está efectivamente destinada a satisfacer un interés público legítimo. La organización de periodistas puede concebirse como un mecanismo tendiente a garantizar la independencia y libertad de los periodistas, así como “un medio de regulación y de control de la fe pública y de la ética a través de la actuación de los colegas”.²¹ Esto podría responder al propósito legítimo del “orden público”. No obstante, sostuvo la Corte, “el mismo concepto de orden público reclama que, dentro de una sociedad democrática, se garanticen las mayores posibilidades de circulación de noticias, ideas y opiniones, así como el más amplio acceso a la información por parte de la sociedad en su conjunto”.²² En consecuencia, la Corte concluyó que la sindicalización obligatoria de los periodistas no constituye un mecanismo aceptable para garantizar el orden público a través de la regulación de la conducta de los periodistas.

12. Además de las sanciones que puede imponer el Estado conforme al artículo 13.2, éste puede proteger la moral de los niños y adolescentes regulando su acceso a los espectáculos públicos que puedan ser inadecuados para ellos.²³ Esta excepción no permite la prohibición completa de una obra, sino que el Estado debe permitir su exhibición a personas de más de 18 años de edad.²⁴

²⁰ Véase, en general, Corte IDH, OC-5/85, *supra*, nota 1.

²¹ *Ibidem*, párrafo 68.

²² *Ibidem*, párrafo 69.

²³ Convención Americana sobre Derechos Humanos, artículo 13.4.

²⁴ Corte IDH, caso “La Última tentación de Cristo” (Olmedo Bustos y otros vs. Chile), sentencia del 5 de febrero de 2001, Serie C, No. 73.

3. Exactitud de la información

13. Promover la exactitud de las noticias en general es una finalidad que puede lograrse más eficazmente a través de medidas gubernamentales positivas que a través de la imposición de sanciones en caso de informaciones percibidas como “inexactas” o “carentes de veracidad”. Como ha señalado en varias ocasiones la Relatoría, no debe suponerse que invariablemente exista una verdad indisputable. Además, aun asumiendo que sea posible determinar la verdad de todas las cosas, el debate y el intercambio de ideas son, evidentemente, el método óptimo para descubrir esa verdad y reforzar sistemas democráticos basados en la pluralidad de ideas, opiniones e información. La imposición previa de la obligación de dar a conocer sólo la verdad elimina expresamente la posibilidad de realizar el debate necesario para llegar a ella. La perspectiva de sufrir sanciones por informar sobre un tema que un debate libre demuestre posteriormente que era incorrecto crea la posibilidad de que los informadores se impongan la autocensura para evitar sanciones, con el consiguiente peligro para los ciudadanos, que se verían privados de los beneficios del intercambio de ideas. Por esta razón, la Declaración de Principios sobre Libertad de Expresión establece en su Principio 7: “Condicionamientos previos, tales como veracidad, oportunidad o imparcialidad por parte de los Estados son incompatibles con el derecho a la libertad de expresión reconocido en los instrumentos internacionales”.

14. En lugar de imponer sanciones por no difundir información veraz o exacta, los Estados pueden promover una mayor veracidad de los medios de comunicación adoptando medidas positivas para garantizar la pluralidad de voces, provenientes de diferentes sectores de la sociedad. La democracia requiere la confrontación de ideas, el debate y el diálogo. Cuando este debate no existe o se debilita debido al hecho de que las fuentes de información son escasas, se produce una contravención directa del pilar principal del funcionamiento de la democracia. Una mayor diversidad de fuentes suscita inevitablemente la versión más exacta de los hechos. Esto puede

lograrse a través de diversos mecanismos, como la prevención de monopolios u oligopolios y el uso de criterios democráticos para la concesión de frecuencias de radiodifusión. Teniendo en cuenta esos fines, el Principio 12 de la Declaración de Principios sobre Libertad de Expresión establece:

Los monopolios y oligopolios en la propiedad y control de los medios de comunicación deben estar sujetos a leyes antimonopólicas por cuanto conspiran contra la democracia al restringir la pluralidad y diversidad que asegura el pleno ejercicio del derecho a la información de los ciudadanos. En ningún caso esas leyes deben ser exclusivas para los medios de comunicación. Las asignaciones de radio y televisión deben considerar criterios democráticos que garanticen una igualdad de oportunidades para todos los individuos en el acceso a los mismos.

15. Los monopolios u oligopolios en los medios de comunicación de masas representan un grave obstáculo al derecho de todas las personas a expresarse y recibir información, lo que afecta gravemente el requisito del pluralismo. Cuando las fuentes de información se reducen drásticamente en cantidad, como sucede con los oligopolios, o cuando sólo existe una fuente, como pasa con los monopolios, aumenta la posibilidad de que se elimine el beneficio de que la información difundida sea impugnada por otra fuente, con lo cual, en la práctica, se limita el derecho de información de toda la sociedad.

16. En gran medida por las mismas razones, si hay múltiples medios de comunicación, pero sus propietarios y trabajadores son fuertemente representativos de determinado grupo social, político, religioso, cultural o de otro género, la diversidad de puntos de vista es limitada. Se requieren criterios democráticos para la adjudicación de frecuencias de radiocomunicación y televisión, a fin de garantizar la diversidad de puntos de vista.

17. El Estado puede también promover una mayor exactitud de la información de los medios procurando que los periodistas tengan acceso a la mayor información posible. Los periodistas, y todos los

miembros de la sociedad, tienen derecho a obtener acceso a la información que esté en manos del Estado. El Principio 4 de la Declaración de Principios sobre Libertad de Expresión establece:

El acceso a la información en poder del Estado es un derecho fundamental de los individuos. Los Estados están obligados 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.

18. En cuanto al objetivo específico de este derecho, se entiende que las personas tienen derecho a solicitar documentación e información que se encuentre en archivos públicos o que sea procesada por el Estado; en otras palabras, información que se considere proveniente de una fuente pública o de documentación gubernamental oficial. Dar a conocer esa información es una parte fundamental del papel de los medios de comunicación de mantener informada a la sociedad sobre cuestiones de interés público. Si se niega a los periodistas esa información, ellos pueden tener que obtenerla de otras fuentes, a menudo menos fidedignas.

C. Mecanismos tendientes a promover un comportamiento ético de los medios de comunicación sin participación pública

19. Al margen de la regulación gubernamental, existen muchos mecanismos a través de los cuales puede lograrse que los medios de comunicación sean más responsables ante el público y hacia quienes son objeto de información en las noticias, y asimismo más exactos y creíbles. En la siguiente sección se describen mecanismos que pueden utilizar los periodistas, los editores y los directores de informativos, los propietarios de los medios de comunicación y los ciudadanos. Aunque todos estos mecanismos son puramente voluntarios, muchos están siendo utilizados en todas partes de las Américas. La

Relatoría no recomienda la adopción de ningún mecanismo en especial. Esta sección procura presentar un panorama general de las muchas posibilidades que permitirían promover un comportamiento ético en los medios de comunicación que no cuente con la regulación del Estado.

1. Códigos de Ética

20. Los Códigos de Ética establecen normas de conducta profesional destinadas a los profesionales de los medios de comunicación en relación con la recopilación o comunicación de noticias. Estos códigos han sido desarrollados por un alto número de asociaciones de periodistas y de medios de comunicación tanto a nivel interno como internacional. Los mismos han sido creados con el fin de convertirse en pautas voluntarias de conducta, que pueden ser adoptados por un medio de comunicación en particular o periodistas en general. Muchos medios de comunicación escriben sus propios códigos de conducta o ética, los cuales suelen hacerse cumplir a través de contratos de empleo. En algunos medios de comunicación, los manuales de estilo u otro tipo de reglamentaciones son en realidad códigos de ética que pueden someter a un periodista a sanciones de trabajo.²⁵ Algunos medios de comunicación publican sus códigos para hacerlos más accesibles al público e incrementar la “presión moral” en procura de su observancia.²⁶

21. La mayoría de los códigos contienen disposiciones esencialmente similares, entre ellas la prohibición de mentir o distorsionar noticias y causar perjuicios innecesarios a cualquier persona al difundir o recopilar información. También comprenden derechos afirmativos, como ser competente; ser independiente de “fuerzas políticas, económicas e intelectuales”; informar clara, precisa y equitativamen-

²⁵ Bertrand, *op. cit.*, p. 43.

²⁶ *Ibidem*, p. 113.

te; servir a todos los sectores étnicos, políticos, sociales y de otro género que constituyen la sociedad; y “defender y promover los derechos humanos y la democracia”.²⁷

22. Si bien es recomendable que los medios de comunicación cuenten con sus propios códigos de manera de garantizar que el trabajo de los periodistas responda a pautas o conductas éticas establecidas, cabe destacar que los mismos nunca deben ser impuestos por los Estados ni por la ley. Los medios de comunicación tienen el derecho a elegir si adoptan o no un código.

2. Capacitación

23. Muchas universidades ofrecen cursos de ética para estudiantes de periodismo. Los estudios universitarios de periodismo son cada vez más frecuentes, y un creciente número de departamentos universitarios de periodismo exigen por lo menos un curso sobre ética. A mitad de carrera, los periodistas reciben educación sobre ética a través de sindicatos, ligas y de las empresas periodísticas a las que pertenecen. Algunos empleadores y organizaciones otorgan donaciones o becas para que periodistas experimentados asistan a cursos de ética, o para la obtención de grados universitarios en periodismo, que requerirían el estudio de responsabilidad periodística y ética.²⁸ Se organizan talleres y seminarios sobre ética, para periodistas, dentro de empresas periodísticas individuales, o a cargo de instituciones externas, como universidades, asociaciones de medios de comunicación u organizaciones no gubernamentales.²⁹ En general, en esos programas se utilizan estudios de casos o actividades de cumplimiento de roles, en que los periodistas deben evaluar dilemas éticos en situaciones cotidianas.³⁰

²⁷ *Ibíd*em p, 45.

²⁸ *Ibíd*em, p. 121.

²⁹ *Ibíd*em.

³⁰ *Ibíd*em, p. 122.

3. Consejos de prensa

24. Los consejos de prensa son asociaciones formadas por miembros de los medios de comunicación y el público. Habitualmente consideran quejas de los ciudadanos sobre los medios de comunicación en un procedimiento similar al judicial. Esos consejos carecen de reales facultades de aplicación coercitiva de sus decisiones, pero se basan en el desprestigio público que acarrea la crítica del tribunal para lograr el cumplimiento de normas de conducta ética. Son de carácter local y nacional.³¹ Los Estados deben abstenerse de crear o participar en tales consejos.³²

4. Crítica de los medios de comunicación

25. Los medios de comunicación, las organizaciones que los agrupan, y el público, utilizan diversos mecanismos para evaluar el desempeño de los medios de comunicación, esperando que con ello mejore su futuro desempeño. Esos múltiples mecanismos pueden categorizarse como instrumentos “de crítica de los medios de comunicación”.

26. Los diferentes medios suelen realizar una autocrítica destinada a intensificar el profesionalismo en su organización. Uno de tales mecanismos utilizados por las empresas periodísticas consiste en el nombramiento de un *ombudsman*. Se trata generalmente de un periodista experimentado y respetado que “recibe quejas de los lectores y televidentes; en algunos casos resuelve controversias y en otros redacta una columna de reflexiones para la página editorial del periódico”.³³ A veces se describe a esa persona como un “abogado de los lectores”.³⁴ Otro mecanismo interno que utilizan muchos

³¹ Dennis, *supra*, p. 700.

³² Véase, en general, Corte IDH, OC-5/85, *supra*.

³³ Dennis, *supra*, p. 700.

³⁴ Bertrand, *op. cit.*, p. 117.

medios de comunicación impresos consiste en un casillero de correcciones que se coloca en lugar visible en cada edición.³⁵ Además algunos medios publican información sobre el sector al que colectivamente pertenecen a través de la creación de una “página sobre medios de comunicación” o un programa sobre los mismos.³⁶

27. En muchos casos los medios de comunicación hacen participar directamente al público en el proceso de crítica a los medios. Algunos utilizan encuestas públicas para establecer si están sirviendo o no el interés público. Algunas de ellas están dirigidas a las personas mencionadas en el medio de comunicación, para establecer en qué medida fueron tratadas con justicia en el medio y si creen que la crónica ha sido veraz. Otras se realizan mediante formularios impresos que pueden llenar todos los usuarios del medio, y a través de ellas se procura evaluar las impresiones generales de dichos usuarios acerca de si éstos han presentado información exacta y exenta de prejuicios.³⁷

28. En muchos casos se da al público la posibilidad de realizar comentarios directos sobre el desempeño de los medios de comunicación a través de una página de “cartas al director”, en el caso de los medios de comunicación impresa, o a través de la asignación de un espacio en que se leen las cartas de los oyentes o telespectadores, difundiéndolas públicamente, en el caso de los medios de radio y televisión. En muchos casos esas cartas se publican en línea en los sitios de entidades periodísticas en la Internet. Muchas empresas periodísticas publican también direcciones de correo electrónico del personal, para que el público pueda ponerse en contacto directo con los periodistas.³⁸ Muchos medios de comunicación organizan “noches de reuniones de lectores” o “reuniones locales” con periodistas y residentes locales, para que el público pueda expresar sus preocupaciones y analizar sus expectativas con respecto a los me-

³⁵ *Ibidem*, p. 112.

³⁶ Dennis, *supra*, p. 701.

³⁷ *Ibidem*, p. 113.

³⁸ Bertrand, *op. cit.*, p. 113.

dios de difusión.³⁹ “Algunas empresas [...] o grupos ideológicos [...] contratan páginas en periódicos para denunciar lo que consideran como ‘pecados’ de los medios de difusión”.⁴⁰

29. También existen mecanismos para criticar a los medios de comunicación que se agregan a los referentes a los medios de comunicación individuales. Las publicaciones sobre periodismo y las revistas sobre medios de comunicación son publicaciones dedicadas exclusivamente al análisis y a la crítica de los medios.⁴¹ El objetivo de esas publicaciones, sean éstas de alcance local o nacional, consiste en denunciar las “distorsiones y omisiones” de los medios de comunicación y publicar “noticias que hayan sido ignoradas por los medios de comunicación ordinarios”.⁴² A mediados de la década de los noventa surgieron los análisis periodísticos en línea.⁴³ Las críticas se realizan también a través de la publicación de informes críticos o libros escritos por comités de expertos u organismos gubernamentales, profesionales de los medios de difusión, académicos u organizaciones no gubernamentales (ONG).⁴⁴ Además se han creado numerosas ONG para que observen y critiquen a los medios de comunicación y publiquen sus omisiones en forma más permanente.⁴⁵ También se formulan críticas a los medios de comunicación en las manifestaciones de cultura popular referentes a los medios, tales como programas de televisión y películas cinematográficas.⁴⁶

30. Finalmente, el público puede en algunos casos tratar de influir colectivamente sobre los medios de comunicación “con reuniones de sensibilización, campañas de redacción de cartas, encuestas de opinión, evaluaciones sistemáticas, llamamientos a los legislado-

³⁹ *Ibídem*, p.122.

⁴⁰ *Ibídem*, p. 113.

⁴¹ Dennis, *op. cit.*, p. 702.

⁴² Bertrand, *op. cit.*, p. 114.

⁴³ *Ibídem*.

⁴⁴ *Ibídem*, p. 115.

⁴⁵ *Ibídem*, pp. 119 y 123.

⁴⁶ Dennis, *supra*, p. 703.

res, quejas destinadas a los organismos reguladores, demandas judiciales e inclusive boicots".⁴⁷

D. Conclusión

31. En la sección que antecede se describen muchos de los principales mecanismos a través de los cuales los medios de comunicación de las Américas pueden elevar –lo que en muchos casos están haciendo– el nivel de profesionalismo y responsabilidad ética. Algunos de los mayores obstáculos a la creación de más medios de comunicación que actúen en forma ética es el desconocimiento, por parte del público, de los mecanismos que pueden suscitar cambios en los medios de comunicación; falta de educación en los medios sobre temas éticos; desconocimiento sobre las posibilidades que existen para promover un comportamiento más ético; y costo de aplicación de los diferentes mecanismos tendientes a hacer efectiva la responsabilidad de los medios.⁴⁸ Si bien el papel del Estado en este proceso debe ser limitado por las razones ya expresadas, el mismo puede promover, a través de educación, la utilización voluntaria de diversos mecanismos que promuevan la responsabilidad en los medios de comunicación. El Estado debe abstenerse de imponerles restricciones a los efectos de que actúen en forma ética. Los medios de comunicación se harán más responsables si se les da libertad para elegir la manera de informar y el contenido de la información, así como la educación necesaria para adoptar decisiones éticas.

[...]

⁴⁷ Bertrand, *op. cit.*, p. 119.

⁴⁸ *Ibidem*, pp. 142, 145.

Estados de excepción*

Comité de Derechos Humanos
Observación General No. 29
sobre la suspensión de disposiciones del Pacto
durante un estado de excepción
adoptada el 24 de julio de 2001

1. El artículo 4 del Pacto reviste la mayor importancia para el sistema de protección de los derechos humanos reconocidos en el Pacto. Por una parte, autoriza a los Estados Partes a suspender unilateralmente y temporalmente algunas de las obligaciones que les incumben en virtud del Pacto. Por otra, somete la adopción de esa medida de suspensión, así como sus consecuencias materiales, a un régimen específico de salvaguardias. El restablecimiento de un estado de normalidad, en que se pueda asegurar de nuevo el pleno respeto del Pacto, debe ser el objetivo primordial del Estado Parte que suspende la aplicación del Pacto. En la presente Observación general, que reemplaza a su Observación general N° 5 aprobada en el 13° período de sesiones, en 1981, el Comité se propone ayudar a los Estados Partes a cumplir los requisitos enunciados en el artículo 4.

2. Las medidas que suspenden la aplicación de alguna disposición del Pacto deben ser de carácter excepcional y temporal. Antes de que un Estado adopte la decisión de invocar el artículo 4 es necesario que se reúnan dos condiciones fundamentales: que la situación sea de un carácter excepcional que ponga en peligro la vida de la nación y que el Estado Parte haya proclamado oficialmente el estado de excepción. Este último requisito es esencial para el mante-

* En las notas de pie de página no se conservó la numeración original.

nimiento de los principios de legalidad e imperio de la ley cuando son más necesarios. Al proclamar un estado de excepción cuyas consecuencias pueden entrañar la suspensión de cualquier disposición del Pacto, los Estados deben actuar dentro del marco constitucional y demás disposiciones de ley que rigen esa proclamación y el ejercicio de las facultades de excepción; incumbe al Comité vigilar que las leyes pertinentes faciliten y garanticen el cumplimiento del artículo 4. Para que el Comité pueda cumplir esta tarea, los Estados Partes en el Pacto deben proporcionar en sus informes presentados con arreglo al artículo 40 información suficiente y exacta sobre su legislación y práctica en materia de facultades de excepción.

3. No todo disturbio o catástrofe constituye una situación excepcional que ponga en peligro la vida de la nación, como se exige en el párrafo 1 del artículo 4. 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. Cuando los Estados Partes consideren la posibilidad de invocar el artículo 4 en situaciones distintas de un conflicto armado, deberán ponderar cuidadosamente el motivo por el cual esa medida es necesaria y legítima en las circunstancias del caso. En varias ocasiones, el Comité ha expresado su preocupación en relación con algunos Estados Partes que parecen haber suspendido la vigencia de los derechos protegidos por el Pacto, o cuyo derecho interno parece permitir esa suspensión en situaciones no contempladas en el artículo 4.¹

¹ Véanse las siguientes observaciones finales: República Unida de Tanzania (1992), CCPR/C/79/Add.12, párr. 7; República Dominicana (1993), CCPR/C/79/Add.18, párr. 4; Reino Unido de Gran Bretaña e Irlanda del Norte (1995), CCPR/C/79/Add.55, párr. 23; Perú (1996), CCPR/C/79/Add.67, párr. 11; Bolivia (1997), CCPR/C/79/Add.74, párr. 14; Colombia (1997), CCPR/C/79/

4. Un requisito fundamental de cualesquiera disposiciones que suspendan la aplicación del Pacto, conforme a lo establecido en el párrafo 1 del artículo 4, es que esas disposiciones se adopten en la medida estrictamente limitada a las exigencias de la situación. 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.² 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 también 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. Al examinar los informes de los Estados Partes, el Comité ha expresado su preocupación por el hecho de que no se presta suficiente atención al principio de proporcionalidad.³

5. La cuestión de cuándo pueden suspenderse los derechos, y en qué medida, no puede separarse del texto del párrafo 1 del artículo 4 del Pacto, según el cual las disposiciones que suspendan obligaciones contraídas por los Estados Partes en virtud del Pacto deben

Add.76, párr. 25; Líbano (1997), CCPR/C/79/Add.78, párr. 10; Uruguay (1998), CCPR/C/79/Add.90, párr. 8; Israel (1998), CCPR/C/79/Add.93, párr. 11.

² Véanse, por ejemplo, los artículos 12 y 19 del Pacto.

³ Véanse, por ejemplo, las observaciones finales sobre Israel (1998), CCPR/C/79/Add.93, párr. 11.

adoptarse únicamente “en la medida estrictamente limitada a las exigencias de la situación”. Esta condición significa que los Estados Partes deben justificar escrupulosamente no sólo su decisión de proclamar el estado de excepción sino también las medidas concretas que adopten sobre la base de esa declaración. Si los Estados se proponen invocar el derecho a suspender obligaciones contraídas en virtud del Pacto durante, por ejemplo, una catástrofe natural, una manifestación en gran escala con incidentes de violencia, o un accidente industrial de grandes proporciones, deben poder justificar no solamente que la situación constituye un peligro para la vida de la nación, sino también que todas las medidas que suspenden la aplicación de disposiciones del Pacto son estrictamente necesarias según las exigencias de la situación. En opinión del Comité, la posibilidad de limitar algunos de los derechos enunciados en el Pacto, por ejemplo, en relación con la libertad de circulación (art. 12) o la libertad de reunión (art. 21) generalmente basta en esas situaciones, y las exigencias de la situación no justificarían ninguna suspensión de los artículos de que se trata.

6. El hecho de que algunas de las disposiciones del Pacto se hayan enumerado en el párrafo 2 del artículo 4 como disposiciones que no pueden ser objeto de suspensión no significa que otros artículos del Pacto puedan ser suspendidos discrecionalmente, aun cuando exista una amenaza a la vida de la nación. La obligación en derecho de restringir todas las medidas de suspensión a las estrictamente limitadas a las exigencias de la situación impone tanto a los Estados Partes como al Comité el deber de proceder a un análisis minucioso en relación con cada artículo del Pacto, sobre la base de una evaluación objetiva de la situación de hecho.

7. El párrafo 2 del artículo 4 del Pacto establece expresamente que no pueden ser suspendidos en ningún caso los artículos siguientes: artículo 6 (derecho a la vida), artículo 7 (prohibición de las torturas y las penas o tratos crueles, inhumanos o degradantes, o de los experimentos médicos o científicos de no mediar libre consentimiento), párrafos 1 y 2 del artículo 8 (prohibición de la esclavitud, la trata de esclavos y la servidumbre), artículo 11 (prohibición de ser

encarcelado por el solo hecho de no poder cumplir una obligación contractual), artículo 15 (principio de legalidad en materia penal, esto es, el requisito de que la responsabilidad penal y la pena vengán determinadas exclusivamente por disposiciones claras y concretas de la ley en vigor y aplicables en el momento de cometerse el acto o la omisión, salvo que por ley posterior se imponga una pena más leve), artículo 16 (reconocimiento de la personalidad jurídica de todo ser humano) y artículo 18 (libertad de pensamiento, de conciencia y de religión). Los derechos reconocidos en estos artículos no pueden ser suspendidos, por el hecho mismo de que están enumerados en el párrafo 2 del artículo 4. Lo mismo se aplica, en relación con los Estados que son Partes en el Segundo Protocolo Facultativo del Pacto, destinado a abolir la pena de muerte, según lo prescrito en el artículo 6 de ese Protocolo. Teóricamente, calificar cualquier disposición del Pacto de disposición que no puede ser suspendida no significa que en caso alguno se justifiquen limitaciones o restricciones. La referencia hecha en el párrafo 2 del artículo 4 al artículo 18, que contiene en su párrafo 3 una cláusula específica sobre limitaciones, demuestra que la permisibilidad de las restricciones es independiente de la cuestión de la suspensión. Aun en las situaciones excepcionales más graves, los Estados que ponen trabas a la libertad de profesar la propia religión o expresar las propias creencias deben justificar sus medidas por remisión a los requisitos enumerados en el párrafo 3 del artículo 18. En varias ocasiones, el Comité ha expresado su preocupación porque algunos derechos que no pueden ser suspendidos conforme al párrafo 2 del artículo 4 están siendo suspendidos o están expuestos a suspensión en razón de una falta de adecuación del ordenamiento jurídico de un determinado Estado Parte.⁴

⁴ Véanse las siguientes observaciones finales: República Dominicana (1993), CCPR/C/79/Add.18, párr. 4; Jordania (1994), CCPR/C/79/Add.35, párr. 6; Nepal (1994), CCPR/C/79/Add.42, párr. 9; Federación de Rusia (1995), CCPR/C/79/Add.54, párr. 27; Zambia (1996), CCPR/C/79/Add.62, párr. 11; Gabón (1996), CCPR/C/79/Add.71, párr. 10; Colombia (1997), CCPR/C/79/Add.76,

8. Según el párrafo 1 del artículo 4, una de las condiciones para la justificación de cualquier suspensión de las disposiciones del Pacto es 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 derecho 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.

9. Por otra parte, el párrafo 1 del artículo 4 establece que ninguna disposición que suspenda obligaciones contraídas en virtud del Pacto puede ser incompatible con las demás obligaciones que impone a los Estados Partes el derecho internacional, especialmente las normas del derecho internacional humanitario. El artículo 4 del Pacto no puede interpretarse como justificación para suspender la aplicación de disposiciones del Pacto si tal suspensión entrañase la infracción de otras obligaciones internacionales del Estado, contraídas ya sea en virtud de un tratado o del derecho internacional general. Esto también se refleja en el párrafo 2 del artículo 5 del Pacto, con arreglo al cual no podrá admitirse restricción o menoscabo de ninguno de los derechos humanos fundamentales reconocidos en otros instrumentos so pretexto de que el Pacto no los reconoce o los reconoce en menor grado.

párr. 25; Israel (1998), CCPR/C/79/Add.93, párr. 11; Iraq (1997), CCPR/C/79/Add.84, párr. 9; Uruguay (1998), CCPR/C/79/Add.90, párr. 8; Armenia (1998), CCPR/C/79/Add.100, párr. 7; Mongolia (2000), CCPR/C/79/Add.120, párr. 14; Kirguistán (2000), CCPR/CO/69/KGZ, párr. 12.

10. Si bien no es función del Comité de Derechos Humanos examinar el comportamiento de un Estado Parte en el marco de otros tratados, en el ejercicio de sus funciones en virtud del Pacto el Comité tiene competencia para tener en cuenta otras obligaciones internacionales de un Estado Parte al examinar si el Pacto autoriza a ese Estado para suspender la aplicación de determinados artículos del Pacto. Por consiguiente, al invocar el párrafo 1 del artículo 4, o al informar sobre el marco jurídico que rige las situaciones de excepción en los informes previstos en el artículo 40, los Estados Partes deben presentar información acerca de otras obligaciones internacionales que les incumban y que guarden relación con la protección de los derechos de que se trate, en particular las obligaciones vigentes en períodos de excepción.⁵ A este respecto, los Estados Partes deben tener debidamente en cuenta la evolución del derecho internacional en cuanto a las normas de derechos humanos aplicables en situaciones de excepción.⁶

⁵ Se hace referencia a la Convención sobre los Derechos del Niño, que ha sido ratificada por casi todos los Estados Partes en el Pacto y no contiene ninguna cláusula de suspensión. Como lo señala claramente el artículo 38 de esa Convención, su texto es aplicable en situaciones de excepción.

⁶ Se hace referencia a los informes del Secretario General a la Comisión de Derechos Humanos presentados de conformidad con las resoluciones 1998/29, 1999/65 y 2000/69 de la Comisión sobre normas humanitarias mínimas (posteriormente: normas fundamentales de humanidad), E/CN.4/1999/92, E/CN.4/2000/94 y E/CN.4/2001/91, y a los esfuerzos hechos para determinar los derechos fundamentales vigentes en toda circunstancia, por ejemplo, los Principios mínimos de las normas relativas a los derechos humanos en los estados de excepción, aprobados en París (Asociación de Derecho Internacional, 1984); los Principios de Siracusa sobre la limitación o suspensión de disposiciones del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos; el informe final del Sr. Leandro Despouy, Relator Especial de la Subcomisión sobre los derechos humanos y los estados de excepción (E/CN.4/Sub.2/1997/19 y Add.1); los Principios rectores de los desplazamientos internos (E/CN.4/1998/53/Add.2); y la Declaración de Normas Humanitarias Mínimas de Turku (Åbo), de 1990 (E/CN.4/1995/116). En lo que respecta a otros trabajos en

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

curso sobre este tema, también se hace referencia a la decisión adoptada en la 26ª Conferencia Internacional de la Cruz Roja y la Media Luna Roja (1995) por la que se asigna al Comité Internacional de la Cruz Roja la tarea de preparar un informe sobre las normas consuetudinarias del derecho internacional humanitario aplicables en situaciones de conflicto armado internacional y no internacional.

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 jurisdiccionales en el Estatuto de Roma de la Corte Penal Internacional es pertinente para la interpretación del artículo 4 del Pacto.⁷

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

⁷ Véanse los artículos 6 (genocidio) y 7 (crímenes de lesa humanidad) del Estatuto de la Corte Penal Internacional que, al 1° de julio de 2001, habían sido ratificados 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 violaciones de ciertas disposiciones del Pacto que no se han mencionado en el artículo antes señalado del Pacto. 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.

- 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.
 - 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.⁸ 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

⁸ Véanse el apartado d) del párrafo 1 y el apartado d) del párrafo 2 del artículo 7 del Estatuto de Roma.

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 al 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. Así, por ejemplo, al ser imposible la suspensión de la totalidad de las disposiciones del artículo 6 del Pacto, cualquier juicio que conduzca a la imposición de la pena de muerte durante un estado de excepción debe ser conforme a las disposiciones del Pacto, incluidos 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, los principios de legalidad y del Estado de derecho exigen que los requisitos 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 una decisión del Estado Parte de suspender ciertas garantías del Pacto.⁹

17. En virtud del párrafo 3 del artículo 4, los Estados Partes se han comprometido a observar un régimen de notificación internacional cuando hagan uso de su derecho de suspensión con arreglo al artículo 4. Un Estado Parte que haga uso del derecho de suspensión deberá informar inmediatamente a los demás Estados Partes, 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. Dicha notificación es esencial no solamente para que el Comité pueda desempeñar sus funciones, especialmente la de evaluar si las medidas tomadas por el Estado Parte eran las estrictamente requeridas por las exigencias de la situación, sino también para permitir a otros Estados Partes vigilar el cumplimiento de las disposiciones del Pacto. Habida cuenta del carácter sumario de muchas de las notificaciones recibidas hasta ahora, el

⁹ 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 de 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 período de sesiones, Suplemento N° 40 (A/49/40)*, Vol. I, anexo XI, párr. 2.

Comité desea subrayar que la notificación de los Estados Partes debe incluir información detallada sobre las medidas adoptadas, una clara explicación de los motivos por los que se hayan adoptado y documentación completa sobre las disposiciones jurídicas pertinentes. Se necesitarán notificaciones adicionales si un Estado Parte posteriormente adopta medidas adicionales en virtud del artículo 4, por ejemplo prolongando la duración de un estado de excepción. El requisito de la notificación inmediata también se aplica a la terminación de la suspensión. No siempre se han respetado estas obligaciones: algunos Estados Partes no han cumplido con informar inmediatamente a los otros Estados Partes, por intermedio del Secretario General, acerca de la proclamación de un estado de excepción y de las consiguientes medidas de suspensión de una o más de las disposiciones del Pacto, o no han cumplido con informar al Secretario General acerca de modificaciones territoriales o de otra índole en el ejercicio de sus facultades excepcionales.¹⁰ En algunas ocasiones, la existencia de un estado de excepción y la cuestión de si un Estado Parte ha suspendido la aplicación de alguna de las disposiciones del Pacto sólo han llegado a conocimiento del Comité incidentalmente, durante el examen del informe de ese Estado Parte. El Comité hace hincapié en la obligación de la notificación internacional inmediata toda vez que un Estado adopte medidas que suspenden sus obligaciones a tenor del Pacto. El deber del Comité de vigilar la legislación y la práctica de los Estados Partes en lo que respecta a su observancia del artículo 4 no depende de que el Estado Parte haya presentado la notificación.

¹⁰ Véanse las siguientes observaciones finales: Perú (1992), CCPR/C/79/Add.8, párr. 10; Irlanda (1993), CCPR/C/79/Add.21, párr. 11; Egipto (1993), CCPR/C/79/Add.23, párr. 7; Camerún (1994), CCPR/C/79/Add.33, párr. 7; Federación de Rusia (1995), CCPR/C/79/Add.54, párr. 27; Zambia (1996), CCPR/C/79/Add.62, párr. 11; Líbano (1997), CCPR/C/79/Add.78, párr. 10; India (1997), CCPR/C/79/Add.81, párr. 19; México (1999), CCPR/C/79/Add. 109, párr. 12.

Corte Constitucional
Sentencia C-1024 de 2002
Magistrado ponente: Alfredo Beltrán Sierra
26 de noviembre de 2002

[...] VI. CONSIDERACIONES DE LA CORTE CONSTITUCIONAL [...]

3. Precisiones necesarias en relación con el Estado de Derecho y algunas libertades constitucionalmente garantizadas

3.1. *El estado de conmoción interior. Límites*

Como se encuentra ampliamente establecido por la doctrina y expresamente se recordó por la Corte en la sentencia C-802 de 2 de octubre del presente año, en la cual se declaró la exequibilidad del Decreto 1837 de 11 de agosto de 2002, el estado de conmoción interior no inviste al Presidente de la República de facultades omnímodas e ilimitadas para restablecer el orden público, sino que constituye una respuesta de carácter jurídico-constitucional a una situación de grave perturbación del orden público, cuando ella atenta contra la estabilidad institucional, la seguridad del Estado o la convivencia ciudadana, y no es superable con el ejercicio de las atribuciones ordinarias de policía.

En esa misma dirección, ha de insistirse por la Corte en que la declaración de la conmoción interior, es de carácter excepcional, como mecanismo jurídico previsto por la Constitución del Estado para dar una respuesta a una situación fáctica no normal, es decir, extraordinaria, que supone de suyo la existencia de factores materiales externos a la apreciación subjetiva del Presidente de la República, y verificables como supuesto fáctico que son, en lo cual se encuentra una primera limitación de orden jurídico.

Más, como quiera que la Constitución Política tiene vocación de permanencia y se ha establecido para la convivencia pacífica de los asociados, necesariamente el estado de conmoción interior no puede prolongarse indefinidamente en el tiempo, pues ello supondría que lo excepcional se vuelve ordinario y que en vez de ser transitorio adquiere carácter permanente. Por ello, se impone una limitación temporal. Ella, en primer término, deberá señalarse expresamente en el decreto que declara la conmoción interior, y podrá prorrogarse en la forma prevista en el artículo 213 de la Carta; y, en segundo término, restablecido el orden público habrá de levantarse dicha conmoción interior por el Presidente de la República y sus Ministros.

Deberá igualmente el estado de conmoción interior sujeción no sólo a la Constitución (arts. 213 y 214), sino a la Ley Estatutaria de los Estados de Excepción y a las leyes no suspendidas por incompatibilidad con dicho Estado de manera expresa, clara y fundamentada, así como a los Tratados y Convenios Internacionales sobre Derechos Humanos a los cuales se encuentre vinculado el Estado colombiano, conforme a lo previsto por el artículo 93 de la Constitución, en armonía plena en este aspecto con el artículo 214 de la Carta.

Esto último explica que en la Ley Estatutaria de los Estados de Excepción se ordene comunicar su declaratoria e informar sobre los derechos fundamentales que habrán de ser restringidos, tanto a la Organización de Estados Americanos –OEA– como a la Organización de las Naciones Unidas –ONU–, a fin de que la comunidad internacional, enterada de esa situación excepcional, pueda ejercer un seguimiento de las medidas que se adopten, en procura de evitar abuso gubernamental en el ejercicio de las facultades excepcionales de que queda investido el Ejecutivo, lo cual es consecuencia de la internacionalización de la protección a los derechos humanos.

En el marco de hacer efectivos los derechos fundamentales y no permitir su restricción abusiva, los decretos legislativos que se dicten conforme a los artículos 213 a 215 de la Constitución, se encuentran igualmente sometidos a control por las otras dos ramas del poder público. Así, el Congreso de la República realizará el control

político y la Corte Constitucional el control jurídico-constitucional, para evitar que, como en su momento lo dijo el doctor Hernando Carrizosa Pardo en la discusión de la reforma al artículo 121 de la Constitución anterior que culminó con la expedición del Acto Legislativo No. 1 de 1960, no se incurra en "...la extraña paradoja de convertir una previsión legislativa dictada para defender el régimen republicano de derecho, en el arma más eficaz contra ese mismo régimen".¹

A este respecto, conviene precisar que el estado de conmoción interior jamás puede confundirse con una "ley marcial". Ésta, como se sabe, tiene antecedente medieval inglés, e investía de facultades para suspender el imperio del derecho común, reemplazándolo por un derecho militar no legislado, subjetivo, sin otro límite que lo que consideraran los "Comisarii" medievales como necesario para el control de una plaza determinada. El estado de conmoción interior, afín al estado de sitio que rigió entre nosotros durante la Constitución anterior, arranca en cambio de la dictadura romana, evolucionó como una institución en Francia desde 1791, autoriza la limitación de ciertos derechos individuales, no es una situación de hecho sino que funciona dentro de un orden jurídico señalado previamente, como ya se ha dicho, sujeto a limitaciones y controles.

Así entendido, el estado de conmoción interior y los decretos legislativos que durante él se dicten, necesariamente deben guardar conexidad, han de enmarcarse dentro de la concepción democrática del Estado de derecho, y su propósito no puede ser distinto al de restablecer a plenitud el imperio de la juridicidad para que los habitantes de la República disfruten de todos los derechos fundamentales, entre los cuales ocuparán sitio de preferencia la vida y la libertad, lo que implica que de conformidad con el artículo 27 de la Convención Americana de Derechos Humanos, aun en estados de excep-

¹ Ponencia ante la Comisión Primera del Senado, Reforma del artículo 121 de la Constitución, *El Estado de Sitio*, Tomo I, Compilación y Comentarios Héctor Charry Samper, Imprenta Nacional, Bogotá, 1962.

ción existen derechos intangibles, conforme a lo establecido, además, por el artículo 4 de la Ley Estatutaria de los Estados de Excepción.

3.2. El Estado de Derecho y la libertad personal [...]

Nuestra Constitución actual, principalmente en sus artículos 6, 17 y 28, se ocupa de la libertad personal, al igual que lo hacía la Constitución anterior en sus artículos 20, 22 y 23. Así, tanto en la una como en la otra, los particulares pueden realizar cualquier acto que no les esté expresamente prohibido por la Constitución y la ley; en ambas se encuentra proscrita la esclavitud, como culminación de un proceso histórico que se hizo realidad con la Ley de 21 de mayo de 1851, y en la Constitución de 1991 se prohibieron también la servidumbre, así como la trata de seres humanos en todas sus formas; y, finalmente, tanto en una como en otra Constitución, se establecen garantías para la libertad personal. La Constitución de 1991 hizo explícito en el artículo 28 que “Toda persona es libre” y, además, precisó que la orden de privación de la libertad debe emitirse no simplemente por autoridad competente, como lo señalaba el artículo 23 de la Constitución anterior, sino por “autoridad judicial competente”, lo cual determina claramente, sin lugar a dudas, a quien se atribuye esa competencia.

De la comunidad universal también ha sido preocupación principal la libertad personal, especialmente luego de la segunda guerra mundial. Así por ejemplo, la Declaración Universal de los Derechos del Hombre de 10 de diciembre de 1948, de ella se ocupó en su artículo 12; el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, le consagró su artículo 9; la Convención Americana sobre Derechos Humanos, la hizo suya en el artículo 7; y en Europa, la incluyó la Convención de Salvaguardia de los Derechos del Hombre y de las Libertades Fundamentales, en su artículo 5.

Desde luego, en algunas ocasiones el interés superior de la sociedad exige la privación o restricción de la libertad personal. Pero esa

privación o restricción de la libertad, en los Estados democráticos no puede ser arbitraria. De allí que el artículo 28 de la Carta Política vigente establezca requisitos para el efecto, los que parcialmente coinciden con los que antes exigía el artículo 23 de la Constitución de 1886.

Así, la reducción a prisión o arresto o la detención, exigen i) motivo previamente definido en la ley; ii) mandamiento escrito de autoridad judicial competente; y iii) que se realice con la plenitud de las formalidades legales. Analizados estos requisitos, es claro que la privación o restricción de la libertad que materialmente se ejecuta por funcionarios de la rama ejecutiva del poder público, no queda a la discreción de ésta, sino que exige la intervención de las otras dos ramas del poder, pues el legislador define los motivos y el juez emite la orden escrita con sujeción a éstos, para que quien la practique lo haga luego con sujeción a las formalidades previamente definidas por el legislador.

Que el motivo de la privación de la libertad sea previamente definido por la ley, es realización concreta del principio de legalidad, en virtud del cual no puede haber delito sin ley que lo defina ni pena sin ley que la determine, así como tampoco medidas cautelares no autorizadas por el legislador; que la orden sea dada por escrito y por un juez, es garantía para la persona pues ello exige al funcionario el acatamiento estricto a los motivos definidos por el legislador y no autoriza a nadie distinto de los funcionarios jurisdiccionales la afectación de la libertad individual; y, que se realice luego de cumplido lo anterior la privación de la libertad con la plenitud de las formalidades legales, supone que quien la ejecuta se someta a ellas para respetar, además de la libertad, la dignidad personal.

Sobre el texto actual del artículo 28 de la Carta, en la exposición de motivos de la ponencia para primer debate en la Asamblea Constituyente de 1991, el Delegatario Diego Uribe Vargas expresó que

El principio general de que la libertad sólo puede ser suspendida por mandamiento judicial emanado de autoridad competente, le cierra las puertas a los abusos de funcionarios subalternos, que muchas veces

prevalidos de su fuero atentan contra la libertad del ser humano. Tal consagración tajante previene los riesgos de la extralimitación de funciones, y se acomoda perfectamente al principio de que sólo los jueces, con las formalidades que le son propias, pueden reducir a prisión o arresto o detener a los individuos.²

Ha de recordarse que en el texto sometido a consideración de la Comisión Primera de la Asamblea Constitucional se incluyó un segundo inciso, en el que se decía “Excepcionalmente, las autoridades administrativas que señale la ley y en los casos que ésta consagre, podrán disponer la detención preventiva de una persona con el fin de colaborar con las autoridades judiciales, o el arresto como medida de policía para prevenir o sancionar las infracciones en ella contempladas”, inciso éste que no fue aprobado por la Plenaria de la Asamblea durante el primer debate y que, finalmente, tampoco se incluyó ni en el segundo debate ni en el texto definitivo de lo que hoy es el artículo 28 de la Carta.³

3.3. *La inviolabilidad del domicilio y la libertad personal [...]*

La Constitución de 1991, siguiendo en esto de manera muy estrecha el artículo 23 de la Constitución anterior, lo que pone de relieve la pertinencia de las citas anteriores, en el mismo artículo 28 en que garantiza la libertad personal, lo hace respecto de la inviolabilidad del domicilio, del cual dice que no podrá ser registrado, “sino en virtud de mandamiento escrito de autoridad judicial competente, con las formalidades legales y por motivo previamente definido en la ley”, razón ésta por la cual lo dicho antes sobre estas formalidades es aquí también de forzosa aplicación.⁴

² *Gaceta Constitucional* No. 82, p. 11.

³ Cfr. *Gaceta Constitucional* No. 83, p. 3; No. 82, p. 14; No. 113, p. 3; No. 127, p. 3.

⁴ *Ibidem*.

Observa la Corte, además, que el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, en su artículo 17, así como protege de injerencias arbitrarias o ilegales la vida privada de las personas y su familia, también extiende esta protección a “su domicilio”, protección para la cual se tiene derecho por “la ley contra injerencias o ataques”.

Del mismo modo, la Declaración Universal de los Derechos del Hombre, en su artículo 12, establece que “nadie será objeto de injerencias arbitrarias en su vida privada, su familia”, ni en “su domicilio”, derecho para el cual podrá invocar “la protección de la ley contra tales injerencias o ataques”.

Por su parte, la Convención Americana sobre Derechos Humanos, en su artículo 22, establece como un derecho el de “residir” en el “territorio de un Estado” con sujeción a las disposiciones legales.

Así mismo, la Convención de Salvaguardia de los Derechos del Hombre y de las Libertades Fundamentales, adoptada por el Consejo de Europa, en Roma, el 4 de noviembre de 1950, en su artículo 8, de manera expresa, al lado del derecho de toda persona a que se le respete su vida privada y familiar, establece que también es objeto de la misma protección el derecho a “su domicilio”.

3.4. La inviolabilidad de las comunicaciones privadas y la libertad personal

Consecuencia obligada del postulado constitucional que establece en el artículo 28 de la Carta que “Toda persona es libre”, es el derecho a la inviolabilidad de la correspondencia y de las demás comunicaciones privadas, que antes garantizaba el artículo 38 de la Constitución anterior respecto de la correspondencia “confiada a los telégrafos y correos”, de la que se predicaba que es “inviolable”, de la misma manera que ahora el artículo 15 de la Carta vigente estatuye que “La correspondencia y demás formas de comunicación privadas son inviolables”.

Es claro que ese derecho es una extensión de la libertad personal, como ocurre en relación con la inviolabilidad del domicilio y, precisamente por ello, de garantizarlo se ocupa la Constitución Política. No de ahora, sino desde antaño, el derecho a la privacidad de las comunicaciones ha tenido asiento directo en la Constitución por cuanto los seres humanos, a través del lenguaje en sus distintas modalidades, entran en contacto con sus semejantes, hacen conocer de ellos lo que piensan, expresan sus afectos, sus animadversiones, aun sus intenciones más recónditas, sus opiniones políticas, sus convicciones religiosas, reciben informaciones personales, a veces íntimas o que, con razón atendible o sin ella, por su propia determinación no quieren compartir con otros. Por ello, ese derecho a la libertad de comunicación y a la no interceptación ni interferencia de los demás, se extiende incluso a los consanguíneos más próximos y se impone su respeto al Estado como uno de los derechos individuales más caros a los seres humanos, y por ello, no se deja simplemente a que lo establezca la ley sino que se protege desde la Carta Política.

Esa es la razón por la cual la Corte Constitucional expresó que “El libre derecho de comunicarse se afecta, hasta el extremo de hacerlo inútil, cuando el contenido de la comunicación carece de la necesaria espontaneidad, por el temor a la injerencia extraña o a la exposición pública del mensaje o del intercambio de expresiones, lo que implica, obviamente, vulneración del derecho, también fundamental, a la intimidad”.⁵

Así las cosas, resulta apenas obvio que la Constitución Política, en su artículo 15, inciso tercero, señale de manera precisa y perentoria que las comunicaciones privadas no puedan ser objeto de interceptación o registro, sino mediante orden judicial, por un caso específicamente autorizado por la ley y siempre y cuando se cumplan de manera estricta las formalidades señaladas en ella. Aquí, de

⁵ Sentencia C-626 de 21 de noviembre de 1996, M.P. José Gregorio Hernández Galindo.

nuevo, como se observó tratándose de la libertad personal, han de concurrir para proteger ese derecho fundamental las tres ramas del poder público: el legislador, que señala en cuáles casos y de acuerdo con cuáles formalidades, el juez, que ante la situación concreta no puede proceder sino cuando la cuestión fáctica se enmarca dentro de la legislación, y el ejecutor de la orden impartida por el juez, que para la interceptación o registro ha de hacerlo con estricta sujeción a dichas formalidades. [...]

Es de tal trascendencia este aspecto de la libertad personal en la comunicación del individuo con sus semejantes, que el Pacto Internacional de los Derechos Civiles y Políticos expresamente le dedica a él, junto a la inviolabilidad del domicilio, su artículo 17; y la Declaración Universal de los Derechos del Hombre, la incluye en su artículo 12, al igual que lo hace la Convención de Salvaguardia de los Derechos del Hombre y de las Libertades Fundamentales, suscrita en Roma el 4 de noviembre de 1950, en su artículo 8.

3.5. La libertad para la fijación de la residencia y la libertad de locomoción

Sentado ya por la Constitución que “Toda persona es libre”, consecuencia obligada de ese derecho protegido por la Carta Política y los Tratados Internacionales, es la existencia también del derecho a fijar la residencia personal y familiar en cualquier lugar del territorio nacional.

A ese derecho a la libertad personal garantizado por el artículo 28 de la Constitución, se encuentra estrechamente ligado el de la libertad de circulación, en virtud del cual todas las personas pueden desplazarse, esto es, transitar o circular libremente por todo el territorio nacional, a entrar y salir de él, y a permanecer y residenciarse en Colombia, como lo expresa el artículo 24 superior, desde luego, con las limitaciones que establezca la ley.

La libertad para la fijación de la residencia y la libertad de locomoción de manera expresa se consagran en el artículo 13 de la De-

claración Universal de los Derechos del Hombre, en el cual se proclama que “1. Toda persona tiene derecho a circular libremente y a elegir su residencia en el territorio de un Estado. 2. Toda persona tiene derecho a salir de cualquier país, incluso del propio, y a regresar a su país”.

Del mismo modo, la Convención Americana sobre Derechos Humanos en su artículo 22 establece que: “1. Toda persona que se halle legalmente en el territorio de un Estado tiene derecho a circular por el mismo y a residir en él con sujeción a las disposiciones legales. 2. Toda persona tiene derecho a salir libremente de cualquier país, inclusive del propio”.

Por su parte, el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, en su artículo 12 se refiere a los derechos de circulación y de fijación de la residencia, así: “1. Toda persona que se halle legalmente en el territorio de un Estado tendrá derecho a circular libremente por él y a escoger libremente en él su residencia. 2. Toda persona tendrá derecho a salir libremente de cualquier país, incluso del propio”.

4. Análisis sobre la constitucionalidad de las disposiciones del Decreto Legislativo 2002 de 9 de septiembre de 2002

De conformidad con lo expuesto en los numerales precedentes, procede ahora la Corte a analizar de manera particular y concreta el contenido de las disposiciones del Decreto Legislativo 2002 del presente año.

4.1. Conexidad con el Decreto 1837 de 11 de agosto de 2002

Como ya se observó el Presidente de la República dictó el Decreto Legislativo 2002 de 9 de septiembre de 2002, en desarrollo de las facultades que a él le confiere el artículo 213 de la Carta, en virtud

de la declaración del estado de conmoción interior en todo el territorio nacional que, en este caso, se hizo mediante Decreto 1837 de 11 de agosto del presente año.

Por su contenido material, en cuanto en él se expiden medidas para el “control del orden público” (Capítulo I, artículos 1 a 10), se establecen “zonas de rehabilitación y consolidación” y se dictan normas con vigencia en ellas (Capítulo II, artículos 11 a 24), y algunas disposiciones finales (Capítulo III, artículos 25 y 26), el decreto objeto de control constitucional, globalmente considerado, guarda conexidad con el decreto mediante el cual se declaró el estado de conmoción interior en todo el territorio nacional.

4.2. Inconstitucionalidad del artículo 4 [...]

4.2.4. Para el ejercicio de sus funciones, la rama judicial del Estado, al administrar justicia debe ser independiente conforme al artículo 228 de la Constitución, norma ésta aplicable a la Fiscalía General de la Nación la cual, por mandato constitucional hace parte de la rama judicial (art. 249 CP).

Ese principio de la independencia judicial implica que los jueces y fiscales no han de tener ninguna dependencia con respecto a las otras dos ramas del poder público para ejercer su función, la que no puede menguarse en ningún caso, si bien al ejercerla colaboran en la realización de los fines del Estado.

La Procuraduría General de la Nación, entendida como una alta magistratura de control sobre la conducta oficial de los servidores públicos, representante de la sociedad ante las autoridades del Estado, promotora y defensora de los derechos humanos, no podría cumplir su finalidad constitucional si careciera de independencia.

Precisamente la Constitución en el artículo 250 le asigna a la Fiscalía General de la Nación la muy alta pero delicada función de “investigar los delitos y acusar a los presuntos infractores” ante los funcionarios judiciales competentes, desde luego con pleno respeto a las garantías constitucionales.

Ni la Fiscalía General de la Nación, ni la Procuraduría General, son subalternos del Ejecutivo. Tampoco para ejercer sus funciones constitucionales y legales, requieren del acompañamiento de servidores públicos de ninguna de las ramas del poder ni de los organismos autónomos del Estado, así como éstos no necesitan para cumplir con las suyas que la ley imponga a fiscales y procuradores que los acompañen para ello.

Siendo ello así, aparece extraño al ordenamiento jurídico para épocas de normalidad que se exigiera por la ley que la Fuerza Pública cuando actúa para el cumplimiento de su misión constitucional, y de acuerdo con la ley necesitara que a los fiscales y a los procuradores se les asignara como función adicional la de “acompañar” a los miembros de aquélla cuando tengan a cargo la realización de “operaciones” propias de su actividad.

Conforme a lo dispuesto por el artículo 213 de la Carta, el Gobierno sólo puede asumir algunas de las competencias que le corresponden al Congreso. No puede asumir las que la Constitución le otorga a otras autoridades. Así, en virtud del primero de ellos, se reitera el texto constitucional ya aludido, para circunscribir de esa manera la finalidad exclusiva de los decretos legislativos y, en el artículo 11 se le ordena al Ejecutivo “expresar claramente las razones por las cuales cada una de las medidas adoptadas es necesaria para alcanzar los fines que dieron lugar a la declaratoria del estado de excepción correspondiente”.

4.2.5. Examinado el artículo 1 del decreto objeto de control, así como los considerandos de éste, se encuentra por la Corte que el mandato a la Fiscalía General de la Nación y a la Procuraduría General para que ellas designen “en cada una de las unidades operativas menores o sus equivalente de las Fuerzas Militares” y “con dedicación exclusiva, por lo menos un fiscal y una unidad del Cuerpo Técnico de Investigación y un agente especial del Ministerio Público”, cuya misión será la de “acompañar” las operaciones de la Fuerza Pública, es inconstitucional. En efecto, la función constitucional de las entidades mencionadas no es esa. A la Fiscalía le corresponde

la investigación de los delitos y acusación a los presuntos infractores ante los juzgados y tribunales competentes y ejercer las demás funciones que le señala el artículo 250 de la Carta, y al Fiscal General las del artículo 251, cuyo numeral 4, lo autoriza para “otorgar atribuciones transitorias a entes públicos que puedan cumplir funciones de policía judicial”, bajo su responsabilidad y dependencia funcional, facultad esta que en los estados de excepción no puede atribuirse a los militares pues el artículo 213 prohíbe la investigación o juzgamiento de civiles por ellos, lo cual se encuentra de acuerdo con el artículo 37 de la Ley 137 de 1994, para el caso de la creación de unidades especiales de investigación. Y en cuanto a la Procuraduría, como cabeza del Ministerio Público, no tiene asignada la función de acompañamiento de las operaciones de la Fuerza Pública con delegados suyos.

Por otra parte, está fuera de toda discusión que las Fuerzas Militares como brazo armado del Estado, tienen por su propia naturaleza funciones distintas a las de los servidores públicos civiles. Por ello, tienen una preparación específica en establecimientos estatales adecuados para su formación; en su actuar obedecen rígidamente al principio jerárquico; a sus miembros se les somete por el ordenamiento jurídico a disposiciones especiales, y las situaciones de enfrentamiento armado con los riesgos que éste comporta no les son extrañas, sino que forman parte de su actividad normal, de su misión institucional. Distinto es el caso de los funcionarios civiles, a quienes el Estado no prepara para la vida de las armas, a quienes, en consecuencia, les resulta ajena la disciplina militar, la jerarquía castrense, así como las operaciones militares, a cuyo riesgo no se encuentran obligados como parte de su actuación en la vida de la sociedad.

Es claro que no se trata de la inexistencia de solidaridad de los servidores civiles con los miembros de la Fuerza Pública, sino sencillamente de que unos y otros tienen distintas funciones dentro del Estado, y los dos, sometidos a la Constitución y a las leyes.

De esta suerte, llevar a los campos donde se realizan operaciones militares a servidores civiles cuyos medios para actuar son las leyes

y los libros, así se traten de tomar las medidas necesarias para su integridad física, como lo señala el artículo primero del decreto legislativo bajo examen, no se acompasa con la Constitución Política, ni resulta acorde con el principio de proporcionalidad que el artículo 13 de la Ley Estatutaria de los Estados de Excepción, exige respecto de las medidas que durante ellos se adopten para conjurar los hechos que llevaron a su declaración.

De lo dicho, se concluye entonces por la Corte, que el artículo 1 del Decreto Legislativo 2002 de 9 de septiembre de 2002, resulta contrario a la Constitución y, por ello, inexecutable, declaración que así se hará por la Corte sin perjuicio de que si el Fiscal General de la Nación o el Procurador General de la Nación, en virtud de la autonomía que la Constitución les otorga y para el ejercicio de sus funciones así lo consideran, puedan en casos específicos delegar a funcionarios de esas entidades para cumplir actividades determinadas en relación con quienes conforman las unidades operativas de las Fuerzas Militares.

4.3. Análisis de constitucionalidad de los artículos 2 a 10 del Decreto Legislativo 2002 de 9 de septiembre de 2002

4.3.1. Como ya se dijo, y ahora se repite, los decretos legislativos dictados en desarrollo de la declaración del estado de conmoción interior tienen necesariamente como limitantes la Constitución, las leyes no suspendidas por incompatibilidad con dicho estado de manera expresa, la Ley Estatutaria de los Estados de Excepción, y los Tratados y Convenios Internacionales de Derechos Humanos y Derecho Internacional Humanitario, a los cuales Colombia está obligada.

4.3.2. Por cuanto en las normas contenidas en los artículos 2 a 8 del decreto objeto de control constitucional, en relación con la libertad personal, la inviolabilidad de las comunicaciones privadas, la

inspección o registro domiciliario y el allanamiento, existe identidad parcial en su contenido, se hará entonces un análisis común en lo que fuere pertinente, y por separado, el de aquellos apartes normativos de carácter específico.

4.3.3. Análisis de constitucionalidad de los artículos 2, 5, 6 y 8 del Decreto Legislativo 2002 de 9 de septiembre de 2002

4.3.3.1. Coinciden los artículos 2, 5, 6 y 8, del decreto, en cuanto en su primer inciso se autoriza a la Fuerza Pública, el Departamento Administrativo de Seguridad –DAS– y aquellos organismos que cuenten con atribuciones permanentes de policía judicial, para disponer (arts. 2, 5 y 6), y realizar (art. 8), en su orden: capturas de aquellas personas contra quienes se tenga indicio sobre su participación o sobre sus planes de participar en la comisión de delitos, así como la interceptación o registro de comunicaciones con el único fin de buscar pruebas judiciales o prevenir la comisión de delitos; inspecciones, registros domiciliarios o allanamientos, con el mismo fin; y, por último, realizar inspecciones o registros a bienes inmuebles no domiciliarios, naves y aeronaves, con idéntico propósito.

Ante todo, ha de recordarse por la Corte que el proceso penal requiere para adelantarse la realización de una labor investigativa, razón esta por la cual la dirección y coordinación de las funciones de policía judicial, se la confió la Constitución de manera específica al Fiscal General de la Nación (art. 250, numeral 3), ya sea que ella se realice en forma permanente por la Policía Nacional o por los demás organismos que señale la ley.

Es claro que ello ha de ser así. Por eso, el Código de Procedimiento Penal, en su Libro II, dedicado a la investigación, reitera en primer término la función constitucional del Fiscal General de la Nación o de sus delegados a que ya se hizo alusión (art. 311), y, en el artículo siguiente determina con precisión cuáles son los servidores públicos que ejercen las funciones de policía judicial, tanto de manera

permanente como especial. Así, cumplen esa función con carácter de permanencia:

1. La policía judicial de la policía nacional.
2. El cuerpo técnico de investigación de la Fiscalía General de la Nación y todos sus servidores públicos que desempeñen funciones judiciales siempre y cuando guarden relación con la naturaleza de su función.
3. La policía judicial del departamento administrativo de seguridad.

Por la misma razón, la propia Constitución en el artículo 251, numeral 4, siempre bajo la dirección del Fiscal General de la Nación, a éste le asigna como una de sus funciones especiales, la de “Otorgar atribuciones transitorias a entes públicos que puedan cumplir funciones de policía judicial, bajo la responsabilidad y dependencia funcional de la Fiscalía General de la Nación”.

Es pues, la función de policía judicial un elemento necesario para la investigación judicial y, por ello, queda dentro de la órbita propia de la función judicial del Estado. Ha de desempeñarse por servidores públicos especializados y bajo la dirección y responsabilidad funcional de la Fiscalía General de la Nación, que, por ministerio de la Constitución forma parte de la rama judicial del poder público.

Significa lo anterior, que no toda la Policía Nacional, ni todos los funcionarios del Departamento Administrativo de Seguridad DAS, ni todos los integrantes del cuerpo técnico de investigación de la Fiscalía General de la Nación, desempeñan funciones de policía judicial, sino sólo quienes estén específicamente capacitados para ese efecto, es decir, quienes constituyan dentro de las entidades respectivas un cuerpo especial, el de “policía judicial”.

Como salta a la vista, quienes desempeñan las funciones de policía judicial de manera permanente, son civiles, como quiera que las instituciones acabadas de mencionar no pertenecen a las Fuerzas Militares y a éstas no es dable imaginarlas actuando bajo la dirección y la responsabilidad funcional de la Fiscalía General de la Na-

ción, pues ésta pertenece a la rama judicial y ellas a la rama ejecutiva del Estado. En caso de no ser así, se vería gravemente afectada la organización democrática del Estado de derecho en cuanto a la separación de las ramas del poder público.

Por otra parte, es la propia Constitución la que define lo que ha de entenderse por Fuerza Pública y, a ese efecto, en el artículo 217 de manera inequívoca expresa que “estará integrada en forma exclusiva por las Fuerzas Militares y la Policía Nacional”.

A las Fuerzas Militares, que tienen una función defensiva, conforme lo señala el artículo 217 de la Carta, las integran el Ejército, la Armada y la Fuerza Aérea, para que atiendan “como finalidad primordial la defensa de la soberanía, la independencia, la integridad del territorio nacional y del orden constitucional”.

A su vez, a la Policía Nacional la define el artículo 218 de la Constitución como un “cuerpo armado permanente de naturaleza civil”, que tiene como “fin primordial el mantenimiento de las condiciones necesarias para el ejercicio de los derechos y libertades públicas, y para asegurar que los habitantes de Colombia convivan en paz”.

Surge de lo anterior como conclusión inequívoca que constitucionalmente no puede aceptarse que “en ejercicio de sus funciones la Fuerza Pública”, como lo establece el decreto que se revisa, pueda disponer la captura de persona alguna, ni tampoco la interceptación o registro de comunicaciones, ni la inspección, registro domiciliario o allanamiento, ni tampoco la realización de inspecciones o registros a bienes inmuebles no domiciliarios, naves y aeronaves, para buscar pruebas con fines judiciales o para prevenir la comisión de delitos, pues la función de policía judicial le corresponde de manera específica a algunos servidores públicos expresamente señalados en la Constitución y la ley.

Con todo, es claro que los miembros de la Fuerza Pública y del Departamento Administrativo de Seguridad, DAS, que no tengan funciones de policía judicial, pueden, al igual que cualquier persona y no por su pertenencia a las instituciones mencionadas, realizar la captura de alguien contra quien exista orden de captura públicamente requerida por la autoridad competente, conforme lo autoriza

de manera expresa el artículo 348 del Código de Procedimiento Penal, norma que dispone que en estos casos habrá de aplicarse lo dispuesto para las situaciones de flagrancia.

4.3.3.2. Obsérvese que el artículo 38 de la Ley 137 de 1994, de manera general autoriza la adopción de medidas restrictivas de la libertad personal con una gradación que en algunos casos disminuye garantías, pero siempre sobre el supuesto de que aquel a quien se va a limitar la libertad personal, a lo menos se encuentre bajo indicio sobre su participación en delitos relacionados con la perturbación del orden público, o sobre sus planes de participar en la comisión de los mismos, los cuales desde luego exigen la manifestación de hechos externos e inequívocos al respecto. En lo que hace a las distintas hipótesis allí contempladas para disminuir las garantías, ello impone regulación específica en el decreto legislativo respectivo que se expida, a fin de no hacerlas nugatorias para el derecho a la libertad cuya limitación debe ser motivada de manera concreta.

Ni la Constitución, ni la ley estatutaria, autorizan la captura o detención, con la finalidad de evitar la vulneración de un derecho fundamental. Sólo la autorizan para evitar la comisión de delitos.

El artículo 2 del decreto objeto de control, autoriza la captura “de aquellas personas de quienes se tenga indicio sobre su participación o sobre sus planes de participar en la comisión de delitos”.

En primer término, ha de formularse una observación al aparte normativo acabado de citar. Son dos cosas distintas participar en la comisión de un delito, y tener planes de participar en ella. En el primer caso, necesariamente ha de existir una conducta, un actuar del sujeto activo del hecho punible delictual. Es esa conducta la que resulta punible. En el segundo, la sola ideación de un plan para cometer un delito no es punible, queda en la mente de su autor, si no se traduce en actos para la perpetración o para iniciar la perpetración del hecho delictual y por ello escapa al derecho penal.

Cosa distinta sería que a lo ideado se diera a lo menos un inicio de ejecución de lo planeado con manifestación de hechos externos, pero, además, inequívocos de encontrarse encaminados a la comi-

sión de uno de los delitos que sirvieron como causa para la declaración de la conmoción interior o que se utilicen para mantener esa perturbación del orden público.

Acorde con lo expuesto, resulta contrario a los artículos 28 y 29 de la Carta Política la privación de la libertad mediante captura de alguien porque a él se le atribuyan “planes de participar en la comisión de delitos”, pues eso es tanto como sancionar la imaginación, la ideación de una conducta, lo que resulta contrario al Derecho Penal de acto que acoge nuestra Constitución.

Por otra parte, se observa que la captura a que se refiere el inciso primero del artículo 2 del decreto que se revisa, exige la existencia de “indicio” sobre la participación “en la comisión de delitos”. Ello exige, con absoluta claridad, la existencia de ese medio de prueba. No basta la conjetura, ni tampoco la sospecha. Será necesario un hecho indicador debidamente demostrado, una inferencia lógica fundada en él, y el hecho indicado como consecuencia de lo anterior.

Al analizar esta norma se impone una observación de orden constitucional que esta Corte no puede pasar inadvertida. El artículo 2 del Decreto Legislativo 2002 del presente año, que autoriza la captura en los términos allí señalados, guarda silencio absoluto en relación con el destino del capturado y sus derechos como tal. Nada dice sobre la duración de la captura, como tampoco con respecto a la entrega física del capturado a disposición de una autoridad judicial, pese a que el artículo 28 superior dispone que la persona detenida preventivamente será puesta a disposición del juez competente dentro de las 36 horas siguientes, para que él adopte la decisión que corresponda dentro del término legal, y no obstante que aun para el capturado en flagrancia el artículo 346 del Código de Procedimiento Penal ordena que el capturado no pueda permanecer por más de 36 horas por cuenta de funcionario diferente al Fiscal General de la Nación o su delegado, o el juez.

El régimen de garantías de la libertad personal exige que al capturado se le indiquen de manera clara, concreta y específica, cuáles

son los motivos de la captura, y cuál funcionario la ordenó, lo que evita arbitrariedades.

En efecto, los motivos no pueden ser otros que los autorizados por la ley, y la autoridad no puede ser distinta de aquella que tenga competencia para ordenarla. Además, el capturado tiene derecho a señalar de manera inmediata a quién se le puede comunicar que fue aprehendido y el funcionario que practicó la captura inmediatamente tiene que cumplir con el deber de comunicar sobre ese hecho a la persona que indique quien así fue privado de la libertad. Esta garantía resulta indispensable para que además de la libertad personal se proteja la persona misma del capturado de posibles abusos con respecto a su integridad y aun a su propia existencia, razón esta por la cual es universalmente establecida en todos los regímenes democráticos y resulta intangible incluso en los estados de excepción.

Del mismo modo, el capturado tiene el derecho a entrevistarse de manera inmediata con un defensor libremente designado por él, y quien lo captura el deber de garantizárselo, garantía esta que el Estado ha de hacer efectiva aun con la designación de oficio si fuere necesario en los procesos penales.

4.3.3.3. Acorde con lo expuesto, se observa por la Corte que el artículo 2 de la Ley 137 de 1994, Estatutaria de los Estados de Excepción, señala como objeto de esa ley no sólo el de regular las facultades atribuidas al Gobierno durante dichos estados, a lo cual se ha hecho alusión en los párrafos precedentes, sino expresamente “también” el de “establecer los controles al ejercicio de las facultades excepcionales del Gobierno así como las garantías para proteger los derechos humanos de conformidad con los tratados internacionales”. Ello impone, entonces, que en el decreto legislativo respectivo se prevea cuál será el régimen específico de garantías para cada uno de los derechos así restringidos, con los mecanismos jurídicos específicos indispensables para ese efecto. En caso contrario, la norma que se limite a trasladar literalmente a un decreto legislativo la facultad que en abstracto confiere la Ley Estatutaria de los Estados de

Excepción en su artículo 38, pero desprovista de las garantías exigidas en pro de los derechos fundamentales, deviene en inexequible.

4.3.3.4. Los artículos 2, 5 y 6 del Decreto Legislativo 2002 de 9 de septiembre del presente año, tienen en común la posibilidad de practicar la captura, la interceptación o registro de comunicaciones o la inspección o registro domiciliario y el allanamiento, en su orden, con “la comunicación verbal de la autorización judicial previamente escrita”, la cual “basta” cuando “existiere urgencia insuperable y la necesidad de proteger un derecho fundamental en grave o inminente peligro”.

Se observa por la Corte que el decreto objeto de control en este punto no hizo un desarrollo legislativo de la facultad que le confiere la Ley Estatutaria de los Estados de Excepción señalando expresamente las autoridades a quienes se atribuya la función, ni cuando sería procedente ejercerla, ni cómo, ni con cuál procedimiento, ni cuales las garantías para los posibles afectados.

Además, si bien es cierto que el artículo 38, literales, e) y f), de la Ley Estatutaria de los Estados de Excepción, textualmente así lo incluye como una de las medidas que puede adoptar el Gobierno durante el estado de conmoción interior, no es menos cierto que ésta, como las demás medidas que pueden ser decretadas por el Ejecutivo en tal estado, deben ceñirse, de manera estricta a la Ley Estatutaria citada, interpretada en su conjunto y en armonía con los artículos 213 y 214 de la Carta Política, pues en esta materia se impone no sólo una interpretación sistemática sino teleológica de las normas jurídicas.

Así, conforme al artículo 213 de la Carta el Gobierno no tiene las facultades que crea necesarias para conjurar las causas de perturbación del orden público e impedir la extensión de sus efectos, sino única y exclusivamente las que sean “estrictamente necesarias” para ese efecto. Del mismo modo, el artículo 214-2 superior establece que en los estados de excepción “Las medidas que se adopten deberán ser proporcionales a la gravedad de los hechos”, dispone que no podrán suspenderse los derechos humanos ni las libertades funda-

mentales y ordena la expedición de una ley estatutaria para regular las atribuciones del Gobierno durante los estados de excepción, así como para el establecimiento de los controles judiciales y las garantías para la protección de esos derechos.

Acorde con esas claras disposiciones constitucionales, en la Ley 137 de 1994 se incluyen en su primer capítulo las “Disposiciones Generales”, que como es obvio han de ser plenamente observadas, con rigor, en cada uno de los estados de excepción y sirven como marco obligado de interpretación de las disposiciones particulares contenidas en dicha ley. Así, el artículo 9 preceptúa que con la sola declaración de los estados de excepción no se encuentra autorizado el Presidente de la República para utilizar las facultades a que se refiere esa ley “sino, únicamente cuando se cumplan los principios de finalidad, necesidad, proporcionalidad, motivación de incompatibilidad” y se den las condiciones y requisitos señalados en la ley para adoptar las medidas correspondientes.

En cuanto hace a la finalidad, cada una de las medidas que en los decretos legislativos dictados en desarrollo de la declaración del estado de conmoción interior se expidan, “deberá estar directa y específicamente encaminada a conjurar las causas de la perturbación y a impedir la extensión de sus efectos” (art. 10, Ley 137 de 1994); y, por lo que hace a la necesidad, el artículo 11 de dicha ley preceptúa que “Los decretos legislativos deberán expresar claramente las razones por las cuales cada una de las medidas adoptadas es necesaria para alcanzar los fines que dieron lugar a la declaratoria del estado de excepción correspondiente”.

Por esa razón la ley le impone al Ejecutivo en el artículo 8 el señalamiento de “los motivos por los cuales se imponen cada una de las limitaciones de los derechos constitucionales de tal manera que permitan demostrar la relación de conexidad con las causas de la perturbación y los motivos por los cuales se hacen necesarias”.

Se recuerdan estos preceptos por la Corte, pues como se dijo ya en esta providencia el estado de conmoción interior es un régimen excepcional, extraordinario, pero limitado por la Constitución, por las leyes no suspendidas por incompatibles con él, por la ley

estatutaria y por los Tratados y Convenios Internacionales de Derechos Humanos a los que Colombia se encuentre obligada.

De esta suerte, si en un decreto legislativo se establece una restricción a un derecho fundamental o se limitan sus garantías, ese decreto no es ajustado a la Constitución por el sólo hecho de haber sido expedido en un estado de conmoción interior, pues el Presidente de la República para garantía de los derechos fundamentales de los ciudadanos, tiene sobre sí la carga constitucional de expresar, no de manera general, vaga e imprecisa, sino en forma concreta, precisa, e inequívoca, es decir, “claramente las razones” por las cuales esa medida “es necesaria”, pues en caso contrario se quebrantaría el artículo 11 de la Ley Estatutaria de los Estados de Excepción.

Del mismo modo, el Presidente de la República, que no tiene en materia de orden público potestades omnímodas e ilimitadas, al dictar los decretos legislativos en virtud de la declaración del estado de conmoción interior, deberá señalar en ellos “los motivos” que lo llevan a establecer “limitaciones” de los derechos constitucionales, para que pueda establecerse “la relación de conexidad con las causas de la perturbación” y el por qué dichas limitaciones de cada derecho “se hacen necesarias”. Si ello no se cumple se transgrede el mandato contenido en el artículo 8 de la Ley 137 de 1994.

Además, cada una de las medidas que se adopten mediante decreto legislativo deberá “estar directa y específicamente encaminada a conjurar las causas de la perturbación y a impedir la extensión de sus efectos”, pues en caso contrario, habría inobservancia del principio de finalidad que establece el artículo 10 de la mencionada ley.

Significa entonces lo anterior, que el aparte normativo contenido en los artículos 2, 5 y 6 del decreto objeto de control constitucional que ahora se examina, debe sujeción a las normas constitucionales y de la Ley Estatutaria de los Estados de Excepción ya mencionadas.

Ocurre que examinados los doce considerandos del Decreto legislativo 2002 de 2002, no aparecen cumplidas las exigencias señaladas en la Constitución y en la ley aludida para la expedición del aparte normativo objeto de análisis contenido en los artículos 2, inciso 2, 5, inciso 2 y 6, inciso 3.

De tales considerandos, podría afirmarse que servirían de soporte al aparte normativo en cuestión el primero, el tercero, el cuarto, el quinto y el séptimo, razón esta por la cual entra la Corte a analizarlos.

En relación con el primero, no existe discusión por cuanto la afirmación en él contenida de que mediante Decreto 1837 de 11 de agosto de 2002 se declaró el estado de conmoción interior en todo el territorio nacional, es cierta, así como también lo es que mediante sentencia C-802 de 2 de octubre del presente año, se declaró su exequibilidad.

No sucede igual con el tercero de los considerandos del decreto. En éste se afirma que “la acción delincencial” de las “organizaciones” armadas al margen de la ley, tiene como uno de sus “principales soportes... la mimetización de sus integrantes dentro de la población civil”.

Esta aseveración no justifica ninguna de las medidas excepcionales contenidas en el decreto objeto de control, pues llevaría a presumir la pertenencia de todos los habitantes civiles de Colombia, sin distinciones de ninguna especie, a dichas organizaciones, con lo cual se crea para todos una inseguridad jurídica generalizada, que es todo lo contrario de lo que ha de perseguirse con las decisiones que se adopten por el Estado durante la conmoción interior. Semejante afirmación se lleva de calle el principio de distinción universalmente reconocido en el Derecho Internacional Humanitario, según el cual “las personas puestas fuera de combate y las que no participan directamente en las hostilidades serán respetadas, protegidas y tratadas con humanidad”. Conforme a este principio, es indispensable distinguir entre combatientes y no combatientes y, precisamente por ello el artículo 51 del Protocolo I Adicional a los Convenios de Ginebra de 1949, establece que la población civil debe excluirse de los peligros provenientes de las operaciones militares; y el artículo 50.1 del Protocolo citado, establece como una obligación para los Estados que “en caso de duda acerca de la condición de una persona, se le considerará como civil”.

No es pues, el citado considerando tercero del decreto objeto de revisión constitucional, fundamento jurídicamente aceptable del aparte normativo de los artículos que aquí se analizan, como no puede serlo tampoco de ninguna otra medida adoptada en este decreto.

En el cuarto de los considerandos del Decreto 2002 del presente año, se expresa que dadas las actuales circunstancias de alteración del orden público “las autoridades deben adoptar las medidas estipuladas en el artículo 38 de la Ley 137 de 1994”, tales como “la aprehensión preventiva de personas, la interceptación de comunicaciones y registro de correspondencia, la inspección o registro del domicilio...”, entre otras.

Pues bien, el aparte normativo común a los artículos 2, 5 y 6 que ocupa la atención de la Sala no tiene asidero en el considerando en mención. Nótese como en ese considerando se expresa simplemente que en las circunstancias de orden público que vive el país “las autoridades deben” adoptar las medidas autorizadas por el artículo 38 de la Ley 137 de 1994, como la aprehensión preventiva de personas, la interceptación de comunicaciones y registro de correspondencia y la inspección o registro del domicilio, y, sentada esa premisa pasa directamente a establecer en las normas bajo estudio que “Si existiere urgencia insuperable y la necesidad de proteger un derecho fundamental en grave e inminente peligro, bastará la comunicación verbal de la autorización judicial previamente escrita”, norma que resulta entonces aplicable como instrumento para restringir la libertad personal mediante la captura, así como para la interceptación o registro de comunicaciones privadas y para la inspección o registro domiciliario y allanamiento. Es decir, aquí se trata de limitaciones impuestas sobre derechos fundamentales por el Ejecutivo al dictar el decreto legislativo objeto de control.

Siendo ello así, se hace indispensable recordar que el artículo 9 de la Ley 137 de 1994, restringe el uso de las facultades de los estados de excepción por el Presidente de la República, pues le impone que ellas “no pueden ser utilizadas siempre que se haya declarado el estado de excepción”, sino únicamente cuando se cumplan los prin-

cipios que la ley señala en los artículos siguientes. Entonces, la juridicidad del aparte normativo común de los artículos 2, 5 y 6 examinados, no puede tener como soporte jurídico suficiente la existencia actual de circunstancias de alteración del orden público, porque ella por ministerio de la Constitución y de la ley no basta para el efecto.

De manera que ese considerando cuarto apenas es una enunciación de que el Gobierno considera que se deben adoptar unas medidas restrictivas de la libertad personal, la privacidad de las comunicaciones personales y la posibilidad de restringir el derecho a la inviolabilidad del domicilio. Pero esa afirmación, por sí sola, no implica que precisamente las decisiones que se adoptan en la parte resolutive del decreto sean constitucionales, sin más requisitos.

En cuanto a los considerandos quinto y séptimo, se recuerda por la Corte para analizarlos, que conforme a los artículos 213 y 214 de la Constitución Política, acordes en ello con los artículos 8, 10, 11 y 13 de la Ley Estatutaria de los Estados de Excepción, para la legitimidad constitucional de las normas restrictivas de los derechos fundamentales de las personas se requiere, además, “señalar los motivos por los cuales se imponen cada una de las limitaciones”, para demostrar con esa precisión dos cosas: la primera, la relación de conexidad con las causas de la perturbación del orden público; y, la segunda, para demostrar “los motivos por los cuales se hacen necesarias”, razón por la cual en los decretos legislativos que se expidan por el Ejecutivo se deben “expresar claramente las razones por las cuales cada una de las medidas adoptadas es necesaria para alcanzar los fines que dieron lugar a la declaratoria del estado de excepción correspondiente”, única manera de poder controlar si se ajustan a la finalidad constitucional y si además “guardan proporcionalidad con la gravedad de los hechos que buscan conjurar”.

Aplicados estos principios, se encuentra por la Corte que en el decreto objeto de revisión, en los apartes normativos materia de estudio, no se cumplieron los requisitos acabados de mencionar. En efecto, ni en los considerandos ya analizados, ni en los considerandos cinco y siete que ahora se estudian, aparece que se hubieren expre-

sado de manera concreta y específica los motivos que expliquen la necesidad de imponer limitaciones a cada uno de los derechos constitucionales que resultan restringidos cuando se autoriza practicar capturas, interceptar o llevar a cabo registro de comunicaciones e inspeccionar o registrar domicilios y allanarlos sin la existencia de previa autorización judicial escrita, en la hipótesis de que “existiere urgencia insuperable y la necesidad de proteger un derecho fundamental en grave o inminente peligro”, en cuyo caso “basta la comunicación verbal de la autorización judicial previamente escrita”.

Una cosa es que pueda existir necesidad de aprehender preventivamente en los casos señalados específicamente por la ley o por una norma que tenga el rango material de ley, y otra muy distinta que para esa privación transitoria de la libertad personal se pueda autorizar su práctica sin expresar los motivos específicos que conducen al legislador extraordinario a su autorización y a prescindir de las garantías que normalmente acompañan este derecho fundamental. Sin el conocimiento de esos motivos, expresados en concreto y en el texto mismo del decreto respectivo, la medida así adoptada resulta sin justificación constitucional y sin apoyo en la Ley Estatutaria de los Estados de Excepción según lo ya analizado (arts. 213, 214-2 CP, 8, 10, 11 y 13 Ley 137 de 1994).

E igual sucede en relación con la restricción del amparo constitucional al domicilio de los asociados, como quiera que éste al igual que la libertad personal de la cual emana tiene las mismas garantías que ella conforme al artículo 28 de la Carta, y su limitación se sujeta igualmente a lo preceptuado para los estados de excepción por los artículos 213, 214-2 CP, 8, 10, 11 y 13, Ley 137 de 1994.

Del mismo modo y por las mismas razones en relación con la privacidad de las comunicaciones personales garantizada por el artículo 15 de la Carta, resultan quebrantados los artículos 213, 214-2 CP y 8, 10, 11 y 13 de la Ley 137 de 1994, pues igualmente pesa respecto de éste derecho la exigencia de motivación expresa de su limitación para conocer las razones de ella y de esa manera facilitar su control con respecto a los principios de justificación expresa, conexidad, finalidad y proporcionalidad.

Podría entonces aducirse en pro de la permanencia del aparte normativo de los artículos 2, 5 y 6 del Decreto Legislativo 2002 de 2002, que su motivación se encuentra en la existencia de urgencia insuperable y necesidad de proteger un derecho fundamental en grave e inminente peligro. Sin embargo, ello no es así. En la estructura de la norma jurídica existe un supuesto de hecho y una consecuencia en derecho. Entonces, aquí de lo que se trata es del supuesto de hecho como antecedente, pero no de la motivación que lo justifique, e igualmente continúa sin justificación la razón por la cual en tales casos “basta la comunicación verbal de la autorización judicial previamente escrita”.

4.3.3.5. En los artículos 2, 5 y 6 del Decreto Legislativo 2002 de 2002, se ordena a las autoridades judiciales que confieran la autorización para la captura, el registro domiciliario o la interceptación o registro de comunicaciones privadas, llevar un libro especial para registrar la “pertinente orden escrita, la fecha, la hora, el lugar y el motivo” por el cual se elevó la solicitud correspondiente, “así como los nombres de las personas afectadas con dicha orden, la autoridad que la solicita y quién atiende la solicitud”.

Que ese libro especial se lleve por las autoridades judiciales para facilidad de la consulta respectiva y para otros efectos administrativos o legales, no vulnera ciertamente la Constitución. Pero, lo que si resulta contrario a la Carta es que en él se lleve “el registro de todas las comunicaciones verbales de la autorización judicial escrita”, pues, si en todos los casos, como ya se dijo en esta sentencia resulta contraria a la Constitución y a la Ley Estatutaria de los Estados de Excepción, la expresión “basta la comunicación verbal de la autorización judicial previamente escrita”, cuando “existiere urgencia insuperable y la necesidad de proteger un derecho fundamental en grave e inminente peligro”, es apenas una consecuencia obvia que la anotación en el libro a que se ha hecho referencia sobre el particular, queda entonces sin causa por cuanto desaparecido lo principal igual suerte correrá lo que le es accesorio.

4.3.3.6. En los artículos 2, 5 y 6 del decreto objeto de control, en uno de sus incisos se dispone que “En caso de que no se otorgue la autorización de (captura, interceptación o el registro de comunicaciones, inspección registro o allanamiento domiciliario), o no se apruebe su comunicación verbal, se deberán registrar inmediatamente las razones que motivaron la negativa. Dicho registro deberá ser remitido a la autoridad que solicitó la autorización dentro de las 24 horas siguientes”.

Se observa por la Corte que la disposición acabada de transcribir, común a los artículos citados, en sí misma no es una medida destinada a remover las causas que originaron tal declaración ni a impedir la extinción de sus efectos. Lo primero, salta a la vista, como quiera que el envío del registro de tales autorizaciones a la autoridad que formuló la solicitud sólo existe en el ordenamiento jurídico en virtud del decreto, es decir, por ello mismo no es anterior a la declaración del estado de conmoción ni causa de ella; lo segundo, es igualmente claro como quiera que el orden público a cuyo restablecimiento deben encaminarse las medidas de excepción adoptadas por el Gobierno, ni disminuye, ni aumenta en su alteración porque se rinda o deje de rendirse ese informe por el juez a la autoridad que solicitó la autorización.

Adicionalmente, se observa por la Corte que es el juez el llamado por la Constitución a conferir o abstenerse de hacerlo, la autorización para privar de la libertad a una persona, para interceptar o registrar sus comunicaciones privadas, o para realizar inspecciones, registros domiciliarios o allanamientos, en todos los casos por motivo previamente definido en las leyes y con observancia de las formalidades legales. A quien lo solicitó, el juez cumplirá con poner en conocimiento lo resuelto sin que se le pueda exigir al funcionario judicial remitirle al peticionario la información pormenorizada que en inciso común que se analiza se le exige, pues ello significaría, ni más ni menos que someter al funcionario judicial a la rendición de informes de la razón de sus decisiones a las autoridades administra-

tivas de policía judicial, o a quienes tienen funciones de tal en la Fiscalía General de la Nación, lo que en uno y otro caso quebranta la autonomía e independencia propia de la función judicial que el artículo 228 de la Constitución expresamente establece como uno de los pilares sobre los cuales se edifica el Estado de Derecho.

4.3.3.7. Se observa por la Corte, que en el inciso tercero del artículo 5 del decreto objeto de control constitucional, se dispone que la autorización judicial previa para la interceptación o registro de comunicaciones “en todo caso...no podrá tomar más de 24 horas”, lo cual podría ser entendido como obligatoriedad de conferir tal autorización y ello resultaría violatorio de la autonomía e independencia de los jueces expresamente establecida por el artículo 228 de la Carta. Por ello, ha de entenderse que esa obligatoriedad no existe y que el plazo allí señalado hace relación al término para adoptar la decisión que corresponda conforme a derecho.

4.3.3.8. En el segundo inciso del artículo 6 del decreto objeto de control constitucional, se ordena el levantamiento de un acta cuando se practique inspección o registro domiciliario o allanamiento, en la cual se hará constar la identidad de quienes asistan a la diligencia, los bienes o elementos incautados y las demás circunstancias en que ella ocurra, la cual deberá firmarse tanto por la autoridad respectiva como por el morador, o se dejará constancia de que no fue firmada por negativa a hacerlo o porque quien debería firmarla no sabe o no puede, disposición que per se no resulta contraria a la Carta, por cuanto el levantamiento de dicha acta constituye una garantía sobre la forma en que se practicó la diligencia respectiva y quién la practicó.

No obstante, ha de observarse que esa diligencia no puede ser practicada sino por quienes tengan la calidad de funcionarios de policía judicial, como ya se expresó en numeral precedente.

4.3.4. Análisis de constitucionalidad del artículo 3 del Decreto Legislativo 2002 de 9 de septiembre de 2002

Dispone el artículo mencionado en su primer inciso, que podrá realizarse “la captura del sospechoso sin que medie autorización judicial, cuando existan circunstancias que imposibiliten su requerimiento, siempre que haya urgencia insuperable y la necesidad de proteger un derecho fundamental en grave o inminente peligro”.

Observa la Corte que conforme al artículo 28 de la Carta, como ya se expresó en esta sentencia, a nadie puede privarse de la libertad “sino en virtud de mandamiento escrito de autoridad judicial competente, con las formalidades legales y por motivo previamente definido en la ley”, norma ésta respecto de la cual ya se hizo su análisis y, por ello, a él se remite.

De entrada, aparece que en el inciso que se analiza no se indica cuál es la autoridad que podrá proceder a la captura, circunstancia ésta que deja en la absoluta indeterminación sobre la competencia para realizarla, y ello, por sí sólo expone al ciudadano que pueda ser objeto de la misma a ser víctima de una arbitrariedad, pues, ahora se repite, la privación de la libertad no puede realizarse sino por autoridad competente, salvo el caso de la flagrancia por expresa excepción que la propia Constitución establece en el artículo 32 y cuya regulación legal se encuentra en los artículos 345 a 347 del Código de Procedimiento Penal, que no constituyen la hipótesis de la norma bajo examen, o en el caso en que la captura sea públicamente requerida.

En cuanto hace relación a la procedencia de la captura “del sospechoso” de participar en hechos delictivos o de sus planes de participar en ellos, ha de distinguirse entre la sospecha y el indicio. La primera, conforme al *Diccionario de la Lengua Española* se refiere a la “acción y efecto de sospechar”, es decir, la de “Aprehender o imaginar una cosa por conjeturas fundadas en apariencias o visos de verdad. Desconfiar, dudar, recelar de una persona”. El indicio en tanto, es en nuestra legislación un medio de prueba en virtud del cual a

partir de un hecho conocido debidamente demostrado (hecho indicador), se llega por el juez mediante una inferencia lógica a concluir la existencia de otro hecho (hecho indicado), objeto de la investigación.

De esta suerte, jamás pueden ser equiparadas las acepciones de la sospecha y el indicio. La sospecha de suyo es de carácter subjetivo, no requiere la demostración de un hecho antecedente, puede implicar una duda basada en conjetura, con apariencia o visos de verdad, pero en ningún caso es medio de prueba, no puede tener la fuerza suficiente para incriminar a nadie; y si ello es así, mucho menos para privarlo de la libertad porque alguien, con autoridad o sin ella, sospeche de otro como el autor de una conducta delictiva o de sus planes de participar en ella, pues estos como ya se dijo por sí mismos no son punibles a menos que se trate de haber intentado llevarlos a un inicio de ejecución con manifestaciones externas e inequívocas respecto de delitos que llevaron a la declaración de conmoción interior o tendientes a mantener la perturbación del orden público.

El indicio, como es suficientemente conocido, entre otras clasificaciones admite la de necesario y contingente. Será de la primera especie cuando dado el hecho indicador, *primus*, no puede menos que existir el hecho indicado, *posterius*, lo que raramente ocurre. Será contingente el indicio, cuando en virtud de la existencia del hecho antecedente, el hecho indicado o consecuente puede existir e igualmente podría no existir, lo que ocurre con mucha frecuencia. Por esto, la lógica jurídica que preside al derecho probatorio a los indicios contingentes, los clasifica según la probabilidad de ocurrencia del hecho indicado una vez demostrado el hecho indicador y a este efecto predica que pueden ser graves, leves o levísimos. Queda entonces por definir un criterio para su apreciación probatoria y tanto la doctrina como la jurisprudencia tienen ya por establecido que los indicios contingentes requieren para que el juzgador pueda dar por establecido el hecho indicado, que sean graves, concordantes y convergentes.

Recordadas las anteriores nociones, salta entonces a la vista que sospechoso no es lo mismo que indiciado de algo; en este caso de participar o tener planes para participar en un hecho delictivo. Y, siendo ello así, autorizar mediante la norma objeto de análisis la procedencia de la captura “del sospechoso” y fuera de eso sin autorización judicial, resulta violatorio del artículo 28 de la Constitución Política.

Adicionalmente, se encuentra por la Corte que el artículo 3 del decreto autoriza prescindir de la autorización judicial para realizar la captura “cuando existan circunstancias que imposibiliten su requerimiento”. Sobre el particular surge de la sola lectura de la disposición el interrogante sobre quien establece la existencia de esas circunstancias de imposibilidad para acudir al juez para solicitarle a él la autorización judicial de capturar a un ciudadano. El decreto guarda silencio y ello, por esa indeterminación, torna la norma en contraria a la Carta. No es posible admitir en un Estado de Derecho una situación de esa naturaleza pues de esa manera la libertad de los asociados queda a merced no sólo de la sospecha de cualquier autoridad, sino de que ella misma califique que no le fue posible acudir al juez para obtener la orden de privación de la libertad.

Se agrega por la norma bajo examen que además se requiere la existencia de una “urgencia insuperable y la necesidad de proteger un derecho fundamental en grave o inminente peligro”. Aquí, de nuevo, la indeterminación de la autoridad se encuentra presente, pero ahora unida a la calificación de la “urgencia insuperable” a su propio juicio, y también a su arbitrio establecer que ello se hace necesario para proteger un derecho fundamental en las circunstancias previstas en la norma, sin siquiera mediar conocimiento, así fuera sumario, por parte de una autoridad judicial.

Sentado lo anterior, que es lo esencial en relación con el artículo 3, el resto del mismo deviene en inconstitucional, pues la subsistencia de las disposiciones contenidas en los tres incisos siguientes tienen como soporte lógico-jurídico necesario la constitucionalidad del primer inciso.

4.3.5. Análisis de constitucionalidad del artículo 4 del Decreto Legislativo 2002 de 9 de septiembre de 2002

Dispone el artículo en mención que la “Fuerza Pública, el Departamento Administrativo de Seguridad, DAS, y aquellos organismos que cuenten con atribuciones permanentes de policía judicial, llevarán un registro actualizado por entidad, que permita identificar al capturado, así como el lugar, la fecha y la hora en que se llevó a cabo su captura y las razones que la motivaron”, para lo cual cada entidad de las mencionadas remitirá la información al Fiscal General de la Nación para que en la entidad a su cargo se mantenga un registro consolidado y actualizado de esa información, incluyendo en ella la definición de la situación jurídica de los capturados.

Como ya se expresó en esta sentencia, por las razones expuestas la Fuerza Pública no desempeña funciones de policía judicial, como tampoco todos los servidores públicos del DAS, y sólo los del Cuerpo Técnico de Investigación de la Fiscalía General de la Nación que desempeñen funciones judiciales. En tal virtud, los registros a que se refiere la norma en cuestión resultan constitucionales solamente si son llevados por los funcionarios que desempeñan funciones de policía judicial, pues el registro a que se hace mención forma parte de los archivos propios de esa función de policía, prestan utilidad para el conocimiento de la personalidad de quienes en esos archivos figuran, sus antecedentes cuando se les dicte sentencia condenatoria y otras informaciones de utilidad para investigaciones futuras. Desde luego quienes sean miembros de la Fuerza Pública o del Departamento Administrativo de Seguridad, DAS, y no tengan funciones de policía judicial, podrán practicar capturas cuando ellas fueren públicamente requeridas por autoridad competente o en caso de flagrancia, no en su condición de integrantes de tales entidades, sino como personas que al igual que los demás habitantes del territorio nacional se encuentran autorizados en esas hipótesis concretas para realizar tales capturas.

4.3.6. Análisis de constitucionalidad del artículo 7 del Decreto Legislativo 2002 de 9 de septiembre de 2002

Autoriza este artículo del decreto en mención la inspección o registro domiciliario sin autorización judicial, “cuando existan circunstancias que imposibiliten la obtención” de ella “siempre que haya urgencia insuperable y la necesidad de proteger un derecho fundamental en grave o inminente peligro”, caso en el cual impone el deber de informar a la autoridad judicial y a la Procuraduría General de la Nación de manera inmediata, o a más tardar dentro de las 24 horas siguientes indicando las causas que motivaron esas diligencias y sus resultados, con remisión del acta respectiva. Además, aclara que en los casos de flagrancia se seguirán aplicando las disposiciones vigentes.

Adolece esta norma de los mismos vicios de inconstitucionalidad que ya se anotaron al analizar el artículo 3 del decreto, en lo pertinente. Así, igual imprecisión que en aquella norma existe en ésta, en cuanto no hay determinación precisa de cuál es la autoridad a quien se atribuye nada menos que la competencia para hacer una excepción al derecho a la inviolabilidad del domicilio privado y permitirle su inspección o registro, con lo cual se afecta el núcleo esencial del derecho.

Del mismo modo no se indica en esta norma, como tampoco se hizo en el artículo 3 del decreto, a quién corresponde la calificación de la “urgencia insuperable” o de la “necesidad de proteger un derecho fundamental en grave o inminente peligro”, con lo cual el ciudadano queda sometido a lo que la autoridad que quiere practicar la inspección o registro califique de urgencia insuperable, y a la libre apreciación de ésta queda también lo relativo a si existe un derecho fundamental en grave o inminente peligro y si es necesaria su protección. Es decir, el ciudadano queda a merced de lo que la propia autoridad que decide practicar la inspección o registro domiciliario determine, para llevarlo a cabo ella misma, lo que resulta contrario al artículo 28 de la Constitución.

4.3.7. Análisis de constitucionalidad del artículo 8 del Decreto Legislativo 2002 de 9 de septiembre de 2002

En este artículo del decreto mencionado se autoriza la inspección o registro “a bienes inmuebles no domiciliarios, naves y aeronaves, con el único fin de buscar pruebas con fines judiciales o de prevenir la comisión de delitos”, a la “Fuerza Pública, el Departamento Administrativo de Seguridad, DAS, y los organismos con atribuciones permanentes de policía judicial”. Además se dispone que será procedente la inspección a tales bienes cuando “se presuma que se encuentra la persona implicada en la comisión de un delito, o los autores o partícipes en el planeamiento de la comisión de una conducta punible, o las armas, instrumentos, efectos u otro material que permita probar la comisión de un delito o permita evitarlo”, casos en los cuales deberá rendirse un informe a la autoridad judicial y a la Procuraduría General de la Nación inmediatamente o a más tardar dentro de las 24 horas siguientes sobre las causas que motivaron la diligencia y sus resultados, con copia del acta respectiva.

Además se suspende el inciso primero del artículo 294 del Código de Procedimiento Penal.

En primer lugar, como ya se dijo en esta sentencia, la Fuerza Pública no tiene funciones de policía judicial, ni todos los servidores del Departamento Administrativo de Seguridad, DAS, las tienen, pues, se repite, la función de policía judicial es especializada y se realiza bajo la dependencia y responsabilidad funcional de la Fiscalía General de la Nación. De esta, tienen esas funciones de manera permanente los servidores públicos del Cuerpo Técnico de Investigación y los de la Fiscalía con funciones judiciales.

La suspensión del artículo 294 del Código de Procedimiento Penal, trae como consecuencia que se prescinde de providencia motivada proferida por funcionario judicial como requisito para la procedencia del allanamiento y registro de bienes inmuebles no domiciliarios, naves o aeronaves en los casos señalados en la norma objeto de análisis. Es decir, que en virtud del artículo 8 del decreto aludido las autoridades mencionadas en su primer inciso pueden

practicar cualquiera de esas diligencias en las hipótesis contempladas en esa norma, cuando así lo decidan.

No se discute que cuando se cumplan los principios y requisitos señalados en los artículos 8, 9, 10, 11 y 12 de la Ley 137 de 1994, pueda el Presidente de la República suspender las leyes que resulten incompatibles con los decretos legislativos, pues, entre otras cosas, así lo autoriza el artículo 213 de la Carta.

De esta suerte, el único entendimiento jurídicamente aceptable frente a la Constitución en relación con la suspensión del inciso primero, del artículo 294 del Código de Procedimiento Penal, es que esa suspensión sólo se refiere a los delitos que motivaron la declaración del estado de conmoción interior, o a los que se cometan para mantener esa perturbación del orden público. Para los demás casos, la norma mencionada mantiene su vigencia.

4.3.8. Análisis de constitucionalidad del artículo 9 del Decreto Legislativo 2002 de 9 de septiembre de 2002

La posibilidad establecida en la norma mencionada para la transmisión de reportes, informes o autorizaciones por los medios de comunicación electrónicos, ópticos o similares, internet, correo electrónico, telegrama, teles o telefax, en sí misma considerada, no quebranta las normas constitucionales, pues simplemente sería la utilización por el ordenamiento jurídico de los avances de la técnica para efectos judiciales, siempre y cuando con esas transmisiones no se violen derechos fundamentales.

4.3.9. Análisis de constitucionalidad del artículo 10 del Decreto Legislativo 2002 de 9 de septiembre de 2002

El artículo 10 del decreto sobre el cual versa el control de la Corte en esta ocasión, establece que los extranjeros “deberán atender la comparecencia que se les ordene ante las autoridades colombianas,

cumplir las normas que se dicten sobre renovación o control de permisos de residencia y observar las demás formalidades que se establezcan” y agrega que quienes contravengan tales normas “o contribuyan a perturbar el orden público podrán ser expulsados del país”, mediante decisión motivada y garantizando el derecho de defensa.

Conforme a lo dispuesto por el artículo 100 de la Constitución, los extranjeros gozan en Colombia de los mismos derechos civiles que los nacionales, los cuales, sin embargo, por razones de orden público pueden subordinarse a condiciones especiales, e incluso el ejercicio de algunos derechos determinados les puede ser negado.

Examinada la norma en cuestión, se observa que ella establece el deber de comparecencia ante las autoridades colombianas, así como el de cumplir normas sobre renovación o control de permisos de residencia “y observar las demás formalidades que se establezcan”. Esta expresión, como salta a la vista, no se refiere a la observancia de formalidades o de requisitos ya establecidos en la ley, sino a unos futuros e inciertos que posteriormente serían establecidos sin que se indique por quién, ni para que efectos, lo que es distinto a una limitación de los derechos de los extranjeros concreta y específica que sí autoriza el artículo 100 de la Carta pero respetando, como es lógico, sus derechos fundamentales.

Si un extranjero contribuye a perturbar el orden público, el decreto autoriza su expulsión del territorio nacional, en decisión motivada y con garantía del derecho de defensa. Sobre este particular se observa por la Corte que la contribución a perturbar el orden público, de suyo exige un comportamiento, esto es incurrir en una conducta determinada, definida por la ley, lo cual excluye la apreciación subjetiva de las autoridades competentes para el efecto. Ello significa, que la garantía del derecho de defensa incluye la demostración de esa conducta la cual deberá ser objeto de controversia ante la autoridad correspondiente y de motivación en la medida en que eventualmente llegará a ordenarse la expulsión del territorio nacional, siempre y cuando se cumpla a cabalidad con la garantía al debido proceso administrativo.

5. Contenido general del capítulo II del Decreto Legislativo 1002 de 9 de septiembre de 2002, e inconstitucionalidad de su artículo 12

5.1. Como se observa de la lectura de las disposiciones que integran el capítulo II del decreto objeto de control, en él se autoriza la creación de las denominadas “zonas de rehabilitación y consolidación”, definidas como un área geográfica que se encuentre afectada “por acciones de grupos criminales”, cuya delimitación se hará por el Presidente de la República, y en la cual resulta necesaria la aplicación de “medidas excepcionales” que en ese capítulo se establecen, y en las que también se aplicarán “las demás medidas dictadas en la comoción interior”.

En dichas zonas, conforme al artículo 13 del decreto, el Presidente de la República designará un comandante militar, momento a partir del cual “todos los efectivos de la Fuerza Pública que se encuentren en el área respectiva quedarán bajo el control operacional de dicho comandante”, a quien además se le asignan otras atribuciones.

Las limitaciones especiales a los derechos fundamentales con vigencia en tales zonas, abarcan el derecho a la libre circulación y residencia, con las restricciones y requisitos de que tratan los artículos 14 y 15; sanción con retención transitoria en caso de no dar información previa con dos días de antelación cuando se exija a personas determinadas enterar a la autoridad civil del municipio y en su defecto al comandante de estación o subestación de policía sobre “todo desplazamiento fuera de la misma cuando se trate de su residencia habitual” (art. 16); la atribución de facultades al comandante militar de la zona de rehabilitación y consolidación para recoger, verificar, conservar y clasificar la información a que se refiere el artículo 17 del decreto; limitaciones al tránsito y permanencia de extranjeros en tales zonas. E igualmente, se establece la posibilidad de afectar, por “[c]ualquier miembro de la Fuerza Pública”, la libertad personal de conductores y auxiliares de medios de transportes que ingresen, transiten o salgan de las zonas de rehabilitación y consolidación cuando “exista indicio que permita inferir que con la carga que transporta se

pretende auxiliar a alguna organización delictiva o a sus miembros”, indicio que ellos mismos valoran pues no se indica que ha de hacerlo una autoridad judicial. Adicionalmente, se faculta a alcaldes o gobernadores con jurisdicción en el lugar para autorizar la utilización temporal de bienes de los particulares o imponerles la prestación de servicios técnicos y profesionales, conforme lo establece el artículo 23 del decreto que se revisa.

5.2. Es claro para la Corte que conforme a las atribuciones que al Presidente de la República le confiere el artículo 189-3 de la Carta, a él le corresponde, como “Comandante Supremo de las Fuerzas Armadas de la República” la dirección de la Fuerza Pública con facultad para disponer de ella en todo el territorio nacional para la conservación del orden público y su restablecimiento “donde fuere turbado” (art. 189-4 CP). Es decir, que bien podría el Presidente de la República disponer la concentración temporal de la Fuerza Pública en aquellas zonas del país donde se requiera para los efectos constitucionales acabados de mencionar, aun en situaciones de normalidad y, con mayor razón durante el estado de conmoción interior.

5.3. No existe discusión sobre la facultad que el Presidente de la República tiene conforme al artículo 213 de la Carta, para declarar temporalmente el estado de conmoción interior, con la firma de todos sus ministros, y con sujeción a los requisitos allí establecidos, caso este en el cual podrá dictar luego decretos legislativos que tengan relación directa y específica con esa declaración y por finalidad el restablecimiento del orden público. Mediante tales decretos no puede el Presidente de la República suspender los derechos humanos ni las libertades fundamentales, por cuanto expresamente se lo prohíbe el artículo 214-2 de la Constitución. Pero sí podrá establecer limitaciones a los mismos, con observancia de lo dispuesto en la Constitución, en las leyes no expresamente suspendidas por incompatibilidad mediante decreto legislativo, en la Ley Estatutaria de los Estados de Excepción y en los tratados y convenios internacionales que obligan a Colombia, como ya se dijo en otro aparte de esta sentencia y ahora se reitera.

5.4. Declarado entonces el estado de conmoción interior en todo el territorio nacional, pueden limitarse pero no suspenderse derechos fundamentales de los habitantes con observancia de lo dispuesto en las normas constitucionales mencionadas y dándole cumplimiento a las normas contenidas en los artículos 8 a 14 de la Ley 137 de 1994, siempre teniendo en cuenta que el estado de conmoción interior, aunque es excepcional, es un régimen de legalidad, una respuesta jurídica a una situación extraordinaria que exige que esas limitaciones sean adoptadas mediante decretos legislativos con la firma del Presidente de la República y todos sus ministros.

5.5. De acuerdo con lo dispuesto en el artículo 213 de la Carta, el estado de conmoción interior puede ser declarado “en toda la República o en parte de ella”, norma ésta cuya finalidad desde antaño está clara: así saben los ciudadanos dónde impera la legalidad propia de la situación de normalidad y dónde la legalidad transitoria, excepcional, extraordinaria, en virtud del cual les pueden ser limitados sus derechos fundamentales.

5.6. En el capítulo II del decreto que se revisa, se establece que en las denominadas zonas de rehabilitación y consolidación que allí se definen pero no se determinan, habrá dos grupos de medidas restrictivas de derechos fundamentales para sus habitantes, a saber: las generales establecidas en el decreto para todos los habitantes del territorio nacional y, además, unas específicas, particulares y concretas, que sólo rigen y son aplicables a quienes habiten en dichas zonas o para quienes ocasionalmente entren o salgan de ellas, como ya se vio, es decir, que a ellas se contrae el ámbito personal de aplicación de tales medidas restrictivas.

En la motivación del decreto se afirma que “existen zonas del país especialmente convulsionadas por el accionar de las organizaciones criminales”, por lo que “se hace necesario delimitarlas en zonas de rehabilitación y consolidación”, en las cuales se aplicarán “medidas específicas para conjurar las causas de perturbación del orden público e impedir la extensión de sus efectos”; pero luego de tal aseveración se guardó silencio en relación con cuáles son esas zonas y la razón que justifique cada una de las medidas específicas

que allí se anuncian para limitar algunos derechos, lo que exige de manera expresa el artículo 8 de la Ley Estatutaria de los Estados de Excepción.

5.7. Siendo ello así, en cada una de las zonas de rehabilitación y consolidación que podrían ser establecidas según el decreto, existirían limitaciones adicionales y especiales a los derechos fundamentales de quienes allí habiten, o entren o salgan de manera ocasional. Es decir, en dichas zonas se amplía el campo de aplicación de las normas dictadas en desarrollo de la declaración del estado de conmoción interior, y sus habitantes son sujetos de mayores limitaciones a sus derechos fundamentales que las del resto del territorio nacional.

Por ello, las zonas de rehabilitación y consolidación en cuanto fijan el ámbito espacial de aplicación de normas de excepción para la limitación adicional de derechos fundamentales, necesariamente deben ser objeto de delimitación en un decreto legislativo, dictado por el Presidente de la República con la firma de todos sus ministros. Es claro que ello ha de ser así, pues la definición sobre en cuáles municipios del territorio nacional que formarían una zona de rehabilitación y consolidación entrarían a operar restricciones adicionales a los derechos fundamentales, no puede adoptarse por un decreto ejecutivo o por otro acto administrativo, sino por una norma que tenga la categoría de ley material, es decir, por un decreto legislativo.

En caso contrario, el establecimiento de zonas especiales para limitar adicionalmente los derechos fundamentales quedaría fuera del control constitucional con violación manifiesta de lo dispuesto en los artículos 213 y 214 de la Carta Política. Además, se dificultaría en alto grado el seguimiento que la comunidad internacional ha de realizar sobre las medidas excepcionales restrictivas de las libertades públicas, conforme a lo dispuesto por el artículo 27 de la Convención Americana de los Derechos Humanos y el artículo 4 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, según lo dispuesto por el artículo 16 de la Ley Estatutaria de los Estados de Excepción.

5.8. La Corte encuentra constitucional la posibilidad de restringir en las zonas de rehabilitación los derechos fundamentales señalados. En consecuencia, en principio los decretos legislativos que se dicten para delimitar su área geográfica pueden hacer tales restricciones. Sin embargo, en cada caso, el Gobierno Nacional deberá cumplir los requisitos señalados en la Constitución y la Ley Estatutaria de los Estados de Excepción, tanto formales como de fondo.

5.9. Corolario obligado de lo anteriormente expuesto, es entonces que el artículo 12 del decreto objeto de revisión, en cuanto atribuye al Presidente de la República la facultad de delimitar las zonas de rehabilitación y consolidación a que se ha hecho mención, es contrario a la Carta Política y así se declarará por la Corte.

6. Análisis de constitucionalidad de los demás artículos del Capítulo II del Decreto Legislativo 2002 de 9 de septiembre de 2002

Conforme a lo dispuesto por el artículo 214, numeral 6 de la Constitución Política, enviados por el Gobierno Nacional a la Corte Constitucional los decretos legislativos que dicte en los estados de excepción, a esta Corporación le corresponde decidir “definitivamente sobre su constitucionalidad”.

Podría pensarse que en virtud de la declaración de inconstitucionalidad del artículo 12 del decreto aludido, sería entonces inocuo pronunciarse sobre la constitucionalidad de las demás normas que integran ese capítulo. No obstante, la Corte las analizará en su contenido material frente a la Constitución Política en cumplimiento de sus funciones y sin que ello signifique pronunciamiento anticipado sobre la exequibilidad concreta de decretos legislativos que el Gobierno pudiera dictar, si así lo estima pertinente, para crear y delimitar zonas de rehabilitación y consolidación, pues las normas futuras deberán cumplir los demás requisitos exigidos por la Constitución Política, por la Ley Estatutaria de los Estados de Excepción y por los

Convenios y Tratados Internacionales sobre Derechos Humanos, lo cual será objeto de análisis particular y concreto en cada caso.

*6.1. Análisis de constitucionalidad del artículo 11
del Decreto Legislativo 2002 de 9 de septiembre de 2002*

Como puede observarse, el artículo 11 del decreto objeto de control constitucional define las zonas de rehabilitación y consolidación como áreas geográficas afectadas por acciones de grupos criminales en donde para garantizar la estabilidad institucional, restablecer el orden constitucional, la integridad del territorio nacional y la protección de la población civil, sea necesaria la aplicación de medidas excepcionales, “sin perjuicio de la aplicación de las demás medidas dictadas con base en la conmoción interior”.

La finalidad señalada en esa norma no se opone a la Constitución. En efecto, el Presidente de la República, en ejercicio de sus funciones tiene la alta misión constitucional de conservar y restablecer el orden público en todo el territorio nacional, así como garantizar a los habitantes del mismo la estabilidad de las instituciones y la protección debida por las autoridades, para que sean realidad los fines esenciales del Estado señalados en la Carta Política, razón esta por la cual el artículo 11 del decreto referido resulta ajustado a la Constitución.

*6.2. Análisis de constitucionalidad del artículo 13
del Decreto Legislativo 2002 de 9 de septiembre de 2002*

En la norma acabada de mencionar se autoriza al Presidente de la República para designar en las zonas de rehabilitación y consolidación que llegaren a crearse, un comandante militar que tendrá a su cargo el control operacional de todos los efectivos de la Fuerza Pública en el área respectiva, norma ésta que la Corte encuentra con-

forme a la Constitución pues el artículo 189 en su numeral 3 establece que al Presidente de la República corresponde la dirección de la Fuerza Pública y puede disponer de ella como comandante supremo de las Fuerzas Armadas de la República, y en el numeral 4, le asigna la función de conservar el orden público en todo el territorio y restablecerlo donde fuere perturbado.

Agréguese a lo anterior que el comandante militar en cada una de las zonas aludidas que llegaren a crearse tendrá control operacional sobre los efectivos de la Fuerza Pública, es decir, no sustituye a las autoridades civiles y, en ese campo, que se le atribuya a un militar esa función no contraria la Constitución.

6.3. Análisis de constitucionalidad del artículo 14 del Decreto Legislativo 2002 de 9 de septiembre de 2002

La norma acabada de mencionar establece una reglamentación especial para el derecho de circulación y residencia en las zonas de rehabilitación y consolidación que puedan establecerse en el futuro, derecho éste cuyo contenido esencial fue ya objeto de análisis en esta sentencia, por lo que a él se remite en esta parte de la misma.

En el artículo citado, inciso segundo, expresamente se señala que el derecho en cuestión “podrá limitarse, mediante medidas como el toque de queda, retenes militares, indicativos especiales para la movilización, permisos especiales para el libre tránsito, circulación o permanencia restringida o prohibida de personas o vehículos en horas y lugares determinados”.

Observa la Corte que la adopción de medidas como el toque de queda o los retenes militares, ciertamente limitan el derecho a la libre circulación. Sin embargo, tal limitación en un estado de excepción no contraria la Carta Política cumplidos los principios de finalidad y proporcionalidad que señala la Ley Estatutaria de los Estados de Excepción, así como su conexidad con las causas que motivaron la declaración del estado de conmoción interior. Por ello, así considerada la norma *in abstracto*, se ajusta a la Carta Política.

En cuanto hace referencia al toque de queda, conforme al párrafo 2, del artículo 38 de la Ley 137 de 1994, por referirse genéricamente a los habitantes de un lugar determinado y de manera temporal, esa restricción a la libertad de locomoción puede decretarse únicamente por la autoridad civil a que se refiere el párrafo citado.

En relación con los retenes militares, podrán ellos ser establecidos en ejercicio estricto de su función por las autoridades militares, o a petición de la autoridad civil del lugar y para fines relacionados con la conservación o restablecimiento del orden público, lo cual no contraría la Constitución.

Las demás medidas restrictivas del derecho de circulación y residencia previstas en el inciso que se analiza, cumplidos los requisitos constitucionales, si se establecen habrá de darse cumplimiento estricto al artículo 38, párrafo 2, de la Ley 137 de 1994.

En el tercero de los incisos del artículo 14 del decreto objeto de control, se dispone que el comandante militar “solicitará a la primera autoridad administrativa del lugar” que se expidan “permisos especiales cuando se trate de su residencia o zonas donde ejerzan su actividad comercial, económica o profesional”, o de vehículos o medios de transporte público o particular, permisos que serán temporales, personales e intransferibles y que no podrán ser retenidos por la Fuerza Pública.

Analizada la norma contenida en el inciso citado, encuentra la Corte que la interposición del comandante militar entre la autoridad administrativa y quien requiere del permiso, para hacer obligatorio que el primero actúe como conducto regular para la obtención de esa autorización, resulta inexecutable, por cuanto privaría al ciudadano de la posibilidad de ejercer el derecho de petición de manera directa ante la primera autoridad política del lugar. Por ello, habrá de condicionarse la exequibilidad de ese aparte de la disposición que se analiza, a que se entienda que el ciudadano puede prescindir de esa intermediación militar, si así lo considera pertinente, para ejercer directamente ante la autoridad administrativa su derecho de solicitar el permiso a que obliga la norma.

El último inciso del artículo 14 objeto de control, faculta al Gobernador del departamento para dictar las medidas que considere adecuadas en su territorio para la limitación del derecho de circulación en las áreas geográficas, lugares, períodos de duración y vías de comunicación en que habrán de aplicarse, lo cual se ajusta a lo previsto por el artículo 38, parágrafo 2, de la Ley 137 de 1994, y guarda armonía con lo dispuesto por los artículos 303 y 305 de la Constitución, pues los gobernadores son en materia de orden público agentes del Presidente de la República y tienen como una de sus funciones la de mantenerlo en el territorio de su jurisdicción como requisito indispensable para la convivencia de los asociados.

6.4. Análisis de constitucionalidad del artículo 15 del Decreto Legislativo 2002 de 9 de septiembre de 2002

La norma en cuestión autoriza a los gobernadores para “adoptar medidas para exigir a personas determinadas que comuniquen con una antelación de dos días, ante la primera autoridad del municipio y, en su defecto, ante el comandante de estación o subestación de policía”, cualquier desplazamiento fuera de su localidad cuando ella sea su residencia habitual.

Analizado esta disposición encuentra la Corte que ella se ajusta a lo dispuesto por el artículo 38, literal a), inciso tercero, de la Ley 137 de 1994, la cual tiene soporte constitucional en los artículos 213 y 214 de la Carta.

Observa sí esta Corporación, que el gobernador no tiene facultades para la adopción de esas medidas de manera omnímoda, por cuanto es claro que en el ejercicio de esa facultad se encuentra sometido a la ley, o a los decretos legislativos que dicte el Presidente de la República dentro del marco preciso en éste último caso, de lo preceptuado por la Ley 137 de 1994 y bajo ese entendimiento será declarada la constitucionalidad de la norma objeto de análisis.

*6.5. Análisis de constitucionalidad del artículo 16
del Decreto Legislativo 2002 de 9 de septiembre de 2002*

La norma acabada de mencionar sanciona el incumplimiento del deber de información sobre desplazamientos de quienes tengan su residencia habitual en zonas de rehabilitación y consolidación con “retención transitoria inmutable hasta por 24 horas”, sanción que será impuesta “siguiendo el procedimiento de las medidas correctivas establecido en las normas del Código Nacional de Policía”.

Observa la Corte que conforme a lo preceptuado por el artículo 9 de la Ley 137 de 1994, en el ejercicio de las facultades de que se encuentra investido el Gobierno en los estados de excepción, debe sujeción, entre otros, al principio de proporcionalidad, respecto del cual el artículo 13 de dicha ley dispone que, de un lado, las medidas que se dicten deben guardar proporcionalidad con la gravedad de los hechos que se busca conjurar y, de otro, cuando se trate de limitar el ejercicio de derechos y libertades fundamentales, esa limitación “sólo será admisible en el grado estrictamente necesario para buscar el retorno a la normalidad”. De manera pues que, tratándose nada menos que de la libertad personal imponer una retención transitoria “inmutable” por la omisión en una información para realizar un desplazamiento del municipio donde se reside, aparece como ostensiblemente desproporcionada, en cualquiera de las hipótesis en que le sería exigible a personas determinadas y, en virtud de ello esa expresión será declarada inexecutable.

*6.6. Análisis de constitucionalidad del artículo 17
del Decreto Legislativo 2002 de 9 de septiembre de 2002*

La norma citada autoriza al Comandante Militar de la zona de rehabilitación y consolidación “para recoger, verificar, conservar y clasificar la información acerca del lugar de residencia y de la ocupación habitual de los residentes y de las personas que transiten o

ingresen a la misma”, así como sobre “armas, explosivos, accesorios, municiones o equipos de telecomunicaciones que se encuentren dentro de dichas áreas; así como de los vehículos y de los medios de transporte terrestre, fluvial, marítimo y aéreo que circulen o presen sus servicios por ellas en forma regular u ocasional”.

En relación con esta norma considera la Corte que la realización de censos poblacionales como los previstos en la norma objeto de control, en virtud de los cuales quedan registrados en poder del Estado informaciones de carácter personal no sólo sobre la identidad, sino sobre el lugar de residencia de cada uno, su lugar de trabajo y sus actividades individuales, excede las facultades que al Gobierno confiere la Constitución Política al ser declarado uno de los estados de excepción, como lo es en este caso el de conmoción interior. Dichos censos no se encuentran autorizados en efecto, ni por la Constitución en sus artículos 213 y 214, ni tampoco por la Ley Estatutaria de los Estados de Excepción. Esa precisamente es la razón por la cual esta Corte en sentencia C-295 de 1996 declaró la inconstitucionalidad del artículo 3 del Decreto Legislativo No. 717 de 18 abril de 1996, respecto de la obligatoriedad de inscripción en la Alcaldía por parte de los habitantes de zonas especialmente afectadas por alteración del orden público, por cuanto con esa medida se afecta la libertad individual en forma no autorizada por la Carta. Del mismo modo en la sentencia C-251 de 2002, en la cual se declaró la inexecutable de la Ley 684 de 2001, esta Corte declaró contrario a la Constitución el registro de la población que en ella se autorizaba adelantar en los llamados “Teatros de operaciones militares”, pues esa clase de empadronamientos no se encuentra autorizada ni en estados de normalidad ni en estados de excepción.

Cosa distinta es la recolección, verificación, conservación y clasificación de información sobre armas, explosivos, accesorios, municiones y equipos de telecomunicaciones, o sobre vehículos y otros medios de transporte, terrestre, fluvial, marítimo o aéreo, que circulen en determinadas zonas del país prestando sus servicios en forma ocasional o regularmente a sus habitantes, pues esa medida puede resultar útil para el control del orden público y desde ese punto de

vista adecuada a la finalidad que se persigue con la declaración del estado de conmoción interior.

*6.7. Análisis de constitucionalidad del artículo 18
del Decreto Legislativo 2002 de 9 de septiembre de 2002*

Establece este artículo que quienes se encuentren en las zonas de rehabilitación y consolidación que se establezcan, deberán informar “sobre la tenencia, porte o uso de armas, explosivos, accesorios, municiones o equipos de telecomunicaciones”, y sanciona el incumplimiento de ese deber con captura preventiva que podrá ser realizada “por cualquier miembro de la Fuerza Pública”, quien deberá poner al capturado “a disposición de la autoridad judicial competente dentro de las treinta y seis (36) horas siguientes”, e informar al comandante militar para la suspensión del respectivo salvoconducto cuando ello resulte aplicable.

Con respecto al deber de informar a que hace alusión la primera parte del artículo que ahora se estudia, no se encuentra por la Corte quebranto alguno de norma constitucional. No sucede lo mismo con la facultad que se le otorga a “cualquier miembro de la Fuerza Pública” para capturar preventivamente a quien infrinja ese deber de información, pues es claro que conforme a la Carta Política y según lo ya expresado en esta sentencia los miembros de la Fuerza Pública no tienen funciones de policía judicial, salvo que se trate del cuerpo especializado de la Policía Nacional para ese cometido. Por ello, como nada distingue el decreto sobre el particular, se declarará parcialmente inexecutable conforme a lo expuesto.

*6.8. Análisis de constitucionalidad del artículo 19
del Decreto Legislativo 2002 de 9 de septiembre de 2002*

No encuentra la Corte que se quebrante ninguna disposición constitucional, con la facultad otorgada a los comandantes militares

de las zonas de rehabilitación que se establezcan para ordenar a la autoridad competente la suspensión de permisos de porte de armas de fuego, cuando considere que dicho porte pueda afectar el orden público, pues esa norma resulta adecuada a la finalidad que se persigue con la declaración de conmoción interior.

6.9. Análisis de constitucionalidad del artículo 20 del Decreto Legislativo 2002 de 9 de septiembre de 2002

Establece el artículo citado que quien no porte su documento de identificación en las zonas de rehabilitación y consolidación que se establezcan será retenido hasta por 24 horas mientras se verifica su identidad y se establece si es requerido por alguna autoridad judicial o de policía, vencidas las cuales será puesta la persona en libertad o a disposición de la autoridad judicial correspondiente. Así mismo, se dispone que la Registraduría Nacional del Estado Civil deberá dar respuesta inmediata cuando para este efecto se le solicite, y se considera como falta disciplinaria grave el no suministrar esa información por el funcionario respectivo de esa entidad.

No encuentra la Corte que el contenido normativo de esta disposición quebrante normas de rango superior, por cuanto la verificación de la identidad personal por parte de las autoridades, es una facultad que no resulta desproporcionada, sino al contrario adecuada para la conservación y restablecimiento del orden público, finalidad constitucional legítima durante la vigencia del estado de conmoción interior, por una parte; y, por otra, el término de 24 horas como máximo para verificar con la Registraduría Nacional del Estado Civil la identidad de quien no posee su documento de identificación, y para solicitar a las autoridades judiciales o de policía si esa persona es requerida por ellas, no resulta excesivo sino prudencial, lo que no afecta de manera desproporcionada ni injustificada la libertad personal durante ese breve término.

*6.10. Análisis de constitucionalidad del artículo 21
del Decreto Legislativo 2002 de 9 de septiembre de 2002*

Dispone este artículo que “Cualquier miembro de la Fuerza Pública” en las zonas de rehabilitación y consolidación que se establezcan “queda facultado para revisar toda carga que haya sido, sea o vaya a ser transportada por vía terrestre, fluvial, marítima o aérea”. Así mismo, faculta a “cualquier miembro de la Fuerza Pública” para capturar a los conductores y los auxiliares del medio de transporte que ingrese, transite o salga de esas zonas, con el deber de ponerlos a disposición de la autoridad judicial competente a más tardar dentro de las 24 horas siguientes, “siempre que exista indicio que permita inferir que con la carga que transporta se pretende auxiliar a alguna organización delictiva o a sus miembros”. Además, se ordena poner a órdenes de la autoridad judicial que corresponda los elementos utilizados para el transporte y la carga; y, en el caso de realización de las capturas en las condiciones mencionadas se ordena “cumplir con la obligación de registro e información de que trata el artículo 3 de este decreto”.

Con respecto a la facultad de revisión de carga que haya sido, sea o vaya a ser transportada por cualquier medio, no encuentra la Corte que la Fuerza Pública realice en ese caso funciones de policía judicial, sino simplemente de control y, por ello, el primer inciso de la norma que ahora se analiza se encuentra acorde con el principio de finalidad que rige la utilización de las facultades a las autoridades durante los estados de excepción, como ocurre respecto de las causas que motivaron la declaración de conmoción interior en este caso.

Encuentra la Corte acorde con la Constitución que si existe un indicio que permita inferir que con esa carga objeto de transporte se pretende auxiliar a alguna organización delictiva o a sus miembros, no es contrario a la Constitución facultar a cualquier miembro de la Fuerza Pública para capturar a los conductores o auxiliares del medio de transporte respectivo para ponerlo a disposición de la autoridad judicial competente a más tardar dentro de las 24 horas

siguientes. Observa sí las Corporación, que debe tratarse en todo caso de un indicio grave y que además, deberá cumplirse con lo dispuesto por el artículo 38, literal f), de la Ley 137 de 1994, esto es, que deberá informarse a la Procuraduría General de la Nación sobre la aprehensión y sobre las razones que motivaron dicha actuación, para lo de su competencia, con lo cual se pone un dique a la posibilidad de arbitrariedades. Además, esa norma fija los requisitos sustanciales para la aplicación de las medidas que ella autoriza.

No es contrario a la Carta el penúltimo inciso del artículo que se analiza en cuanto en él se dispone poner a órdenes de la autoridad judicial los elementos utilizados para el transporte y la carga, pues así se cumple la finalidad propuesta con una medida que tiende a la superación de la perturbación del orden público.

En cuanto a la obligación de realizar el registro y suministrar la información de que trata el artículo 3 del mismo decreto cuando se realicen capturas en las condiciones señaladas en el artículo 21, se declarará su inexecutable como una consecuencia necesaria de la inexecutable del citado artículo 3 al cual se remite.

6.11. Análisis de constitucionalidad del artículo 22 del Decreto Legislativo 2002 de 9 de septiembre de 2002

Dispone esta norma que los extranjeros deberán informar previamente sobre su intención de transitar o permanecer en ellas al gobernador del departamento, quien podrá negar o autorizar el tránsito o la permanencia en un plazo que no excederá de 8 días hábiles, teniendo en cuenta las especiales condiciones de orden público. Además, se dispone que los extranjeros que ya se encuentren en dichas zonas y deseen permanecer en ellas o transitar por las mismas, deberán informar sobre su intención al gobernador dentro de los 8 días siguientes a la fecha en que se declare una zona geográfica como zona de rehabilitación y consolidación. En su último inciso, se faculta para expulsar a los extranjeros que contravengan las dis-

posiciones anteriores de conformidad con el procedimiento legal vigente.

Analizada la norma bajo examen, se encuentra por la Corte que la Constitución Política garantiza como una de las formas de la libertad de expresión la de informar y recibir información veraz e imparcial, para lo cual se establece además que no habrá censura y que los medios de comunicación masivos son libres, con responsabilidad social.

Es claro que en una democracia es indispensable la existencia de la libertad de prensa, como un medio para enterarse de los hechos que allí ocurran, así como de la labor de sus autoridades, de las acciones y omisiones de quienes desempeñan funciones públicas, con lo cual se abre campo al control de los ciudadanos sobre el poder político y al propio tiempo se garantiza a los habitantes el respeto a sus derechos fundamentales o a la divulgación de su vulneración, precisamente para evitar que ella quede en el silencio y pueda corregirse a tiempo. De ahí que en el mundo civilizado sea hoy un axioma que cuando está en peligro la libertad de expresión se ponen en peligro todas las demás libertades.

En ese orden de ideas, el citado artículo 20 de la Carta guarda estrecha relación con el artículo 73 de la misma, en el cual se dispone que “La actividad periodística gozará de protección para garantizar su libertad e independencia profesional”, y luego el artículo 74 agrega que el secreto profesional es inviolable.

No queda duda alguna de que la limitación a la libertad de prensa, ya sea para restringir o dificultar el acceso a la información o a los sitios donde se producen acontecimientos que puedan ser objeto de investigación periodística destinada a su divulgación entre la opinión pública, tanto nacional como extranjera, no puede ser establecida por la ley en estados de normalidad, pues con ello se violarían las garantías constitucionales anteriormente mencionadas.

Ahora, si bien es cierto que el artículo 22 del decreto objeto de control no establece de manera directa restricción a la libertad de prensa, no es menos cierto que cuando se trate de periodistas ex-

tranjeros podría invocarse esa norma para someterlos a dar el aviso de la intención de transitar o permanecer en la zona de rehabilitación y consolidación que se establezca, así como a la obtención del permiso para ingresar a ellas que podría ser expedido en un plazo hasta de ocho días hábiles después de solicitado, lo cual en forma evidente constituye una restricción a esa libertad, que resulta inadmisibles conforme a la Constitución Política.

Así las cosas, surge entonces como conclusión que a los periodistas extranjeros o nacionales que laboren para medios de comunicación extranjeros debidamente acreditados, así como para quienes cumplen su labor periodística en cualquier medio de comunicación en Colombia, no puede serles aplicada la norma contenida en el artículo 22 del Decreto Legislativo 2002 de 2002, como requisito previo para entrar, transitar o permanecer en ejercicio de su labor en cualquier parte del país. Lo único que podría exigírseles sería la comprobación de su calidad de periodistas, y nada más.

De la misma manera, no pueden ser limitados tampoco para el ingreso, tránsito o permanencia en las llamadas zonas de rehabilitación y consolidación que se establezcan, los extranjeros que pretenden realizar o realicen en ellas labores humanitarias, o de sanidad, o de asistencia religiosa, pues una exigencia en contrario resultaría violatoria de normas de Derecho Internacional Humanitario que obligan a Colombia.

En cuanto hace relación a otros extranjeros distintos a los anteriores, podría exigírseles que comuniquen al gobernador su intención de transitar o permanecer en la zona respectiva, pero la negativa a concederles la autorización prevista en el decreto, deberá ser motivada de manera específica y sólo cuando razones de orden público así lo justifiquen en el caso concreto, ya que los extranjeros conforme al artículo 100 gozan de los mismos derechos civiles que los colombianos pero la ley puede limitarlos por razones de orden público.

6.12. Análisis de constitucionalidad del artículo 23 del Decreto Legislativo 2002 de 9 de septiembre de 2002

En virtud de esta norma se faculta a los alcaldes o gobernadores para autorizar la utilización temporal de bienes particulares cuando no existan bienes oficiales y aquellos se requieran para la protección de derechos fundamentales o cuando sean urgentes para garantizar la vida y la salud de las personas. Igualmente, se autoriza a los funcionarios mencionados para imponer la prestación de servicios técnicos y profesionales cuando no existan o sean insuficientes los servicios oficiales y no haya medio alternativo alguno para la protección de derechos fundamentales o sea urgente su utilización para garantizar la vida y la salud de las personas.

Como garantía se ordena el levantamiento de un acta que exprese los motivos, la información de las autoridades que ejecuten la medida y de las personas que la deban cumplir, así como la descripción del bien utilizado o del servicio prestado, acta de la cual se enviará copia a la Procuraduría General de la Nación dentro de los 2 días siguientes, y se ordena la Estado responder por los daños causados a los bienes mediante su indemnización plena.

Ante todo, observa la Corte que la medida descrita anteriormente se encuentra autorizada por el artículo 38, literal b), de la Ley Estatutaria de los Estados de Excepción, con la aclaración de que la utilización de bienes que resulten indispensables para la supervivencia de las personas cuando ella sea necesaria, exige a la autoridad que así lo ordena proveer de otras medidas, las que resulten “necesarias para compensar los efectos nocivos de la utilización”. Como no lo previó así la norma objeto de control, en este aspecto se declarará su constitucionalidad bajo esa condición expresa.

Por otra parte, el uso de las facultades de que se encuentra investido el Ejecutivo durante los estados de excepción, tiene como límites necesarios la proporcionalidad y la finalidad de la medida para que no resulten gravados en exceso derechos fundamentales y para que dichas medidas se adecuen al restablecimiento del orden público que con ellas se percibe. Por ello, la utilización de bienes de par-

ticulares, o de servicios técnicos o profesionales, en los casos previstos por la norma bajo examen, no podrá ser de tal naturaleza y magnitud que se impida al propietario o tenedor de aquellos, o al técnico o profesional respectivo, darles una utilización racional a los bienes para el uso al que normalmente los destina en sus actividades privadas o, en el caso de los técnicos y de los profesionales no podrá entenderse la norma hasta el punto de que la exigencia de sus servicios les impida el ejercicio de sus actividades normales en el oficio o la profesión que de ordinario ejercen, razones estas que llevan a la Corte a declarar la constitucionalidad condicionada de la norma como aquí se expone.

*6.13. Análisis de constitucionalidad del artículo 24
del Decreto Legislativo 2002 de 9 de septiembre de 2002*

En el artículo referido se dispone que cuando a una zona de rehabilitación y consolidación que se establezca concurren municipios de dos o más departamentos, “la adopción de las medidas señaladas en este decreto, que correspondan a los Gobernadores, será de competencia del Ministro del Interior”.

Analizada esta disposición, a juicio de la Corte resulta contraria a la Constitución por cuanto, por una parte, si la atribución pertenece al Gobierno Nacional, éste estaría integrado por el Presidente de la República y el Ministro del ramo respectivo, según el artículo 115 de la Constitución Política; y, por otra parte, los gobernadores son agentes del Presidente de la República en materia de orden público según el artículo 303 de la Carta, y deben aplicar los actos y órdenes del Presidente de la República para su restablecimiento (art. 296 CP) además de que ejercen como tales funciones en esa materia en el ámbito de su jurisdicción territorial ordinariamente. Es claro que los municipios de una de esas zonas en todos los casos siguen perteneciendo al departamento respectivo, todo lo cual indica que es al gobernador y en ningún caso al Ministro del Interior, por cuanto por lo

dicho no resulta aplicable el parágrafo 2 del artículo 38 de la Ley 137 de 1994.

7. Análisis de constitucionalidad de los artículos 25 y 26 (capítulo III), del Decreto Legislativo 2002 de 9 de septiembre de 2002

7.1. En el artículo 25 del decreto se dispone que “las autoridades que hagan uso de las facultades” señaladas en ese decreto “sin que se den las condiciones y circunstancias allí previstas, serán responsables civil, disciplinaria y penalmente”, norma ésta que resulta ajustada a la Constitución, como quiera que el artículo 6 de la Carta establece que los servidores públicos son responsables por infracción de la Constitución o de la ley y, además, por la omisión o extralimitación en el ejercicio de sus funciones.

7.2. El artículo 26 del decreto indica su vigencia y “suspende el inciso primero del artículo 294 del Código de Procedimiento Penal”. Sobre lo primero no existe reparo constitucional. En cuanto a la suspensión del inciso primero del artículo 294 del Código de Procedimiento Penal, ella resulta exequible bajo la misma condición que se señaló al analizar el artículo 8. [...]

Derechos económicos, sociales y culturales

Principios de Limburgo
sobre la aplicación del Pacto Internacional
de Derechos Económicos, Sociales y Culturales
Maastricht, 6 de junio de 1986

Introducción

(i) Un grupo de distinguidos expertos en el campo del derecho internacional, convocados por la Comisión Internacional de Juristas, la Facultad de Derecho de la Universidad de Limburgo (Maastricht, los Países Bajos) y el Instituto de Derechos Humanos Urban Morgan, Universidad de Cincinnati (Ohio, Estados Unidos de América), se reunió en Maastricht el 2-6 de junio de 1986 con el propósito de considerar la naturaleza y el alcance de las obligaciones de los Estados Partes conforme al Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales; la consideración por parte del recientemente constituido Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales del Ecosoc, de los informes presentados por los Estados Partes; y, la cooperación internacional bajo la Parte IV del Pacto.

(ii) Los 29 participantes provenían de Australia, la República Federal de Alemania, Hungría, Irlanda, México, los Países Bajos, Noruega, Senegal, España, Reino Unido, Estados Unidos de América, Yugoslavia, el Centro de Derechos Humanos de las Naciones Unidas, la Organización Internacional del Trabajo (OIT), la Organización de las Naciones Unidas para la Educación, la Ciencia y la Cultura (Unesco), la Organización Mundial de Salud (OMS), la Secretaría del Commonwealth y las organizaciones patrocinadoras. Cuatro de

los participantes eran miembros del Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales del Ecosoc.

(iii) Los participantes convinieron unánimemente en los siguientes principios los que según su criterio reflejan la situación actual del derecho internacional, con la excepción de ciertas recomendaciones que se indican por medio del tiempo condicional del verbo (p.e. “debería” en vez de “deberá” [*en inglés “should” instead of “shall”*]).

PARTE I: LA NATURALEZA Y EL ALCANCE DE LAS OBLIGACIONES DE LOS ESTADOS PARTES

A. *Observaciones generales*

1. Los derechos económicos, sociales y culturales forman parte integral del derecho internacional de derechos humanos. Estos derechos son el objeto de obligaciones específicas contratadas en el contexto de varios instrumentos internacionales, especialmente el Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales.

2. El Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, junto con el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos y el Protocolo Facultativo, entraron en vigencia en 1976. Estos Pactos ayudan a ampliar el contenido de la Declaración Universal de Derechos Humanos: estos instrumentos en su conjunto constituyen la Carta Internacional de Derechos Humanos

3. En vista de que los derechos humanos y las libertades fundamentales son indivisibles e interdependientes, se debería dedicar la misma atención y consideración urgente en la aplicación, promoción y protección de ambos, los derechos civiles y políticos y los derechos económicos, sociales y culturales.

4. Conforme a la Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados (Viena, 1969), el Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales (en adelante “el Pacto”) debería interpretarse de buena fe, teniendo en cuenta el objetivo y propósito, el sentido ordinario, el trabajo preparatorio y la práctica pertinente.

5. Se debería tener en cuenta la experiencia de las agencias especializadas relevantes, los organismos de las Naciones Unidas y las organizaciones intergubernamentales, incluyendo los grupos de trabajo de las Naciones Unidas y los relatores especiales de derechos humanos, en la aplicación del Pacto y la supervisión de los logros alcanzados por los Estados Partes.

6. Es posible lograr la efectividad de los derechos económicos, sociales y culturales en distintos contextos políticos. La plena realización de estos derechos no responde a un solo camino. Se han registrado éxitos y también fracasos tanto en economías de mercado como en economías dirigidas, en estructuras políticas centralizadas como descentralizadas.

7. Los Estados Partes deberán en todo momento actuar de buena fe en el cumplimiento de las obligaciones que han aceptado conforme al Pacto.

8. Aunque la plena efectividad de los derechos reconocidos en el Pacto se logra progresivamente, la aplicación de algunos de estos derechos puede hacerse justiciable de inmediato mientras otros derechos pueden hacerse justiciables con el paso del tiempo.

9. Las organizaciones no gubernamentales pueden jugar un papel importante en el sentido de fomentar la aplicación del Pacto. Por lo tanto, se debería apoyar el papel de estas organizaciones a los niveles nacional e internacional.

10. Los Estados Partes deben rendir cuentas ante la comunidad internacional y ante sus propios pueblos con respecto al cumplimiento de sus obligaciones bajo el Pacto.

11. Por lo tanto, para avanzar en la realización de los derechos económicos, sociales y culturales, es indispensable unir todos los esfuerzos a nivel nacional con el fin de convocar la participación de todos los sectores de la sociedad. La participación popular es necesaria en cada etapa del proceso, incluyendo la formulación, aplicación y revisión de políticas nacionales.

12. Se debería emprender la tarea de supervisar la efectividad del Pacto con un espíritu de cooperación y diálogo. En este sentido, el Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, en adelan-

te “el Comité”, al considerar los informes de los Estados Partes, debería analizar las causas y los factores que obstaculizan la realización de los derechos consagrados en el Pacto y, hasta donde sea posible, señalar soluciones. Este enfoque de ninguna manera debería impedir una conclusión, cuando la información disponible la justifique, de que un Estado Parte no haya cumplido sus obligaciones bajo el Pacto.

13. Al evaluar el cumplimiento del Pacto por parte de los Estados Partes, los organismos de supervisión del Pacto deberían de tener muy en cuenta los principios de no discriminación e igualdad ante la ley.

14. Debido a que la realización progresiva de los derechos estipulados en el Pacto es relevante para el desarrollo, se debería dar atención especial a la adopción de medidas para mejorar el nivel de vida de los pobres y otros grupos desfavorecidos, teniendo en cuenta la posible necesidad de adoptar medidas especiales para proteger los derechos culturales de los pueblos indígenas y las minorías.

15. En la evaluación de los esfuerzos de la comunidad internacional en el cumplimiento de los objetivos del Pacto, se debería tener en cuenta las tendencias de las relaciones económicas internacionales existentes.

B. Principios de carácter interpretativo específicamente relacionados con la Parte II del Pacto

Artículo 2 (1): “a adoptar medidas [...] por todos los medios apropiados, inclusive en particular la adopción de medidas legislativas.”

16. Todos los Estados Partes tienen la obligación de comenzar de inmediato a adoptar medidas que persigan la plena realización de los derechos reconocidos en el Pacto.

17. Los Estados Partes utilizarán todos los medios apropiados a nivel nacional, incluyendo medidas legislativas, administrativas, judiciales, económicas, sociales y educacionales, coherentes con la

naturaleza de los derechos, con el fin de cumplir sus obligaciones bajo el Pacto.

18. Las medidas legislativas por sí solas no son suficientes para cumplir las obligaciones del Pacto. Sin embargo, se debe notar que conforme al artículo 2 (1) a menudo será necesario adoptar medidas legislativas en casos en los que la legislación existente viola las obligaciones adquiridas bajo el Pacto.

19. Los Estados Partes proveerán de recursos efectivos incluyendo, cuando sea apropiado, los de tipo legal.

20. La adecuación de los medios a ser utilizados en un Estado particular será determinada por el Estado Parte de que se trate, y será sujeta a revisión por el Consejo Económico y Social de las Naciones Unidas con el asesoramiento del Comité. Dicha revisión se realizará sin perjuicio de la competencia de otros órganos establecidos conforme a la Carta de las Naciones Unidas.

“para lograr progresivamente [...] la plena efectividad de los derechos [...]”

21. La obligación de “lograr progresivamente [...] la plena efectividad de los derechos” requiere que los Estados Partes actúen con toda la rapidez posible para lograr la efectividad de los derechos. Bajo ninguna circunstancia esto será interpretado de manera que implique que los Estados tienen el derecho de aplazar indefinidamente esfuerzos destinados a asegurar la plena efectividad. Al contrario, todos los Estados Partes tienen la obligación de comenzar inmediatamente a adoptar medidas dirigidas a cumplir sus obligaciones bajo el Pacto.

22. Algunas de las obligaciones previstas en el Pacto exigen la plena e inmediata aplicación por parte de cada uno de los Estados Parte, como la prohibición contra la discriminación estipulada en el artículo 2 (2) del Pacto.

23. La obligación del logro progresivo existe independientemente de cualquier aumento de recursos; requiere de una utilización eficaz de los recursos de que se disponga.

24. Además de mediante un aumento en los recursos, también se puede lograr la aplicación progresiva por medio de desarrollar los recursos dentro de la sociedad que sean necesarios para lograr la plena realización de los derechos consagrados en el Pacto para todas las personas.

“hasta el máximo de los recursos de que disponga”

25. Los Estados Partes tienen la obligación, independientemente de su nivel de desarrollo económico, de garantizar el respeto de los derechos de subsistencia mínima de todas las personas.

26. “Los recursos de que disponga” se refieren a los recursos con que cuenta un Estado así como también los recursos provenientes de la comunidad internacional mediante la cooperación y asistencia internacionales.

27. Al determinar la adecuación de las medidas adoptadas para hacer efectivos los derechos reconocidos en el Pacto, se tendrá en cuenta el acceso y uso equitativos y eficaces de los recursos disponibles.

28. En la utilización de los recursos disponibles, se dará la debida prioridad a la efectividad de los derechos previstos en el Pacto, teniendo en cuenta la necesidad de garantizar a todos la satisfacción de sus necesidades de subsistencia y la prestación de servicios esenciales.

“tanto por separado como mediante la asistencia y la cooperación internacionales, especialmente económicas y técnicas”

29. La cooperación y asistencia internacionales, conforme a la Carta de las Naciones Unidas (arts. 55 y 56) y el Pacto, tendrán en cuenta de manera prioritaria la efectividad del conjunto de los derechos humanos y libertades fundamentales, inclusive los derechos económicos, sociales y culturales así como también los civiles y políticos.

30. La asistencia y cooperación internacionales deberán orientarse al establecimiento de un orden social e internacional en el que los derechos y libertades previstos en el Pacto pueden lograr su plena realización (cf. art. 28 Declaración Universal de Derechos Humanos).

31. Los Estados cooperarán recíprocamente en la promoción del progreso económico, social y cultural a nivel internacional, y en particular el crecimiento económico de los países en desarrollo, independientemente de las diferencias entre sus sistemas políticos, económicos y sociales y libre de discriminaciones fundadas en dichas diferencias.

32. Los Estados Partes adoptarán medidas de ayuda y cooperación, a través de mecanismos internacionales, orientados a la realización de los derechos reconocidos en el Pacto.

33. La cooperación y asistencia internacionales se fundamentarán en la igualdad soberana de los Estados y tendrán como objeto la realización de los derechos consagrados en el Pacto.

34. Al emprender la cooperación y asistencia internacionales bajo el artículo 2 (1), se tendrá en cuenta el papel de las organizaciones internacionales y la contribución de las organizaciones no gubernamentales.

Artículo 2 (2): "Sin discriminación"

35. El artículo 2 (2) es de aplicación inmediata y requiere de una garantía explícita por parte de cada uno de los Estados Partes. Por lo tanto, esto debería ser sujeto a la revisión judicial y a otros recursos procesales.

36. Los motivos de discriminación mencionados en el artículo 2(2) no son exhaustivos.

37. Al ratificar el Pacto, los Estados eliminarán *de jure* la discriminación mediante la abolición inmediata de toda legislación, regulación y práctica discriminatoria (incluyendo acciones de omisión y comisión) que afectan el disfrute de los derechos económicos, sociales y culturales.

38. Se debería poner fin con toda la rapidez posible a cualquier discriminación de facto que resulte de una desigualdad en el goce de los derechos económicos, sociales y culturales debido a una escasez de recursos u otros factores.

39. No se considerará como discriminación la adopción de medidas especiales cuyo único fin sea asegurar el progreso adecuado de determinados grupos o individuos que requieren de la protección que sea necesaria para garantizar a dichos grupos o individuos igualdad en el disfrute de los derechos económicos, sociales y culturales, siempre que dichas medidas no resulten en el mantenimiento de derechos separados para distintos grupos y que las mismas no sigan vigentes después de lograr los objetivos planteados.

40. El artículo 2 (2) exige que los Estados Partes prohíban que particulares y entidades privadas practiquen la discriminación en cualquier esfera de la vida pública.

41. En la aplicación del artículo 2 (2) se debería dar la debida consideración a todos los instrumentos internacionales relevantes, incluidas la Declaración y la Convención Internacional sobre la Eliminación de Todas las Formas de Discriminación Racial y las actividades realizadas por el Comité para la Eliminación de la Discriminación Racial establecido conforme a dicha Convención.

Artículo 2 (3): "personas que no son nacionales en los países en desarrollo"

42. Como regla general, el Pacto aplica por igual a los nacionales y no nacionales de un país determinado.

43. El propósito original del artículo 2 (3) era poner fin a la dominación de determinados grupos económicos no nacionales en la época de la colonización. Por lo tanto, la excepción estipulada en el artículo 2 (3) debería interpretarse en un sentido restringido.

44. Dicha interpretación restringida del artículo 2 (3) se refiere en particular a la noción de los derechos económicos y la noción de los países en desarrollo. Esta última se refiere a aquellos países que han logrado su independencia y se incluyen en las clasificaciones de las Naciones Unidas relativas a los países en desarrollo.

Artículo 3: "Asegurar a los hombres y a las mujeres igual título a gozar de todos los derechos"

45. En la aplicación del artículo 3, se debería dar la debida atención a la Declaración y la Convención sobre la eliminación de todas las formas de discriminación contra la mujer, los otros instrumentos pertinentes y las actividades realizadas por el Comité para la Eliminación de la Discriminación contra la Mujer conforme a dicha Convención.

Artículo 4: "Limitaciones"

46. El artículo 4 tenía como objeto principal ser protector de los derechos de los individuos en lugar de ser permisivo en cuanto a la imposición de limitaciones por parte de los Estados.

47. El propósito de este artículo no era sujetar los derechos a limitaciones que perjudicaran la subsistencia o supervivencia de los individuos o la integridad de las personas.

"determinadas por ley"

48. No se permite sujetar el ejercicio de los derechos económicos, sociales y culturales a ninguna limitación que no sea prevista por una ley nacional de aplicación general coherente con el Pacto y vigente en el momento de aplicar la limitación.

49. Las leyes que limitan el ejercicio de los derechos económicos, sociales y culturales no serán arbitrarias, irrazonables o discriminatorias.

50. Los reglamentos legales limitando el ejercicio de los derechos económicos, sociales y culturales serán claros y accesibles a todos.

51. La ley establecerá las protecciones adecuadas y recursos efectivos contra la imposición ilegal o abusiva de limitaciones a los derechos económicos, sociales y culturales.

“promover el bienestar general”

52. Este término se entenderá como la promoción del bienestar del pueblo en su totalidad.

“en una sociedad democrática”

53. La expresión “en una sociedad democrática” se interpretará en el sentido de restringir aún más la aplicación de limitaciones.

54. El Estado que impone limitaciones tiene la obligación de comprobar que éstas no impiden el funcionamiento democrático de la sociedad.

55. Si bien no existe un modelo único de sociedad democrática, se podría considerar que una sociedad que satisface esta definición es la que reconoce y respeta los derechos previstos en la Carta de las Naciones Unidas y la Declaración Universal de Derechos Humanos.

“compatible con la naturaleza de esos derechos”

56. La restricción “compatible con la naturaleza de esos derechos” requiere que una limitación no deberá interpretarse o aplicarse en menoscabo de la naturaleza intrínseca de un determinado derecho.

Artículo 5

57. El artículo 5 (1) hace hincapié en el hecho de que el Estado no tiene ningún derecho general, implícito o residual a imponer limitaciones que no sean específicamente previstas por la ley. Ninguna disposición legal puede interpretarse en el sentido de destruir “cualquiera de los derechos o libertades reconocidos”. Por añadidura, el propósito del artículo 5 es asegurar que ninguna parte del Pacto se interpretará en menoscabo del derecho inherente de todos los pueblos a disfrutar y utilizar plena y libremente sus riquezas y recursos naturales.

58. El propósito del artículo 5 (2) es asegurar que ninguna disposición prevista en el Pacto se interprete en menoscabo de las disposiciones de la legislación interna o de los tratados, convenciones o convenios bilaterales o multilaterales vigentes, o que puedan entrar en vigencia, y que garanticen a las personas protegidas un tratamiento más favorable. Tampoco se interpretará el artículo 5 (2) en menoscabo del ejercicio de cualquier derecho humano protegido en mayor grado conforme a las obligaciones nacionales o internacionales aceptadas por el Estado Parte.

C. Principios interpretativos específicamente relacionados con la Parte III del Pacto

Artículo 8: “que prescriba la ley”

59. Véanse los principios interpretativos mencionados bajo el término sinónimo “determinado por ley” en el artículo 4.

“necesarias en una sociedad democrática”

60. Además de los principios interpretativos mencionados bajo el artículo 4 relativos a la frase “en una sociedad democrática”, el artículo 8 impone una mayor restricción sobre un Estado Parte que ejerza limitaciones sobre los derechos sindicales. Dicho artículo exige que esa limitación sea de hecho necesaria. El término “necesaria” implica que la limitación:

- responda a una urgente necesidad pública o social;
- persiga un objetivo legítimo; y
- sea en proporción a dicho objetivo.

61. Cualquier evaluación en cuanto a la necesidad de una limitación se basará en consideraciones objetivas.

"seguridad nacional"

62. Se permite invocar la seguridad nacional para justificar medidas que limitan determinados derechos sólo cuando éstas se adopten con el fin de proteger la existencia de la nación o su integridad territorial o independencia política contra alguna fuerza o amenaza de fuerza.

63. No se permite invocar la seguridad nacional como motivo para imponer limitaciones con el fin de prevenir una amenaza al orden público meramente local o relativamente aislada.

64. La seguridad nacional no se puede utilizar como pretexto para la imposición de limitaciones vagas o arbitrarias y la misma se puede invocar sólo cuando existen protecciones adecuadas y recursos efectivos contra el abuso.

65. La violación sistemática de los derechos económicos, sociales y culturales socava la seguridad nacional verdadera y podría perjudicar la seguridad y la paz internacionales. Un Estado responsable de dicha violación sistemática no invocará la seguridad nacional para justificar medidas dirigidas a suprimir la oposición a la misma o incurrir en prácticas represivas contra su población.

"orden público (ordre public)"

66. La expresión "orden público (*ordre public*)" tal como se utiliza en el Pacto, se puede definir como el compendio de reglas que aseguran el funcionamiento de la sociedad o el conjunto de principios fundamentales sobre los cuales se funda una sociedad. El respeto de los derechos económicos, sociales y culturales constituye un elemento del orden público (*ordre public*).

67. El orden público (*ordre public*) se interpretará en el contexto de la finalidad de los derechos económicos, sociales y culturales específicos que se limiten por ese motivo.

68. Los órganos o agentes estatales encargados de mantener el orden público (*ordre public*) serán sujetos a controles sobre el ejerci-

cio de su autoridad a través del parlamento, los tribunales y otras entidades competentes.

“derechos y libertades ajenos”

69. El alcance de los derechos y libertades ajenos que podrían actuar como limitación sobre los derechos previstos en el Pacto se extiende más allá de los derechos y libertades reconocidos en el Pacto.

*D. Violaciones a los Derechos Económicos,
Sociales y Culturales*

70. El incumplimiento por parte de un Estado Parte de una obligación prevista en el Pacto constituye, bajo el derecho internacional, una violación del Pacto.

71. Para determinar en qué consiste el incumplimiento, es necesario tomar en cuenta que el Pacto permite al Estado Parte cierto margen de discreción con respecto a la selección de los mecanismos que utilizará para llevar a cabo sus objetivos y que existen factores ajenos a su control inmediato que pueden ejercer un efecto adverso sobre su capacidad de hacer efectivos ciertos derechos.

72. Un Estado Parte incurre en una violación del Pacto, *inter alia*, si:

- no toma alguna medida que le es requerida por el Pacto;
- no elimina rápidamente los obstáculos que está obligado a eliminar para permitir la efectividad inmediata de un derecho;
- no aplica sin demora un derecho que está obligado a garantizar de inmediato conforme al Pacto;
- incumple intencionalmente una norma mínima internacional de realización ampliamente reconocida y cuya efectividad está dentro de sus posibilidades;

- impone una limitación a un derecho reconocido en el Pacto en contraposición con lo estipulado en el Pacto;
- retrasa o interrumpe intencionalmente la realización progresiva de un derecho, al menos que se actúe dentro del contexto de una limitación admitida por el Pacto o por razones de la falta de recursos disponibles o de fuerza mayor;
- no presenta informes tal como lo estipula el Pacto.

73. De conformidad con el derecho internacional, cada Estado Parte al Pacto tiene derecho a expresar su posición de que otro Estado Parte está incumpliendo sus obligaciones conforme al Pacto y hacer del conocimiento de ese Estado Parte dicha posición. Cualquier disputa que pueda surgir se resolverá de conformidad con las reglas del derecho internacional pertinentes a la resolución pacífica de disputas.

PARTE II. CONSIDERACIÓN DE LOS INFORMES DE LOS ESTADOS PARTES Y LA COOPERACIÓN INTERNACIONAL BAJO LA PARTE IV DEL PACTO

A. Preparación y presentación de los informes de los Estados Partes

74. La eficacia de los mecanismos de supervisión previstos en la Parte IV del Pacto depende en gran parte de la dualidad y puntualidad de los informes presentados por los Estados Partes. Por lo tanto, se insta a los gobiernos a asegurar que sus informes sean lo más significativos posible. Con este propósito, se deberían crear mecanismos internos para la realización de consultas con las agencias e instancias gubernamentales competentes, la recopilación de datos pertinentes, la capacitación del personal, el acopio de información básica y consultas con las instituciones no gubernamentales e internacionales relevantes.

75. La preparación de los informes estipulados en el artículo 16 del Pacto se podría facilitar con la puesta en marcha de algunos aspectos del programa de servicios de asesoramiento y asistencia técnica, tal como lo recomendaron los presidentes de los principales órganos de supervisión de derechos humanos en su informe de 1984 a la Asamblea General (Documento de las Naciones Unidas A 39/484).

76. Los Estados Partes deberían ver la obligación de presentar informes como una oportunidad para promover un amplio debate público en torno a los objetivos y políticas dirigidos a la realización de los derechos económicos, sociales y culturales. Con este propósito, los informes deberían recibir una amplia divulgación y cuando sea posible circularse en forma de borrador. La redacción de los informes también debe servir para examinar hasta qué punto las políticas nacionales pertinentes reflejan adecuadamente el alcance y contenido de cada derecho y para especificar los mecanismos que se emplearán para dar cumplimiento a dicho derecho.

77. Se alienta a los Estados Partes a considerar la posibilidad de involucrar a las organizaciones no gubernamentales en la redacción de sus informes.

78. Al informar sobre las medidas legales adoptadas para dar efectividad al Pacto, los Estados Partes no deberían limitarse a una mera descripción de las disposiciones legales correspondientes. En cambio, ellos deberían describir, de la manera adecuada, los recursos legales, procedimientos administrativos y otras medidas que se hayan adoptado para dar efectividad a dichos derechos y se debería incluir también una descripción de la práctica asociada a dichos recursos y procedimientos.

79. Los informes de los Estados Partes deberían incluir información cuantitativa a fin de demostrar hasta qué punto los derechos son protegidos en la realidad. Para tales efectos, se debería incluir datos estadísticos e información sobre las asignaciones y gastos presupuestarios a manera de facilitar una evaluación del cumplimiento de las obligaciones adquiridas conforme al Pacto. Los Estados Partes deberían adoptar, en lo posible, objetivos e indicadores bien defini-

dos en la aplicación del Pacto. Para aumentar la relevancia y comparabilidad de los datos presentados en los informes de los Estados Partes, los objetivos e indicadores escogidos deberían de regirse, en la medida de lo posible, por criterios establecidos en el ámbito de la cooperación internacional.

80. Si fuese necesario, los gobiernos deberían llevar a cabo o encargar estudios que les permitieran suplir cualquier vacío de información sobre los progresos obtenidos y las dificultades enfrentadas en el afán de lograr el respeto de los derechos previstos en el Pacto.

81. Los Estados Partes deberían destacar en sus informes las áreas en las cuales se podría avanzar aún más con el apoyo de la cooperación internacional y proponer programas de cooperación económica y técnica que podrían contribuir a ello.

82. Para asegurar un diálogo sustantivo entre los Estados Partes y los órganos responsables de evaluar el cumplimiento de éstos con las disposiciones previstas en el Pacto, los Estados Partes deberían designar representantes que conocen a profundidad los temas planteados en el informe.

B. La función del Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales

83. Al Comité se le ha encargado la responsabilidad de asesorar al Consejo Económico y Social en lo que respecta al trabajo sustantivo que el Pacto le asigna. En particular, su función incluye la consideración de los informes presentados por los Estados Partes y la formulación de sugerencias y recomendaciones generales, incluyendo sugerencias y recomendaciones sobre cómo los Estados Partes pueden cumplir mejor sus deberes para con el Pacto. La decisión del Consejo Económico y Social de sustituir el Grupo de Trabajo del período de sesiones por un comité de expertos independientes debería mejorar la eficacia de la supervisión del cumplimiento de los Estados Parte.

84. El Consejo Económico y Social debería asegurar al Comité un número de sesiones suficiente para el pleno ejercicio de sus responsabilidades. Para la ejecución efectiva de las funciones del Comité conforme a la resolución del Ecosoc 1985/17, es imprescindible que éste cuente con el personal y las instalaciones necesarios.

85. Para abordar en toda su extensión los temas sustantivos cubiertos en el Pacto, el Comité podría considerar la posibilidad de delegar algunas tareas a sus miembros. Por ejemplo, se podrían establecer criterios de redacción para preparar formulaciones preliminares o recomendaciones generales o resúmenes de la información recibida. Asimismo, se podrían designar relatores que asesoren al Comité, especialmente en la preparación de informes sobre determinados temas. Con esta finalidad, dichos relatores harían consultas con los Estados Partes, las agencias especializadas y expertos en la materia y formularían propuestas sobre proyectos de asistencia económica y técnica que podrían contribuir a superar las dificultades experimentadas por los Estados Partes en el cumplimiento de sus obligaciones bajo el Pacto.

86. De conformidad a los artículos 22 y 23 del Pacto, el Comité, junto con otros órganos de las Naciones Unidas, agencias especializadas y otras organizaciones interesadas, debería considerar la posibilidad de adoptar otras medidas internacionales que pudieran contribuir a la aplicación progresiva del Pacto.

87. El Comité debería examinar nuevamente el actual ciclo de seis años para la presentación de informes a la luz de retrasos que han resultado en la consideración simultánea de informes presentados en distintas fases del ciclo. Asimismo, el Comité debería revisar las directrices elaboradas para asesorar a los Estados Partes con la redacción de sus informes y proponer cualquier modificación necesaria.

88. El Comité debería considerar la posibilidad de invitar a los Estados Partes a hacer comentarios sobre algunos temas seleccionados con el fin de iniciar un diálogo directo y sostenido con el Comité.

89. El Comité debería dar la atención adecuada a los aspectos metodológicos relacionados con la evaluación del cumplimiento de las obligaciones prescritas en el Pacto. Para la evaluación de los informes presentados conforme al Pacto, podría ser útil incluir referencias a indicadores en la medida que éstos faciliten la medición de los progresos obtenidos en la realización de determinados derechos. El Comité debería tomar debidamente en cuenta indicadores seleccionados por, o en el marco de, las agencias especializadas y cuando identifique algún vacío, debería recurrir a o promover investigaciones adicionales, en consulta con las agencias especializadas correspondientes.

90. Siempre que el Comité no esté convencido de que la información proporcionada por el Estado Parte es adecuada para llevar a cabo una evaluación sustantiva de los progresos obtenidos y las dificultades enfrentadas, debería solicitar información suplementaria, especificando, cuando sea necesario, los temas o preguntas que quisiera que el Estado Parte abordara.

91. El Comité, al redactar sus informes de conformidad a la resolución 1985/17 del Ecosoc, debería considerar, además del “sumario de sus consideraciones de los informes”, resaltar los asuntos temáticos planteados en sus deliberaciones.

C. Relaciones entre el Comité, las agencias especializadas y otros órganos internacionales

92. La creación del Comité debería verse como una oportunidad para desarrollar una relación positiva y de beneficio recíproco entre el Comité, las agencias especializadas y otros órganos internacionales.

93. De conformidad con el artículo 18 del Pacto, se debería considerar la concertación de nuevos acuerdos siempre y cuando éstos puedan mejorar la contribución de las agencias especializadas a la labor del Comité. Tomando en cuenta que los métodos de trabajo con respecto a la aplicación de los derechos económicos, sociales y

culturales varían de una agencia especializada a otra, es conveniente ser flexible en lo referente a los acuerdos mencionados en el artículo 18.

94. Para asegurar una supervisión adecuada de la aplicación del Pacto bajo la Parte IV, es imprescindible que se entable un diálogo entre las agencias especializadas y el Comité sobre asuntos de interés común. En las consultas, se debería tratar de forma especial la necesidad de establecer indicadores de evaluación del cumplimiento del Pacto; redactar directrices para la presentación de los informes de los Estados Partes; acordar mecanismos para la presentación de los informes de las agencias especializadas conforme al artículo 18. Se debería también tener en cuenta cualquier procedimiento pertinente adoptado por las agencias. Sería muy beneficioso que representantes de estas últimas asistieran a las reuniones del Comité.

95. Sería muy beneficioso que los miembros del Comité visitaran las agencias especializadas interesadas, que conocieran personalmente los programas de las agencias que resultan relevantes para la realización de los derechos previstos en el Pacto y que además conversaran sobre las posibles áreas de colaboración con dichas agencias.

96. Se deberían iniciar consultas entre el Comité, las instituciones financieras internacionales y las agencias de desarrollo para intercambiar información e ideas sobre la distribución de los recursos disponibles relativa a la efectividad de los derechos consagrados en el Pacto. En el contexto de estos intercambios se debería analizar el impacto de la asistencia económica internacional en los esfuerzos de los Estados Partes por aplicar el Pacto y las posibilidades de cooperación técnica y económica conforme al artículo 22 del Pacto.

97. Además de las responsabilidades consignadas en el artículo 19 del Pacto, la Comisión de Derechos Humanos debería tener en cuenta el trabajo del Comité en el momento de tratar los puntos de su agenda relacionados con los derechos económicos, sociales y culturales.

98. El Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales y el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos

son instrumentos complementarios. Aunque la mayoría de los derechos caben claramente dentro del marco de uno de los dos Pactos, existen varios derechos y disposiciones que se mencionan en ambos instrumentos y que no se prestan a una clara diferenciación. Es más, algunas disposiciones y artículos aparecen en ambos Pactos. En vista de lo anterior, es importante establecer mecanismos de consulta entre el Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales y el Comité de Derechos Humanos.

99. Dada la relevancia que otros instrumentos legales internacionales tienen para el Pacto, el Consejo Económico y Social debería dar consideración prioritaria a la creación de mecanismos de consulta eficaces entre los distintos órganos de supervisión.

100. Se les insta a las organizaciones intergubernamentales internacionales y regionales dedicadas a la realización de los derechos económicos, sociales y culturales a adoptar medidas adecuadas para fomentar la aplicación del Pacto.

101. En vista de que el Comité es un órgano subsidiario del Consejo Económico y Social, se insta a las organizaciones no gubernamentales reconocidas como entidades consultivas por el Consejo Económico y Social a asistir y dar seguimiento a las reuniones del Comité y, cuando sea conveniente, presentar información de conformidad a la resolución 1296 (XLIV) del Ecosoc.

102. El Comité debería crear conjuntamente con otras organizaciones intergubernamentales, organizaciones no gubernamentales e instituciones de investigación, un sistema común para registrar, archivar y facilitar el acceso a la jurisprudencia y otros materiales interpretativos relacionados a los instrumentos internacionales de derechos económicos, sociales y culturales.

103. De acuerdo a las medidas recomendadas en el artículo 23, se propone que periódicamente se celebren seminarios con el fin de revisar el trabajo del Comité y los progresos obtenidos por los Estados Partes en la realización de los derechos económicos, sociales y culturales.

Directrices de Maastricht
sobre violaciones a los
derechos económicos, sociales y culturales
Maastricht, 26 de enero de 1997

Introducción

Con motivo del décimo aniversario de los Principios de Limburg sobre la Aplicación del Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales (en adelante ‘Principios de Limburg’), entre el 22-26 de enero de 1997, se reunió en Maastricht un grupo de más de treinta expertos invitados por la Comisión Internacional de Juristas (Ginebra, Suiza), el Instituto de Derechos Humanos Urban Morgan (Cincinnati, Ohio, Estados Unidos de América), y el Centro de Derechos Humanos de la Facultad de Derecho de la Universidad de Maastricht (Países Bajos). Dicha reunión tuvo como objetivo ampliar el entendimiento de los Principios de Limburg con respecto a la naturaleza y el alcance de las violaciones a los derechos económicos, sociales y culturales, y las respuestas y recursos adecuados a los mismos.

Los participantes acordaron unánimemente en [sic] las siguientes directrices las cuales, a su entender, reflejan la evolución del derecho internacional a partir del año 1986. Estas directrices tienen como propósito ser de utilidad para todos los que se dedican a conocer e identificar las violaciones a los derechos económicos, sociales y culturales y ofrecer recursos a las mismas, y en particular, aquellas entidades encargadas de la vigilancia y administración de justicia a los niveles nacional, regional e internacional.

I. LA IMPORTANCIA DE LOS DERECHOS ECONÓMICOS, SOCIALES Y CULTURALES

1. A partir de la aprobación de los Principios de Limburg en 1986, las condiciones económicas y sociales de más de 1.600 millones de

personas se han deteriorado a una velocidad alarmante mientras que para más de la cuarta parte de la población mundial las mismas han mejorado, también a un ritmo dramático. En las últimas tres décadas, la brecha entre ricos y pobres se ha duplicado, con el resultado de que la quinta parte más pobre de la población mundial percibe el 1,4% de la renta mundial mientras que la quinta parte más rica percibe el 85%. El impacto de esta brecha en la vida de la gente, y especialmente los pobres, es dramático y, para una parte significativa de la humanidad el goce de los derechos económicos, sociales y culturales es ilusorio.

2. Desde el fin de la guerra fría, en todas las regiones del mundo existe una tendencia a limitar la función del Estado, confiando en el mercado para solucionar los problemas del bienestar humano que a menudo responden a condiciones generadas por instituciones y mercados financieros internacionales y nacionales y en el afán de atraer inversiones provenientes de empresas multinacionales que disponen de más riqueza y poder que muchos Estados. Ahora ya no se da por sentado que la realización de los derechos económicos, sociales y culturales depende en gran medida de la acción del Estado. Sin embargo, conforme al derecho internacional, el Estado sigue siendo el responsable de asegurar la realización de dichos derechos. Si bien las tendencias aquí mencionadas complican la tarea de responder a violaciones de los derechos económicos, sociales y culturales, se vuelve cada vez más urgente tomar en serio estos derechos y, por consiguiente, ocuparse de responsabilizar a los gobiernos que no cumplan sus obligaciones en esta materia.

3. Desde 1986, en el plano legal también ha habido avances significativos que han realzado los derechos económicos, sociales y culturales, incluyendo la jurisprudencia emergente del Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales y la aprobación de instrumentos como la Carta Social Europea Revisada de 1996, el Protocolo Facultativo de la Carta Europea Constituyendo un Régimen de Reclamaciones Colectivas y el Protocolo de San Salvador a la Con-

vención Americana sobre los Derechos Humanos en la Esfera de los Derechos Económicos, Sociales y Culturales de 1988. Los gobiernos se han comprometido a dar una respuesta más eficaz a los derechos económicos, sociales y culturales dentro del marco de las siete Conferencias Mundiales de las Naciones Unidas (1992-1996).

Asimismo, existe la posibilidad de mejorar la rendición de cuentas en casos de violaciones a los derechos económicos, sociales y culturales mediante los proyectos de Protocolo Facultativo para el Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales y la Convención sobre la Eliminación de todas las formas de discriminación contra la mujer. En la misma forma, se han visto adelantos significativos en la esfera de los derechos económicos, sociales y culturales dentro de los movimientos de la sociedad civil y las organizaciones no gubernamentales regionales e internacionales.

4. Hoy en día es indudable que los derechos humanos en su conjunto son indivisibles, interdependientes, interrelacionados y de igual importancia para la dignidad humana. En vista de lo anterior, los Estados tienen la misma responsabilidad en cuanto a las violaciones a los derechos económicos, sociales y culturales y las violaciones a los derechos civiles y políticos.

5. Al igual que los derechos civiles y políticos, conforme al derecho internacional, el incumplimiento de un Estado Parte con una obligación relativa a los derechos económicos, sociales y culturales adquirida por medio de un tratado constituye una violación de dicho tratado. Fundamentándose en los Principios de Limburg, las consideraciones presentadas a continuación se refieren principalmente al Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales (en adelante “el Pacto”). Sin embargo, tienen igual valor en la interpretación y aplicación de otras normas del derecho internacional y del derecho interno en materia de los derechos económicos, sociales y culturales.

II. EL SIGNIFICADO DE LOS DERECHOS ECONÓMICOS, SOCIALES Y CULTURALES

Las obligaciones de respetar, proteger y cumplir

6. Al igual que los derechos civiles y políticos, los derechos económicos, sociales y culturales imponen sobre los Estados tres tipos de obligaciones distintas: las obligaciones de respetar, proteger y cumplir. El incumplimiento de cualquiera de estas tres obligaciones constituye una violación a dichos derechos. La obligación de respetar requiere que el Estado se abstenga de obstaculizar el goce de los derechos económicos, sociales y culturales. Así, el derecho a la vivienda se infringe si el Estado lleva a cabo expulsiones forzosas arbitrarias. La obligación de proteger exige al Estado prevenir violaciones a estos derechos por parte de terceros. Así, el no asegurar que los empleadores privados cumplan las normas básicas de trabajo podría constituir una violación al derecho a trabajar o a condiciones de trabajo equitativas y satisfactorias. La obligación de cumplir requiere que el Estado adopte las medidas legislativas, administrativas, presupuestarias, legales y de otra índole adecuadas para lograr la plena efectividad de dichos derechos. Así, podría constituirse una violación si el Estado no proporciona la atención primaria de salud esencial a las personas que lo necesiten.

Las obligaciones de conducta y resultado

7. Las obligaciones de respetar, proteger y cumplir incluyen elementos de obligación de conducta y de obligación de resultado. La obligación de conducta exige acciones racionalmente concebidas con el propósito de asegurar el ejercicio de un derecho específico. Por ejemplo, en el caso del derecho a la salud, la obligación de conducta podría implicar la aprobación y ejecución de un plan de acción destinado a reducir el índice de mortalidad materna. La obligación de resultado requiere que los Estados cumplan objetivos concretos que satisfagan una norma sustantiva precisa. Por ejemplo, con respecto

al derecho a la salud, la obligación de resultado exige que se reduzca la tasa de mortalidad materna a los niveles acordados en la Conferencia Internacional de El Cairo sobre la Población y el Desarrollo de 1994, y la Cuarta Conferencia Mundial de Beijing sobre la Mujer de 1995.

Margen de discreción

8. Al igual que con los derechos civiles y políticos, los Estados cuentan con un margen de discreción en la selección de los mecanismos a usar para hacer efectivas sus respectivas obligaciones. Tanto la práctica de los Estados, como la forma en que las entidades internacionales de supervisión de tratados y los tribunales nacionales aplican las normas legales a casos y situaciones concretos, han contribuido a la evolución de normas mínimas universales y a una comprensión común acerca del alcance, la naturaleza y las limitaciones de los derechos económicos, sociales y culturales. El que la plena efectividad de la mayoría de los derechos económicos, sociales y culturales sólo pueda lograrse progresivamente, como ocurre también con la mayoría de los derechos civiles y políticos, no cambia la naturaleza de la obligación legal que requiere que los Estados adopten algunas medidas de forma inmediata y otras a la mayor brevedad posible. Por lo consiguiente, al Estado le corresponde la obligación de demostrar logros cuantificables encaminados a la plena efectividad de los derechos aludidos. Los Estados no pueden recurrir a las disposiciones relativas a la “aplicación progresiva” del artículo 2 del Pacto como pretexto del incumplimiento. Del mismo modo, los Estados no pueden justificar la derogación o limitación de los derechos reconocidos en el Pacto en base a diferencias en las tradiciones sociales, religiosas o culturales.

Obligaciones mínimas esenciales

9. Un Estado incurre en una violación del Pacto cuando no cumple lo que el Comité de Derechos Económicos, Sociales y Cultura-

les denomina “una obligación mínima esencial de asegurar la satisfacción de por lo menos los niveles mínimos esenciales de cada uno de los derechos [...]. Por ejemplo, incurre *prima facie* en una violación del Pacto un Estado Parte en el cual un número significativo de personas se ven privadas de alimentos esenciales, atención básica de salud, habitación y vivienda mínima o las formas más básicas de enseñanza.” Estas obligaciones mínimas esenciales son aplicables independiente de la disponibilidad de recursos en el país de que se trate o cualquier otro factor o dificultad.

Disponibilidad de recursos

10. En muchos casos, la mayoría de los Estados pueden cumplir dichas obligaciones sin mayores dificultades y sin que esto tenga implicaciones significativas en cuanto a los recursos. En otros casos, sin embargo, la plena realización de los derechos puede depender de la disponibilidad de los recursos financieros y materiales adecuados. No obstante, de conformidad con los Principios de Limburg 25-28, y tal como lo reafirma la jurisprudencia evolutiva del Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, la escasez de recursos no exime a los Estados de ciertas obligaciones mínimas esenciales en la aplicación de los derechos económicos, sociales y culturales.

Políticas estatales

11. Existe una violación de los derechos económicos, sociales y culturales cuando un Estado lleva a cabo, por acción u omisión, cualquier política o práctica que intencionalmente viola o ignora las obligaciones previstas en el Pacto, o cuando no alcanza la correspondiente norma de conducta o resultado establecida. Asimismo, constituye una violación del Pacto cualquier tipo de discriminación fundada en la raza, el color, el sexo, la lengua, la religión, la opinión política o de otra índole, el origen nacional o social, la propiedad, el nacimiento o cualquier otra condición cuyo objeto o resultado sea invalidar o

menoscabar el goce o ejercicio en pie de igualdad de los derechos económicos, sociales y culturales.

Discriminación sexual

12. Las discriminaciones contra la mujer con respecto a los derechos reconocidos en el Pacto se entienden a la luz de la norma de igualdad de la mujer establecida en la Convención sobre la eliminación de todas las formas de discriminación contra la mujer. Dicha norma exige la eliminación de todas las formas de discriminación contra la mujer incluida la discriminación sexual que resulta de desventajas sociales y culturales y otras desventajas estructurales.

Incapacidad de cumplir

13. Para determinar cuáles acciones u omisiones constituyen una violación a los derechos económicos, sociales y culturales, es importante distinguir entre la falta de capacidad y la falta de voluntad del Estado de cumplir sus obligaciones bajo los tratados internacionales. Un Estado que afirma que no puede cumplir con su obligación por motivos ajenos a su control, tiene la responsabilidad de comprobar que este es el caso. Por ejemplo, el cierre temporal de una institución de enseñanza debido a un terremoto constituiría una circunstancia ajena al control del Estado, mientras que la eliminación de un régimen de seguridad social sin contar con un programa de sustitución adecuado, demostraría la falta de voluntad política, de parte del Estado, de cumplir con sus obligaciones.

Violaciones mediante actos de comisión

14. Las acciones directas de los Estados o de otras entidades no reguladas adecuadamente por el Estado pueden resultar en violaciones a los derechos económicos, sociales y culturales. A continuación se mencionan algunos ejemplos de dichas violaciones:

- (a) La anulación o suspensión de cualquier legislación que sea necesaria para seguir ejerciendo un derecho económico, social y cultural que esté vigente en ese momento;
- (b) La denegación activa de estos derechos a determinados individuos o grupos mediante cualquier forma de discriminación legislada o impuesta;
- (c) El apoyo activo a cualquier medida adoptada por terceros que sea contraria a los derechos económicos, sociales y culturales;
- (d) La aprobación de cualquier legislación o política que sea claramente incompatible con las obligaciones legales preexistentes relativas a estos derechos, salvo cuando esto se hace con el propósito y efecto de aumentar la igualdad y mejorar la realización de los derechos económicos, sociales y culturales de los grupos más vulnerables;
- (e) La adopción de cualquier medida que sea intencionalmente regresiva y que reduzca el nivel de protección de cualquiera de estos derechos;
- (f) La obstaculización o interrupción intencional de la realización progresiva de un derecho previsto en el Pacto, salvo cuando el Estado actúa dentro de los parámetros de una limitación estipulada en el Pacto o debido a la falta de recursos disponibles o fuerza mayor;
- (g) La reducción o desviación de un gasto público específico, cuando dicha reducción o desviación resulta en la imposibilidad del goce de estos derechos y no sea acompañada por la adopción de medidas adecuadas que aseguren a todos la subsistencia mínima.

Violaciones mediante actos de omisión

15. Las violaciones a los derechos económicos, sociales y culturales también pueden resultar de la omisión o incumplimiento del Estado en relación a la adopción de las medidas necesarias derivadas de sus obligaciones legales. A continuación se mencionan algunos ejemplos de dichas violaciones:

- (a) La no adopción de las medidas adecuadas estipuladas en el Pacto;
- (b) La no modificación o revocación de cualquier legislación que sea claramente inconsistente con una obligación prevista en el Pacto;
- (c) La no aplicación de legislaciones o ejecución de políticas destinadas a hacer efectivas las disposiciones en el Pacto;
- (d) La no regulación de actividades de particulares o grupos para evitar que éstos violen los derechos económicos, sociales y culturales;
- (e) La no utilización al máximo de los recursos disponibles para lograr la plena realización del Pacto;
- (f) La falta de vigilancia de la efectividad de los derechos económicos sociales y culturales, incluyendo la elaboración y aplicación de criterios e indicadores para evaluar el acatamiento;
- (g) La no eliminación inmediata de los obstáculos que debe eliminar para permitir la efectividad inmediata de un derecho garantizado en el Pacto;
- (h) La no aplicación inmediata de un derecho que debe tener efectividad inmediata conforme al Pacto;
- (i) El no cumplimiento de la norma mínima internacional de realización cuando dicho cumplimiento queda dentro de sus posibilidades;
- (j) Cuando el Estado, al celebrar convenios bilaterales o multilaterales con otro Estado y con organizaciones internacionales o empresas multinacionales, no tenga en cuenta sus obligaciones legales internacionales en la esfera de los derechos económicos, sociales y culturales.

III. RESPONSABILIDAD DE LAS VIOLACIONES

Responsabilidad del Estado

16. En principio se puede atribuir la responsabilidad de las viola-

ciones mencionadas en la Sección II al Estado dentro de cuya jurisdicción se producen. Por lo tanto, para corregir estas violaciones, el Estado responsable deberá crear mecanismos de vigilancia, investigación, procesamiento y recursos para las víctimas.

Dominación u ocupación extranjera

17. En circunstancias de dominación extranjera, la privación de los derechos económicos, sociales y culturales podría ser imputable al Estado ejerciendo el control efectivo sobre el territorio en alusión. Esto es cierto en situaciones de colonialismo u otras formas de dominación extranjera y ocupación militar. La autoridad dominante u ocupante es la responsable de las violaciones a los derechos económicos, sociales y culturales. Asimismo, existen otras circunstancias en las cuales los Estados actuando de manera conjunta violan los derechos económicos, sociales y culturales.

Acciones de entidades no estatales

18. Un elemento de la obligación de proteger es la responsabilidad del Estado de asegurar que entidades privadas o particulares, incluidas las empresas transnacionales sobre las cuales ejerce jurisdicción, no violen los derechos económicos, sociales y culturales de las personas. Los Estados son responsables de las violaciones a los derechos económicos, sociales y culturales que resultan cuando no controlan con la debida diligencia la conducta de dichos actores no estatales.

Acciones de organizaciones internacionales

19. Las obligaciones de los Estados de proteger los derechos económicos, sociales y culturales incluyen también su participación en organizaciones internacionales en las cuales actúan colectivamente. Es especialmente importante que los Estados utilicen su influencia

para asegurar que los programas y políticas en los cuales participan no resulten en violaciones. Para eliminar las violaciones a los derechos económicos, sociales y culturales, es imprescindible que las organizaciones internacionales, incluidas las instituciones financieras internacionales, modifiquen sus políticas y prácticas de modo que no resulten en privaciones de los derechos económicos, sociales y culturales. Los Estados miembros de dichas organizaciones, actuando individualmente o por medio de juntas directivas, así como también el secretariado y las organizaciones no gubernamentales, deberían promover y generalizar la tendencia que ya existe dentro de algunas organizaciones encaminada a la revisión de sus políticas y programas a la luz de temas relativos a los derechos económicos, sociales y culturales. Esto es especialmente importante cuando estas políticas y programas se ejecuten en países que carecen de recursos para hacer frente a las presiones provenientes de las instituciones internacionales en lo referente a la toma de decisiones afectando los derechos económicos, sociales y culturales.

IV. VÍCTIMAS DE VIOLACIONES

Individuos y grupos

20. Al igual que con los derechos civiles y políticos, tanto individuos como grupos pueden ser víctimas de violaciones a los derechos económicos, sociales y culturales. En este sentido, algunos grupos sufren de forma desproporcionada, como por ejemplo personas de bajos ingresos, mujeres, pueblos indígenas y tribales, poblaciones en situaciones de ocupación, personas que buscan asilo, refugiados y desplazados internos, minorías, personas mayores, niños, campesinos sin tierra, personas con discapacidad y los desamparados.

Sanción penal

21. Ninguna víctima de violaciones a los derechos económicos, sociales y culturales debería ser objeto de sanciones penales debido exclusivamente a su condición de víctima, por ejemplo, de leyes que penalizan el hecho de ser desamparado. Asimismo, nadie debería ser sujeto a sanciones penales por el hecho de reclamar sus derechos económicos, sociales y culturales.

V. RECURSOS Y OTRAS RESPUESTAS A LAS VIOLACIONES

Acceso a los recursos

22. Toda persona o grupo víctima de una violación a los derechos económicos, sociales y culturales debería tener acceso a recursos legales eficaces o a otros recursos adecuados a nivel nacional e internacional.

Resarcimiento adecuado

23. Toda víctima de violaciones a los derechos económicos, sociales y culturales tiene el derecho al resarcimiento adecuado, en la forma de restitución, compensación, rehabilitación y satisfacción o garantías de no repetición.

Abstenerse de sancionar oficialmente las violaciones

24. Los órganos nacionales judiciales y de otra índole de un Estado deberán asegurarse de que sus declaraciones no resulten en la aprobación oficial de cualquier violación a una obligación internacional asumida por dicho Estado. Como mínimo, al formular cualquier decisión concerniente a las violaciones a los derechos económicos, sociales y culturales, los sistemas judiciales nacionales

deberían considerar como medios interpretativos las disposiciones pertinentes del derecho internacional y regional de derechos humanos.

Instituciones nacionales

25. Las entidades de promoción y supervisión, como las procuradurías y comisiones de derechos humanos nacionales deberían responder a violaciones a los derechos económicos, sociales y culturales con la misma energía con la que responden a violaciones a los derechos civiles y políticos.

Aplicación interna de los instrumentos internacionales

26. La incorporación o aplicación directa en el régimen legal interno de los instrumentos internacionales de derechos económicos, sociales y culturales puede aumentar de manera significativa el alcance y la eficacia de los recursos y, por lo tanto, esto debería de promoverse en todos los casos.

Impunidad

27. Los Estados deben establecer medidas eficaces para evitar la posibilidad de impunidad en cualquier violación a los derechos económicos, sociales y culturales y para asegurar que ninguna persona que pueda resultar responsable de cualquier violación a dichos derechos goce de inmunidad de responsabilidad por sus acciones.

La función de las profesiones legales

28. Con el fin de establecer recursos legales y de otra índole eficaces para las víctimas de violaciones a los derechos económicos, sociales y culturales, los abogados, jueces, adjudicadores, asociaciones de abogados y la comunidad legal en general deberían prestar

mucha más atención a dichas violaciones en el ejercicio de sus profesiones, tal como lo recomienda la Comisión Internacional de Juristas en la Declaración de Bangalore y el Plan de Acción de 1995.

Relatores especiales

29. Con el fin de fortalecer aún más los mecanismos internacionales de prevención, advertencia temprana, supervisión y reparación de las violaciones a los derechos económicos, sociales y culturales, la Comisión de Derechos Humanos de las Naciones Unidas debería designar relatores especiales temáticos en este campo.

Nuevas normas

30. Con el fin de seguir clarificando el contenido de las obligaciones de los Estados de respetar, proteger y cumplir los derechos económicos sociales y culturales, tanto los Estados como las entidades internacionales pertinentes deberían perseguir activamente la aprobación de nuevas normas sobre derechos económicos, sociales y culturales específicos, en particular el derecho a trabajar, a la alimentación, a la vivienda y a la salud.

Protocolos facultativos

31. Se debería aprobar y ratificar sin dilación el protocolo facultativo que permita a los individuos o grupos presentar denuncias relativas a los derechos reconocidos en el Pacto. Se debería asegurar que el proyecto de protocolo facultativo para la Convención sobre la eliminación de todas las formas de discriminación contra la mujer dedique la misma atención a violaciones de los derechos económicos, sociales y culturales. Además, se debería tomar en consideración establecer un procedimiento facultativo para la presentación de quejas bajo la Convención sobre los derechos del niño.

Documentación y vigilancia

32. Todos los actores pertinentes incluyendo organizaciones no gubernamentales, gobiernos nacionales y organizaciones internacionales, deberían ocuparse de la documentación y vigilancia de violaciones a los derechos económicos, sociales y culturales. Es imprescindible que las organizaciones internacionales pertinentes presten el apoyo necesario a la aplicación de los instrumentos internacionales en esta materia. La promoción de los derechos económicos, sociales y culturales es parte del mandato de la Oficina del Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Derechos Humanos por lo que es necesario adoptar, de manera urgente, medidas eficaces y disponer del personal y de los recursos financieros adecuados para lograr este objetivo. Asimismo, las agencias especializadas y otras organizaciones internacionales que trabajan en los campos económico y social deberían enfatizar de forma apropiada los derechos económicos, sociales y culturales como derechos, y si no lo están haciendo, deberían contribuir a los esfuerzos por responder a las violaciones de estos derechos.

Igualdad y no discriminación

Comité para la eliminación de la Discriminación Racial
de las Naciones Unidas

Caso Miroslav Lacko contra República Eslovaca

Comunicación 11 de 1998

Decisión adoptada el 9 de agosto de 2001

1. El peticionario es Miroslav Lacko, ciudadano eslovaco de origen romaní. Afirma que en su caso la República Eslovaca ha violado los artículos 2, 3, 4, 5 y 6 de la Convención Internacional sobre la Eliminación de todas las Formas de Discriminación Racial. Está representado por el Centro Europeo de Derechos de los Romaníes, organización no gubernamental con sede en Budapest, en calidad de abogado.

Los hechos expuestos por el peticionario

2.1. El 24 de abril de 1997, el peticionario, junto con otros romaníes, fue a tomar algo en el restaurante de la estación central del ferrocarril en Kosice (Eslovaquia). Poco después de llegar, una camarera les dijo que se marcharan. La camarera dijo que obedecía las órdenes del dueño de no servir a los romaníes. El peticionario pidió hablar con el encargado y se le indicó un señor, quien le explicó que no atendían a romaníes porque varios de ellos habían destruido algunos enseres del restaurante. Cuando el peticionario comentó que ni él ni sus acompañantes habían roto nada, el encargado repitió que sólo se atendería a romaníes educados.

2.2. El 7 de mayo de 1997, el peticionario presentó una denuncia ante la Fiscalía General de Bratislava y pidió que se realizara una

indagación para determinar si se había cometido un delito. El caso se asignó a la Fiscalía del Condado de Kosice, que lo remitió a la Policía del Ferrocarril. Entretanto, el autor recurrió también a la Inspección de Comercio de Eslovaquia, que supervisa el funcionamiento de empresas comerciales. En una carta dirigida al peticionario, de fecha 12 de septiembre de 1997, la Inspección le informó de que había investigado la denuncia y había observado que el restaurante había atendido a mujeres romaníes y de que el dueño del restaurante se había comprometido a no volver a hacer objeto de discriminación a clientes educados, aunque fueran romaníes.

2.3. Por resolución de 8 de abril de 1998, el Departamento de la Policía del Ferrocarril de Kosice informó de que había investigado el asunto sin encontrar indicios de delito. El peticionario recurrió la resolución ante la fiscalía del condado, que el 24 de abril de 1998 decidió que la resolución era válida y que no había ninguna más de recurso.

La denuncia

3.1. El abogado afirma que el hecho de que no se hayan tomado medidas antidiscriminatorias en este caso pone de manifiesto la inexistencia en Eslovaquia de leyes que prohíban expresa y efectivamente la discriminación racial en el acceso a los lugares públicos. Ello obliga al Sr. Lacko a vivir en una incertidumbre perenne –a merced de los antojos raciales del dueño del restaurante– de si se le permitirá entrar al restaurante o no. Si el dueño decide que un día se atiende a los “romaníes educados”, será atendido si se le juzga bastante “educado”. Pero si el propietario decide que ese día no se atenderá a ningún romaní o que el firmante no es bastante “educado” no será atendido.

3.2. El abogado afirma que se han violado algunos de los derechos que la Convención garantiza al peticionario, entre ellos los enunciados en el apartado d) del párrafo 1 del artículo 2, considerado conjuntamente con el apartado f) del artículo 5, los párrafos 2 y 3 y

el apartado c) del párrafo 4 del artículo 2, y el artículo 6 de la Convención.

3.3. El abogado afirma que en la legislación penal eslovaca no existe ninguna disposición aplicable al presente caso, como se exige en el párrafo 1 del artículo 2, considerado conjuntamente con el apartado f) del artículo 5 de la Convención. Se ha negado al peticionario la igualdad ante la ley porque él y sus compañeros romaníes fueron objeto de discriminación cuando no se les quiso servir en el restaurante por motivos de raza u origen étnico.

3.4. El abogado sostiene que al negársele el servicio en el restaurante, al pedirle que se marchara sólo por motivos raciales y al decirle que únicamente se admitirían romaníes “educados”, el peticionario fue objeto de una política de segregación racial. Como el Estado Parte no ha ofrecido ninguna solución ni existe una norma jurídica que prohíba expresamente la discriminación en el acceso a los lugares públicos, ha incumplido su obligación en virtud del artículo 3 de la Convención.

3.5. Al no sancionar o remediar el Estado Parte la discriminación por motivo racial de la que se hizo objeto al peticionario y a sus acompañantes romaníes, ha promovido, de hecho, la discriminación racial, en violación del apartado c) del artículo 4 de la Convención. Además, el hecho de que se haya continuado arrendando al restaurante un espacio en la principal estación ferroviaria, que pertenece a una institución pública, constituye también una promoción de la discriminación racial por parte de las instituciones públicas.

3.6. El abogado dice también que el objetivo de la comunicación es que el Comité recomiende: a) que el Estado Parte indemnice al peticionario por el trato humillante y degradante de que fue objeto al ser discriminado por motivos de raza en el restaurante, b) que el Estado Parte tome disposiciones eficaces para que el restaurante no siga practicando la discriminación racial, y c) que el Estado Parte apruebe leyes que prohíban expresamente la discriminación racial en lugares o servicios destinados al uso público y facilite medios eficaces para lograrlo.

Observaciones del Estado Parte sobre admisibilidad

4.1. En su respuesta de 23 de junio de 1999, el Estado Parte afirma que la comunicación es inadmisibile por no haberse agotado los recursos de la jurisdicción interna. De conformidad con lo dispuesto en el párrafo 2 del artículo 30 de la Ley No. 314/1996 sobre el Ministerio Fiscal, el peticionario podía haber pedido a la Fiscalía Regional de Kosice que examinara la legalidad de la resolución. Una decisión de la Fiscalía Regional podría tener consecuencias importantes y dar lugar a nuevas actuaciones por parte de la Fiscalía de Distrito y la Policía del Ferrocarril.

4.2. Además, el peticionario pudo interponer una demanda judicial con arreglo al artículo 11 del Código Civil, que dice que las personas físicas tienen derecho a que se proteja su honra, dignidad humana, vida privada, nombre y manifestaciones de carácter personal. Uno de los atributos de la persona es también formar parte de una minoría nacional o grupo étnico particulares; por lo tanto, el agraviado puede interponer una acción en defensa de su persona y pedir al tribunal competente una reparación o indemnización por daño moral. En la resolución de la Fiscalía de Distrito se señaló, a este respecto, que la parte agraviada tenía derecho a reclamar daños y perjuicios ante un tribunal civil competente.

4.3. Además, el peticionario pudo haber denunciado el procedimiento y el resultado de la investigación llevada a cabo por la Inspección de Comercio ante la Inspección Central de la Inspección de Comercio Eslovaca o ante el Ministerio de Economía del que depende la Inspección de Comercio. También hubiera podido quejarse ante la Oficina del Gobierno de la República Eslovaca que, con arreglo al artículo 2 de la Ley No. 10/1996 sobre la inspección de la administración del Estado, revisa la tramitación de peticiones, denuncias, comunicaciones y solicitudes. Tampoco formuló una petición ante la Oficina de Licencias Comerciales, en virtud del artículo 1 de la Ley No. 71/1967 de procedimiento administrativo (Normas de Procedimiento Administrativo). Incluso, el Fiscal de Distrito le

informó el 3 de julio de 1997 de que podía formular peticiones ante dichos órganos facultativos.

4.4. El Estado Parte sostiene también que la comunicación no aclara cuáles son los derechos del peticionario, garantizados en virtud del ordenamiento jurídico del país, que fueron conculcados, qué recursos de la jurisdicción interna aprovechó, ni cuándo tuvieron lugar las pretendidas violaciones. En su denuncia ante el Fiscal General, el peticionario mencionó la existencia de un delito de apoyo y fomento de movimientos encaminados a suprimir los derechos y las libertades civiles enunciados en el artículo 260 del Código Penal. La Policía del Ferrocarril suspendió el examen del caso porque no halló razones de la existencia de delito y porque el restaurante atendió al autor y a sus acompañantes. En su recurso contra la resolución de la Policía del Ferrocarril, el autor no hizo objeción a la conclusión relativa al pretendido delito sino que denunció la violación de la Ley No. 634/1992 de protección del consumidor. Por otro lado, en su denuncia ante la Inspección de Comercio el peticionario pidió que se investigara la violación de una ley inexistente de protección de la integridad. En ninguna de las quejas quedó claro qué violación de la Ley No. 634/1992 de protección del consumidor denunciaba el peticionario ni qué tipo de reparación pedía.

4.5. Según el Estado Parte, como se comunicó al peticionario en carta de fecha 12 de septiembre de 1997, el personal de la Inspección de Comercio se personó [sic] en el restaurante acompañado de varias mujeres romaníes, que fueron debidamente atendidas y no fueron objeto de ninguna discriminación. Más tarde la Inspección visitó el restaurante en varias ocasiones y no halló ninguna irregularidad como las que señala el peticionario ni recibió quejas similares a la del Sr. Lacko.

Comentarios del letrado

5.1. En su respuesta de fecha 2 de agosto de 1999, el abogado refuta el argumento del Estado Parte de que no se agotaron los re-

curso de la jurisdicción interna. Afirma que, según la jurisprudencia internacional en materia de derechos humanos, hay que agotar los recursos locales disponibles, efectivos y suficientes.

5.2. El letrado sostiene que formular una petición ante la Fiscalía Regional no puede considerarse un recurso efectivo. Habiendo presentado una reclamación por lo penal y habiendo esperado casi un año la conclusión de la instrucción del caso, habiendo recurrido luego oportunamente la resolución de la policía y habiéndose desestimado finalmente su recurso, el peticionario no tenía ninguna obligación de interponer ningún otro recurso penal, sobre todo porque se le dijo expresamente que no podía formular ninguna otra denuncia.

5.3. El abogado afirma que el Estado Parte no ha señalado ninguna ley ni ningún hecho que sugieran que una segunda denuncia habría sido acogida más favorablemente que la reclamación penal inicialmente presentada. Las peticiones reiteradas no constituyen “recursos efectivos” a los efectos de los requisitos de admisibilidad. Desde que la Fiscalía de Distrito adoptara su decisión el 24 de abril de 1998, no se produjeron nuevos hechos que justificaran otra petición.

5.4. El abogado indica que no era preciso que el peticionario interpusiera ningún recurso penal por la discriminación racial de que fue objeto porque, conforme a las disposiciones legislativas, en el Estado Parte no hay recursos penales efectivos en caso de discriminación racial. El Estado Parte no ha señalado una sola disposición del Código Penal que castigue expresamente la discriminación por motivos de raza u origen étnico en el acceso a lugares públicos. Los únicos artículos del Código que se refieren al racismo hablan de expresiones racistas y actos de violencia por motivos raciales.

5.5. El abogado refuta también el argumento del Estado Parte de que el peticionario no interpuso una acción civil. Se dice que el derecho eslovaco no prevé ningún recurso civil o administrativo efectivo en caso de discriminación racial. El artículo 11 del Código Civil trata de los actos de difamación o intromisión en la vida privada,

pero no habla de discriminación por motivos de raza u origen étnico. Las leyes de protección al consumidor tampoco contienen ninguna disposición concreta contra la discriminación de una raza que permita examinar el presente caso con arreglo a la Convención.

5.6. Los únicos recursos que la Junta de Licencias Comerciales o la Inspección de Comercio de Eslovaquia hubieran podido proporcionarle al peticionario si hubiesen estimado que se habían conculcado sus derechos habrían sido multar al restaurante o retirarle la licencia. Estos recursos no son ni efectivos ni suficientes, ni pueden suplir la falta de normas jurídicas que aseguren que no se discrimine a las personas por su raza cuya aprobación es necesaria.

5.7. El abogado sostiene que aunque el ordenamiento jurídico ofrezca varios recursos para reparar la infracción, no es preciso acogerse a más de uno. Cuando haya varios recursos efectivos y suficientes, el demandante escogerá uno.

5.8. El abogado señala que el Tribunal Europeo de Derechos Humanos ha dejado sentado que las medidas gubernamentales para poner fin al incumplimiento del Convenio Europeo, una vez que se haya producido, no borran por sí mismas el hecho inicial del incumplimiento ni hacen que sea inadmisibile un recurso ante los órganos de Estrasburgo. Tomando como base esta jurisprudencia, el abogado afirma que el hecho de que posteriormente se rectifique la decisión de no servir al peticionario por motivos de raza de ningún modo repara la violación inicial de los derechos del peticionario, ni hace que éste pierda su condición de víctima a los efectos de la presente comunicación.

5.9. Por último, con relación a la afirmación del Estado Parte de que el restaurante ha atendido a otros romaníes, el letrado mantiene que eso en modo alguno corregiría la discriminación de que fue objeto el peticionario. El que los derechos enunciados en la Convención se concedan arbitrariamente a otros no resta importancia al hecho de que se les hayan denegado de forma arbitraria y discriminatoria al peticionario.

Decisión del Comité sobre admisibilidad

6.1. En su 55° período de sesiones, celebrado en agosto de 1999, el Comité examinó la admisibilidad de la comunicación.

6.2. El Comité observó que el Estado Parte sostiene que el peticionario no había agotado los recursos de la jurisdicción interna de que disponía. El Comité recordó que en el apartado a) del párrafo 7 del artículo 14 de la Convención se dice que el Comité no examinará una comunicación si no se ha cerciorado de que se han agotado todos los recursos internos disponibles. En su decisión anterior el Comité ha considerado que sólo se exigirá a un peticionario que agote los recursos que son eficaces en las circunstancias del caso.¹

6.3. El Comité ha observado que la decisión de la Fiscalía de Distrito había agotado la vía penal. El Estado Parte no había probado que en el presente caso la interposición de un recurso de revisión, referido a la legalidad de la decisión, facilitara un nuevo examen de la reclamación. El Comité estima además, que los hechos denunciados eran de tal naturaleza que el único cauce de reparación adecuado era la acción penal. Según el Comité, los objetivos buscados mediante una investigación penal no podían lograrse mediante acciones civiles o administrativas como las propuestas por el Estado Parte. Por ello el Comité consideró que el peticionario no disponía de ningún otro remedio efectivo.

6.4. El Comité consideró que carecía de información suficiente para determinar si, como afirmaba el peticionario, la legislación del Estado Parte garantizaba a todos los ciudadanos el derecho de acceso a los lugares o servicios destinados al público sin distinción de raza, color u origen nacional o étnico.

6.5. El Comité observó que los requisitos de admisibilidad, establecidos en el artículo 91 de su reglamento, se habían cumplido y decidió que la comunicación era admisible. Pidió al Estado Parte y al

¹ Véase *Anna Koptova c. la República Eslovaca*, comunicación No. 13/1998, párr. 6.4.

petionario que le facilitaran información sobre legislación y los recursos internos que protegen el derecho de toda persona a entrar en los lugares o servicios destinados al público, sin distinción de raza, color u origen nacional o étnico, de acuerdo con el apartado f) del artículo 5 de la Convención.

Observaciones del Estado Parte en cuanto al fondo

7.1. En sus comunicaciones de 25 de noviembre de 1999 y 8 de enero de 2001, el Estado Parte proporcionó información sobre la legislación y los recursos internos que protegen a las personas contra la discriminación racial en las esferas penal, civil y administrativa.

7.2. El Estado Parte sostiene que el párrafo 2 del artículo 12 de la Constitución garantiza los derechos fundamentales de todas las personas, sin discriminación. La protección de esos derechos puede efectuarse mediante procedimientos administrativos, civiles y penales. Toda persona tiene derecho a una indemnización por el daño causado por una decisión contraria al derecho de un tribunal, otro órgano estatal o de la administración pública en virtud de la Ley No. 58/1969.

7.3. El Estado Parte sostiene además que los procedimientos administrativos contra la decisión de un órgano público comienzan con una denuncia en que una persona o una entidad jurídica alega que se han vulnerado sus derechos y pide al tribunal que examine la legalidad de la decisión. El fallo del tribunal es vinculante. El tribunal puede fallar también sobre decisiones de órganos administrativos que aún no son firmes. El Estado Parte reconoce que la Inspección de Comercio no cumplió con el procedimiento administrativo con arreglo al cual tiene que tratar los méritos de la causa. Pero el petionario podía haber presentado una reclamación ante el Ministerio de Economía, que es el órgano central de la administración pública en materia de protección del consumidor. También podía haber presentado una reclamación en virtud de la Ley No. 58/1968 sobre la responsabilidad del Estado por la decisión ilegal de un órgano pú-

blico. Si el peticionario hubiera aprovechado todos los recursos previstos en el ordenamiento jurídico eslovaco, el dueño del restaurante podría haber sido sancionado.

7.4. Los artículos 11 a 17 del Código Civil reglamentan la protección de la integridad personal. A tenor del artículo 13, toda persona física tiene derecho a exigir que cesen las intervenciones arbitrarias o ilegales contra su integridad, se eliminen las consecuencias de esas intervenciones y se le dé una reparación apropiada. Si la reparación moral se considera insuficiente porque se ha dañado gravemente la dignidad de la persona física o el respeto de que goza en la sociedad, esa persona tendrá derecho también a una indemnización por daño moral. El monto de la indemnización será determinado por el tribunal, teniendo en cuenta la magnitud del daño y las circunstancias en que se produjo la violación. El capítulo V de la parte III del Código de Procedimiento Civil regula los procedimientos en los asuntos relativos a la protección de la integridad personal. El sistema de recursos civiles también distingue entre los recursos ordinarios (apelación) y los excepcionales (repetición del procedimiento y casación).

7.5. El peticionario tenía asimismo la opción de pedir la protección de sus derechos con arreglo a los artículos 74, 75 y 102 del Código de Procedimiento Civil, que autoriza a un tribunal a ordenar medidas preliminares cuando ello sea necesario para regular la situación de las partes temporalmente o cuando exista la preocupación de que pueda estar comprometida la aplicación de una decisión judicial. Además, sobre la base de los artículos 1, 2, 12, 13, 17, 19 y 20 de la Constitución, los artículos 11 y 13 del Código Civil deberían interpretarse en el sentido de que garantizan la protección de la integridad personal contra los actos de discriminación racial.

7.6. El ordenamiento jurídico de la República Eslovaca contiene asimismo disposiciones legales sobre la protección del consumidor, en particular la Ley No. 634/1992. El artículo 6 de esta ley prohíbe explícitamente la discriminación. Con arreglo a este artículo los vendedores no pueden hacer objeto de ninguna forma de discriminación al consumidor, salvo si éste no cumple las condiciones establecidas en ciertas normas especiales, como la Ley No. 219/1996 sobre la

protección contra el abuso de bebidas alcohólicas. Los órganos administrativos pueden imponer una sanción de hasta 500.000 coronas por incumplir estas disposiciones. El repetido incumplimiento de la prohibición de hacer objeto de discriminación a un consumidor puede sancionarse con una multa de hasta 1 millón de coronas.

7.7. El Código Penal establece normas sobre la protección contra la discriminación racial. En su denuncia penal el peticionario afirmó que los actos alegados entraban en el ámbito del artículo 260 del Código Penal (apoyo y fomento de movimientos encaminados a suprimir los derechos y libertades de los ciudadanos). No invocó el artículo 121 del Código Penal (daños a un consumidor), ni los delitos leves sancionados por el artículo 24 de la Ley No. 372/1990. Según el párrafo 2 del artículo 196, será castigada toda persona que utilice la violencia contra un grupo de ciudadanos o individuos o los amenace con matarlos o con causar un daño a su salud, o les cause un daño grave a causa de sus convicciones políticas, nacionalidad, raza, credo religioso o falta de credo.

7.8. El Estado Parte sostuvo que la Fiscalía General de la República Eslovaca pidió a la Fiscalía Regional de Kosice que examinara la presente comunicación. Ésta analizó la legalidad del procedimiento aplicado y la decisión de la Policía del Ferrocarril de Kosice y de la Fiscalía de Distrito, con el fin de determinar si el encargado del restaurante había cometido un delito de apoyo y fomento de movimientos encaminados a suprimir las libertades y los derechos civiles a tenor del artículo 260 del Código Penal, o cualquier otro delito. Tras estudiar la documentación pertinente, la Fiscalía Regional llegó a la conclusión de que el hecho de que el encargado del restaurante prohibiera que se atendiera a personas de etnia romaní justificaba la sospecha de existencia de un delito de incitación al odio nacional o racial en virtud del párrafo 1 del artículo 198 a) del Código Penal. Sin embargo, opinó que tales actos no entrañaban un peligro suficiente para la sociedad para ser considerados delitos. Sin embargo, cumplían los criterios para ser considerados delitos menores a tenor del apartado a) del párrafo 1 del artículo 49 de la Ley No. 372/1990 de delitos menores. También consideró que en virtud de la amnistía

de 3 de marzo de 1998 no era posible imponer una sanción penal al encargado del restaurante. La Fiscalía Regional comunicó este dictamen al peticionario en carta de fecha 15 de junio de 1999.

7.9. Tras examinar la documentación pertinente, el Fiscal General no se mostró de acuerdo con el dictamen jurídico de la Fiscalía Regional de Kosice acerca del grado de peligrosidad que entrañaba el acto. Consideró que la Fiscalía Regional había sobrestimado manifiestamente los efectos conciliadores de la conversación mantenida entre el encargado del restaurante y el peticionario. En una instrucción escrita a la Fiscalía Regional, el Fiscal General declaró que de acuerdo con los resultados del examen estaba suficientemente justificada la sospecha de que el encargado del restaurante había cometido un delito de instigación al odio nacional y racial a tenor del párrafo 1 del artículo 198 a) del Código Penal, e instruyó a dicha Fiscalía para que actuara en consecuencia.

7.10. El 19 de abril de 2000 el Fiscal del Distrito de Kosice procesó al Sr. J. T. El 28 de abril de 2000 el tribunal declaró al Sr. J. T. culpable del delito descrito en el párrafo 1 del artículo 198 a) del Código Penal y lo condenó a pagar una multa de 5.000 coronas eslovacas, o a una pena de prisión de tres meses. La sentencia se hizo efectiva el 25 de julio de 2000.

Comentarios del letrado

8.1. En una comunicación de 17 de febrero de 2000, el letrado se refiere a las cuestiones planteadas por el Estado Parte, repitiendo los argumentos de las anteriores comunicaciones, entre ellos el agotamiento de los recursos civiles y administrativos, los recursos penales existentes contra la discriminación en el acceso a los lugares públicos, la fecha en que tuvo lugar el acto de discriminación racial en cuestión, y el hecho de que el peticionario no hubiera invocado las disposiciones internas pertinentes ante las autoridades del país.

8.2. El letrado sostiene que la Comisión Europea contra el Racismo y la Intolerancia (CERI) ha afirmado repetidamente que en

Eslovaquia no existen recursos penales para los actos de discriminación, a diferencia de lo que ocurre con los insultos racistas, lo que implícitamente significa que el delito de incitación al odio étnico o racial en sí mismo no puede considerarse un recurso aplicable a las violaciones del presente caso. Asimismo, la CERI no ha podido encontrar ninguna jurisprudencia al respecto que indique que algunas de las disposiciones del Código Penal eslovaco se aplicarían a los casos de discriminación en el acceso a lugares públicos.

8.3. El letrado afirma que un recurso que se ha retrasado tanto no puede considerarse un recurso efectivo. Después de transcurrir casi tres años y medio y de haberse presentado una comunicación al Comité, las autoridades eslovacas sólo han encausado a la persona responsable. Este hecho por sí solo, independientemente de los resultados del proceso en curso, equivale a una violación del artículo 6 de la Convención.

Examen del Comité en cuanto al fondo

9. De conformidad con lo dispuesto en el apartado a) del párrafo 7 del artículo 14 de la Convención Internacional sobre la Eliminación de todas las Formas de Discriminación Racial, el Comité ha examinado toda la información presentada por el peticionario y el Estado Parte.

10. En opinión del Comité, la sentencia contra el Sr. J. T. y la pena que se le impuso, pese al largo tiempo transcurrido desde que se produjeron los hechos, constituyen sanciones compatibles con las obligaciones del Estado Parte. Teniendo debidamente en cuenta esta sentencia, aunque se haya retrasado, el Comité estima que el Estado Parte no ha cometido ninguna violación de la Convención.

11. Teniendo presente el apartado b) del párrafo 7 del artículo 14 de la Convención, el Comité recomienda que el Estado Parte complete su legislación a fin de garantizar el derecho de acceso a los lugares públicos, de conformidad con el párrafo f) del artículo 5 de la Convención, y sancione la denegación del acceso a esos lugares

por motivos de discriminación racial. El Comité recomienda igualmente que el Estado Parte adopte las medidas necesarias para que el procedimiento de investigación de las violaciones no se prolongue indebidamente.

Derechos de los niños*

Corte Interamericana de Derechos Humanos
Opinión Consultiva OC-17 de 2002
Condición Jurídica y Derechos Humanos del Niño
28 de agosto de 2002

[...] IX PROCEDIMIENTOS JUDICIALES O ADMINISTRATIVOS
EN QUE PARTICIPAN LOS NIÑOS

Debido proceso y garantías

92. Como se ha dicho anteriormente (supra 87),** los Estados tienen la obligación de reconocer y respetar los derechos y libertades de la persona humana, así como proteger y asegurar su ejercicio a través de las respectivas garantías (artículo 1.1), medios idóneos para que aquéllos sean efectivos en toda circunstancia¹, tanto el *corpus iuris* de derechos y libertades como las garantías de éstos, son conceptos inseparables del sistema de valores y principios característico de la sociedad democrática. En ésta “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”.²

* En las notas de pie de página no se conservó la numeración original.

** Estos párrafos se encuentran en la sentencia completa.

¹ *El hábeas corpus bajo suspensión de garantías* (arts. 27.2, 25.1 y 7.6 Convención Americana sobre Derechos Humanos). Opinión Consultiva OC-8/87 del 30 de enero de 1987, Serie A, No. 8, párr. 25.

² *Ibidem*, supra nota 99, párr. 26. [Las indicaciones supra e infra corresponden al texto original; ver documento completo.]

93. Entre estos valores fundamentales figura la salvaguarda de los niños, tanto por su condición de seres humanos y la dignidad inherente a éstos, como por la situación especial en que se encuentran. En razón de su inmadurez y vulnerabilidad, requieren protección que garantice el ejercicio de sus derechos dentro de la familia, de la sociedad y con respecto al Estado.

94. Estas consideraciones se deben proyectar sobre la regulación de los procedimientos, judiciales o administrativos, en los que se resuelva acerca de derechos de los niños y, en su caso, de las personas bajo cuya potestad o tutela se hallan aquéllas.

95. 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.

96. 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.

97. 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 atiende el principio de igualdad ante la ley y los tribunales³

³ *Cfr.* Artículos II y XVIII Declaración Americana sobre Derechos y Deberes del Hombre; artículos 7 y 10 de la Declaración Universal de Derechos Huma-

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 desventajas⁴ (supra 47).

98. 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.

Participación del niño

99. Dentro de las situaciones hipotéticas planteadas por la Comisión Interamericana se alude directamente a la participación del niño en los procedimientos en que se discuten sus propios derechos y cuya decisión es relevante para su vida futura. El artículo 12 de la Convención sobre los Derechos del Niño contiene adecuadas previ-

nos; artículos 2.1, 3 y 26 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos; artículos 2 y 15 de la Convención para la Eliminación de todas las formas de discriminación contra la Mujer; artículos 2.5 y 7 de la Convención Internacional sobre la Eliminación de todas las formas de Discriminación Racial; artículos 2 y 3 de la Carta Africana de Derechos Humanos y de los Pueblos; artículos 1, 8.2 y 24 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos; y artículo 14 de la Convención Europea de Derechos Humanos.

⁴ *El derecho a la información sobre la asistencia consular en el marco de las garantías del debido proceso legal*, supra nota 8, párr. 119.

siones sobre este punto, con el objeto de que la intervención del niño se ajuste a las condiciones de éste y no redunde en perjuicio de su interés genuino:

1. Los Estados Partes garantizarán al niño que esté en condiciones de formarse un juicio propio el derecho de expresar su opinión libremente en todos los asuntos que afectan al niño, teniéndose debidamente en cuenta las opiniones del niño, en función de la edad y madurez del niño.

2. Con tal fin, se dará en particular al niño oportunidad de ser escuchado, en todo procedimiento judicial o administrativo que afecte al niño, ya sea directamente o por medio de un representante o de un órgano apropiado, en consonancia con las normas de procedimiento de la ley nacional.⁵

100. Bajo esta misma perspectiva, y específicamente con respecto a determinados procesos judiciales, la Observación General 13 relativa al artículo 14 del Pacto de Derechos Civiles y Políticos de las Naciones Unidas, sobre la igualdad de todas las personas en el dere-

⁵ Respecto a reforzar la posibilidad de emisión de opiniones por parte de los niños el Comité de Derechos del Niño pronunció los siguientes informes: Informe del Comité de Derechos del Niño en Paraguay, 2001; Informe del Comité de Derechos del Niño en Guatemala, 2001; Informe del Comité de Derechos del Niño en República Dominicana, 2001; Informe del Comité de Derechos del Niño en Surinam, 2000; Informe el Comité de Derechos del Niño en Granada, 2000; Informe del Comité de Derechos del Niño en Venezuela, 1999; Informe del Comité de Derechos del Niño en Honduras; 1999; Informe del Comité de Derechos del Niño en Nicaragua, 1999; Informe del Comité de Derechos del Niño en Belice, 1999; Informe del Comité de Derechos del Niño en Ecuador, 1999; e Informe del Comité de Derechos del Niño en Bolivia, 1998.

⁶ Human Rights Committee, General Comment 13, Equity before the Courts and the right to a fair and public hearing by an independent court established by law (art. 14). 13/04/84, CCPR/C/21, p. 2.

cho a ser oídas públicamente por un tribunal competente, señaló que dicha norma se aplica tanto a tribunales ordinarios como especiales,⁶ y determinó que los “menores deben disfrutar por lo menos de las mismas garantías y protección que se conceden a los adultos en el artículo 14”.⁷

101. Este Tribunal considera oportuno formular algunas precisiones con respecto a esta cuestión. Como anteriormente se dijo, el grupo definido como niños involucra a todas las personas menores de 18 años (supra 42). Evidentemente, hay gran variedad en el grado de desarrollo físico e intelectual, en la experiencia y en la información que poseen quienes se hallan comprendidos en aquel concepto. La capacidad de decisión de un niño de 3 años no es igual a la de un adolescente de 16 años. Por ello debe matizarse razonablemente el alcance de la participación del niño en los procedimientos, con el

⁷ Human Rights Committee, General Comment 13, Equity before the Courts and the right to a fair and public hearing by an independent court established by law (art. 14). 13/04/84, CCPR/C/21, p. 4. El artículo 14 del Pacto citado reza:

[...] Todas las personas son iguales ante los tribunales y cortes de justicia. Toda persona tendrá derecho a ser oída públicamente y con las debidas garantías por un tribunal competente, independiente e imparcial, establecido por la ley, en la substanciación de cualquier acusación de carácter penal formulada contra ella o para la determinación de sus derechos u obligaciones de carácter civil. La prensa y el público podrán ser excluidos de la totalidad o parte de los juicios por consideraciones de 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 del asunto la publicidad pudiera perjudicar a los intereses de la justicia; pero 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.

[...] Toda persona acusada de un delito tiene derecho a que se presuma su inocencia mientras no se pruebe su culpabilidad conforme a la ley.

[...] Durante el proceso, toda persona acusada de un delito tendrá derecho, en plena igualdad, a las siguientes garantías mínimas:

fin de lograr la protección efectiva de su interés superior, objetivo último de la normativa del Derecho Internacional de los Derechos Humanos en este dominio.

102. En definitiva, el aplicador del derecho, sea en el ámbito administrativo, sea en el judicial, deberá tomar en consideración las condiciones específicas del menor y su interés superior para acordar la participación de éste, según corresponda, en la determinación de sus derechos. En esta ponderación se procurará el mayor acceso del menor, en la medida de lo posible, al examen de su propio caso.

Proceso administrativo

103. Las medidas de protección que se adopten en sede administrativa, deben ajustarse estrictamente a la ley, y apuntar a que el

-
- a) A ser informada sin demora, en un idioma que comprenda y en forma detallada, de la naturaleza y causas de la acusación formulada contra ella;
 - b) A disponer del tiempo y de los medios adecuados para la preparación de su defensa y a comunicarse con un defensor de su elección;
 - c) A ser juzgado sin dilaciones indebidas;
 - d) A hallarse presente en el proceso y a defenderse personalmente o ser asistida por un defensor de su elección; a ser informada, si no tuviera defensor, del derecho que le asiste a tenerlo, y, siempre que el interés de la justicia lo exija, a que se le nombre defensor de oficio, gratuitamente, si careciere de medios suficientes para pagarlo;
 - e) 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 cargo;
 - f) A ser asistida gratuitamente por un intérprete, si no comprende o no habla el idioma empleado en el tribunal;
 - g) A no ser obligada a declarar contra sí misma ni a confesarse culpable.

[...] En el procedimiento aplicable a los menores de edad a efectos penales se tendrá en cuenta esta circunstancia y la importancia de estimular su readaptación social.

[...] 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.

niño continúe vinculado con su núcleo familiar, si esto es posible y razonable (supra 71); en el caso de que resulte necesario una separación, que ésta sea por el menor tiempo posible (supra 77); que quienes intervengan en los procesos decisorios sean personas con la competencia personal y profesional necesaria para identificar las medidas aconsejables en función del niño (supra 78 y 79); que las medidas adoptadas tengan el objetivo de reeducar y resocializar al menor, cuando ello sea pertinente; y que sólo excepcionalmente se haga uso de medidas privativas de libertad. Todo ello permite el desarrollo adecuado del debido proceso, reduce y limita adecuadamente la discrecionalidad de éste, conforme a criterios de pertinencia y racionalidad.

Procesos judiciales

Imputabilidad, delincuencia y estado de riesgo

104. Para el examen de la cuestión que ahora interesa conviene identificar algunos conceptos muy frecuentemente manejados en este ámbito –con mayor o menor acierto– como son los de imputabilidad, delincuencia y estado de riesgo.

105. La imputabilidad, desde la perspectiva penal –vinculada a la realización de conductas típicas y punibles y a las correspondientes consecuencias sancionatorias– es la capacidad de culpabilidad de

6. Cuando una sentencia condenatoria firme haya sido ulteriormente revocada, o el condenado haya sido indultado por haberse producido o descubierto un hecho plenamente probatorio de la comisión de un error judicial, la persona que haya sufrido una pena como resultado de tal sentencia deberá ser indemnizada, conforme a la ley, a menos que se demuestre que le es imputable en todo o en parte el no haberse revelado oportunamente el hecho desconocido.

7. Nadie podrá ser juzgado ni sancionado por un delito por el cual haya sido ya condenado o absuelto por una sentencia firme de acuerdo con la ley y el procedimiento penal de cada país.

un sujeto. Si éste carece de ella, no es posible formular en su contra el juicio de reproche que se dirigiría, en cambio, a quien es imputable. La imputabilidad queda excluida cuando la persona carece de capacidad de entender la naturaleza de su acción u omisión y/o de conducirse conforme a esa comprensión. Se suele aceptar que carecen de esa capacidad los menores de cierta edad. Se trata de una valoración legal genérica, que no examina las condiciones específicas de los menores, casuísticamente, sino que los excluye de plano del ámbito de la justicia penal.

106. Las Reglas de Beijing en su disposición 4, que no tiene naturaleza vinculante, estableció que la imputabilidad penal “no deberá fijarse a una edad demasiado temprana habida cuenta de las circunstancias que acompañan la madurez emocional, mental e intelectual” del niño.

107. La Convención sobre los Derechos del Niño no alude explícitamente a las medidas represivas para este tipo de situaciones, salvo el artículo 40.3 inciso a),⁸ que obliga a los Estados Partes a tener una edad mínima en la cual se presume que el niño no puede infringir la legislación penal o criminal.

108. Esto conduce a considerar la hipótesis de que los menores de edad –niños, en el sentido de la Convención respectiva– incurran en conductas ilícitas. La actuación del Estado (persecutoria, punitiva, readaptadora) se justifica, tanto en el caso de los adultos como en el de los menores de cierta edad, cuando aquéllos o éstos realizan hechos previstos como punibles en las leyes penales. Es preciso, pues, que la conducta que motiva la intervención estatal sea penalmente típica. Así, se asegura el imperio de la legalidad en este delicado campo de las relaciones entre la persona y el Estado. Esta

⁸ Los Estados Partes tomarán todas las medidas apropiadas para promover el establecimiento de leyes, procedimientos, autoridades e instituciones específicos 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, y en particular: el establecimiento de una edad mínima antes de la cual se presumirá que los niños no tienen capacidad para infringir las leyes penales[...].

Corte ha señalado que el principio de legalidad penal “implica 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”.⁹ Esta garantía, contemplada en el artículo 9 de la Convención Americana, debe ser otorgada a los niños.

109. Una consecuencia evidente de la pertinencia de atender en forma diferenciada y específica las cuestiones referentes a los niños, y particularmente, las relacionadas con la conducta ilícita, es el establecimiento de órganos jurisdiccionales especializados para el conocimiento de conductas penalmente típicas atribuidas a aquéllos. Sobre esta importante materia se proyecta lo que antes se dijo a propósito de la edad requerida para que una persona sea considerada como niño conforme al criterio predominante en el plano internacional. Consecuentemente, los menores de 18 años a quienes se atribuya la comisión de conductas previstas como delictuosas por la ley penal, deberán quedar sujetos, para los fines del conocimiento respectivo y la adopción de las medidas pertinentes, sólo a órganos jurisdiccionales específicos distintos de los correspondientes a los mayores de edad. Así, la Convención sobre los Derechos del Niño contempla el “establecimiento de leyes, procedimientos, autoridades e instituciones específicos 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” (artículo 40.3).

110. Es inadmisibles que se incluya en esta hipótesis la situación de los menores que no han incurrido en conducta penalmente típica, pero se encuentran en situación de riesgo o peligro, por desvalimiento, abandono, miseria o enfermedad, y menos aún la de aquellos otros que simplemente observan un comportamiento diferente del que caracteriza a la mayoría, se apartan de los patrones de conducta generalmente aceptados, presentan conflictos de adaptación al medio familiar, escolar o social, en general, o se marginan de los usos y

⁹ Caso Castillo Petruzzi y otros, sentencia de 30 de mayo de 1999, Serie C, No. 52, párr. 121.

valores de la sociedad de la que forman parte. El concepto de delincuencia infantil o juvenil sólo puede aplicarse a quienes se hallan en el primer supuesto mencionado, esto es, a los que incurren en conductas típicas, no así a quienes se encuentran en los otros supuestos.

111. En este sentido, la Directriz 56 de Riad establece que “deberá promulgarse una legislación por la cual se garantice que todo acto que no se considera un delito, ni es sancionado cuando lo comete un adulto, tampoco deberá considerarse un delito ni ser objeto de sanción cuando es cometido por un joven”.

112. Finalmente, conviene señalar que hay niños expuestos a graves riesgos o daños que no pueden valerse por sí mismos, resolver los problemas que les aquejan o encauzar adecuadamente su propia vida, sea porque carecen absolutamente de un medio familiar favorable, que apoye su desarrollo, sea porque presentan insuficiencias educativas, alteraciones de la salud o desviaciones de comportamiento que requieren la intervención oportuna (supra 88 y 91) y esmerada de instituciones debidamente dotadas y personal competente para resolver estos problemas o mitigar sus consecuencias.

113. Obviamente, estos niños no quedan inmediatamente privados de derechos y sustraídos a la relación con sus padres o tutores y a la autoridad de éstos. No pasan al “dominio” de la autoridad, de manera tal que ésta asuma, fuera de procedimiento legal y sin garantías que preserven los derechos e intereses del menor, la responsabilidad del caso y la autoridad plena sobre aquél. En toda circunstancia, se mantienen a salvo los derechos materiales y procesales del niño. Cualquier actuación que afecte a éste debe hallarse perfectamente motivada conforme a la ley, ser razonable y pertinente en el fondo y en la forma, atender al interés superior del niño y sujetarse a procedimientos y garantías que permitan verificar en todo momento su idoneidad y legitimidad.

114. La presencia de circunstancias graves, como las que hemos descrito, tampoco excluye inmediatamente la autoridad de los padres ni los releva de las responsabilidades primordiales que naturalmente les corresponden y que sólo pueden verse modificadas o

suspendidas, en su caso, como resultado de un procedimiento en el que se observen las reglas aplicables a la afectación de un derecho.

Debido proceso

115. Las garantías judiciales son de observancia obligatoria en todo proceso en el que la libertad personal de un individuo está en juego. Los principios y actos del debido proceso legal constituyen un conjunto irreductible y estricto que puede ampliarse a la luz de nuevos avances en el Derecho de los derechos humanos. Como estableciera este Tribunal en su opinión consultiva sobre *el Derecho a la información sobre la asistencia consular en el marco de las garantías del debido proceso legal*:

el proceso es un medio para asegurar, en la mayor medida posible, la solución justa de una controversia. A ese fin atiende el conjunto de actos de diversas características generalmente reunidos bajo el concepto de debido proceso legal. El desarrollo histórico del proceso, consecuente con la protección del individuo y la realización de la justicia, ha traído consigo la incorporación de nuevos derechos procesales. Son ejemplo de este carácter evolutivo del proceso los derechos a no autoincriminarse y a declarar en presencia de abogado, que hoy día figuran en la legislación y en la jurisprudencia de los sistemas jurídicos más avanzados. Es así como se ha establecido, en forma progresiva, el aparato de las garantías judiciales que recoge el artículo 14 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, al que pueden y deben agregarse, bajo el mismo concepto, otras garantías aportadas por diversos instrumentos del Derecho Internacional.¹⁰

116. Por lo que toca a la materia que ahora interesa, las reglas del debido proceso se hallan establecidas, principal pero no exclusivamente, en la Convención sobre los Derechos del Niño, las Reglas de

¹⁰ *El derecho a la información sobre la asistencia consular en el marco de las garantías del debido proceso legal*, supra nota 8, párr. 117.

Beijing, las Reglas de Tokio y las Directrices de Riad, que sirven al propósito de salvaguardar los derechos de los niños sometidos a diferentes actuaciones por parte del Estado, la sociedad o la familia.

117. Las reglas del debido proceso y las garantías judiciales deben aplicarse no sólo a los procesos judiciales, sino a cualesquiera otros procesos que siga el Estado,¹¹ o bien, que estén bajo la supervisión del mismo (*supra* 103).

118. A nivel internacional, es importante destacar que los Estados Partes en la Convención sobre los Derechos del Niño han asumido la obligación de adoptar una serie de medidas que resguarden el debido proceso legal y la protección judicial, bajo parámetros parecidos a los establecidos en la Convención Americana sobre Derechos Humanos. Estas normas son los artículos 37¹² y 40.¹³

¹¹ Caso Ivcher Bronstein, *supra* nota 90, párrs. 102-104; caso Baena Ricardo y otros, sentencia de 2 de febrero de 2001, Serie C, No. 72, párrs. 124-126; caso del Tribunal Constitucional, *supra* nota 90, párrs. 69-71; y Excepciones al agotamiento de los recursos internos (arts. 46.1, 46.2.a y 46.2.b, Convención Americana sobre Derechos Humanos). Opinión Consultiva OC-11/90 del 10 de agosto de 1990, Serie A, No. 11, párr. 28.

¹² Los Estados Partes velarán por que:

a) Ningún niño sea sometido a torturas ni a otros tratos o penas crueles, inhumanos o degradantes. No se impondrá la pena capital ni la de prisión perpetua sin posibilidad de excarcelación por delitos cometidos por menores de 18 años de edad;

b) Ningún niño sea privado de su libertad ilegal o arbitrariamente. La detención, el encarcelamiento o la prisión de un niño se llevarán a cabo de conformidad con la ley y se utilizará tan sólo como medida de último recurso y durante el período más breve que proceda;

c) Todo niño privado de libertad sea tratado con la humanidad y el respeto que merece la dignidad inherente a la persona humana, y de manera que se tengan en cuenta las necesidades de las personas de su edad. En particular, todo niño privado de libertad estará separado de los adultos, a menos que ello se considere contrario al interés superior del niño, y tendrá derecho a mantener contacto con su familia por medio de correspondencia y de visitas, salvo en circunstancias excepcionales;

d) Todo niño privado de su libertad tendrá derecho a un pronto acceso a la asistencia jurídica y otra asistencia adecuada, así como derecho a impugnar

119. Para los fines de esta Opinión Consultiva, concierne formular algunas consideraciones acerca de diversos principios materiales y procesales cuya aplicación se actualiza en los procedimientos relativos a menores y que deben asociarse a los puntos examinados con anterioridad para establecer el panorama completo de esta materia. A este respecto es debido considerar asimismo la posibilidad y conveniencia de que las formas procesales que observan esos tribunales revistan modalidades propias, consecuentes con las características y necesidades de los procedimientos que se desarrollan ante ellos, tomando en cuenta el principio establecido en la Convención sobre los Derechos del Niño, que en este orden se puede proyectar tanto a

la legalidad de la privación de su libertad ante un tribunal u otra autoridad competente, independiente e imparcial y a una pronta decisión sobre dicha acción.

¹⁵ Los Estados Partes reconocen el derecho de 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 a ser tratado 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. Con este fin, y habida cuenta de las disposiciones pertinentes de los instrumentos internacionales, los Estados Partes garantizarán, en particular:

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;

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

la intervención de tribunales, en lo concerniente a la forma de los actos procesales, como al empleo de medios alternativos de solución de controversias al que se alude adelante (infra 135 y 136): “siempre que sea apropiado y deseable se [adoptarán medidas para tratar a los niños a quienes se acuse o declare culpables de haber infringido leyes penales] sin recurrir a procedimientos judiciales, en el entendido de que se respetarán plenamente los derechos humanos y las garantías legales” (artículo 40.3.b de la Convención sobre los Derechos del Niño).

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 interrogue 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.

Los Estados Partes tomarán todas las medidas apropiadas para promover el establecimiento de leyes, procedimientos, autoridades e instituciones específicos 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, y en particular:

a) Juez natural

120. La garantía de los derechos implica la existencia de medios legales idóneos para la definición y protección de aquéllos, con intervención de un órgano judicial competente, independiente e imparcial, cuya actuación se ajuste escrupulosamente a la ley, en la que se fijará, conforme a criterios de oportunidad, legitimidad y racionalidad, el ámbito de los poderes reglados de las potestades discrecionales¹⁴. A este respecto, la Regla No. 6 de Beijing regula las atribuciones de los jueces para la determinación de los derechos de los niños:

6.1 Habida cuenta de las diversas necesidades especiales de los menores, así como de la diversidad de medidas disponibles, se facultará un margen suficiente para el ejercicio de facultades discrecionales en las diferentes etapas de los juicios y en los distintos niveles de la administración de justicia de menores, incluidos los de investigación, procesamiento, sentencia y de las medidas complementarias de las decisiones.

-
- a) El establecimiento de una edad mínima antes de la cual se presumirá que los niños no tienen capacidad para infringir las leyes penales;
 - b) Siempre que sea apropiado y deseable, la adopción de medidas para tratar a esos niños sin recurrir a procedimientos judiciales, en el entendimiento de que se respetarán plenamente los derechos humanos y las garantías legales.

Se dispondrá de diversas medidas, tales como 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.

¹⁴ Caso Las Palmeras, sentencia de 6 de diciembre de 2001, Serie C, No. 90, párr. 53; caso Castillo Petruzzi y otros, supra nota 107, párrs. 129 y 130; y El hábeas corpus bajo suspensión de garantías (arts. 27.2, 25.1 y 7.6 Convención Americana sobre Derechos Humanos), supra nota 99, párr. 30.

6.2 Se procurará, no obstante, garantizar la debida competencia en todas las fases y niveles en el ejercicio de cualquiera de esas facultades discrecionales.

6.3 Los que ejerzan dichas facultades deberán estar especialmente preparados o capacitados para hacerlo juiciosamente y en consonancia con sus respectivas funciones y mandatos.¹⁵

b) Doble instancia y recurso efectivo

121. La garantía procesal anterior se complementa con la posibilidad de que exista un tribunal superior que pueda revisar las actuaciones del inferior. Esta facultad ha quedado plasmada en el artículo 8.2.h) de la Convención Americana y en el artículo 40.b inciso v) de la Convención sobre los Derechos del Niño, que manifiesta:

v) Si se considerare que [el niño] 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 [...].

¹⁵ Las reglas 6.1, 6.2 y 6.3 tratan varios aspectos importantes de una administración de justicia de menores eficaz, justa y humanitaria: la necesidad de permitir el ejercicio de las facultades discrecionales en todos los niveles importantes del procedimiento, de modo que los que adoptan determinaciones puedan tomar las medidas que estimen más adecuadas en cada caso particular, y la necesidad de prever controles y equilibrios a fin de restringir cualquier abuso de las facultades discrecionales y salvaguardar los derechos del joven delincuente. La competencia y el profesionalismo son los instrumentos más adecuados para restringir el ejercicio excesivo de dichas facultades. Por ello, se hace especial hincapié en la idoneidad profesional y en la capacitación de los expertos como un medio valioso para asegurar el ejercicio prudente de las facultades discrecionales en materia de delincuencia de menores (véanse también las reglas 1.6 y 2.2.).

122. El artículo 25 de la convención americana dispone que toda persona debe tener acceso a un recurso rápido y sencillo. En este marco se sitúan el amparo y el hábeas corpus, que no pueden ser suspendidos ni siquiera en la situación de excepción.¹⁶

123. Asimismo las Reglas de Beijing han situado los siguientes parámetros

7.1 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.

c) Principio de inocencia

124. Es aplicable a esta materia el artículo 8.2.g) de la Convención Americana, que establece

[...]

2. Toda persona inculpada de delito tiene derecho a que se presuma su inocencia mientras no se establezca legalmente su culpabilidad. Durante el proceso, toda persona tiene derecho, en plena igualdad, a las siguientes garantías mínimas:

[...]

¹⁶ Aquella “[...] disposición de carácter general [...] 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”. El hábeas corpus bajo suspensión de garantías (arts. 27.2, 25.1 y 7.6 Convención Americana sobre Derechos Humanos). Opinión Consultiva OC-8/87 del 30 de enero de 1987, Serie A, No. 8, párr. 34.

g. derecho a no ser obligado a declarar contra sí mismo ni a declararse culpable, y

[...]

125. La norma anterior debe leerse en relación con el artículo 40.2 b) de la Convención sobre los Derechos del Niño, el cual dicta que

2. Con este fin, y habida cuenta de las disposiciones pertinentes de los instrumentos internacionales, los Estados Partes garantizarán, en particular:

[...]

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;

126. En igual sentido, la Regla 17 de Tokio señala que

Se presume que los menores detenidos bajo arresto o en espera de juicio son inocentes y deberán ser tratados como tales. En la medida de lo posible, deberá evitarse y limitarse a circunstancias excepcionales a la detención antes del juicio. En consecuencia, deberá hacerse todo lo posible por aplicar medidas sustitutorias. Cuando, a pesar de ello, se recurra a la detención preventiva, los tribunales de menores y los órganos de investigación deberán atribuir la máxima prioridad a la más rápida tramitación posible de estos casos a fin de que la tramitación sea lo más breve posible. Los menores detenidos en espera de juicio deberán estar separados de los declarados culpables.

127. Este Tribunal ha establecido que dicho principio “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”.¹⁷

128. Dentro del proceso hay actos que poseen –o a los que se ha querido atribuir– especial trascendencia para la definición de ciertas consecuencias jurídicas que afectan la esfera de derechos y responsabilidades del justiciable. A esta categoría corresponde la confesión, entendida como el reconocimiento que hace el imputado acerca de los hechos que se le atribuyen, lo cual no necesariamente significa que ese reconocimiento alcance a todas las cuestiones que pudieran vincularse con aquellos hechos o sus efectos. También se ha entendido que la confesión pudiera entrañar un acto de disposición de los bienes o los derechos sobre los que existe contienda.

129. A este respecto, y por lo que toca a menores de edad, es pertinente manifestar que cualquier declaración de un menor, en caso de resultar indispensable, debe sujetarse a las medidas de protección procesal que corresponden a éste, entre ellos la posibilidad de no declarar, la asistencia del defensor y la emisión de aquella ante la autoridad legalmente facultada para recibirla.

130. Además, debe tomarse en cuenta que el niño puede carecer, en función de su edad o de otras circunstancias, de la aptitud necesaria para apreciar o reproducir los hechos sobre los que declara, y las consecuencias de su declaración, en este caso el juzgador puede y debe valorar con especial cautela la declaración. Evidentemente, no se puede asignar a ésta eficacia dispositiva, cuando corresponde a una persona que, precisamente por carecer de capacidad civil de ejercicio, no puede disponer de su patrimonio ni ejercer por sí mismo sus derechos (supra 41).

131. Todo lo anterior sería aplicable a un procedimiento en el que el menor participe y esté llamado a emitir declaraciones. Por lo que toca a procesos propiamente penales –“en sede penal” señala la

¹⁷ Caso Cantoral Benavides, supra nota 10, párr. 120.

solicitud de Opinión— hay que considerar que los menores de edad están excluidos de participar como inculpados en esa especie de enjuiciamientos. En consecuencia, no debe presentarse la posibilidad de que en éstos rindan declaraciones que pudieran corresponder a la categoría probatoria de una confesión.

d) Principio de contradictorio

132. En todo proceso deben concurrir determinados elementos para que exista el mayor equilibrio entre las partes, para la debida defensa de sus intereses y derechos. Esto implica, entre otras cosas, que rija el principio de contradictorio en las actuaciones, al que atienden las normas que en diversos instrumentos disponen la intervención del niño por sí o mediante representantes en los actos del proceso, la aportación de pruebas y el examen de éstas, la formulación de alegatos, entre otros.¹⁸

133. En este sentido, la Corte Europea ha señalado que:

El derecho a contradecir en un proceso para los efectos del artículo 6.1, tal y como ha sido interpretado por la jurisprudencia, “significa en principio la oportunidad para las partes en un juicio civil o penal de conocer y analizar la prueba aducida o las observaciones remitidas al expediente [...], con el objetivo de influir sobre la decisión de la Corte”.

e) Principio de publicidad

134. Cuando se trata de procedimientos en los que se examinan cuestiones relativas a menores de edad, que trascienden en la vida

¹⁸ En este sentido, *vid, inter alia*, 7.1 de las Reglas de Beijing; artículo 8 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos; artículos 6.1 y 6.3 de la Convención Europea de Derechos Humanos. En igual sentido, Eur. Court H.R., case Meftah and others v. France, Judgment of 26 July, 2002, para. 51; Eur. Court H.R., S.N. v. Sweden, Judgment of 2 July, 2002, para. 44; and Eur. Court. H. R., Siparicius v. Lithuania, Judgment of 21 February, 2002, para. 27-28. Existen fallos anteriores en esta misma Corte relativos al mismo tema.

de éstos, procede fijar ciertas limitaciones al amplio principio de publicidad que rige en otros casos, no por lo que toca al acceso de las partes a las pruebas y resoluciones, sino en lo que atañe a la observación pública de los actos procesales. Estos límites atienden al interés superior del niño, en la medida en que lo preservan de apreciaciones, juicios o estigmatizaciones que pueden gravitar sobre su vida futura. Al respecto, la Corte Europea ha señalado, aludiendo al artículo 40.2.b) de la Convención sobre los Derechos del Niño, que “a los niños acusados de crímenes debe respetárseles totalmente su privacidad en todas las etapas del proceso”.¹⁹ Asimismo, el Consejo de Europa ordenó a los Estados Partes revisar y cambiar la legislación con el objeto de hacer respetar la privacidad del niño.²⁰ En un sentido similar la Regla 8.1 de Beijing establece que debe respetarse la privacidad del joven en todas las etapas del proceso.²¹

Justicia alternativa

135. Las normas internacionales procuran excluir o reducir la “judicialización”²² de los problemas sociales que afectan a los niños, que pueden y deben ser resueltos, en muchos casos, con medidas de diverso carácter, al amparo del artículo 19 de la Convención Americana, pero sin alterar o disminuir los derechos de las personas. En este sentido, son plenamente admisibles los medios alternativos de solución de las controversias, que permitan la adopción de

¹⁹ Eur. Court H.R., case T v. The United Kingdom, Judgment of 16 December, 1999, para. 74.

²⁰ European Committee of Ministers of the Council of Europe Recommendation No. R (87) 20, para. 47.

²¹ Para evitar que la publicidad indebida o el proceso de difamación perjudiquen a los menores, se respetará en todas las etapas el derecho de los menores a la intimidad.

²² Artículo 40 de la Convención sobre los Derechos del Niño, Regla 11 de Beijing y 57 de las Directrices de Riad.

decisiones equitativas, siempre sin menoscabo de los derechos de las personas. Por ello, es preciso que se regule con especial cuidado la aplicación de estos medios alternativos en los casos en que se hallan en juego los intereses de los menores de edad.

136. A este respecto la Convención sobre los Derechos del Niño previene en su artículo 40:

3. Los Estados Partes tomarán todas las medidas apropiadas para promover el establecimiento de leyes, procedimientos, autoridades e instituciones específicos 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, y en particular:

[...]

b) Siempre que sea apropiado y deseable, la adopción de medidas para tratar a esos niños sin recurrir a procedimientos judiciales, en el entendimiento de que se respetarán plenamente los derechos humanos y las garantías legales.

[...]

Los reclusos y las personas privadas de la libertad

Oficina en Colombia del Alto Comisionado de las
Naciones Unidas para los Derechos Humanos
Derechos humanos y situación carcelaria
Informe Centros de reclusión en Colombia: un estado de cosas
inconstitucional y de flagrante violación de derechos humanos*
31 de octubre de 2001

[...] TERCERA PARTE: FACTORES QUE GENERAN EL ESTADO
DE COSAS INCONSTITUCIONAL Y DE VIOLACIÓN DE
DERECHOS HUMANOS

Capítulo 3: política penal y penitenciaria, y la privación de la Libertad [...]

4. Conclusiones. Responsabilidad institucional

Sobre Política Criminal y Penitenciaria

Ausencia de política criminal garantista. Un elemento importante que explica la situación carcelaria y la vulneración de derechos humanos en los centros de reclusión radica en la ausencia de una política criminal garantista, diseñada de modo concertado y demo-

* Misión internacional integrada por Federico Marcos Martínez (Costa Rica), Morris Tidball-Binz (Argentina) y Raquel Z. Yrigoyen Fajardo (Perú), Bogotá, 31 de octubre de 2001.

crático. Hay responsabilidad del Estado a través del Ministerio de Justicia y del Derecho por la falta de convocatoria del Consejo Nacional de Política Criminal. Ello permite que las agencias acusadoras o militares tomen dicho lugar e impulsen una legislación penal ordinaria de tendencia represiva, o de excepción, sin controles constitucionales.

Legislación penal no garantista. En cuanto al marco normativo constitucional e internacional, el derecho a la libertad individual está bastante protegido. La tensión proviene al momento de dictar normas penales y de emergencia que, bajo el argumento de la seguridad, han establecido cada vez mayores restricciones de las garantías y el derecho a la libertad individual. El incremento de respuestas punitivas (o “inflación penal”) frente a diversos problemas sociales y políticos que no se encarar debidamente en dichos planos (social, económico, político), ha dado lugar a la sobrecriminalización de conductas, la calificación y persecución de contravenciones como delitos, el incremento de los mínimos de penas para los delitos y por ende el aumento de delitos inexcarcelables, y el agravamiento de penas en general. Lo propio ha pasado en el plano procesal penal por la práctica eliminación de medidas no encarcelatorias durante la investigación y el juzgamiento.

Hay responsabilidad del Estado a través del Poder legislativo, el cual, a pesar de haber sido notificado por la Corte Constitucional (sentencia T-153/98) del estado de cosas inconstitucional en los centros de reclusión, por el hacinamiento y las condiciones inhumanas en los mismos, ha emitido normas que en vez de posibilitar la restricción del uso de la cárcel sólo para los hechos más graves, por el contrario, ha convertido contravenciones en delitos, aumentado los mínimos y los delitos inexcarcelables, ha eliminado medidas de aseguramiento alternativas a la prisión, sin que se haya solucionado previamente la situación inconstitucional de los centros de reclusión.

Comportamiento institucional. De su parte, el comportamiento de las agencias de control social, como la policía y la fiscalía, ha tenido como efecto el uso abusivo del arresto y la detención preven-

tiva, respectivamente, respecto de casos de la llamada criminalidad tradicional (hurto y drogas), dejando de lado hechos de mayor gravedad social, los cuales quedan en la impunidad. La Fiscalía no ejerce un control suficiente de la legalidad de los arrestos policiales, especialmente cuando son masivos (batidas y redadas) y no ejerce su obligación de liberar a las personas cuyo arresto o prolongación del mismo fue ilegal. En muy pocos casos otorga la libertad provisional (aprox. 11% de los casos) enviando a las cárceles a personas que se reputa inocentes, sin ponderar que la pena que pudieran recibir no se condice con la pena ilegítima que van a recibir de facto, y por muchos años, en condiciones que la Corte Constitucional ha calificado de tratos crueles, inhumanos y degradantes. Los fiscales tampoco ponderan que, por las condiciones de escasez de recursos, será difícil que la administración penitenciaria asegure las remisiones para que la persona pueda ser juzgada, desvirtuando el sentido y necesidad de la detención preventiva como medida de aseguramiento del proceso. Debiendo los fiscales tomar decisiones basados en los principios rectores de la legislación penal, no pueden ceñirse sólo a los requisitos formales sin considerar las condiciones reales de operatividad del sistema penitenciario, y de espaldas a la declaración de estado de inconstitucionalidad de los centros de reclusión.

Hay responsabilidad del Estado, a través de la Policía y fuerzas de seguridad por la comisión de arrestos masivos como “batidas” y “redadas” sin seguimiento de los requisitos constitucionales. Igualmente, por realizar arrestos que informa como “flagrancia” sin respetar tampoco las garantías constitucionales. También el Estado, a través de la Policía y fuerzas de seguridad, es responsable por recibir y mantener “retenidas” a personas sindicadas y condenadas en las estaciones policiales, no obstante la prevención de no hacerlo que hizo la Corte Constitucional en la sentencia T-847/2000.

Hay responsabilidad del Estado a través de la Fiscalía y sus agentes, que no controla suficientemente la legalidad de los arrestos policiales, teniendo como efecto adicional la judicialización de hechos que no son los más gravosos para la sociedad, recargando al sistema penal y penitenciario. Un mayor control de estos eventos

permitiría reducir la corrupción policial. Es más, si se eliminara la detención provisional de los llamados “viciosos” y microcomercializadores, la policía ya no tendría elementos para pedir sobornos en estos casos. La Fiscalía también es responsable por el uso generalizado de la detención preventiva, haciendo caso omiso de la declaración de estado de cosas inconstitucional de los centros de reclusión por la Corte Constitucional. Los fiscales son responsables por no ponderar la necesidad y proporcionalidad de la detención preventiva como lo ordena el bloque de constitucionalidad, sabiendo que no asegurará la realización del proceso, y que constituye una pena ilegítima de facto, calificada de tratos crueles, inhumanos y degradantes por la Corte Constitucional (sentencia T-153/1998). Los fiscales también son responsables por permitir, a sabiendas, el internamiento de sindicados en las estaciones de policía, cuando no se trata de centros legalmente destinados a ello, y cuyas condiciones de detención también han sido calificadas por la Corte Constitucional como tratos crueles, inhumanos y degradantes (sentencia T-847/2000).

Jueces y mora judicial. La larga duración de los procesos, especialmente las apelaciones y, de modo inaudito, la casación, hacen que la detención preventiva se prolongue tanto que constituya una pena anticipada (si la persona es condenada) o injusta (si la persona es absuelta o se reducen los años de condena). Hay responsabilidad en los jueces por la falta de control jurisdiccional de las medidas adoptadas por la fiscalía (habiendo establecido la Corte Constitucional que cabe un control previo y posterior).

Hay responsabilidad del Estado a través de los jueces por la mora judicial, en tanto prolonga la prisión, bajo condiciones inconstitucionales. Deben revisarse las deficiencias estructurales que hacen que tarde tantos años la emisión de sentencias en casos de apelaciones y sobre todo de casaciones.

Hay responsabilidad del Estado, a través de los jueces por no ponderar la necesidad, proporcionalidad y razonabilidad de prolongar la detención preventiva cuando se han vencido los términos por negligencia, mora judicial, problemas de remisiones u otros atribui-

bles al deficiente funcionamiento estatal. Esto también pasa en los casos de personas que cumplen los requisitos para obtener la libertad provisional por vencimiento de término pero que no pueden pagar la caución prendaria. La negativa para el otorgamiento de libertad provisional en tales casos, considerando que se trata de personas a quienes se reputa inocentes y que se encuentran en prisión bajo condiciones que constituyen tratos crueles, inhumanos y degradantes, constituye una co-responsabilidad en la prolongación de dicha pena ilegítima e ilegal.

La situación de las personas sindicadas bajo condiciones de tratos crueles, inhumanos y degradantes, exige una ponderación de la medida privativa de la libertad por ese sólo hecho. Este es, por ejemplo, el caso de las madres con niños pequeños en condiciones de hacinamiento y falta de atención médica, los afrocolombianos y personas carentes de recursos que se encuentran en los túneles de la Cárcel de Distrito Judicial de Bogotá La Modelo, o de los indígenas en un húmedo pasillo en Cali, y de los más pobres y marginados. No debería haber un solo sindicado bajo estas condiciones. Y se debería poner remedio inmediato para los casos de condenados con sentencia firme.

Los jueces de ejecución de penas y medidas de seguridad son responsables por no realizar visitas y cumplir con su obligación legal de verificar el lugar y las condiciones en las que se cumplen las penas, y en consecuencia, ponderar, en atención al principio de dignidad humana y el bloque de constitucionalidad, la suspensión de una medida que ha devenido inconstitucional.

La Sala Jurisdiccional Disciplinaria del Consejo Superior de la Judicatura tiene bajo su responsabilidad la investigación de los jueces de penas y medidas de seguridad por su inasistencia a las cárceles, por requerimiento de la Corte Constitucional (sentencia T-153/1998). Al no haberse realizado ninguna investigación que haya trascendido, la Sala permite que los jueces continúen incumpliendo su obligación legal de visitar las cárceles y verificar el lugar y condiciones de detención.

Administración penitenciaria. Finalmente, el Estado a través del Ministerio de Justicia y del Derecho (Min. Justicia) y la dirección general del Inpec, tiene responsabilidad por la instrumentación de una política de facto y gestión penitenciaria que no se condice con el respeto de las garantías constitucionales y derechos humanos. Hay grave responsabilidad de Min. Justicia e Inpec por una gestión que da lugar a condiciones carcelarias que la Corte Constitucional califica como “tratos crueles, inhumanos y degradantes”. La falta de recursos no es justificación suficiente del mal manejo carcelario pues según informes de la Contraloría, hay irregularidades administrativas y financieras serias y reiteradas durante años.

Min. Justicia e Inpec también son responsables por no acatar las sentencias de la Corte Constitucional y, por el contrario, tratar de encubrir dichos incumplimientos. Como ejemplo, con relación al caso de las personas sindicadas y condenadas detenidas en estaciones policiales, en el que hay una sentencia de la Corte Constitucional ordenado el cese de tal situación, Min. Justicia y el Inpec, en vez de solucionar el problema, han borrado a dicha población de las estadísticas oficiales de la población penitenciaria nacional, como si de ese modo pudieran desaparecer de la realidad. Este encubrimiento del problema influye negativamente en la planificación de reducción de hacinamiento, pues hay una población de aproximadamente 5.000 personas que no está siendo considerada en dicha planificación.

Min. Justicia y el Inpec, no obstante los serios problemas de hacinamiento y violación de los derechos humanos en las cárceles, en vez de facilitar las condiciones para que la población penitenciaria pueda salir más rápidamente en libertad en condiciones de reinserción social (con trabajo y estudio), son responsables por una política que redunde en la restricción de beneficios. Min. Justicia y el Inpec, actuando como instancia legisladora, han incrementado los requisitos (algunos abiertamente inconstitucionales) para la obtención de beneficios, dando lugar en la práctica a un incumplimiento de los objetivos de la ley. De otra parte no dan ninguna prioridad a las

posibilidades de trabajo y estudio imposibilitando que las personas puedan redimir su pena y salir más pronto en libertad.

Evaluación. Todo este recrudescimiento de la actitud punitiva del Estado, al haberse dirigido preferentemente a la llamada criminalidad tradicional (hurto, “viciosos”, microcomercialización), no se ha traducido por ende, en una reducción de las situaciones de mayor afectación social como las muertes y secuestros (que se incrementan cada día), la corrupción organizada, la violencia por parte de los grupos armados ilegales. Ni siquiera, respecto de los hechos que reprime, ha podido reducir la criminalidad patrimonial (asociada a la pobreza, que se agudiza con la prisionización), el narcotráfico (cuya paradoja consiste justamente en ser un negocio que se funda en el hecho de su ilegalidad), las contravenciones convertidas en delito, como el abandono familiar (que también se incrementa con el encarcelamiento, pues priva totalmente a los padres de posibilidades efectivas de trabajo y manutención de su prole), entre otros.

Urge el diseño de una política articulada y democrática que encare la prevención social de la violencia, la promoción de medios alternativos de resolución de conflictos, el respeto de la jurisdicción especial indígena, la justicia de paz y comunitaria, y una política criminal de *ultima ratio*, garantista y eficiente.

Sobre los órganos de control y protección. Órganos de control. Contraloría, Procuraduría

La Contraloría tiene informes de Auditoría muy claros y contundentes sobre las sistemáticas irregularidades legales, administrativas, contables, financieras y técnicas del Inpec, que redundan en la pésima situación carcelaria. Entre ellas, por ejemplo, contrataciones con proveedores de alimentos con los que durante varios años hay quejas, sin que se investigue ninguna, presupuestos para salud sin utilizar, irregularidades legales, administrativas y financieras en las contrataciones de obras públicas (contratos para construcciones

como si fueran obras nuevas y tratándose de obras inconclusas que ya deberían haberse terminado), convenios millonarios con “Renacimiento S.A.” entre 1997 y 1999 para efectos de poner en marcha proyectos ocupacionales y productivos, sin resultado favorable alguno, y sin pronunciamiento al respecto. Despilfarro de recursos en estudios y diseños que no se ejecutan por cambios de criterios, o que quedan a medias. Falta de planeación que ha ocasionado problema con contratistas, adjudicaciones de contratos de obra pública de modo directo, sin invitación pública, aprovechando la declaratoria de emergencia carcelaria. En atención a todas las irregularidades encontradas, la Contraloría concluye que la cuenta rendida no fenece. No obstante la claridad y contundencia del informe, la Contraloría no ha utilizado sus atribuciones sancionatorias contra los responsables, por lo que la situación continúa igual.

El Ministerio de Justicia y el Derecho, que tiene función de tutela respecto del Inpec, tampoco ha establecido responsabilidades ni ha dictado políticas para que se den cambios sustantivos. En materia de construcciones ha retirado del Inpec las atribuciones al respecto para trasladarlas al FIC, que es un Fondo para la construcción y reparación de infraestructura carcelaria, y ahora depende directamente del Ministerio de Justicia. De otra parte ha intervenido también directamente, a partir del Convenio de Mejoramiento del sistema penitenciario entre la Embajada Usaid y Min. Justicia, en la política y diseño de gestión de penitenciarías de alta seguridad como Valledupar, el pabellón de alta seguridad de la Cárcel de Distrito La Picota, y otras nuevas que se están construyendo.

También la Procuraduría General de la Nación así como la Fiscalía General han mostrado una actitud pasiva frente a los graves hechos de corrupción consignados en el Informe de la Contraloría arriba mencionado. Ninguna de estas instancias abrió siquiera investigación.

De otra parte, la Procuraduría fue compelida por la Corte Constitucional a hacer una investigación para exigir, en caso de haber lugar, la responsabilidad a los funcionarios implicados en la irregular detención de personas sindicadas y condenadas en las estaciones

policiales. La Procuraduría hizo caso omiso de esta orden de la Corte Constitucional. Las estaciones policiales siguen hacinadas de personas sindicadas y condenadas que el Inpec, irregularmente, sigue enviando a dichos lugares.

Órganos de protección

La Corte Constitucional de Colombia ha jugado un importantísimo papel en la concesión de tutelas, sentando una línea jurisprudencial de defensa de la constitucionalidad y derechos humanos. Ello ha respaldado enormemente el esfuerzo de las organizaciones de presos así como de entes gubernamentales y no gubernamentales comprometidos en el tema. Sin embargo, el mecanismo para hacer cumplir la tutela no parece suficientemente idóneo.

La Defensoría del Pueblo ha librado una lucha tenaz de defensa de los derechos constitucionales, interponiendo tutelas, acciones de inconstitucionalidad, de cumplimiento, y emitiendo resoluciones sobre la situación carcelaria. Las personas privadas de la libertad saben realmente que cuentan en la Defensoría con un defensor.

5. Recomendaciones sobre política criminal y penitenciaria

Recomendaciones generales

Diseño concertado y democrático de políticas sociales de prevención de la violencia y manejo pacífico del conflicto. Diseño concertado y democrático, con amplia convocatoria social y política, de políticas públicas dirigidas al encaramiento social y político de los problemas nacionales, la prevención social de la violencia, la promoción de medios alternativos de resolución de conflictos, el respeto y fortalecimiento de la jurisdicción especial indígena, la expansión de la justicia de paz y comunitaria, y la institucionalización de una política criminal de *ultima ratio*, garantista y eficiente.

Fortalecimiento de los mecanismos consensuales, democráticos y alternativos de resolución de conflictos, a todo nivel (negociación, conciliación, mediación, arbitraje), **justicia de paz y justicia comunitaria.**

Fortalecimiento de la jurisdicción especial indígena. Desarrollo de mecanismos de coordinación entre la jurisdicción ordinaria y la indígena para los casos “frontera”. Incorporación de la perspectiva pluricultural en el diseño de las políticas sociales y la política criminal. Consulta previa con los pueblos indígenas antes de emitir normas o realizar actos administrativos que puedan afectarlos, relativos a la política criminal y penitenciaria.

Diseño de una política criminal de *ultima ratio* y garantista, que tenga como indicador de eficacia institucional el respeto de los derechos humanos. Debe estar guiada además por los principios de excepcionalidad, legalidad, razonabilidad, proporcionalidad, necesidad, lesividad (que las conductas perseguidas efectivamente hayan causado daños contra bienes jurídicos), mínima proporcionalidad o insignificancia (que los hechos de poca significación, aunque entren en el tipo no sean perseguidos penalmente), co-responsabilidad social, humanidad de las penas y lesión mínima de derechos (no afectar mayores derechos que los estrictamente vinculados al derecho restringido), limitación de la lesión a la víctima (que la respuesta penal no victimice doblemente a la víctima de los hechos), mínima trascendencia de la punición (que no se afecte a la familia del reo o terceros de modo gravoso), entre otros.

Debería ofrecerse un conjunto de posibilidades previas a la judicialización de los conflictos, como los mecanismos alternativos de resolución de conflictos (conciliación, mediación, arbitraje), justicia de paz y comunitaria. Luego, medidas de despenalización o salidas no punitivas como mecanismos administrativos o contravencionales (para hechos de contenido patrimonial), mecanismos de diversificación (principio de oportunidad), penas alternativas como trabajo comunitario, reparación, arresto de fin de semana, suspensión de condena o *probation*, condena condicional, suspensión condicional de la pena, y los llamados subrogados penales.

Utilización de mecanismos de descriminalización (no tipificar ni perseguir como delitos) respecto de problemas sociales, eventos no graves y conflictos cuyo abordaje desde el derecho penal sea contraproducente, para ser encarados en los planos social, económico, político. Entre éstos, cabe citar como ejemplo los hechos vinculados a la pobreza (invasión de tierras por familias desplazadas, cultivo de coca a escala familiar por necesidad, delitos de bagatela, etc.).

Uso de mecanismos de diversificación (sacar del proceso penal eventos que ya habían entrado a él mediante su derivación a otros sistemas). Introducción del principio de oportunidad, facilitación de arreglos, reparación, conciliación, diversas opciones para extinción de la acción penal, *probation*, suspensión de fallo condenatorio y condena condicional.

Uso de mecanismos de despenalización (formas atenuadas de uso del sistema penal, como pasar delitos a contravenciones y uso de penas alternativas). Volver a tipificar como contravenciones lo que las últimas reformas penales convirtieron en delitos, así como otros eventos que no tienen mayor gravedad y pueden resolverse por otras vías. Incorporar como penas principales y no sólo sustitutivas de la prisión, sanciones alternativas al encarcelamiento como multas, trabajo comunitario, arrestos de fin de semana, detención domiciliaria, alejamiento del domicilio de la víctima, *probation*, entre otras sanciones no encarcelatorias.

Uso mínimo de la prisión. Reducción del uso de la prisión sólo para los casos de extrema gravedad y cuando no hay otra solución para la prevención de mayor violencia. Reducción de la pena máxima a 20 años (según lo que recomiendan los estándares internacionales), para evitar que penas prolongadas se conviertan de facto en prisión perpetua, proscrita por la Constitución. Suspensión de fallos condenatorios de penas menores de 6 meses, para evitar el efecto contaminante y deteriorante que la prisión causa en primarios.

Eliminación de la detención administrativa y estricto control jurisdiccional de toda captura.

Restringir las capturas a las originadas en orden judicial y flagrancia. Eliminar la detención gubernativa o administrativa, pues en la práctica tiene un uso abusivo (redadas y batidas) y no es posible controlar el seguimiento de las restricciones constitucionales. Introducir control jurisdiccional previo a las capturas y medidas limitativas de derechos ordenadas por la fiscalía.

Ejercer mayores controles sobre el arresto en flagrancia, por la Fiscalía y jueces, a fin de que la policía no continúe con la práctica de las llamadas “redadas” o “batidas” que sólo judicializan a “viciosos” (consumidores de droga o micro-comercializadores) y delitos de bagatela, sobrecargando el sistema penal. Utilizar políticas sociales frente a la marginalidad y no exclusivamente la represión. Eliminar la posibilidad de atribuir funciones de policía judicial a los militares (contemplado en la Ley 684 sobre Seguridad y defensa Nacional). Luego de un arresto en flagrancia, reafirmar la obligación de poner a la persona a disposición de la autoridad judicial y no sólo “comunicar de dicha detención”, como se dispone en la Ley 684.

Control jurisdiccional y constitucional de todas las medidas y situaciones privativas de libertad. Ampliar las posibilidades de utilización del Hábeas Corpus (HC) siguiendo la iniciativa de la Defensoría del Pueblo, a fin de que se contemple un Hábeas Corpus correctivo de las condiciones de prisión, y quede claro que el HC cabe también contra órdenes judiciales, cuando éstas se alejan de todo fundamento legal. Cabría añadir también, contra el caso específico de la detención preventiva, cuando dicha institución se ha desvirtuado en sus fines porque impide la realización del proceso y genera la violación de derechos humanos.

Uso mínimo, excepcional y controlado de la detención preventiva. Éste es un tema particularmente importante porque afecta personas que se presume inocentes, y alcanza a la mayoría de la población penal (teniendo en cuenta que quienes no tienen sentencia firme y ejecutoriada constituyen casi dos tercios de la población

penal). La duración de los procesos (normalmente más de tres hasta la condena y más de 7 años si va en casación), la imposibilidad material de que los establecimientos de reclusión realmente puedan asegurar las remisiones para que las personas privadas de libertad concurren a sus procesos, el deterioro económico que reduce las posibilidades de defensa, ante la insuficiencia de la defensa de oficio y pública, y, sobre todo, las condiciones violatorias de los derechos humanos en los establecimientos de reclusión (no solucionadas ni con las tutelas de la Corte Constitucional), hacen que la detención preventiva se haya convertido, en sus condiciones de operatividad efectiva en Colombia, en una pena de facto, ilegítima e ilegal.

Como un Estado de Derecho no debe permitir tratos crueles, inhumanos y degradantes, y menos para personas que se reputa inocentes, mientras no pueda efectivamente ofrecer condiciones humanas y de respeto de garantías en las cárceles, debe eliminar la detención preventiva como única medida de aseguramiento. Su uso debe estar regulado para situaciones estrictamente excepcionales, y con concurrencia de los siguientes requisitos: a) sólo para delitos de lesa humanidad y suma dañosidad social, b) cuando haya pruebas fundadas de la responsabilidad del sindicado, c) cuando haya pruebas fundadas de que el procesado huirá, destruirá las pruebas del delito, o modificará el escenario del crimen, d) cuando el Estado pueda asegurar que la prisión no se dará en condiciones de tortura, trato cruel, inhumano y degradante. Debe tener, además, estricta limitación temporal para garantizar una justicia pronta y cumplida, y estar sometida a revisión y control.

Medidas y caución. No se debe sujetar toda la institución precautelar a la cárcel como única medida de aseguramiento. Tampoco se deben reducir las medidas no privativas de la libertad a la caución prendaria, pues esto se convierte una medida discriminatoria por razón económica, que acaba condenando a los pobres a la prisión.

Agilización de la justicia. Establecimiento de mecanismos que agilicen de modo efectivo la justicia. Con relación a las apelaciones y casaciones debe iniciarse un estudio a fin de recomendar solucio-

nes estructurales para evitar los largos retrasos. Declarar una “emergencia judicial” a fin de poner al día las casaciones, para que se supere de modo radical el retraso de años que tiene la Corte.

Condiciones para el goce de beneficios y obtención de libertad. Diseño de establecimientos penitenciarios orientados al trabajo y estudio. Eliminación efectiva de pabellones de aislamiento o condiciones de detención que impidan el estudio o el trabajo y por ende no permitan redimir la pena ni gozar de otros beneficios. Destino prioritario de recursos para el desarrollo de programas de estudio y trabajo en condiciones de calidad y competitividad. Consulta y coordinación con las personas privadas de libertad sobre las opciones laborales y educativas necesarias. Eliminar a cero la espera para autorización de trabajo si se trata de actividad artesanal o propia que no depende de una dotación específica del centro. Igualmente para el caso de actividades educativas y organizativas previstas en la ley (comités) que no requieren de inversión por parte del centro. Contar con una oferta de estudio y trabajo que se debe informar al preso al momento de su ingreso para no retrasar su inserción en una actividad que le permita redimir su pena inmediatamente luego de su ingreso. Eliminar el pago del 10% que deben hacer los presos por el ingreso de materia prima, pues no siempre venden los productos. Cuando es la institución carcelaria la que no ofrece trabajo o estudio, no se debe sancionar a la persona privada de libertad impidiéndole el goce de otros beneficios que exigen como requisito el trabajo o estudio.

Administración. Min. Justicia y el Inpec deben respetar rigurosamente el bloque de constitucionalidad y abrogar las disposiciones que han emitido para restringir ilegalmente el otorgamiento de los beneficios. Igualmente deben dictar políticas específicas para que los directores promuevan, en vez de restringir el otorgamiento de beneficios que permitan a la persona buscar trabajo y encontrar una inserción social positiva incluso antes de obtener su libertad plena.

Sistematización y computarización de todo tipo de información requerida judicial y penitencialmente para posibilitar la planificación, mejorar los servicios, y no retrasar a los presos cuando solici-

tan beneficios o deben salir libres. Evaluar si el sistema que viene implementando el Inpec es el más idóneo, y, en todo caso asegurar la existencia de un sistema actualizado, interconectado, seguro y ágil. En los lugares visitados, donde se estaba implementando el sistema, había muchas dificultades para su manejo y en ningún caso la información estaba actualizada. Contar con sistemas de datos de las personas privadas de libertad desde su llegada y mantenerlo actualizado, al igual que la carpeta física donde constan las piezas procesales y otros documentos impresos. Apenas ingresa una persona se debe requerir a todas las instancias de justicia por la existencia de otros procesos y así evitar que eso ocurra cuando la persona está por recuperar su libertad. Sistematización oportuna. Se debe llevar permanentemente actualizado el cómputo por estudio y trabajo y no hacerlo recién en el momento que la persona lo necesita pues eso retarda la solicitud de redenciones por estudio y trabajo.

Sistema en red. Tanto los juzgados como la Fiscalía también deben tener sus sistemas computarizados y, en lo posible, el sistema del Inpec debe ser accesible en red para los juzgados de penas y medidas de seguridad, fiscales y jueces.

Juzgados de ejecución de penas y medidas de seguridad. Dotarles de más recursos humanos y materiales. Revisar el sistema de secretaría única, de la cual se quejan tanto los jueces porque retrasan las notificaciones, demora la ubicación de expedientes, etc. Promover mecanismos para el mejoramiento del personal y el servicio. Promover la capacitación en el servicio, especialmente en el manejo del bloque de constitucionalidad y el conocimiento de todas las tutelas que amparan derechos de las personas privadas de libertad. Instauración de un sistema de turnos periódicos y obligatorios, dando cuenta a la Corte Suprema y a la Corte de Constitucionalidad, para realizar visitas completas a los establecimientos de reclusión y todo lugar donde haya personas privadas de libertad, dando cuenta de las condiciones del cumplimiento de penas y si ellas se ajustan o no a la Constitución. De ese modo podrían dar seguimiento a las tutelas y si no se cumplieren, ejercer sus funciones para hacerlas cumplir, interponiendo la medida que corresponda.

Recomendaciones sobre los órganos de control y protección

Establecimiento de mecanismos de control funcional de los jueces, por la mora judicial, y de los jueces de ejecución de las penas y medidas de seguridad, por incumplimiento de su función de visitar las cárceles y otras.

Con relación a las Tutelas cabría estudiar el diseño de mecanismos adicionales que aseguren su cumplimiento de modo más efectivo.

Utilización de mecanismos internacionales de protección de derechos humanos ante la insuficiencia de los controles internos y el entrapamiento de la situación carcelaria no obstante la existencia de órdenes de la Corte Constitucional para hacerla cambiar.

Defensa. Fortalecimiento institucional de la Defensa Pública. Rediseño de la Defensa de Oficio, luego de estudio. Si bien es importante que los abogados de libre ejercicio puedan brindar un servicio social, es una realidad contundente la inoperancia de dicho sistema, generando expectativas en los procesados que luego no se cumplen. Para contrapesar realmente a la parte acusadora, se requeriría una institución de defensa equivalente a la Fiscalía: con autonomía orgánica, presupuesto, recursos humanos y materiales suficientes.

En el mediano plazo se requeriría dotar a la Defensa Pública de más recursos humanos y materiales. Aumentar el número de defensores que permita un 100% de cobertura nacional, que se reduzca la carga procesal de los mismos para mejorar la calidad del servicio. Diseñar un sistema para que los abogados contratados cuenten con algún tipo de seguro y otros incentivos. Establecer mecanismos de control de la calidad del servicio e idoneidad. Poner especial énfasis en el control de la utilización de todos los recursos posibles para la protección de la libertad (cuestionamiento fundado de la legalidad de la captura, y de la necesidad, proporcionalidad y razonabilidad de la detención preventiva). Promover la capacitación en el servicio respecto de nuevas normas, la utilización del bloque de constitucionalidad y acciones internacionales de protección de derechos humanos, derechos indígenas, entre otros. Debe organizarse el servicio de tal modo que pueda tener iniciativa y no sólo responder a de-

mandas. En cada establecimiento de reclusión, miembros de la Defensa Pública deberían visitar los pabellones de aislamiento, alta seguridad, enfermería, y otros donde los presos no tienen posibilidades de ir a las oficinas que la Defensoría tiene en las cárceles. La defensa pública debería también estar en condiciones de recorrer periódicamente estaciones policiales para evitar que ahí haya personas detenidas, menores, etc.

Órganos de control. Para efectos de que el control surta su efecto, no se debe hacer caso omiso de los informes que dan cuenta de irregularidades, pues la situación se acaba perpetuando. Esto ha pasado con el informe de la Contraloría que prácticamente “ha quedado en nada”. Recomendamos que la Contraloría ejerza todas sus atribuciones para intervenir de modo más firme hasta que se verifique un cambio real en la situación de manejo irregular por parte del Inpec y MJD.*

Recomendamos también la intervención de la Procuraduría a fin de identificar responsables y aplicar las sanciones disciplinarias correspondientes.

*Recomendaciones específicas o de corto plazo:
dar cumplimiento a las tutelas*

La Corte Constitucional calificó a los centros de reclusión como un “estado de cosas inconstitucional” por las violaciones de los derechos humanos comprobadas, notificó a los poderes públicos al respecto, y dio un plazo para el cambio de dicha situación (sentencia T-153/98). En otra tutela (sentencia T-487/2000) estableció que las detenciones en estaciones policiales también configuraban violación de derechos humanos, dando diez días para el traslado de todas las personas, y previniendo que no se repita dicha situación.

Esta Misión, y creemos la ciudadanía y los poderes públicos, no puede ignorar la fuerza de dichas calificaciones ni se puede obviar la

* Ministerio de Justicia y del derecho.

consecuencia. El Estado no debe mantener presas a las personas bajo condiciones que constituyen tratos crueles, inhumanos y degradantes. Dado que esta Misión ha observado que dicha situación continúa, no puede dejarla pasar sin recomendar una salida radical: o cesa la violación o cesa la privación de la libertad bajo tales condiciones.

Recomendamos la organización, con esfuerzos interinstitucionales, de una “campana por el cumplimiento de las tutelas”. Ello implica un conjunto de acciones que debería implementarse con urgencia y de modo conjunto. Suponen la concertación de voluntades y una amplia campana de sensibilización social sobre el tema para contrarrestar la posible contracampana que se desate por un temor conservador. Esta campana estaría destinada a cumplir las disposiciones de las tutelas T-153/98 (estado de cosas inconstitucional) y T-487 (estaciones policiales). En el camino, se deberían promover mecanismos que remedien de modo estructural los problemas carcelarios, pues si no, en pocos meses las cárceles estarán llenas de gente otra vez. Recordamos que la sentencia T-153/98 está dirigida a todos los poderes públicos y en particular a Min. Justicia e Inpec, por lo cual debería haber interés institucional en realizar esta campana. La Defensoría del Pueblo podría jugar un liderazgo importante dada su tarea de proteger los derechos de la población presa y la ciudadanía en general.

Objetivo. La Campana tendría como objetivo que, sin tener que esperar grandes reformas normativas, se dé inmediato cumplimiento a las tutelas: dar libertad inmediata a todas las personas en condiciones de obtenerla, y, promover por diferentes medios la libertad de las personas sindicadas que están en los establecimientos penales en condiciones que la Corte califica como tratos crueles, inhumanos o degradantes. Al salir todas esas personas se podrían dar mejores condiciones a quienes quedan: condenados y algunos sindicados, y se facilitaría la separación de sindicados de condenados, y la aplicación del sistema progresivo. Tal deshacinamiento permitiría el traslado de todos los condenados que se encuentran en las estaciones policiales. Y debería ponerse en libertad a los sindicados que se

encuentran bajo condiciones de tratos crueles, inhumanos y degradantes en las estaciones policiales y establecimientos de reclusión.

No debería dar temor de que con esto se afectaría la seguridad ciudadana, pues no se busca facilitar la salida de los “narcotraficantes” o “delincuentes poderosos”, ya que ellos gozan de buenas condiciones en las cárceles. La idea es que puedan salir sobre todo aquellos sindicados pobres, que por su condición carente han sido capturados por el sistema y no han tenido cómo defenderse, y que son los que están en las cárceles bajo condiciones de tratos crueles. Esto beneficiaría a los sindicados afrocolombianos que están durmiendo en túneles, a los indígenas, a las madres con niños en el penal, a los más pobres que no tienen dónde dormir siquiera y son objeto de abuso de los demás, considerando que se trata de personas a las que ni siquiera se les ha probado su responsabilidad penal. La pena que podrían recibir ya está sobrepagada con los tratos crueles, inhumanos y degradantes sufridos. Y, en el caso de mujeres sindicadas con niños pequeños, la detención preventiva no sólo afecta los derechos de la madre —a quien incluso se reputa inocente—, sino del niño, quien merece protección estatal especial.

Medidas urgentes y conjuntas como parte de la campaña por el cumplimiento de tutelas

Defensa. Diseño inmediato de un plan agresivo de dotación de defensa en todas las prisiones para cubrir el 100% de presos durante un período, coordinado por la Defensoría del Pueblo, con el apoyo de todos los entes vinculados al sistema penitenciario, asociaciones de abogados, las universidades, las casas de justicia, Organizaciones no Gubernamentales, etc. El objetivo sería hacer una suerte de censo de todos los presos para determinar la situación jurídica real de todas las personas para, de modo inmediato, tramitar libertades en los casos que quepa, y obtener una información detallada que permita desarrollar otras propuestas más específicas de solución de los problemas.

Indulto económico. Decretar un indulto económico a todas las personas de escasos recursos y que teniendo los requisitos legales para obtener arresto domiciliario o libertad provisional no lo pueden hacer por no poder sufragar la caución prendaria.

Simplificación administrativa. Simplificar todo tipo de formatos requeridos en el proceso administrativo y judicial a fin de facilitar la realización de trámites.

Red rápida. Un objetivo colateral de la campaña debería ser la implementación del sistema computarizado que tiene planeado el Inpec. Pero si no es posible, la campaña no se detendría.

Voluntad política. El Ministerio de Justicia y del Derecho y el Inpec deberían ser el corazón de la campaña a fin de facilitar el proceso, poniendo todos sus recursos al logro de sus objetivos. Ello implicaría, para empezar, la emisión de disposiciones claras destinadas al otorgamiento de todos los beneficios legales consignados en la ley, con simplificación de los requerimientos.

Simplificación de requisitos imposibles de cumplir. Bajo certificación del Inpec de la imposibilidad material que le asiste para dotar de oportunidades de trabajo y estudio a todas las personas privadas de libertad, eximir de dicho requisito, por constituir una exigencia imposible, cuando se requiere el mismo para obtener algún beneficio, en tanto las personas cumplan los otros requisitos.

De modo inmediato tramitar la libertad de:

- a) personas con condenas cumplidas, y personas con órdenes de libertad sin ejecutar;
- b) personas con vencimiento de término para obtener libertad, pero que no pueden salir por falta de medios para pagar la caución económica (otorgándoles indulto por dicha caución o previéndose otros medios de aseguramiento);
- c) indígenas cuyos procesos deberían ser vistos por su jurisdicción especial, entregándolos a la misma, o que deberían cumplir la pena en su medio;

- d) mujeres madres en calidad de sindicadas, con niños en el centro de reclusión, y que se encuentran en malas condiciones;
- e) personas sindicadas en general que se encontraren bajo condiciones que signifiquen penas o tratos crueles, inhumanos y degradantes, y cuya situación no hubiese sido o no pudiese ser corregida.

Fundamento

La declaración de las condiciones carcelarias como “un estado de cosas inconstitucional” por constituir tratos crueles, inhumanos y degradantes, ameritaría la interposición de las acciones correspondientes para el cese de la situación o la liberación de las personas detenidas bajo esas condiciones. En el caso de las personas sindicadas que están presas en condiciones que configuran malos tratos, degradantes y humillantes, o debería cesar inmediatamente tal situación o deberían ser puestas en libertad, bajo otras garantías (no necesariamente económicas) que aseguren la realización del proceso. El aseguramiento del proceso, en ningún caso, constituye un bien superior a la vida e integridad personal. Incluso cabría interponer el hábeas corpus, al haber devenido la detención provisional en ilegal por las condiciones de tratos crueles, inhumanos y degradantes.

En el caso de los condenados, deberían considerarse medidas urgentes de corrección de la situación y cese de las violaciones. Si el Estado está en incapacidad de encarcelar a tantas personas –como las que hay– con respeto de sus derechos básicos, entonces debe reducir dicha población a un mínimo que pueda atender, a fin de que la pena pueda cumplir sus fines.

Por lo general, quienes se encuentran en condiciones carcelarias de penas o tratos crueles, inhumanos y degradantes son personas carentes de poder y recursos, y por ende de defensa, y se encuentran presas por delitos menores. Quienes tienen poder, armas y recursos por lo general están en mejores condiciones en los centros de reclusión y a ellos no beneficiarían estas propuestas.

Cuando el Estado esté en condiciones de albergar más personas presas, en condiciones de respeto de su dignidad humana, evaluará si opta o no por esa vía, pero no puede pretender tener encarceladas a personas en condiciones que ha proscrito expresamente, i.e. de tortura, tratos crueles, inhumanos o degradantes. Como Estado Social de Derecho y en cumplimiento de sus obligaciones internacionales, debe cesar la violación flagrante de los derechos humanos de las personas privadas de libertad.

La Sala Jurisdiccional Disciplinaria del Consejo Superior de la Judicatura debe realizar la investigación de los jueces de penas y medidas de seguridad por su inasistencia a las cárceles, por requerimiento de la Corte Constitucional (sentencia T-153/1998).

Capítulo 4: condiciones del funcionamiento institucional del sistema penitenciario

4. El Modelo institucional: cumplimiento de la Ley 65 de 1993

La Ley 65 de 1993 “regula el cumplimiento de las medidas de aseguramiento, la ejecución de las penas privativas del libertad personal y de las medidas de seguridad” (art. 1). Le asigna a la pena “la función protectora y preventiva, pero su fin fundamental es la resocialización” (art. 9). Mediante un tratamiento que implica “el examen de su personalidad y a través de la disciplina, el trabajo y el estudio” (art. 10), siguiendo “un sistema progresivo” (art. 12).

La realidad del sistema penitenciario es muy distinta a los objetivos y medios empleados para ello. Ni es protectora (entre octubre de 1999 y septiembre de 2000 se produjeron 243 muertes violentas y 462 personas sufrieron heridas dentro de los centros carcelarios y penitenciarios); ni tampoco es preventiva dado que la población presa creció de 1992 a 1999 en 23.577 personas presas; ni tampoco resocializadora ya que contempla altos índices de reincidencia y altos niveles de violencia carcelaria, drogadicción y proliferación de

bandas al interior de la cárcel, propiciando y favoreciendo la corrupción y victimización de la población reclusa.

El examen de personalidad, al momento del ingreso, que la Ley 65, art. 63, exige es inexistente; las posibilidades de trabajo son totalmente insuficientes; las aulas, cuando existen, se encuentran vacías, no hay profesores titulados, ni tienen los materiales didácticos pertinentes.

No existe una clasificación mínima (art. 63 de la Ley 65) que resguarde los derechos de los internos, que proteja las minorías (indígenas, afro-colombianos, enfermos), que defina los niveles de seguridad y control y que pueda determinar las necesidades individuales de los que ingresan. Al ingreso son ubicados en recintos estrechos carentes de los servicios higiénicos mínimos, y esto por varios días. Se da la más absoluta arbitrariedad en la ubicación en los patios y ésta, finalmente, dependerá de la capacidad económica de la persona privada de libertad.

No existe una evaluación, ni individual ni social para la aplicación del régimen progresivo. El otorgamiento adecuado y oportuno de los beneficios penales y penitenciarios, a pesar de estar contemplados en las leyes (arts. 82, 97 y 146 de Ley 65), no se conceden y si se otorgan se aplican en forma restrictiva, y con frecuencia, se añaden exigencias que van más allá de lo que las normas jurídicas establecen.

Policialización de la administración

La Reglas Mínimas para el Tratamiento de los Reclusos de las Naciones Unidas, en el anexo a las mismas, señalan que las cárceles y penitenciarías deben tener carácter civil y sus funcionarios no deberán formarse con miembros de las fuerzas militares o policiales. De las cárceles visitadas, casi todas, tienen un director perteneciente a las fuerzas militares o policiales, retirados del servicio o en activo, con altos grados en la estructura de mando, y con el agravante de

no haber recibido una formación específica para dirigir una cárcel o penitenciaría.

Precariedad profesional

Es contradictorio que siendo el fin de la pena la resocialización, las autoridades del Inpec dejen esta delicada y compleja tarea al personal de guardia ya que los profesionales en las ciencias sociales en las cárceles y penitenciarías es totalmente insignificante. Esta situación se agrava aún más porque los escasos profesionales que existen son contratados por períodos que van de 3 a 6 meses, a los que sigue un tiempo largo antes de ser ellos u otros contratados nuevamente. No existe en el sistema penitenciario colombiano carrera profesional penitenciaria adoleciendo así de una preocupante inestabilidad laboral.

El sistema penitenciario de Colombia presenta, en los puestos de dirección, una alta inestabilidad que se manifiesta en sustituciones y retiros, que ciertamente impiden la continuidad en la consecución de los objetivos propuestos. Estos directores carecen además de programas de formación permanente para el ejercicio de su función y de la actualización necesaria, ante los frecuentes cambios de las normas jurídicas y penitenciarias.

Cuerpo de custodia y vigilancia penitenciaria

Es preocupante el escaso número de guardianes en las cárceles y centros penitenciarios, su número es notoria y peligrosamente insuficiente para cumplir las funciones de custodia y vigilancia que le son otorgadas por la Ley 65. Un ejemplo paradigmático de esto se pudo observar en la Cárcel del Distrito Judicial de Medellín, 160 guardianes, que prestan sus servicios durante 24 horas, realizando funciones de custodia y vigilancia, deben controlar y atender una población de 6.100 internos. Esta misma situación se repite en las

cárceles de la Modelo de Bogotá, y en las cárceles de Bucaramanga y Cali.

La selección del personal de custodia y vigilancia no es apropiada sufriendo a veces presiones políticas para el nombramiento correspondiente. Una vez recibido el curso de iniciación, no se establecen ni se programan cursos de actualización, complementación y adecuación a las nuevas disposiciones técnicas penales y penitenciarias, ni a las exigencias que presenta la población penitenciaria, ante las condiciones sociales y políticas del país. En nuestra visita y ante la pregunta a los miembros de custodia y vigilancia de si han recibido algún curso de actualización después de haberse graduado de guardianes, la respuesta unánime fue que no.

Son destinados a laborar lejos de su entorno familiar y social; sus condiciones de habitabilidad son inadecuadas y, en ocasiones, peor que las de los internos. La yuxtaposición de seguridad y resocialización les crea conflictos en el ejercicio de su función; sienten la falta de apoyo administrativo y perciben que son el eslabón más vulnerable, al hacérseles responsables de todas las situaciones problemáticas que se presentan en las cárceles y penitenciarías.

2. Gobernabilidad y violencia

Uno de los problemas más acuciantes que tiene el sistema penitenciario colombiano es haber perdido la capacidad de control interno, dejando en manos de grupos que interactúan al interior de los centros carcelarios y penitenciaros dicho control. Sólo el personal de prisión puede y debe ejercer poderes disciplinarios. Las Reglas Mínimas de la Naciones Unidas, claramente prohíben otorgar poderes disciplinarios a ciertas categorías y clases de internos (R. N. 28.1 y art. 58 de la Ley 65). Estas reglas obligan a la administración de los centros penitenciaros a rechazar la práctica de tener una estructura de dirección organizada por los internos que de una u otra forma ejercen poder sobre los otros detenidos.

Los procesos internos de organización como los Comités y las Mesa de Trabajo creados por el estatuto penitenciario, son mecanismos válidos siempre que funcionen bajo control y fiscalización de la autoridad administrativa y en los términos y regulaciones dispuestas por las autoridades correspondientes.

Hemos podido observar cómo se pretende imponer el orden y tranquilidad por medio de procesos en los que la autoridad de algunos internos ejerce acciones disciplinarias sobre otros internos, sin intervención de las propias autoridades de los centros carcelarios. Si bien es cierto que algunos de estos centros, a pesar del hacinamiento existente, mantienen cuotas muy bajas de fugas así como de heridos y muertos, la explicación que dan algunos de los internos consultados es que hay un alto costo que deben pagar por el control que ejercen ciertos grupos que pretenden dar una idea de tranquilidad y paz.

En los últimos años se ha dado un cambio profundo en las relaciones de los internos entre sí, y entre ellos y la custodia y vigilancia, y se ha pasado de una violencia explícita interna a una convivencia aparentemente pacífica. Con el ingreso de guerrilleros, narcotraficantes y paramilitares, el control interno de los centros carcelarios pasó de los caciques, delincuencia común, a manos de aquéllos, relegando a los guardias penitenciarios a funciones meramente periféricas de control. Se da una lucha por el poder interno que ha producido una serie de episodios de enfrentamiento con saldo de muertos, secuestrados y desaparecidos, con distintos medios sea internos, armas de fuego y también de grueso calibre, sea por amenazas y presiones externas.

3. La "nueva cultura penitenciaria": Penitenciaría Nacional de Valledupar

El Sistema Penitenciario Colombiano ante el desorden, descontrol e ingobernabilidad de las cárceles está desarrollando una serie de estrategias que permitan el control de cárceles y penitenciarías, "ga-

rantizando el cumplimiento de la pena privativa de la libertad, la detención precautelativa, la seguridad, la atención social y el tratamiento penitenciario de la población reclusa” (Comité Directivo de la Penitenciaria Nacional de Valledupar).

La Penitenciaria Nacional de Valledupar se constituye pues, en una pieza clave a la hora de generar la nueva cultura penitenciaria, en la que se trata de eliminar la corrupción, los riesgos de fuga y privilegios para los privados de libertad detenidos en otras cárceles, y así garantizar el control y gobierno de las mismas. La Penitenciaria de Valledupar se constituye en el nuevo paradigma del Sistema Penitenciario Colombiano.

La Penitenciaría Nacional de Valledupar es calificada como la más segura en Colombia, por cuanto la premisa fundamental para el desarrollo de su visión y misión es la seguridad.

Esta condición se refleja en su construcción e infraestructura física, en los circuitos cerrados y manuales de televisión (es así como los integrantes de la misión y los funcionarios de la Defensoría del Pueblo fueron filmados durante todo el recorrido de principio a fin), sensores de movimiento, detectores de metales, así como en los equipos electrónicos para detección y requisas, todos sujetos a las normas de aseguramiento de la calidad de la Organización de Estándares Internacionales.

Características

La Penitenciaría Nacional de Valledupar se encuentra ubicada fuera del perímetro urbano de la ciudad de Valledupar, comunicada con una carretera de aproximadamente 5 kilómetros, sin pavimentar, la cual se encuentra en pésimo estado.

Desde el exterior, la construcción de la penitenciaría en concreto, es imponente, consta de una recepción, un área destinada a la administración, una zona de alojamiento para el personal de guardia, un casino de oficiales y de nueve (9) torres estratégicamente ubicadas y diseñadas, intercomunicadas entre sí con una capacidad de 1600 internos reclusos. Cada una de las torres se compone de tres (3)

pisos, en donde se encuentran ubicadas las celdas de los internos, comunicadas con el patio principal.

La primera y la segunda torres están ocupadas por internos en celdas individuales. Según la dirección, dichas personas han manifestado conductas internas de difícil manejo, por lo que tales presos permanecen en las celdas las veinticuatro horas al día, teniendo una hora de sol en grupos de 10. En las demás torres, cada una de las celdas recluye dos privados de libertad, lo que es totalmente desaconsejado por la normativa internacional penitenciaria. La torre nueve está ocupada por 99 internos próximos a cumplir los requisitos requeridos para optar por los beneficios administrativos o judiciales que contempla el ordenamiento jurídico o normativa colombiana.

Además existe un alojamiento especial con 20 celdas individuales. En cada una de ellas se observa un camarote, un baño, una ducha, un lavadero y medio techo destapado para tomar el sol, por el cual entra el aire y la lluvia. En este alojamiento son ubicados aquellos que por una u otra razón son completamente aislados de los demás internos.

Por cada nudo, es decir dos torres (aproximadamente 200-300 personas), existen dos aulas y dos talleres, con dimensiones de 6 m por 6 m, las aulas tienen capacidad para once pupitres cada una y los talleres de la torre 9 –visitada por nosotros–, tiene dos cepilladoras para madera, dos cortadoras y un viejo torno para madera (que además no parecen tener mucho uso). Es decir, para un aproximado de 200-300 personas, la infraestructura y equipos para estudio y trabajo no supera los 30 cupos.

Al cuerpo de guardia y vigilancia, según lo expresado por la dirección de este centro penitenciario, se le realiza una selección rigurosa. Para el cumplimiento de sus labores específicas, se les instruye sobre la base de la seguridad, como principio rector para el cumplimiento de su deber. Este grupo está constituido por 280 guardianes y 10 oficiales, divididos en dos compañías, una de servicio por 24 horas y otra en descanso en sus casas u hogares. Cada compañía, a su vez, se divide en dos grupos, uno de vigilancia y el otro, constituido por 72 hombres, mantiene la custodia de los internos cuando

solicitan –y se les concede– la utilización de los servicios internos de la penitenciaría.

Las relaciones entre internos y el personal de custodia y vigilancia se limita a las labores de conducción o tránsito que el personal debe cumplir dentro del mismo establecimiento o fuera de él. Cada movimiento del interno –quien va esposado– a uno u otro servicio es acompañado por dos guardianes quienes finalizado el servicio lo ubican de nuevo en la respectiva torre.

Los comandos de guardia, cubículos en donde permanecen los guardianes asignados al cuidado de las torres o pabellones, están ubicados por fuera de las instalaciones, de tal modo que el contacto guardianes-internos se presenta esporádicamente. No obstante, la apreciación mutua no es positiva, sobre todo cuando de la imposición de esposas y de la práctica de las requisas se trata.

Los servicios técnicos y profesionales, excepto el de salud, están constituidos por profesionales de las ciencias sociales que son completamente insuficientes para los requerimientos y necesidades que los 1.410 internos exigen y requieren para la atención de sus necesidades jurídicas, sociales, psicológicas, educación y trabajo.

El personal administrativo también se muestra sumamente escaso, dando lugar a que sean dragoneantes quienes lleven las hojas de vida, y de modo manual.

Valledupar: una penitenciaría para castigar

Los condenados están en prisión como castigo, pero no para recibir castigo. La pena consiste en la pérdida de libertad. Por lo tanto, las circunstancias de encarcelamiento no debieran utilizarse como un castigo adicional. Se debe reducir al mínimo cualquiera de los efectos adversos al encarcelamiento.

La estructura penitenciaria debe ajustarse a las pautas de un Estado de Derecho para la consecución de los fines que la Ley 65 de 1993, que no son otros que la resocialización de las personas sujetas a sentencia condenatoria debidamente ejecutoriada.

Un sistema democrático compromete a la administración penitenciaria con un régimen en donde la incidencia del orden, la seguridad y la disciplina sea menor –aunque parezca arriesgado–, en favor de los derechos de las personas privadas de la libertad, por sobre todas las exigencias.

La profundización de los derechos humanos no constituye sólo una alternativa de humanización –más o menos voluntaria–, sino que es una exigencia de cumplimiento y de responsabilidad política y social.

La Nueva Cultura Penitenciaria definida por las autoridades penitenciarias establece como principio fundamental de la misma “El cumplimiento de la Ley por encima de todo, aunque esto nos haya traído como consecuencia la pérdida de seguridad”, según palabras del director de ese centro penitenciario.

Si el cumplimiento de la Ley es principio básico de esta nueva cultura, llama profundamente la atención que los principios y pilares fundamentales que la Ley 65 establece en su artículo 10, como son la disciplina, el trabajo, el estudio, la formación espiritual, la cultura, el deporte y la recreación, bajo un espíritu humano y solidario, no se estén cumpliendo a cabalidad.

Para los 1.410 privados de la libertad, reclusos en la Penitenciaría Nacional de Valledupar, los talleres destinados para ellos son totalmente insuficientes y además, según nuestra observación, escasamente utilizados, lo que impide el cumplimiento de los requisitos para la reducción de pena y significa la violación de un derecho que les corresponde según ley.

Situación semejante se da en el proceso educativo donde según manifestaciones de las autoridades del centro, tienen disponibilidad para aproximadamente 100 personas. Lo que contradice también la posibilidad de redención de la pena por estudio y que implica por lo tanto un incumplimiento establecido en la constitución y en la normativa penitenciaria.

Las condiciones de habitabilidad en las celdas, en patios de las torres, en el traslado a los distintos servicios, siempre esposados y custodiados, el ejercicio y ejecución de la disciplina, no guardan el

principio del respeto a la dignidad humana que es una norma de carácter vinculante para todas las autoridades –artículo 1 de la Constitución Política de Colombia–.

El desarraigo familiar, pues la gran mayoría de los internos proceden del interior del país, lo que hace casi imposible que sus familias puedan visitarlos por falta de recursos económicos y largas distancias; las quejas permanentes escuchadas por esta misión, en cuanto al ingreso de los familiares al no serles respetada su dignidad en el momento de la requisa; la corta duración de las visitas, y la demora en el ingreso, que afecta de manera directa al tiempo de permanencia en su visita, generando a las mismas grandes incomodidades, y aunado a esto las pésimas condiciones que deben soportar, bajo la inclemencia del tiempo, esperando el ingreso a la penitenciaría.

Al no existir directrices que permitan establecer qué privados de libertad deben ser sujetos del traslado a establecimientos de Alta Seguridad (perfil), se da la más absoluta arbitrariedad, lo que deriva en acciones que van en detrimento del principio de proporcionalidad. Hemos podido conversar con privados de libertad primarios cuyas características no son las que justifiquen su ubicación en estos centros.

La utilización del confinamiento solitario es reconocida por las Reglas Mínimas de Naciones Unidas para el Tratamiento de los Reclusos (32,1) pero las prohíbe cuando éstas constituyen una forma de castigo, que no se debe usar frecuentemente y sólo en forma excepcional, el Comité de Derechos Humanos de las Naciones Unidas señala que el confinamiento solitario prolongado puede violar la prohibición en contra de la tortura.

El principio 7 de los Principios básicos de las Naciones Unidas para el Tratamiento de los Reclusos requiere que los esfuerzos dirigidos: “a la abolición del confinamiento solitario como castigo o a la restricción de su uso, deben ser emprendido y fortalecidos”. En nuestra visita, el aislamiento solitario por largos períodos es una práctica que hemos podido constatar.

De acuerdo a lo dispuesto en el artículo 25 Ley 65 de 1993, las Cárceles y Penitenciarías Especiales o de Alta Seguridad son establecimientos señalados para los sindicados y condenados, cuya detención y tratamiento requieren mayor seguridad, sin perjuicio de la finalidad resocializadora de la pena. Todas las estructura de la Penitenciaría de Valledupar están dirigidas a garantizar la seguridad tanto al interno como al exterior. Procesos rigurosos al ingreso, pasillos altamente resguardados, controles de requisita reiterados, hasta llegar al espacio en que pueda darse el encuentro con el interno. No obstante al interior de la torre y en los momentos en que los internos se encuentran en los patios, no se da el mínimo control que permita la acción e intervención de seguridad. Es decir seguridad alta al exterior de las torres y seguridad escasa al interior de las mismas.

La seguridad depende de las buenas relaciones entre los funcionarios e internos dentro de la penitenciaría y del tratamiento positivo y respetuoso a los mismos, esto significa tratar a los internos con decencia y respeto a los derechos humanos y no excluye las medidas pertinentes para regular la convivencia entre ellos y el cumplimiento de los reglamentos que rigen al interior de la institución.

En la Penitenciaría de Valledupar se hace un riguroso ingreso para la ubicación de los internos en las torres correspondientes según lo establece la Ley 65/93, pero se descuida totalmente el acompañamiento de los mismos durante los largos períodos de permanencia en las distintas torres. Por otro lado el Consejo de Disciplina conoce de un interno cuando es referido por la comisión de faltas que se establece en el artículo 21 del Código Penitenciario y Carcelario.

En la Penitenciaría Nacional de Valledupar, se limita la existencia de asociaciones de internos tales como los Comité de Derechos Humanos y las Mesas de Trabajo. No obstante, el reglamento dejó abierta la posibilidad para que el director de la Penitenciaría de Valledupar disponga la creación de otros órganos en los que la participación de los internos sea mayoritaria y acompañados siempre por instancias tanto de derechos humanos como del personal ad-

ministrativo, según sea el caso, por ejemplo, el comité de derechos humanos y la mesa de trabajo.

Durante el recorrido la misión recibió numerosas quejas que posteriormente fueron confirmadas por la Defensoría del Pueblo, la mayoría de éstas se refieren: a la violación del derecho a la salud, el racionamiento permanente del servicio de suministro de agua a las celdas y a otras zonas comunes, el desarraigo familiar, la corta duración de las visitas familiares, el proceso de ingreso de los mismos es muy demorado, irregularidades en la visita conyugal, las entrevistas con los abogados son difíciles y no tienen ninguna privacidad, la ausencia de actividades recreativas, la falta de fuentes de trabajo y la falta de programación y desarrollo del estudio.

4. Conclusiones y recomendaciones

Con base en el informe descrito, es posible extraer las siguientes conclusiones y recomendaciones:

1.1. Transparencia

Una información veraz, permanente, completa y transparente que evidencie la realidad del sistema penitenciario, es absolutamente necesaria para la toma de decisiones, para minimizar la corrupción, para ejercer los controles de los servicios prestados y garantizar la defensa de los derechos fundamentales de las personas privadas de la libertad.

Se recomienda: que a corto plazo, el Inpec revise los datos estadísticos que ofrece para que en ellos se plasmen los datos concordantes con la realidad actual y que a mediano plazo diseñe un plan de recolección de datos en todos y cada uno de los establecimientos carcelarios del orden nacional adscritos al Inpec como también los de carácter municipal, las estaciones de policía y salas de retención

transitoria en donde se encuentren privados de libertad, sean sindicados o condenados.

Igualmente, a corto plazo, se recomienda que en estos datos estadísticos se contemple la separación de los internos condenados en primera instancia y de segunda instancia (condenados con sentencia debidamente ejecutoriada), lo que evitaría que a aquéllos no se les vulneren sus derechos humanos cuando se le da un trato similar a los condenados con sentencia en firme. Además que en estos datos estadísticos se establezcan los elementos necesarios para definir perfil jurídico y social de las personas reclusas en los establecimientos carcelarios y penitenciarios.

2.2. Sólo el personal de las cárceles y penitenciarías puede ejercer poderes disciplinarios sobre los internos

Las Reglas Mínimas de las Naciones Unidas para el Tratamiento de los Reclusos establecen, claramente, en su número 28.1 la prohibición de otorgar poderes disciplinarios a ciertas categorías y clases de internos. Esta regla obliga a la administración penal a rechazar la práctica extendida en los centros de Colombia de tener estructuras organizadas entre los privados de la libertad que, de una u otra forma ejerzan poder disciplinario sobre los demás internos.

Se recomienda que a corto plazo el Inpec regule las llamadas Mesas de Trabajo y/o o comités de patios o similares y supervise estrictamente el cumplimiento de las disposiciones que establezcan, teniendo muy claro que deben limitarse sus funciones y el tiempo en que éstas ejerzan su servicio.

Se recomienda, además, que el Inpec facilite y propicie la formación y actuación de los Comités de Derechos Humanos regulados y asesorados por el Ministerio Público-Defensoría del Pueblo.

3.3. *Personal*

Las cárceles y penitenciarías, en su deteriorante realidad, son el resultado de principios no sólidamente diseñados y relacionados. Una respuesta adecuada y oportuna ante esta deshumanizante realidad deberá fundarse en tres pilares básicos, relacionados estrechamente: selección, formación y actualización permanente del personal que trabaja en el sistema penitenciario colombiano; una política de infraestructura carcelaria que facilite el tratamiento penitenciario de todos los condenados con sentencia debidamente ejecutoriada así como para la atención de los sindicados; y el respeto ineludible a los derechos humanos de todas las personas privadas de la libertad.

Se recomienda que el Inpec, a corto plazo, promueva la regionalización y actualización permanente de la capacitación para todos los funcionarios activos del sistema penitenciario, en temas de las ciencias sociales, jurídicas y penitenciarias y el conocimiento, análisis y discusión de la Doctrina de los Derechos Humanos.

Es también necesario que a corto plazo, el Inpec exija que todos los profesionales contratados a partir del próximo año pasen por la Escuela Penitenciaria las dos primeras semanas del inicio de su trabajo, para un proceso de inducción que facilite el conocimiento del sistema penitenciario y la Doctrina de los Derechos Humanos aplicada al sistema penitenciario. Para ello sería conveniente que el Inpec y la Defensoría del Pueblo firmen un Convenio que facilite la promoción, divulgación y conocimiento de los derechos humanos en todo el personal penitenciario en ejercicio.

A mediano plazo, se recomienda, además que sea revisado el plan de estudios que imparte la Escuela Penitenciaria para el Cuerpo de Custodia y Vigilancia de modo que se incluya como asignatura obligatoria: los Derechos Humanos y el Sistema Penitenciario Colombiano, especialmente en la nueva generación de guardianes asignados a cumplir funciones en las cárceles y pabellones de alta seguridad. Esta asignatura también se deberá contemplar en los cursos para ascensos que imparte la escuela penitenciaria.

Es necesario que el Inpec, en sus presupuestos para el 2003, contemple las partidas necesarias y fondos financieros pertinentes de modo que a la par con construcciones a realizarse, se contemplen estructuras y espacios que faciliten el trabajo, recreación y cultura de los privados de la libertad. Así como deberá generar iniciativas para la participación de la empresa privada en sustentar y ofrecer puestos de trabajo al interior de los centros carcelarios y penitenciarios.

4.4. Atención

Sobre las bases sólidas del personal, infraestructura carcelaria y derechos humanos, deberá construirse la acción y atención en cárceles y penitenciarías sobre tres áreas fundamentales:

Primera: la convivencia intracarcelaria, teniendo claro que las personas son enviadas a prisión como castigo pero no para ser castigadas, y recordando que la seguridad depende de las buenas relaciones que se establezcan entre funcionarios y privados de la libertad.

Segunda: la atención de las necesidades básicas de los internos, dado que la pena privativa de la libertad priva a las personas de cosas que ya no podrán tener, por lo que se genera un gran vacío que se tiende a llenar y que, por lo tanto, se debe facilitar: el trabajo, la educación, la salud, relaciones familiares, ejercicio de la sexualidad, entre otros.

Tercera: respeto irrestricto a la dignidad de la persona, para eliminar la arbitrariedad, y, consecuentemente, la exigencia del cumplimiento de deberes y obligaciones por parte de los internos.

Se recomienda que el Inpec revise a corto plazo, las directrices emanadas hasta ahora sobre la visita familiar y conyugal y especialmente en los centros de alta seguridad y pabellones de alta seguridad, de tal manera que no se generen equívocos, falsas interpretaciones y se elimine la arbitrariedad del personal administrativo y de guardia de los centros.

Es también necesario, y a corto plazo, que el Inpec revise y, en el caso que no exista, lo establezca, un reglamento de derechos y deberes de los privados de libertad para todas las cárceles y penitenciarías del país de modo que permita claridad y facilite la exigencia de responsabilidad en su cumplimiento para funcionarios y privados de libertad.

A mediano plazo, sería importante que el Inpec firmara el convenio pertinente con el Ministerio de Educación de modo que los internos puedan acceder a la educación formal, desarrollando los programas oficiales de primaria y secundaria en todas y cada una de las penitenciarías y cárceles del país, así como ya lo está haciendo con la universidad a distancia.

5.5. Derechos humanos

El sistema penitenciario es el Subsistema de la Justicia Penal que tiene mayor impacto en las libertades y derechos de los individuos y es por ello, que los que están involucrados en él, deben respetar los derechos humanos fundamentales guiados por el convencimiento en la justicia e igualdad ante la ley, la dignidad y valoración de las personas y en una administración honesta, franca e íntegra.

Se recomienda que a corto plazo, el Inpec refuerce, con funcionarios técnicos y profesionales y medios financieros y materiales, tanto las delegaciones regionales como la de los establecimientos carcelarios y penitenciarios para el cumplimiento de la atención y tratamiento exigido por la ley.

Se recomienda que a mediano plazo, el Ministerio de Justicia y del Derecho cree una comisión gubernamental, que se reúna mensualmente, y supervise el cumplimiento de los convenios multilaterales sobre derechos humanos suscritos por Colombia, y envíe a la Defensoría del Pueblo copia de las actas de estas reuniones para la supervisión y seguimiento de los tratados y lo acordado.

6.6. Disciplina con respeto de los derechos humanos

Bajo el pretexto del legítimo derecho a la seguridad que exigen los ciudadanos y la intervención necesaria de las autoridades del Inpec para asumir el control, orden y disciplina en los centros carcelarios y penitenciarios, se debe evitar que las cárceles y penitenciarías se conviertan en depósitos de personas y con ello se violen descaradamente los derechos fundamentales de los internos y de sus visitantes.

Se recomienda, que a corto plazo, el Inpec revise los conceptos, directrices y reglamentos que dan origen a la llamada “Nueva Cultura Penitenciaria”, de modo que la dignidad de las personas y el respeto a los derechos humanos se privilegien sobre los conceptos de seguridad, teniendo claro que ésta, la seguridad, no podrá nunca alcanzarse sin el debido respeto a la dignidad de la persona y a los derechos fundamentales de la misma.

Se recomienda que a corto plazo, además, el Inpec establezca el perfil claro de los internos en cada una de las fases del tratamiento progresivo pero, especialmente, en la fase de alta seguridad, se recomienda que el Inpec a mediano plazo, establezca regionalmente un equipo técnico interdisciplinario que supervise el cumplimiento del perfil definido y garantice la ubicación de los internos en los establecimientos carcelarios y penitenciarios específicos, según la clasificación de los mismos.

Se recomienda, a mediano plazo, que el Inpec establezca una clasificación de los establecimientos penitenciarios del territorio nacional que se ajuste a las fases del tratamiento penitenciario progresivo. Es conveniente que en cada región exista una penitenciaría en la que se contemplen las fases del tratamiento progresivo, de modo que se cumpla con los principios de territorialidad y cercanía con el núcleo familiar.

7.7. Dirección civil

Una cárcel o penitenciaría es una organización jerárquica con un director a su cabeza. Es tarea del director traducir la legislación y pautas ministeriales a políticas y objetivos propios del centro que dirige. Estos objetivos deben comunicarse a todo el personal sobre el que ejerce su función y deberá ser compromiso de todos los funcionarios alcanzar los objetivos señalados. Esto significa que el personal debe tener una cierta posibilidad de acción para definir sus propios métodos, siendo siempre responsable, el personal, ante su director. Una cárcel o centro penitenciario no debe tener una organización militar o policial. Una estructura excesivamente jerárquica y un enfoque policial o militar, inhibe la responsabilidad personal y reduce el compromiso.

Se recomienda, a mediano plazo, que el Ministerio de Justicia y del Derecho vaya desligando de la dirección y administración de los establecimientos carcelarios y penitenciarios a las fuerzas armadas (ejército y policía) sean éstos activos o en retiro, y que esta dirección y administración sean asumidas por civiles técnicamente formados y capacitados para esta misión.

Derecho penal internacional*

Corte Constitucional
Sentencia C-578 de 2002
Magistrado ponente: Manuel José Cepeda Espinosa
30 de julio de 2002

[...] V. CONSIDERACIONES DE LA CORTE CONSTITUCIONAL

Competencia de la Corte Constitucional en materia de tratados y de leyes aprobatorias de tratados. Características especiales de la revisión del Estatuto de Roma. [...]

La creación de la Corte Penal Internacional: principales antecedentes y trascendencia en el contexto de los derechos humanos y del derecho internacional humanitario.

La creación de una Corte Penal Internacional de carácter permanente e independiente es el resultado de un prolongado proceso de construcción de consensos en el seno de la comunidad internacional en torno a la necesidad de garantizar la protección efectiva de la dignidad humana frente a actos de barbarie y de proscribir los más graves crímenes internacionales. Su establecimiento constituye un avance para la protección efectiva de los derechos humanos y el respeto al derecho internacional humanitario. Con el fin de apreciar la importancia de ese proceso en toda su extensión, la Corte Cons-

* En las notas de pie de página no se conservó la numeración original.

titudinal hará un breve recuento de la historia de su creación como organismo internacional (apartado 2.1) así como del ámbito general de su competencia material sobre un *core delicta iuris gentium* (apartado 2.2).

El derecho internacional y la creación de una Corte Penal Internacional de carácter permanente

Durante el siglo pasado, millones de seres humanos perecieron como consecuencia de genocidios, crímenes de lesa humanidad, crímenes de guerra y otros crímenes graves reconocidos como tales por el derecho internacional. Debido a los limitados instrumentos jurídicos con que contaba el derecho internacional humanitario y el derecho de los derechos humanos para el establecimiento de responsabilidades individuales, los autores de tales conductas rara vez fueron condenados penalmente. Con el fin de romper el ciclo de violencia e impunidad, la comunidad internacional ha estado preocupada por promover la creación de mecanismos jurídicos que permitan asegurar un juicio de responsabilidad por tales conductas, así como la sanción efectiva de sus autores y cómplices, tanto en el ámbito nacional como en el internacional.¹ Este movimiento contra la impunidad y a favor de la efectividad de los derechos humanos y del derecho internacional humanitario, ha generado un consenso respecto de la necesidad de crear una instancia internacional de ca-

¹ La descripción detallada de la evolución histórica hasta la creación de la Corte Penal Internacional se encuentra en varias obras. Por ejemplo, Cherif Bassiouni, “De Versalles a Ruanda en 75 años: la necesidad de establecer una Corte Penal Internacional Permanente”, en *Revista de Derecho Público* No. 10, Bogotá, mayo de 1999, Universidad de los Andes; William Schabas, *Introduction to the International Criminal Court*, Cambridge University Press, 2001, pp. 1 a 20; <http://www.iccnw.org>; <http://www.un.org/law/icc/>. También Jaime Córdoba Triviño, *Derecho Penal Internacional*, Ediciones Jurídicas Gustavo Ibáñez, 2001; Kai Ambos y Oscar Julián Guerrero, *El Estatuto de Roma de la Corte Penal Internacional*, Universidad Externado de Colombia, 1999.

rácter permanente para el juzgamiento de los responsables de crímenes atroces, consenso que ha quedado manifiesto con la entrada en vigor del Estatuto de la Corte Penal Internacional en el año 2002, después de haber sido ratificado por más de sesenta Estados, tan sólo cuatro años después de su suscripción en Roma, el 17 de julio de 1998, por 120 Estados. Ello contrasta con el ensayo anterior, respecto del cual no hubo consenso. El intento de la Liga de Naciones para alcanzar la misma meta fracasó: en 1937 fue adoptado un tratado que establecía una Corte Penal Internacional, pero nunca entró en vigor debido a que el número de Estados que lo ratificaron no fue suficiente.²

Tradicionalmente las autoridades nacionales han ejercido su jurisdicción penal sobre delitos cometidos en su territorio y, bajo ciertas condiciones, sobre delitos cometidos contra sus nacionales, aun cuando éstos hayan ocurrido por fuera de su territorio. Por su parte, el derecho internacional de los derechos humanos y el derecho internacional humanitario han evolucionado hacia el reconocimiento de una jurisdicción penal que tiene la vocación de alcanzar una competencia universal, en todo caso complementaria, sobre los crímenes internacionales más graves, así como el desarrollo de un sistema de derecho penal internacional justo y efectivo.

El primer intento en el siglo XX³ por definir la responsabilidad penal individual de orden internacional, así como un tribunal para

² Convención para la creación de una Corte Penal Internacional, Comisión de las Naciones Unidas sobre Crímenes de Guerra, Doc. C.50(1), 30 de septiembre de 1944, elaborado con base en la Convención para la Creación de una Corte Penal Internacional, Liga de Naciones, OJ Spec. Supp. No. 156 (1936), LN Doc C.547 (I), M.384(I), 1937, V(1938), citado en Schabas, *op. cit.*, p. 5. En 1937 también se elaboró el Proyecto de Convención para el Juzgamiento y Castigo del Terrorismo. Ver G. Robertson, *Crimes Against Humanity*, *op. cit.*, p. 480.

³ Un antecedente más remoto que, para algunos, constituye el primer juicio internacional ocurrió en 1474, con el juzgamiento de Peter von Hagenbach por la perpetración de atrocidades durante la ocupación de Briesach, Alemania. Veintisiete jueces del Santo Imperio Romano Germánico lo juzgaron por

su juzgamiento, se remonta al final de la Primera Guerra Mundial. Una comisión investigadora internacional fue creada por los Aliados durante la conferencia de paz preliminar en París en 1919, para el juzgamiento del káiser alemán Guillermo II,⁴ así como de oficiales alemanes y turcos por crímenes contra las leyes y costumbres de la guerra.⁵ La comisión completó su informe en 1920, y suministró una lista de 895 presuntos criminales de guerra y formuló cargos específicos contra varios de ellos. Sin embargo, ninguna acción posterior de juzgamiento internacional fue llevada a cabo. Razones de tipo político llevaron a que los Aliados no continuaran con el juzgamiento de los responsables de tales conductas.⁶ No obstante,

violiar las “leyes de Dios y el hombre” y lo condenaron a muerte. A. Neier, *War Crimes*, Random House, Toronto, 1998 pp. 12 y ss. En este libro se resume la historia de las leyes de la guerra desde la antigüedad. Ver también Bassiouni, *op. cit.*

- ⁴ Tratado de Versalles, 1919, artículo 227: “Las potencias aliadas y asociadas le leyeron públicamente la acusación a Guillermo II de Hohenzollern, emperador de Alemania, *por una violación grave contra la moralidad internacional y la santidad de los tratados*. Un tribunal especial será constituido para juzgar a los acusados, donde se les asegurarán las garantías esenciales del derecho de defensa. (...) En su decisión, el tribunal estará guiado por los principales motivos de la política internacional, desde un punto de vista que justifique las obligaciones de las promesas internacionales y la validez de la moral internacional. (...) Las potencias aliadas y asociadas enviarán una petición al gobierno de los Países Bajos para la rendición a ellos del emperador de tal manera que éste pueda ser juzgado”. Esta cláusula fue un compromiso, que excluyó el concepto de “leyes de la humanidad”. El káiser huyó a Holanda, entonces país neutral que se rehusó a extraditarlo con el argumento de que los cargos en su contra representaban una aplicación retroactiva del derecho penal. Allí falleció en 1941.
- ⁵ Dadrian Vahakn, N. “Genocide as a problem of national and international law: The World War I, the Armenian Case and its contemporary legal ramifications”, en *14 Yale Journal of International Law* 221, 1989.
- ⁶ La negociación del Tratado de Sevres (1920) entre los Aliados y Turquía, que contenía una “Declaración de Amnistía” por todas las ofensas cometidas entre el 1° de agosto de 1914 y el 20 de noviembre de 1922, el cual nunca fue ratificado y, posteriormente, por la ratificación del Tratado de Lausanne, que

se acordó que los eventuales responsables alemanes fueran juzgados por cortes alemanas en los llamados “Juicios de Leipzig”.⁷

Posteriormente, después del fallido intento de la Liga de las Naciones anteriormente mencionado, al final de la Segunda Guerra Mundial, las potencias aliadas firmaron, en enero de 1942, la Declaración de Saint James⁸ para la creación de la “Comisión de las Naciones Unidas de Crímenes de Guerra”, un cuerpo investigador intergubernamental, como un primer paso para la conformación del Tribunal Militar Internacional de Nüremberg. A pesar de que esta Comisión tuvo poco apoyo político y no contó con suficiente personal investigador ni con fondos suficientes, logró recopilar 8.178 expedientes de presuntos criminales de guerra y sirvió como centro de documentación entre los gobiernos. No obstante lo anterior, la Comisión no tuvo ningún vínculo institucional con los Tribunales Militares Internacional de Nüremberg y para el Lejano Oriente. La Comisión continuó con su trabajo de investigación y posteriormente elaboró una lista de 750 criminales de guerra italianos. Los cargos en su contra incluían el uso ilegal de gas venenoso contra civiles y combatientes en violación del Protocolo de Ginebra de 1925, el asesinato de civiles inocentes y personal protegido, tortura y maltrato a prisioneros, bombardeo de ambulancias, destrucción de propiedad

otorgó amnistía a los oficiales turcos involucrados como condición para la paz. Ver Schabas, *op. cit.*, pp. 3 y ss.

⁷ Estos juicios tuvieron un carácter más disciplinario que internacional. Sin embargo, dos de los juicios de Leipzig se debieron al hundimiento de los barcos hospital Dover Castle y Llandoverly Castle y al asesinato de sus sobrevivientes, principalmente personal médico y enfermeras. Ver German War Trials, Report of Proceedings Before the Supreme Court in Leipzig, London: His Majesty's Stationery Office, 1921 y James F. Willis, *Prologue to Nüremberg: The Politics and Diplomacy of Punishing War Criminals of the First World War* Westport, CT, Greenwood Press, 1982, citados por Schabas, *op. cit.*, p. 4.

⁸ United Nations War Crimes Commission. History of the United Nations War Crimes Commission and the Development of the Laws of War 89-92 (1948).

cultural y otras violaciones a las leyes del conflicto armado durante la guerra entre Italia y Abisinia.⁹

En 1945, mediante el Acuerdo de Londres¹⁰ se estableció el Tribunal Militar Internacional de Nüremberg, cuyo anexo contenía el estatuto del nuevo tribunal, así como la definición de los crímenes por los cuales serían juzgados, principalmente, los líderes del régimen nazi.¹¹ El proceso fue controvertido, no sólo por tratarse de un tribunal de las potencias victoriosas –para el juzgamiento de criminales por un tribunal establecido mediante un acto que su Estado nacional no había aceptado–, sino porque la regulación misma del tribunal resultaba muy compleja en su esfuerzo de crear un procedimiento que hiciera compatibles los distintos sistemas penales. Algo

⁹ Bassiouni, *op. cit.*, p. 67.

¹⁰ El Acuerdo de Londres designó como personas responsables de crímenes internacionales, en primer lugar, a las personas naturales autores de los crímenes mencionados y a los dirigentes, organizadores, provocadores o cómplices que tomaron parte en la elaboración o en la ejecución de un plan a fin de cometer uno de estos crímenes. La calidad de gobernante o el hecho de haber cumplido órdenes de un superior jerárquico no constituían hechos que justificaran los crímenes definidos por el Acuerdo de Londres. El tribunal internacional tenía una competencia limitada al castigo de los principales criminales. Los ejecutantes, así como los miembros de la SS, de la Gestapo, del cuerpo de jefes nazis y del SD (el servicio de seguridad de Himmler) debían ser y, de hecho fueron, juzgados por los tribunales nacionales.

¹¹ El Acuerdo de Londres en su artículo 6, estableció que la acusación se haría por los siguientes crímenes: a) crímenes contra la paz; b) crímenes de guerra; y c) crímenes contra la humanidad. Los crímenes de guerra incluían las normas consuetudinarias reconocidas por las partes de conformidad con la Convención de la Haya de 1907, así como la Convención de Ginebra relativa al Tratamiento de Prisioneros de Guerra. La definición de los crímenes contra la humanidad fue un poco más compleja, como quiera que éstos no estaban consagrados en ningún tratado, por lo cual se entendió que tales crímenes surgían de su relación con la iniciación de la guerra o con su conducción, por lo cual, los crímenes cometidos antes de 1939 no podían ser juzgados por el Tribunal. En el caso de los crímenes contra la paz, el único antecedente era el Tratado de Versalles, en su intento por acusar al káiser Guillermo II, por lo

similar ocurrió con el Tribunal de Tokio,¹² impuesto unilateralmente por las tropas de ocupación estadounidenses en Japón, el cual tampoco tuvo aceptación por parte del Estado nacional de los procesados. Por su parte, el Tribunal de Nüremberg culminó con la acusación formal a 19 criminales nazi, 12 de los cuales fueron condenados a pena de muerte por crímenes contra la paz, crímenes de guerra y crímenes contra la humanidad. El Tribunal de Tokio sólo juzgó crímenes de guerra, y condenó a 25 personas a prisión, pero ninguna cumplió la totalidad de su condena y la mayoría fue liberada hacia finales de la década de los años 50.¹³

Este primer paso, el juicio de criminales de guerra,¹⁴ fue complementado paulatinamente en convenciones internacionales a partir de 1948; dentro de ellas fue pionera la Convención contra el Genocidio, ya que prevé la creación de una Corte Penal Internacional.¹⁵

cual, tales crímenes eran imputables a quienes dirigieron o participaron en la guerra de agresión contra otras naciones en violación del derecho internacional.

¹² Este Tribunal fue creado en 1946 mediante resolución del Comandante Supremo de las Potencias Aliadas, general MacArthur. Bassiouni, *op. cit.*

¹³ John Mendelsohn, "War crimes trials and clemency in Germany and Japan". In *Americans as Proconsuls: United States Military Government in Germany and Japan, 1944-1952*, citado por Bassiouni, *op. cit.*, p. 71.

¹⁴ Los fallos proferidos por estos tribunales internacionales se encuentran en sendas gacetas, publicadas en dos series, la primera por el gobierno de los Estados Unidos tituladas "Trials of the War Criminals" (15 tomos) y la segunda por el Reino Unido titulada "Law Reports of the Trials of the War Criminals" (15 tomos). También se pueden consultar en <http://www.yale.edu/lawweb/avalon/imt/imt.htm> y http://www.ess.uwe.ac.uk/genocide/war_criminals.htm

¹⁵ En el año de 1948, Naciones Unidas adopta la Convención para la Prevención y Sanción del Delito de Genocidio, que define internacionalmente como un acto criminal [...] con la intención de destruir un grupo nacional, racial, étnico o religioso. Aun cuando esta convención prevé en su artículo VI que una Corte Penal Internacional podrá juzgar a los autores de los actos que define como genocidio, tal Corte nunca fue creada. Asimismo, el artículo 5 de la Convención sobre el *apartheid* establece la competencia de "cualquier tribu-

En la Organización de Naciones Unidas, se le asignó a la Comisión de Derecho Internacional la tarea de desarrollar un Estatuto para una Corte Penal Internacional, pero la “guerra fría” no permitió avances en este sentido.¹⁶ No obstante ese estancamiento, se dieron algunos resultados en materia de cooperación internacional para combatir la impunidad frente a los crímenes más atroces.¹⁷ Sólo después de finalizada la guerra fría fue posible la creación de tribunales internacionales para el juzgamiento de individuos responsables de crímenes atroces.

nal penal internacional” para juzgar a las personas naturales responsables de la institución y del mantenimiento de una política de *apartheid*.

¹⁶ En la década de los años 50, la Comisión de Derecho Internacional (CDI) de la ONU fue encargada de compilar las normas de los procesos de Nüremberg y de preparar un proyecto de estatuto para una Corte Penal Internacional. En 1996 la Comisión de Derecho Internacional adoptó un proyecto de Código de Crímenes contra la Paz y la Seguridad de la Humanidad [Informe sobre el trabajo de la 48 sesión (6 de mayo-26 de julio) Asamblea General, Documentos oficiales. 45 sesión. Suplemento No. 10 (A/51/10)]. El trabajo de elaboración de un Código de los crímenes contra la paz y la seguridad de la humanidad de la CDI empezó en 1947. Los dos primeros proyectos de la CDI fueron presentados a la Asamblea General de las Naciones Unidas en 1951 y 1954. Posteriormente, los trabajos se retrasaron a raíz de la ausencia de una definición de la agresión. Ésta fue adoptada sólo en 1974 por la Asamblea General de las Naciones Unidas (Resolución 3314 (XXIX) del 14 de diciembre de 1974). La versión del Código de 1991 contenía la siguiente lista de crímenes: agresión y amenaza de agresión, intervención, dominación colonial y extranjera, genocidio, *apartheid*, violación sistemática y masiva de los derechos humanos, crímenes de guerra de excepcional gravedad, terrorismo internacional, tráfico ilícito de estupefacientes y daños intencionales y graves al medio ambiente. Véase Nguyen Quoc Dinh, A. Pellet, P. Daillier, *Droit international public*, LGDJ, París, 1994, p. 628.

¹⁷ Sobre este tema ver, por ejemplo, los Principios de Cooperación Internacional en la Identificación, Detención, Extradición y Castigo de los Culpables de Crímenes de Guerra o de Crímenes de Lesa Humanidad, adoptados por la Asamblea General de las Naciones Unidas por resolución 3074 (XXVIII) de 3 de diciembre de 1973. Theodor Meron, “International Criminalization of Internal Atrocities”, en *American Journal of International Law*, 89, 1995, p. 569;

En 1992, la ejecución de actos resultantes de una política de limpieza étnica entre provincias de Yugoslavia provocó la indignación de la opinión pública internacional y su condena por varias resoluciones de la Comisión de Derechos Humanos y del Consejo de Seguridad. En Ruanda, una política de exterminio étnico semejante y otros actos atroces también consternaron a la comunidad internacional. En ambos casos, representantes de los Estados y expertos internacionales concluyeron que las situaciones merecían el establecimiento de tribunales penales internacionales, los cuales fueron creados por resoluciones del Consejo de Seguridad de las Naciones Unidas en 1993 para la ex-Yugoslavia, con sede en La Haya, y en 1994 para Ruanda, con sede en Arusha.¹⁸

La solución, a pesar de ser expedita, planteó, sin embargo, varios problemas. En primer lugar, existían cuestionamientos sobre la competencia del Consejo de Seguridad para crear un tribunal internacional particular, en aplicación de sus facultades en materia del mantenimiento de la paz.¹⁹ Por otra parte, la creación de los tribunales en los dos Estados afectados implicaba, necesariamente, que la competencia de las jurisdicciones fuese limitada, *ratione loci*, a las vio-

Kenneth C. Randall, "Universal Jurisdiction under International Law", en *Texas Law Review* 66, 1988, pp. 785, 835-837; Cherif Bassiouni, "The Normative Framework of International Humanitarian Law: Overlaps, Gaps and Ambiguities", en *Transnational Law & Contemporary Problems*, Fall, 1998.

¹⁸ El Consejo, por su resolución 808 del 22 de febrero de 1993, decidió la creación de un tribunal internacional argado de juzgar las personas responsables de graves violaciones del derecho internacional humanitario en el territorio de la antigua Yugoslavia desde el 1° de enero de 1991. El Estatuto del Tribunal fue adoptado por medio de la resolución 827 del 25 de mayo de 1993; el Estatuto del Tribunal Internacional para Ruanda lo fue por medio de la resolución 955 del 8 de noviembre de 1994.

¹⁹ Véase M. Mubiala, *Le Tribunal International pour le Ruanda: Vraie ou fausse copie du Tribunal International pour l'ex-Yougoslavie?* RGDIP 1995, p. 929; M. Sassóli, *La première décision de la Chambre d'Appel du Tribunal Penal International pour l'ex-Yougoslavie: Tadic (compétence)*. RGDIP 1996, p. 101.

laciones cometidas en el territorio de Yugoslavia y de Ruanda,²⁰ con lo cual era imposible extender su aplicación a crímenes cometidos en otros territorios.

Estas dos experiencias fortalecieron el consenso internacional en torno a la importancia que tenía para el sistema de protección de derechos humanos y de garantía del derecho internacional humanitario la creación de un tribunal penal internacional permanente, que juzgara a los individuos responsables de crímenes tales como el genocidio, la tortura, los crímenes de guerra y los crímenes de lesa humanidad. Así, en 1995 la Asamblea General de Naciones Unidas creó un Comité Preparatorio para completar, sobre la base del trabajo reiniciado por la Comisión de Derecho Internacional en 1990 y el borrador adoptado por ella en 1994, el texto del Estatuto de la Corte Penal Internacional que sería adoptado en una conferencia diplomática.²¹

De 1996 a 1998, el Comité Preparatorio realizó 6 reuniones²² para discutir la definición de los crímenes, los principios generales del derecho penal, los temas de procedimiento, la cooperación internacional y las penas que podría imponer la Corte Penal Internacional. Finalmente, del 15 de junio al 17 de julio de 1998, con la asistencia de plenipotenciarios de prácticamente todos los Estados y la invitación a organizaciones no gubernamentales de todo el mundo, se

²⁰ Artículo 8 del Estatuto del Tribunal Penal Internacional para la antigua Yugoslavia y artículo 7 del Estatuto del Tribunal Penal Internacional para Ruanda. No obstante, esta última disposición precisa que las violaciones graves del derecho internacional humanitario cometidas por nacionales ruandeses en Estados vecinos, quedan también bajo la competencia del tribunal.

²¹ Para los detalles del proceso interno en la ONU de creación de la Corte Penal Internacional, como por ejemplo, la importancia que tuvo la propuesta de Trinidad y Tobago en 1989 de establecer dicha Corte para juzgar los delitos de narcotráfico y terrorismo, lo cual revivió en el seno de la ONU lo que la guerra fría había congelado, ver S. Rather y J. Abrams, *op. cit.*, p. 173.

²² El Comité Preparatorio se reunió del 25 de marzo al 12 de abril de 1996, del 12 al 30 de agosto de 1996, del 11 al 21 de febrero de 1997, del 4 al 15 de agosto de 1997, del 1 al 12 de diciembre de 1997, y del 16 de marzo al 3 de abril de 1998.

aprobó, en la Conferencia de Roma, el Estatuto de la Corte Penal Internacional, y a partir de ese momento se inició una intensa campaña para lograr su ratificación por el mayor número posible de Estados. El 11 de abril de 2002, el Estatuto fue ratificado por el sexagésimo Estado. Entró en vigor el 1° de julio de 2002, de conformidad con lo que establece el artículo 126 del mismo, para los Estados que lo ratificaron.

La Corte Penal Internacional fue concebida como un instrumento para combatir la impunidad y lograr el respeto y la efectividad de los derechos humanos básicos, de las leyes de la guerra y del derecho internacional humanitario, incluso dentro de las fronteras de un Estado. Complementa los sistemas penales nacionales en la sanción de los responsables, en la reparación a las víctimas y en el restablecimiento de los derechos, al buscar que quienes sean responsables de cometer genocidio, crímenes de lesa humanidad, crímenes de guerra o el crimen de agresión,²³ y no hayan sido o no hayan podido ser juzgados en el ámbito nacional, sean juzgados por una Corte Penal Internacional con vocación de universalidad.

El derecho internacional y el desarrollo de un *core delicta iuris gentium*

Otro de los aspectos sobresalientes de la construcción del consenso de la comunidad internacional para la protección de los valores de la dignidad humana y de repudio a la barbarie, es el reconocimiento de un conjunto de graves violaciones a los derechos humanos y al derecho internacional humanitario como crímenes internacionales, cuya sanción interesa a toda la comunidad de naciones por constituir un *core delicta iuris gentium*, es decir, el cuerpo fundamental de “graves crímenes cuya comisión afecta a toda la humanidad y ofende la conciencia y el derecho de todas las nacio-

²³ En el caso de este crimen, la Corte ejercerá su jurisdicción sólo de conformidad con lo que establecen los artículos 5, 121 y 123 del Estatuto de Roma.

nes.”²⁴ En esta sección se describirá brevemente la evolución de ese consenso internacional para proscribir tres de las cuatro categorías de crímenes internacionales recogidas por los artículos 5 a 8 del Estatuto de Roma, así como las dificultades para lograr un acuerdo en torno a la definición del crimen de agresión.

A la par de la evolución de las leyes de la guerra, del derecho internacional humanitario, del derecho de los derechos humanos y de la creación de tribunales internacionales para juzgar a los responsables de crímenes atroces, la comunidad internacional fue llegando a un consenso en torno a la necesidad de proscribir en el derecho internacional los crímenes más atroces, cuya gravedad se podía apreciar por las dimensiones en las que ocurrían, por el impacto profundo que tenían sobre la dignidad humana, o por los devastadores efectos que podían tener sobre la paz, la seguridad o la convivencia

²⁴ La expresión *delicta iuris gentium* fue acuñada en el juicio contra Adolph Eichmann por la Corte de Israel al señalar la necesidad de contar con una jurisdicción universal para juzgar crímenes atroces en los siguientes términos: “Los crímenes atroces se definen como tales tanto en el derecho de Israel como en el de otras naciones. Aquellos crímenes cuya comisión afecta a toda la humanidad y ofende la conciencia y el derecho de todas las naciones constituyen ‘*delicta iuris gentium*’. Por lo tanto, el derecho internacional antes que limitar o negar la jurisdicción de los Estados con respecto a tales crímenes, y en ausencia de una corte internacional para juzgarlos, requiere que los órganos legislativos y judiciales de cada Estado creen las condiciones para llevar a estos criminales a juicio. La jurisdicción sobre estos crímenes es universal” (traducción no oficial). En Cr.C (Jm) 40/61, *The State of Israel v. Eichmann*, 1961, 45 P.M.3, part. II, para. 12, citado por Bartram Brown, “The Evolving Concept of Universal Jurisdiction”, en *New England Law Review*, Vol. 35:2, p. 384. Ver también <http://www.nizkor.org/hweb/people/eichmann-adolph/transcripts/judgement-002/html>. El término “*core*” fue adicionado posteriormente para referirse al conjunto de crímenes que como el genocidio, los crímenes de lesa humanidad y los crímenes de guerra más graves son objeto de jurisdicción universal por los Estados, independientemente de la nacionalidad del autor o de las víctimas y del lugar en donde fueron cometidos, incluidos la piratería, la esclavitud, la tortura y el *apartheid*. El Estatuto de Roma reconoce la jurisdicción de la Corte Penal Internacional sobre algunos de esos crímenes.

de la comunidad de naciones. Ese consenso fue construido a lo largo de varios siglos,²⁵ pero su mayor y acelerado desarrollo se dio después de finalizada la Segunda Guerra Mundial.

La adquisición de compromisos internacionales para proteger valores y bienes jurídicos considerados por la comunidad internacional como especialmente importantes y sancionar penalmente a los infractores, no es un fenómeno reciente. A principios del siglo XIX en el Acta Final del Congreso de Viena de 1815, relativo a la trata de esclavos, se proscribió la esclavitud y se afirmó que el propósito buscado era el de “ponerle fin a un flagelo que desde hace tanto tiempo desoló al África, degradó a Europa y afligió a la humanidad”, como una elocuente forma de expresar respeto por valores universales de la humanidad. Ese rechazo quedó plasmado posteriormente en la Convención sobre la Esclavitud de 1927.²⁶ Otro ejemplo, anterior inclusive a la proscripción de la esclavitud, y también de origen consuetudinario, fue la sanción de la piratería en alta mar, cuya persecución internacional requería no sólo el reconocimiento de una jurisdicción universal,²⁷ sino también el desarrollo de instrumentos de cooperación para lograr su sanción efectiva.²⁸

²⁵ Sobre la evolución de las leyes y usos de la guerra ver Ingrid Detter, *The Law of War*, Cambridge University Press, U.K., 2000. Peter Malanczuk, *Akehurst's Modern Introduction to International Law*, Routledge, 1997, pp. 306 y ss.

²⁶ Esta conducta ha sido prohibida expresamente por la Convención sobre la Esclavitud, por el Convenio IV de Ginebra de 1949 y por el artículo 3 común de los Convenios de Ginebra y por el Protocolo II, artículo 4. Ver también la Convención sobre la imprescriptibilidad de los crímenes de guerra y de los crímenes de lesa humanidad, de 1968, cuyo artículo III establece la obligación de las Partes de “adoptar todas las medidas internas que sean necesarias, legislativas o de cualquier otro orden, con el fin de hacer posible la extradición, de conformidad con el derecho internacional, de las personas a que se refiere el artículo II de la presente convención”.

²⁷ Corte Permanente de Justicia Internacional, Asunto Lotus (Francia/Turquía), fallo del 7 de septiembre de 1927, opinión individual del juez Moore. En este caso, se afirmó con respecto al crimen de piratería: “el derecho o el deber de velar por el orden público no pertenece a ningún país en especial [...] cualquier país, en el interés de todos, puede ejercer jurisdicción y castigar”.

Además de la prohibición de estas dos conductas, los Estados consideraron necesario regular el uso de la fuerza, no sólo con el fin de garantizar la preservación de la paz y prevenir los conflictos armados entre las naciones,²⁹ y acordaron que ciertos métodos y armas resultaban inaceptables aun durante la guerra. Como consecuencia de ello, se establecieron reglas para garantizar, por ejemplo, un tratamiento digno a los prisioneros de guerra y se prohibió el uso de ciertas armas que pudieran causar daños indiscriminados o innecesarios. Este aspecto del derecho de la guerra, relativo principalmente a los métodos para conducirla, fue recogido por los Convenios de La Haya de 1899 y 1907, y los Convenios de Ginebra de 1925 y 1929, que fueron la base para el juzgamiento de los criminales de guerra en los Tribunales de Nüremberg y Tokio.³⁰

²⁸ Sobre la evolución del consenso internacional en torno a la necesidad de la cooperación entre los Estados para la sanción de ciertos crímenes, Estados Unidos vs. Smith, 18 US (5 Wheat.) 153, 161-162, 5 L.Ed. 57 (1820), citado por Louis Henkin, *International Law. Cases and Materials*, Third Edition, West Publishing Co. St. Paul, Minneapolis, 1993, p. 1083.

²⁹ Preámbulo de la Convención de La Haya respecto de las leyes y usos de la guerra, de 29 de julio de 1899.

³⁰ El contenido de dichos convenios también cobijó temas relativos a prisioneros de guerra y no combatientes, es decir, a los sujetos incluidos y excluidos del conflicto. Estas materias fueron abordadas en extenso posteriormente, en los Convenios de Ginebra y sus Protocolos, de la segunda posguerra. Los Convenios de La Haya surgen en las Conferencias de la Paz en La Haya. La Primera Conferencia celebrada en 1899, concluyó con la aprobación de dos tratados: el Convenio I, sobre leyes y costumbres de la guerra terrestre (calidad de beligerantes, prisioneros de guerra, hostilidades y territorios ocupados, prohibición de gases asfixiantes y otras armas); y el Convenio II, sobre aplicación a la guerra marítima de los principios del Convenio de Ginebra de 1864, sobre el tratamiento a los [heridos y enfermos] durante un conflicto armado. La Segunda Conferencia celebrada en 1907 dio como resultado 14 convenios: el Convenio III, sobre ruptura de las hostilidades; el Convenio IV, sobre leyes y costumbres de la guerra terrestre, el cual modificó el Convenio I de 1899; el Convenio V, sobre derechos y deberes de las potencias y personas neutrales en caso de guerra terrestre; el Convenio VI, sobre régimen de

Los mayores avances en la concreción del concepto de responsabilidad penal individual en el derecho internacional y en la definición de crímenes internacionales, cuya sanción interesaba a toda la comunidad internacional se logra a partir de 1946, con la creación del Tribunal Militar de Nüremberg y los demás Tribunales Militares creados en la posguerra, así como con la decisión de las Naciones Unidas de establecer una Comisión de Derecho Internacional para la elaboración de un código de delitos contra la paz y la seguridad del género humano, fundado en los principios desarrollados en el Tribunal de Nüremberg, cuyos primeros resultados se dieron en 1950.³¹ No obstante, la falta de consenso para lograr una definición

buques mercantes al empezar hostilidades; el Convenio VII, sobre transformación de buques mercantes en buques de guerra; el Convenio VIII, sobre colocación de minas submarinas; el Convenio IX, sobre el bombardeo de las fuerzas navales en tiempos de guerra; el Convenio X, sobre aplicación a la guerra marítima de los principios del Convenio de Ginebra de 1864; el Convenio XI, sobre restricciones al derecho de captura en la guerra marítima; el Convenio XII, sobre creación del Tribunal de Presas Marítimas (el cual nunca entró en vigor); el Convenio XIII, sobre derechos y deberes de los neutrales en caso de guerra marítima; el Convenio XIV, sobre prohibición de arrojar proyectiles y explosivos desde globos. Posteriormente, se desarrollaron el Protocolo sobre gases asfixiantes (1925) y los Convenios de Ginebra (1929), sobre trato a los prisioneros de guerra (el cual sustituyó el Convenio I de 1864, enmendado en 1906) y sobre protección de heridos de guerra terrestre. Finalmente en 1936, se aprobó el Protocolo de Londres sobre guerra submarina.

³¹ El trabajo de elaboración de un Código de los crímenes contra la paz y la seguridad de la humanidad de la CDI empezó efectivamente en 1947. Los dos primeros proyectos de la CDI fueron presentados a la Asamblea General de las Naciones Unidas en 1951 y 1954. La versión del Código de 1991 contenía la siguiente lista de crímenes: agresión y amenaza de agresión, intervención, dominación colonial y extranjera, genocidio, *apartheid*, violación sistemática y masiva de los derechos humanos, crímenes de guerra de excepcional gravedad, terrorismo internacional, tráfico ilícito de estupefacientes y daños intencionales y graves al medio ambiente. Véase Nguyen Quoc Dinh, A. Pellet, P. Daillier, *op. cit.*, p. 628. Ver también los siguientes documentos de

del crimen de agresión,³² llevó a que en lugar de la adopción de un código, se optara por instrumentos internacionales separados, para la sanción de distintas conductas cuya gravedad les daba la categoría de crímenes internacionales.³³

La evolución de varios de estos crímenes fue acogida por el Estatuto de Roma en sus artículos 6 a 8. No obstante, si bien el Estatuto de Roma recoge el consenso internacional para la definición de tales crímenes, también establece ámbitos y contenidos específicos para su aplicación por la Corte Penal Internacional, tal como se analizará en la sección 4.4.1. de esta sentencia. Por ejemplo, cuando se trata de la comisión de actos de tortura u homicidios, la mera comisión de estos actos es insuficiente para que se configure el crimen internacional de competencia de la Corte Penal Internacional. Se requiere un elemento adicional: que la acción esté dirigida contra un grupo con la intención de destruirlo, como ocurre en el caso del genocidio; que la acción revista un patrón sistemático o generalizado basado en la característica civil de las víctimas, como sucede con los crímenes contra la humanidad; que la acción ocurra durante un conflicto armado, como se especifica para los crímenes de guerra;³⁴ o, final-

Naciones Unidas: Draft Statute for an International Criminal Court (Annex to the Report of the Committee on International Criminal Jurisdiction, 1951) (UN Doc. A/2136, 1952); Revised Draft Statute for an International Criminal Court (Annex to the Report of the Committee on International Criminal Jurisdiction, 1953) (UN Doc. A/2645, 1954); Draft Statute for the creation of International Criminal Jurisdiction to Implement the International Convention on the suppression of the Crime of Apartheid, (UN Doc. E/CN4/1416, 1980); Draft International Criminal Code (U.N, Doc.E/CN4/NGO213, 1980); Draft International Criminal Code (Doc UN A/51/10, 1996) (Informe de la Comisión de Derecho Internacional, 48 período de sesiones, mayo 6 a julio 26 de 1996).

³² Un primer consenso en torno a la definición de este crimen se logra finalmente en 1974 con la adopción por parte de la Asamblea General de las Naciones Unidas de la resolución 3314 (XXIX) del 14 de diciembre de 1974.

³³ Schabas, *op. cit.*, pp. 21 y ss.

³⁴ S. Rather y A. Jason, *Accountability for Human Rights Atrocities in International Law. Beyond the Nüremberg Legacy*, Oxford University Press, New York, 1997, p. 12.

mente, que la acción destruya sin base jurídica legítima una situación de paz como sucede en los crímenes contra la paz o el crimen de agresión.

Hasta hace medio siglo las diferencias entre estas cuatro categorías de crímenes no eran tan claras, sin embargo, los elementos específicos y distintivos establecidos en el Estatuto de Roma recogen la evolución de tales crímenes hasta su definición actual. Por ejemplo, la definición de crímenes contra la humanidad en el Estatuto del Tribunal de Nüremberg exigía, necesariamente, la conexión con crímenes de guerra o crímenes contra la paz.³⁵ Sin embargo, esta conexión no se exige en el Estatuto del Tribunal de Ruanda.³⁶ En otro sentido, la evolución de los llamados crímenes de guerra ha conducido a que éstos no dependan de la naturaleza internacional del conflicto. De tal forma que los crímenes de guerra pueden ser cometidos en el contexto de un conflicto armado interno.³⁷ Por otra parte, el crimen de agresión, aun cuando no existe todavía consenso sobre una definición precisa de éste, corresponde a una acepción moderna y restringida de la expresión “crímenes contra la paz” empleada en los Estatutos de los Tribunales de Nüremberg y Tokio.

En el Estatuto de Roma se agrupa este cuerpo de crímenes internacionales en cuatro categorías y cada una de ellas comprende una variedad de actos, como el homicidio, el *apartheid*, la desaparición forzada o la tortura. A continuación se hace una breve referencia a la evolución de cada una de las cuatro categorías de crímenes de competencia de la Corte Penal Internacional.

La primera de estas categorías es el genocidio, conocido como el “crimen de crímenes”.³⁸ El término genocidio tiene sus orígenes en

³⁵ Artículo 6 (c) del Estatuto del Tribunal Militar Internacional de Nüremberg.

³⁶ Tribunal Internacional para Ruanda, *Prosecutor v. Akayesu* No. ICTR-96-4-T, 2 de septiembre de 1998.

³⁷ La evolución de esta concepción de crímenes de guerra se puede ver en el caso *Prosecutor v. Tadic*, No. IT-94-1-A, 238-72 (International Criminal Tribunal for the Former Yugoslavia, Appeals Chamber, julio 15, 1999).

³⁸ William Schabas, *Genocide in International Law*, Cambridge University Press, Cambridge, 2000, pp. 345 y ss.

los trabajos de Raphaël Lemkin, quien enfatizó que el elemento que distinguía al genocidio de otros crímenes era la existencia de un plan sistemático para destruir las bases esenciales de un grupo con el fin de eliminarlo.³⁹ Su reconocimiento como categoría legal ocurrió en el contexto del Tribunal de Nüremberg y aun cuando en el Estatuto no se emplea la expresión genocidio, ni ninguno de los criminales nazis fue condenado en Nüremberg por genocidio, la definición de crímenes contra la humanidad que se utiliza en el artículo 6 (c) del mismo, cobija varios de los actos que hoy en día hacen parte de la definición legal de genocidio. A pesar de que el genocidio se considera como el crimen más atroz y que el mundo ha sido testigo de muchos actos de genocidio ocurridos con posterioridad a la Segunda Guerra Mundial, han sido pocas las condenas por este crimen.⁴⁰

Luego de que la Asamblea General de las Naciones Unidas declarara en 1946 que el genocidio era un crimen internacional,⁴¹ se iniciaron los trabajos para la redacción de un instrumento convencional que lo proscibiera definitivamente, tarea que concluyó con la Convención para la Prevención y la Sanción del Delito de Genocidio,⁴²

³⁹ Ese plan sistemático fue descrito por Lemkin en los siguientes términos: “El objetivo de tal plan debe ser la desintegración de las instituciones políticas y sociales, la cultura, el lenguaje, los sentimientos nacionales, la religión y la subsistencia económica de grupos nacionales, así como la destrucción de la seguridad personal, la libertad, la salud, la dignidad e incluso la vida de los miembros de dichos grupos nacionales. El genocidio se dirige contra el grupo nacional como tal, y las acciones ejecutadas contra los individuos de dicho grupo se hacen por el solo hecho de pertenecer a dicho grupo nacional” (traducción). Ver Raphaël Lemkin, *Axis Rule in Occupied Europe* 79 (1944), citado por Ratner y Abrams, *Accountability for Human Rights Atrocities in International Law. Beyond the Nüremberg Legacy*, pp. 24 y 25.

⁴⁰ Uno de los casos más famosos por este crimen es el de Adolph Eichmann, quien fue condenado a muerte y ejecutado por genocidio por la Corte de Israel. Ver *Attorney General of Israel vs. Eichmann* (1968), 36 ILR (District Court).

⁴¹ Organización de las Naciones Unidas, AG. Res 96 (I).

⁴² Adoptada y abierta a la firma y ratificación o adhesión por la Asamblea General en su resolución 260 A (III) del 9 de diciembre de 1948, y en vigor desde el 12 de enero de 1951.

cuya principal finalidad fue evitar que quedaran impunes los autores y ejecutores de políticas de exterminio contra comunidades específicas, identificables por atributos relativamente inmutables y estables, tales como la raza, el origen nacional o étnico y la religión, que facilitarían su individualización del resto de la población, tal como sucedió durante la Segunda Guerra Mundial.⁴³ De ahí que la definición de genocidio haya recogido el consenso alcanzado hasta ese momento en el derecho internacional consuetudinario y, por lo tanto, no protegiera planes de exterminio dirigidos contra grupos políticos.

El reconocimiento de la prohibición del genocidio como norma de *ius cogens* lo hizo la Corte Internacional de Justicia,⁴⁴ en su Opinión Consultiva sobre las Reservas a la Convención para la Prevención y la Sanción del Crimen de Genocidio⁴⁵, donde dijo:

⁴³ El carácter consuetudinario de la prohibición del genocidio fue señalado por la Corte Internacional de Justicia en la Opinión Consultiva del 28 de mayo de 1951, Asunto de las reservas a la Convención sobre la Prevención y el Castigo del Crimen de Genocidio y posteriormente reafirmado en la sentencia del 11 de julio de 1996, Asunto de la aplicación de la Convención para la Prevención y el Castigo del Crimen de Genocidio (Bosnia-Herzegovina c/ Yugoslavia).

⁴⁴ Ver Stephen M. Scwebel, *The treatment of human rights and of aliens in the International Court of Justice, Fifty Years of the International Court of Justice*, Cambridge University Press, 1996, p. 331.

⁴⁵ CIJ Opinión Consultiva del 28 de mayo de 1951, Asunto de las reservas a la Convención sobre la Prevención y Castigo del Crimen de Genocidio, Rec. p. 15 y 23. Asunto de la aplicación de la Convención para la Prevención y el Castigo del Crimen de Genocidio (Bosnia-Herzegovina c/ Yugoslavia); de su reconocimiento como grave violación a los Convenios de Ginebra de 1949 y a los Convenios de La Haya de 1905; del hecho de haber sido la base del juzgamiento de criminales de guerra en el Tribunal de Nüremberg y actualmente en el Tribunal Internacional para la Antigua Yugoslavia (Caso Tadic). Ver también la Convención sobre la imprescriptibilidad de los crímenes de guerra y de los crímenes de lesa humanidad, de 1968. Al respecto ver las tesis que extienden la jurisdicción universal al genocidio en William H. Schabas, *Genocide in International Law, op. cit.*, pp. 345 y ss.

Los orígenes de la Convención muestran que la intención de las Naciones Unidas consistía en condenar y castigar el genocidio como “un crimen bajo Derecho internacional” que involucra una negación al derecho de existir de grupos enteros de seres humanos, una negación que conmociona la conciencia de la raza humana y genera grandes pérdidas para la humanidad, y que es contraria a la ley moral y al espíritu y objetivos de las Naciones Unidas (resolución 96(I) de la Asamblea General, diciembre 11 de 1946). *La primera consecuencia que surge de esta concepción es que los principios presentes en la Convención son principios que son reconocidos por las naciones civilizadas como obligatorios para los Estados al margen de cualquier vínculo convencional.* Una segunda consecuencia es el carácter universal tanto de la condena al genocidio y de la cooperación requerida para “liberar a la raza humana de tan odioso escarmiento”(Preámbulo de la Convención). (Énfasis agregado.)

Junto al reconocimiento del genocidio como el crimen de crímenes contra la humanidad, los Estados acordaron la prohibición de otras conductas también consideradas como atroces, cuya sanción se lograría a través de jueces nacionales o de tribunales internacionales.

Una definición incipiente de crímenes de guerra se encuentra en el Estatuto del Tribunal de Nüremberg, que recogió algunas de las prohibiciones establecidas en los Convenios de La Haya de 1899 y 1907 y de Ginebra de 1925 y 1929, ya mencionadas. Ese conjunto de conductas consideradas como crímenes internacionales se fue ampliando posteriormente, y, así, en 1949, cuando se aprueban los Cuatro Convenios de Ginebra,⁴⁶ se incluye en el artículo 3 común

⁴⁶ El contenido de los cuatro convenios es el siguiente: Convenio I, para mejorar la suerte de los heridos y enfermos de las fuerzas armadas en campaña; el Convenio II, para mejorar la suerte de los heridos, enfermos y náufragos de las fuerzas armadas en el mar; el Convenio III, regula el trato de los prisioneros de guerra, y el Cuarto Convenio, sobre protección de personas civiles en tiempo de guerra. Para 1997, 188 Estados ya eran parte de los Cuatro Convenios de Ginebra.

de dichos Convenios un listado de conductas realizadas durante un conflicto armado que se estiman atroces.⁴⁷ A diferencia del llamado derecho de La Haya, relativo principalmente a los métodos de la guerra y al comportamiento de los combatientes, el llamado derecho de Ginebra se refiere principalmente a la protección de personas y bienes especialmente valiosos para la comunidad. Ese listado fue ampliado posteriormente por los Protocolos I y II de 1977, adicionales a los Convenios de Ginebra de 1949, y su aplicación era posible tanto en conflictos armados de carácter internacional como interno, y luego, recogido por los Estatutos de los Tribunales Internacionales para la ex-Yugoslavia y para Ruanda.

⁴⁷ El artículo 3 común a los Convenios de Ginebra de 1949 dice: “Artículo 3- Conflictos no internacionales. En caso de conflicto armado que no sea de índole internacional y que surja en el territorio de una de las Altas Partes Contratantes cada una de las Partes en conflicto tendrá la obligación de aplicar, como mínimo, las siguientes disposiciones: 1) Las personas que no participen directamente en las hostilidades, incluidos los miembros de las fuerzas armadas que hayan depuesto las armas y las personas puestas fuera de combate por enfermedad, herida, detención o por cualquier otra causa, serán, en todas las circunstancias, tratadas con humanidad, sin distinción alguna de índole desfavorable basada en la raza, el color, la religión o la creencia, el sexo, el nacimiento o la fortuna o cualquier otro criterio análogo. A este respecto, se prohíben, en cualquier tiempo y lugar, por lo que atañe a las personas arriba mencionadas: a) los atentados contra la vida y la integridad corporal, especialmente el homicidio en todas sus formas, las mutilaciones, los tratos crueles, la tortura y los suplicios; b) la toma de rehenes; c) los atentados contra la dignidad personal, especialmente los tratos humillantes y degradantes; d) las condenas dictadas y las ejecuciones sin previo juicio ante un tribunal legítimamente constituido, con garantías judiciales reconocidas como indispensables por los pueblos civilizados. 2) Los heridos y los enfermos serán recogidos y asistidos. Un organismo humanitario imparcial, tal como el Comité Internacional de la Cruz Roja, podrá ofrecer sus servicios a las Partes en conflicto. Además, las Partes en conflicto harán lo posible por poner en vigor, mediante acuerdos especiales, la totalidad o parte de las otras disposiciones del presente Convenio. La aplicación de las anteriores disposiciones no surtirá efectos sobre el estatuto jurídico de las Partes en conflicto.

En cuanto a la evolución del concepto de crímenes de lesa humanidad, éste cubre un conjunto de conductas atroces cometidas de manera masiva o sistemática, cuyo origen es principalmente consuetudinario, y que han sido proscritas por el derecho internacional desde hace varios siglos. Aun cuando en un principio se exigía su conexidad con crímenes de guerra o contra la paz, esta condición ha ido desapareciendo.

El primer intento moderno para imputar responsabilidad penal individual tiene lugar durante la Primera Guerra Mundial. A pesar de que en 1919, durante la Conferencia de Paz, las Potencias Aliadas encontraron que hechos como la masacre de armenios por parte de los turcos y otros de similar gravedad eran “violatorios de las leyes y costumbres de guerra y de las leyes elementales de humanidad”, el Tratado de Versalles no ordenó la realización de juicios de responsabilidad penal contra sus autores, por considerar que el concepto de leyes de humanidad señalaba un asunto de carácter moral respecto del cual no existía un estándar fijo que permitiera su juzgamiento por una corte.⁴⁸

La noción moderna de crímenes contra la humanidad nace en el Estatuto del Tribunal de Nüremberg y está contenida en su artículo 6(c) que incluye las siguientes conductas: “asesinato, exterminio, esclavitud, deportación y cualquier otro acto inhumano cometido contra una población civil, antes o durante el curso de una guerra, así como persecuciones sobre bases políticas, raciales o religiosas, ejecutadas en conexión con cualquier otro crimen dentro de la jurisdicción del Tribunal, haya existido o no violación del derecho interno del Estado donde fueron perpetrados.”⁴⁹ Aun cuando la mayor parte de las violaciones imputadas a criminales nazis fueron crímenes de guerra cuyo origen estaba en el derecho de La Haya, la consagración de esta nueva categoría de crímenes contra la humanidad era necesaria para poder extender la responsabilidad penal de altos oficiales nazis por actos cometidos contra la población civil. El

⁴⁸ Ver. Ratner y Abrams, *op. cit.*, p. 46.

⁴⁹ Artículo 6 (c) Estatuto del Tribunal de Nüremberg, traducción libre.

problema que planteaba esta nueva categoría era que se acusara a los Aliados de juzgar *ex post facto* si se hacía una interpretación estricta del principio de legalidad. Con el fin de evitar ese cuestionamiento, se optó por establecer una conexión con los crímenes de guerra y contra la paz. La extensión de la responsabilidad penal se sustentó en el reconocimiento de que la aplicación de ciertas provisiones sobre crímenes de guerra, se aplicaba a civiles y otras personas protegidas, por lo cual su sanción se justificaba si existía una conexión con algún crimen de guerra o contra la paz de competencia del Tribunal de Núremberg.⁵⁰ Este desarrollo permitió el juzgamiento de 18 líderes nazis por crímenes contra la humanidad, de los cuales 16 fueron condenados y dos (Hess y Fritzche) fueron exonerados. Dos de los 16 condenados (Streicher y Von Schirach) fueron condenados exclusivamente por crímenes contra la humanidad.⁵¹ Bajo la Ley No. 10 del Consejo de Control, los Aliados juzgaron oficiales y soldados alemanes en sus respectivas zonas de ocupación por crímenes contra la humanidad, pero sin la exigencia de conexidad de los crímenes contra la humanidad con la iniciación de la guerra o con los crímenes de guerra, que fue eliminada por la Ley 10.⁵² Debido a que muchos criminales nazis se ocultaron para evitar su juzgamiento, varios Estados mantuvieron abiertos, por años los procesos criminales iniciados a principios de los años 50. Así, por ejemplo, durante la década de los años 80 y principios de la década de los 90, Francia juzgó a Klaus Barbie y a Paul Touvier por crímenes contra la humanidad.⁵³

⁵⁰ Bassiouni, *De Versailles a Ruanda en 75 años, op cit.*, p. 76.

⁵¹ El Estatuto del Tribunal de Tokio empleó la misma definición de crímenes contra la humanidad, sin embargo aun cuando los 25 oficiales japoneses enjuiciados en Tokio fueron juzgados tanto por crímenes de guerra como por crímenes contra la humanidad, las condenas sólo recayeron sobre los crímenes de guerra. Ratner y Abrams, *op.cit.*, pp. 46 y 47.

⁵² Bassiouni, *op.cit.*, p. 66.

⁵³ *Fédération Nationale des Déportés et Internés Résistants et Patriotes and Others v. Barbie*, 78 International Law Report 125 (Cour de Cassation, 1985); *Fédération Nationale des Déportés et Internés Résistants et Patriotes and*

Por fuera del contexto de la Segunda Guerra Mundial, otros Estados han juzgado crímenes atroces contra la humanidad, como es el caso de Latvia y Estonia que juzgaron oficiales de policía por asesinato, tortura y deportaciones forzadas. En Etiopía los líderes del régimen *Dergue* también fueron procesados por crímenes atroces contra la humanidad.⁵⁴ Durante el debate de la Convención sobre la imprescriptibilidad de los crímenes de guerra y de los crímenes de lesa humanidad,⁵⁵ se propuso eliminar el requisito del nexo de los crímenes de lesa humanidad con la guerra. Finalmente, se aceptó que tales crímenes podían cometerse “tanto en tiempo de guerra como en tiempo de paz”⁵⁶, definición que, a pesar de los esfuerzos, no eliminó totalmente el nexo con la guerra. Este nexo se mantuvo en el Estatuto del Tribunal para la ex-Yugoslavia, pero no para el Tribunal de Ruanda.⁵⁷ En el Estatuto de Roma optó por desvincularlos de la existencia de un conflicto armado. Respecto de estas conductas existe consenso sobre su carácter de normas de *ius cogens*.⁵⁸

Others v. Touvier, 100 International Law Report 338 (Court de Cassation, 1992).

⁵⁴ Ver. Ratner y Abrams, *op cit.*, p. 53.

⁵⁵ Adoptada y abierta a la firma, ratificación y adhesión por la Asamblea General en su resolución 2391 (XXIII), de 26 de noviembre de 1968.

⁵⁶ Convención sobre la imprescriptibilidad de los crímenes de guerra y de los crímenes de lesa humanidad, artículo I, b).

⁵⁷ Prosecutor vs. Akayesu No. ICTR-96-4-T.

⁵⁸ Tribunal Penal Internacional para la antigua Yugoslavia, Cámara de apelación Procurador c/ Dusko Tadic. Sentencia del 2 de octubre de 1995. Caso No. IT-94-1-AR72, en 35 ILM 32 (1996). Algunos tratadistas señalan que cuando un crimen internacional amenaza la paz y la seguridad mundiales o perturba gravemente la conciencia de la humanidad, adquiere necesariamente la jerarquía de norma de *ius cogens*. Ver, por ejemplo, Cherif Bassiouni, Accountability for International Crime and Serious Violations of Fundamental Rights: International Crimes: *Jus Cogens* and Obligation *Erga Omnes* (1996), 59 *Law and Contemporary Problems*, pp. 69 a 71.

En cuanto al crimen de agresión, no existe aun consenso sobre su contenido expreso como crimen internacional, a pesar de los esfuerzos del derecho internacional para regular el uso de la fuerza como medio para que los Estados hagan valer sus derechos y protejan sus intereses⁵⁹ y de su prohibición expresa en la Carta de Naciones Unidas.⁶⁰ Un primer intento por la consagración de la responsabilidad penal individual por agresión se encuentra en la Primera Guerra Mundial en el Tratado de Versalles, para el juzgamiento del Kaiser Guillermo “por una ofensa suprema contra la moralidad internacional y la santidad de los tratados.”⁶¹ Posteriormente, en los Tribunales de Nüremberg y Tokio, los jefes y organizadores del Eje fueron procesados y sancionados por “crímenes contra la paz”, definidos por el artículo 6(a) del Estatuto de Nüremberg como “la planeación, preparación, iniciación o libramiento de una guerra de agresión o una guerra en violación a tratados internacionales, acuerdos, o garantías”.⁶² No obstante, esta definición no precisó las características de la agresión como crimen que generara responsabilidad individual. Los esfuerzos posteriores por definir el crimen agresión se apartaron y se concentraron en la definición del término agresión, sin definir sus elementos para efectos penales.⁶³ Ello explica,

⁵⁹ Convenios de La Haya de 1899 y 1907, Convenios de Ginebra de 1925 y 1929.

⁶⁰ El artículo 2.4 de la Carta de las Naciones Unidas establece “Los Miembros de la Organización, en sus relaciones internacionales, se abstendrán de recurrir a la amenaza o al uso de la fuerza contra la integridad territorial o la independencia política de cualquier Estado, o en cualquier forma incompatible con los propósitos de las Naciones Unidas”.

⁶¹ Tratado de Versalles, artículo 227.

⁶² Ver Historia de la Comisión de Crímenes de Guerra de las Naciones Unidas, 1948, citada por Sunga Lyal S., “La Jurisdicción *ratione materiae* de la Corte Penal Internacional”, en Kai Ambos y Oscar Julián Guerrero, *op. cit.*, pp. 240 y 241.

⁶³ La Asamblea General de Naciones Unidas adoptó la siguiente definición de agresión en la resolución 3314 (XXIX) (1974), G.A.O.R. Sesión 29, Sup. 31: “...Artículo 1. Agresión es el uso de la fuerza armada por parte de un Estado contra la Soberanía, la integridad territorial o la independencia política de

en parte, la razón por la cual los Tribunales para Yugoslavia y para Ruanda no lo hayan incluido en sus Estatutos, y también el hecho de que tal crimen aún no haya sido precisado en el Estatuto de Roma.

Coetáneamente con el desarrollo y consolidación del derecho internacional humanitario, la Asamblea General de la ONU, adoptó varias declaraciones relativas a la protección de los derechos humanos que fueron cristalizando el consenso internacional de repudio a

otro Estado, o de cualquier otra manera inconsistente con la Carta de las Naciones Unidas, como se expone en esta definición...Artículo 2. El primer uso de la fuerza armada por parte de un Estado en contradicción con la Carta constituye *prima facie*, evidencia de un acto de agresión aunque de conformidad con la Carta, el Consejo de Seguridad puede concluir que una determinación según la cual un acto de agresión ha sido cometido, no estaría justificada teniendo en cuenta otras circunstancias relevantes, incluyendo el hecho de que los actos relacionados o sus consecuencias no son suficientemente graves. Artículo 3. Cualquiera de los actos a continuación, independientemente de la declaración de guerra, interpretándose en concordancia con el artículo 2, constituirán actos de agresión: (a) La invasión o el ataque por parte de las fuerzas armadas de otro Estado, o cualquier ocupación militar, independientemente de que sea temporal, que resulte de tal invasión o ataque, o cualquier anexión del territorio de otro Estado o de parte del mismo, mediante el uso de la fuerza;(b) El bombardeo por parte de las fuerzas armadas de un Estado contra el territorio de otro Estado o el uso de armas por parte de un Estado contra el territorio de otro Estado; (c) El bloqueo de los puertos o de las costas de un Estado por parte de las fuerzas armadas de otro Estado; (d) Un ataque por parte de las fuerzas armadas de un Estado por tierra, por fuerzas aéreas o marítimas, o por flotas marinas y aéreas de otro Estado; (e) El uso de fuerzas armadas de un Estado, que están dentro del territorio de otro Estado con el consentimiento del Estado territorial, contraviniendo las condiciones del acuerdo o manteniendo su presencia en dicho territorio una vez el acuerdo ha terminado; (f) La acción de un Estado al permitir que su territorio, que ha sido puesto a disposición de otro Estado, sea utilizado por este otro Estado para perpetrar actos de agresión contra un tercer Estado; (g) El envío por o a nombre de un Estado de bandas armadas, grupos irregulares o mercenarios, que lleven a cabo actos de una fuerza armada contra otro Estado, de tal gravedad que implique los actos previamente mencionados, o una injerencia substancial en ellos. Artículo 4. Los actos enumerados ante-

conductas tales como la segregación racial,⁶⁴ la tortura y las penas y tratos crueles, inhumanos o degradantes⁶⁵ y que llevaron posteriormente a su consagración convencional y a su reconocimiento como normas de *ius cogens*.

Un ejemplo de ello es la prohibición general de la discriminación racial, plasmada en instrumentos de carácter vinculante, como la Convención Internacional sobre la Eliminación de Todas las Formas de Discriminación Racial, de 1965.⁶⁶ Ésta sirvió como punto de partida para el posterior reconocimiento del *apartheid* como crimen internacional.⁶⁷ Fue en 1973, cuando la Asamblea General de la ONU aprobó la Convención sobre la Represión y el Castigo del Crimen

⁶⁴ Declaración de 23 de noviembre de 1963, Resolución 1904 (XVIII). Convención Internacional sobre la Represión y el Castigo del Crimen del *Apartheid*, adoptada y abierta a la firma y ratificación por la Asamblea General en su resolución 3068 (XXVIII), de 30 de noviembre de 1973 e incorporada a la legislación interna por Colombia mediante la Ley 26 de 1987.

⁶⁵ Declaración de 9 de diciembre de 1975, resolución 3452 (XXX).

⁶⁶ Adoptada por la Asamblea General de las Naciones Unidas el 21 de diciembre de 1965. Esta Convención impone a los Estados Parte la obligación de declarar como acto punible en su artículo 4 literal a): “toda difusión de ideas basadas en la superioridad o en el odio racial, toda incitación a la discriminación racial así como todo acto de violencia o toda incitación a cometer tal efecto, contra cualquier raza o grupo de personas de otro color u origen étnico, toda asistencia a las actividades racistas, incluida su financiación”. En el mismo sentido, el artículo 13.5 de la Convención Americana de Derechos Humanos establece: “Estará prohibida por la ley toda propaganda en favor de la guerra y toda apología del odio nacional, racial o religioso que constituyan incitaciones a la violencia o cualquier otra acción ilegal similar contra cualquier persona o grupo de personas, por ningún motivo, inclusive los de raza, color, religión, idioma u origen nacional.”

⁶⁷ La Convención sobre la Represión y el Castigo del Crimen de *Apartheid* de 1976, establece en su artículo IV b) el compromiso de las partes a “adoptar medidas legislativas, judiciales y administrativas para perseguir, enjuiciar y castigar conforme a su jurisdicción a las personas responsables o acusadas de los actos enumerados en el artículo II de la presente convención, independientemente de que tales personas residan en el territorio del Estado en que se han cometido los actos o sean nacionales de ese Estado o de algún otro

de *Apartheid*, en el cual se califican como crímenes de lesa humanidad las políticas y las prácticas de segregación y de discriminación racial implementadas con el fin de mantener la dominación de un grupo racial sobre otro⁶⁸. Este crimen fue expresamente recogido por el Estatuto de Roma en el artículo 7, literal j) como una de las conductas que se consideran crímenes de lesa humanidad.

Algo similar ocurrió con la tortura, prohibida por un amplio número de tratados sobre derechos humanos.⁶⁹ Su definición como crimen internacional se hizo tanto en la Convención de las Naciones Unidas contra la Tortura y otros Tratos o Penas Cruelles, Inhumanos o Degradantes del 10 de diciembre de 1984,⁷⁰ y en la Convención Interamericana para Prevenir y Sancionar la Tortura adoptada en Cartagena de Indias el 9 de diciembre de 1985.⁷¹ No obstante, ambos tratados tienen un campo de aplicación limitado a las actuaciones de funcionarios o empleados públicos y de las personas que actúan por instigación suya.⁷²

Estado o sean personas apátridas". Ver Ratner y Abrams, *Accountability for Human Rights Atrocities in International Law. Beyond the Nüremberg Legacy*, *op. cit.*

⁶⁸ El artículo 18 lit. f) del Proyecto de Código hace referencia a una "discriminación institucionalizada por motivos raciales, étnicos o religiosos que suponga la violación de los derechos y libertades fundamentales y entrañe graves desventajas para una parte de la población". Véase además el comentario de la CDI, *loc. cit.*, pp. 106 a 108.

⁶⁹ Véanse los artículos 3 de la Convención Europea de Derechos Humanos (CEDH); 7 del Pacto sobre Derechos Civiles y Políticos (PIDCP) del 16 de diciembre de 1966; 5 § 2 de la Convención Americana de Derechos Humanos (CADH) del 22 de noviembre de 1969; 4 y 5 de la Carta Africana de Derechos del Hombre y de los Pueblos de 1981.

⁷⁰ El artículo 4 de esta Convención impone la obligación de incriminar tanto los actos de tortura como la tentativa, la complicidad y la participación en tales actos.

⁷¹ El artículo 6 de la Convención Interamericana impone la obligación de sancionar los actos de tortura y los intentos de cometer tales actos, así como los autores de tratos o penas crueles, inhumanos o degradantes.

⁷² Los actos de tortura puramente privados no entran en el ámbito de aplicación de las convenciones. El carácter privado de la tortura, en cambio, no es

El listado de conductas consideradas como crímenes internacionales, cuya sanción le interesa a la comunidad internacional, se ha ido ampliando con conductas como la desaparición forzada⁷³ o las

un obstáculo para que sea considerada, si las otras condiciones están reunidas, como un crimen contra la humanidad o un crimen de guerra. Véanse los artículos 18 lit. c) y 20 lit. a), ii) del Proyecto de Código de la CDI, respectivamente. Ver Geoffrey Robertson, *Crimes against humanity. The Struggle for Global Justice*, The New Press, New York, 1999.

⁷³ Este crimen también es de competencia de la Corte Penal Internacional, artículo 7 literal i). La desaparición forzada fue incluida en el Proyecto de Código de Crímenes contra la Paz y Seguridad de la Humanidad, Comisión de Derecho Internacional, 1996. Por su parte, el preámbulo de la Convención Interamericana sobre Desaparición Forzada de Personas establece que ésta “constituye una afrenta a la conciencia del Hemisferio y una grave ofensa de naturaleza odiosa a la dignidad intrínseca de la persona humana”, la cual “viola múltiples derechos esenciales de la persona humana de carácter inderogable y en su Artículo I, establece la siguiente obligación para los Estados Partes: “Los Estados Partes en esta Convención se comprometen a: a) No practicar, no permitir, ni tolerar la desaparición forzada de personas, ni aun 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 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 necesarias para cumplir con los compromisos asumidos en la presente Convención.” Igualmente, existen numerosos pronunciamientos tanto en el sistema de Naciones Unidas como en el Interamericano, sobre la existencia de una jurisdicción universal en relación con este crimen. Entre otros casos ver Comité del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, en el caso de José Vicente y otros (CCPR/C60/D/612/1995), fallo del 19 de agosto de 1997. Por otra parte, la Comisión Interamericana y la Corte Interamericana de Derechos Humanos han señalado de manera reiterada la responsabilidad estatal por desapariciones forzadas en casos contra Argentina, Uruguay, Honduras y Colombia. Entre otros ver, Corte Interamericana de Derechos Humanos, caso Isidro Caballero y María del Carmen Santana, sentencia del 8 de diciembre de 1995, Serie C, No. 22. Ver también la Convención sobre la

ejecuciones sumarias,⁷⁴ y mediante el reconocimiento de una jurisdicción universal para su juzgamiento y sanción, ya sea que hubieren sido cometidas total o parcialmente dentro del territorio de un Estado, por lo cual se han aceptado como respetuosas del derecho internacional [sic] su juzgamiento incluso por fuera de la jurisdicción de dicho Estado, ya sea por otros Estados⁷⁵ o por Tribunales Internacionales.⁷⁶

⁷⁴ De competencia de la Corte Penal Internacional, artículo 7, literales a), b), h) y k). No existe todavía un mecanismo similar al de la tortura para el ejercicio pleno de jurisdicción universal [en] la prohibición del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, de la Convención Interamericana de Derechos Civiles y Políticos, del artículo 3 común de los Convenios de Ginebra de 1949 y del Protocolo II, artículo 4. Igualmente, la jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos ha declarado la responsabilidad del Estado por violación de la Convención. A manera de ejemplo se cita la Opinión Consultiva OC-4/84 del 19 de enero de 1984, Serie A, No.4, párrafo 24. Propuesta de modificación a la Constitución Política de Costa Rica relacionada con la naturalización, así como en el caso Velásquez Rodríguez, Corte Interamericana de Derechos Humanos, sentencia del 29 de julio de 1988, y caso Loaiza Tamayo, 17 de septiembre de 1997.

⁷⁵ Un ejemplo de esto lo ofrece Francia, donde el Tribunal de Apelaciones se refirió al principio de jurisdicción universal en el proceso contra Klaus Barbie por crímenes de lesa humanidad, señalando que “dada su naturaleza, los crímenes de lesa humanidad por los que se procesa a Barbie no se reducen a ser asunto de la legislación municipal francesa sino que están sujetos a un orden penal internacional al que le son ajenas la noción de frontera y las normas sobre extradición derivadas de la existencia de fronteras”. Ver Asunto Fédération National des Déportés et Internés Résistants et Patriotes y Otros v. Barbie, fallo de la Sala de lo Penal del Tribunal de Casación, del 6 de octubre de 1983 (que resume la decisión del Tribunal de Apelación), en 78 International Law Rep. 128, caso en el cual Francia juzga crímenes contra la humanidad cometidos contra judíos, durante la Segunda Guerra Mundial. Desde 1993, con base en el ejercicio del principio de jurisdicción universal, Suiza, Alemania, Austria y Dinamarca han investigado y juzgado hechos criminales ocurridos principalmente durante los conflictos de Ruanda y Yugoslavia. Por ejemplo, en 1997 en Alemania dos bosnio-serbios fueron condenados por genocidio y asesinato de musulmanes durante el conflicto en la antigua

Colombia hace parte de ese consenso internacional para la lucha contra la impunidad frente a las más graves violaciones a los derechos humanos. Ese compromiso de Colombia se refleja en el hecho de ser parte de los principales instrumentos internacionales que recogen el consenso internacional en esta materia y que han servido de base para la creación de la Corte Penal Internacional. A saber:

Yugoslavia. En 1994, una corte danesa condenó a cadena perpetua a dos bosnios musulmanes por torturar brutalmente prisioneros de guerra en el campo de prisioneros de Croacia. En 1999, una corte militar suiza condenó a un nacional ruandés por cometer graves crímenes de guerra en Ruanda. En junio 7 de 2001, el tribunal belga condenó a cuatro ciudadanos ruandeses tanto por haber participado en actos de genocidio contra tutsies en Ruanda, como por haber prestado apoyo a las organizaciones que cometieron este tipo de crímenes (Vincent Ntezimana, “Quatre accusés symboles d’un génocide”, *Le Monde*, abril, 18, 2001 y junio 7, 2001). En el caso del genocidio, los tribunales belgas fueron autorizados por una ley interna de 1993 para investigar, juzgar y sancionar graves crímenes de guerra definidos como tales por los Convenios de Ginebra. Ver Fiona McKay, *Universal Jurisdiction in Europe*, 2000, Redress Organisation, en www.redress.org.

⁷⁶ El juzgamiento por los tribunales internacionales ad hoc para la ex-Yugoslavia y para Ruanda, creados mediante las resoluciones del Consejo de Seguridad de Naciones Unidas (resoluciones 808 del 22 de febrero de 1993 y 827 del 25 de mayo de 1993 para la ex-Yugoslavia, y resolución 955 del 8 de noviembre de 1994 para Ruanda), ejercen su jurisdicción por crímenes ocurridos durante conflictos armados entre grupos pertenecientes a un mismo Estado-nación apoyados por diversas fuentes exteriores. Por eso la competencia de estos tribunales incluye una enumeración de crímenes de guerra y crímenes contra la humanidad en algunos aspectos más amplia que la del Tribunal de Nüremberg, ya que toma elementos de las Convenciones de Ginebra de 1949 sobre derecho internacional humanitario. Además, el Tribunal para Ruanda no sólo extiende expresamente la noción de infracciones graves prevista en los Convenios de Ginebra a conflictos armados internos, sino que permite que algunas incriminaciones se funden en violaciones al artículo 4 del Protocolo II de 1977.

- i) Convención para la Prevención y Represión del Genocidio de 1948, aprobada por la Ley 28 de 1959;
- ii) Convención Internacional sobre la eliminación de todas las formas de discriminación racial, aprobada por la Ley 22 de 1981;
- iii) Convención contra la Tortura y otros tratos crueles, inhumanos o degradantes, aprobada como legislación interna por la Ley 76 de 1986;
- iv) Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos y Protocolo Facultativo aprobado por la Ley 74 de 1968;
- v) Convención Americana sobre Derechos Humanos, aprobada por la Ley 16 de 1972;
- vi) Los Cuatro Convenios de Ginebra del 12 de agosto de 1949, incorporados a nuestro ordenamiento interno mediante la Ley 5 de 1960: Convenio I, para aliviar la suerte que corren los heridos y enfermos de las fuerzas armadas en campaña; Convenio II, para aliviar la suerte que corren los heridos, los enfermos y los náufragos de las fuerzas armadas en el mar; Convenio III, relativo al trato debido a los prisioneros de guerra; Convenio IV, relativo a la protección debida a las personas civiles en tiempo de guerra;
- vii) Protocolo I Adicional a los Cuatro Convenios de Ginebra de 1949, aprobado como legislación interna por la Ley 11 de 1992;
- viii) Protocolo II Adicional a los Cuatro Convenios de Ginebra de 1949, aprobado como legislación interna por la Ley 171 de 1994;
- ix) Convención sobre la represión y castigo del *apartheid* aprobada por la Ley 26 de 1987;
- x) Convención Americana contra la Desaparición Forzada, incorporada a nuestro ordenamiento interno mediante la Ley 707 de 1994.

La importancia de la Corte Penal Internacional

A pesar de que algunos promotores de la creación de una Corte Penal Internacional y varios expertos en derecho penal internacional han manifestado que se hubiera podido avanzar más y que en las negociaciones diplomáticas en Roma se efectuaron concesiones contrarias a la filosofía que inspira su creación, existe un consenso acerca de que el llamado Estatuto de Roma representa un gran paso hacia la protección efectiva de la dignidad del ser humano mediante instrumentos jurídicos internacionales, por numerosas razones de las cuales esta Corte destaca las siguientes.

Primero, por una razón histórica. La creación de una Corte Penal Internacional con jurisdicción permanente marca un hito en la construcción de instituciones internacionales para proteger de manera efectiva el núcleo de derechos mínimos, mediante juicios de responsabilidad penal individual, por una Corte que no es creada *ad hoc*, ni es el resultado del triunfo de unos Estados sobre otros al final de una guerra, ni es la imposición de las reglas de unos Estados poderoso a los habitantes de otro, como sucedió con los Tribunales Militares de Núremberg, de Tokio, o más recientemente, en los Tribunales de Ruanda y Yugoslavia, creados mediante resolución del Consejo de Seguridad. A diferencia de sus antecesores, la Corte Penal Internacional surgió del consenso de la comunidad internacional relativo a la creación de una instancia internacional, independiente y de carácter permanente, para el eventual juzgamiento de responsables de graves crímenes internacionales.

Segundo, por una razón ética. Las conductas punibles de competencia de la Corte Penal Internacional comprenden las violaciones a los parámetros fundamentales de respeto por el ser humano que no pueden ser desconocidos, ni aun en situaciones de conflicto armado internacional o interno, los cuales han sido gradualmente identificados y definidos por la comunidad internacional a lo largo de varios siglos con el fin de superar la barbarie.

Tercero, por una razón política. El poder de quienes en el pasado han ordenado, promovido, coadyuvado, planeado, permitido u ocultado las conductas punibles de competencia de la Corte Penal Internacional, también sirvió para impedir que se supiera la verdad o que se hiciera justicia. La Corte Penal Internacional ha sido creada por un estatuto que cuenta dentro de sus propósitos medulares evitar la impunidad de los detentadores transitorios de poder o de los protegidos por ellos, hasta la más alta jerarquía, y garantizar la efectividad de los derechos de las víctimas y perjudicados a conocer la verdad, a obtener justicia y a recibir una reparación justa por los daños que dichas conductas les han ocasionado, a fin de que dichas conductas no se repitan en el futuro.

Cuarto, por una razón jurídica. El Estatuto de Roma representa la cristalización de un proceso de reflexión, a cargo de juristas de diversas tradiciones, perspectivas y orígenes, encaminado a ampliar el ámbito del derecho internacional con la edificación de un régimen de responsabilidad penal individual internacional respaldado por una estructura orgánica institucionalmente capaz de administrar justicia a nivel mundial, respetando la dignidad de cada nación pero sin depender de autorizaciones políticas previas y actuando bajo la égida del principio de imparcialidad.

Es esta dimensión jurídica la que plantea las cuestiones de orden constitucional que aborda la Corte en la presente sentencia, las cuales se refieren a los elementos medulares de la Constitución puesto que conciernen a la soberanía, a la estructura de poder y a las relaciones entre órganos, así como a la garantía de los derechos.

[...] 4. Contenido material del Estatuto de Roma incorporado en la Ley 742 de 2002. Análisis relativo a la armonización y a la delimitación de sus alcances [...]

Parte I: del Establecimiento de la Corte Penal Internacional como órgano vinculado a las Naciones Unidas y de carácter complementario [...]

4.1.2.1.2 La aceptación de limitaciones al principio de soberanía para el cumplimiento de los fines de la lucha contra la impunidad y la efectividad de los derechos humanos y del derecho internacional humanitario, son compatibles con la Carta Política

El contenido y los límites del principio de soberanía han ido evolucionando a la par del desarrollo de las relaciones internacionales y de las necesidades de la comunidad internacional y han llevado a una redefinición del concepto original de soberanía absoluta, sin que ello implique menoscabo de este principio fundamental del derecho internacional. No obstante esta evolución, el principio de la soberanía continúa siendo un pilar del derecho internacional.

Como resultado de la creciente interacción e interdependencia entre Estados y de la constatación de desafíos globales que interesan a toda la humanidad, surgieron límites a la concepción absoluta de soberanía, justificados por la necesidad de preservar la coexistencia pacífica entre sujetos iguales de derecho internacional, así como el reconocimiento de otros límites adicionales a la soberanía, fundados en la necesidad de respetar valores protegidos por el derecho internacional y asociados a la dignidad del ser humano, a la paz mundial, a la democracia y a la conservación de la especie humana.

A pesar de esa evolución, se mantienen constantes tres elementos de la soberanía: (i) el entendimiento de la soberanía como independencia,⁷⁷ en especial frente a Estados con pretensiones hegemónicas; (ii) la aceptación de que adquirir obligaciones internacionales no

compromete la soberanía,⁷⁸ así como el reconocimiento de que no se puede invocar la soberanía para retractarse de obligaciones válidamente adquiridas;⁷⁹ y (iii) la reafirmación del principio de inmediación según el cual el ejercicio de la soberanía del Estado está sometido, sin intermediación del poder de otro Estado, al derecho internacional.⁸⁰

Así entendida, la soberanía en sentido jurídico confiere derechos y obligaciones a los Estados, quienes gozan de autonomía e independencia para la regulación de sus asuntos internos,⁸¹ y pueden aceptar libremente, sin imposiciones foráneas, en su condición de sujetos iguales de la comunidad internacional, obligaciones orientadas a la convivencia pacífica y al fortalecimiento de relaciones de cooperación y ayuda mutua.⁸² En ocasiones ello puede requerir la

⁷⁷ Corte Permanente de Arbitraje, Caso de la Isla Palmas, 1928, Estados Unidos y Países Bajos, publicado en *Reports of International Arbitral Awards*, Vol. 2, p. 829. En este caso se dijo que la soberanía en las relaciones internacionales debía entenderse como independencia para ejercer sobre un determinado territorio y habitantes las funciones de un Estado.

⁷⁸ Corte Permanente Internacional de Justicia, 1923, Caso Wimbledon, *World Court Reports*, Serie A, No. I.

⁷⁹ Sentencia Arbitral, Cámara de Comercio Internacional, 30 de abril de 1982, caso Framatome contra Atomic Energy Organisation, J.D.I., 1984, pp. 58 y ss.

⁸⁰ Ver entre otros Nguyen Quoc Dinh, *Droit International Public*, Librairie Générale de Droit et de Jurisprudence, París 1994, p. 410; Ian Brownlie, *Principles of Public International Law*, Fourth Edition, Clarendon Press, 1990, pp. 107 y ss.; Alfred Verdross, *Derecho Internacional Público*, Biblioteca Jurídica Aguilar, 1982, pp. 174 y ss.; Louis Henkin, *International Law. Cases and Materials*, Third Edition, West Publishing Co. St. Paul, Minneapolis, 1993, pp. 13 y ss.

⁸¹ Reportes de la Corte Internacional de Justicia, 1986, caso relativo a las actividades militares y paramilitares en y contra Nicaragua, Nicaragua vs Estados Unidos de América, fallo del 27 de junio de 1986, párrafos 202 a 209. La Corte definió como asuntos internos aquéllos frente a los cuales el Estado goza de autonomía para decidir sin injerencia externa, tales como su organización política, económica, social, cultural y jurídica, así como la definición de su política internacional.

aceptación de la competencia de organismos internacionales sobre algunos asuntos de competencia nacional, o la cesión de algunas competencias nacionales a instancias supranacionales. De conformidad con la jurisprudencia de esta Corte, tal posibilidad es compatible con nuestro ordenamiento constitucional,⁸³ siempre que tal limitación a la soberanía no suponga una cesión total de las competencias nacionales.

Según lo que establece el Estatuto de Roma, la soberanía de los Estados es limitada de varias formas. En primer lugar, porque es la Corte Penal Internacional –y no cada Estado Parte– quien decide cuándo un Estado no está dispuesto o no ha sido capaz de ejercer su jurisdicción. En segundo lugar, porque el análisis de la existencia de una causal de incapacidad o de indisposición de un Estado, supone que la Corte examinará las condiciones bajo las cuales el Estado ha ejercido o ejerce su jurisdicción. En tercer lugar, porque el ejercicio de las competencias soberanas de los Estados para definir las san-

⁸² Reportes de la Corte Internacional de Justicia, 1949. Caso Estrecho de Corfú, Reino Unido vs. Albania.

⁸³ Ver, por ejemplo, las sentencias C-088/93, M.P. Ciro Angarita Barón, que declaró la constitucionalidad de la Ley 11 de 1992, mediante la cual se incorporó al ordenamiento interno el Protocolo I Adicional a los Convenios de Ginebra de 1949; C-225/95, M.P. Alejandro Martínez Caballero, que declaró ajustado a nuestra Carta el Protocolo II Adicional a los Convenios de Ginebra de 1949, incorporado a nuestro ordenamiento mediante la Ley 171 de 1994; C-331/96, M.P. Eduardo Cifuentes Muñoz, que declaró la constitucionalidad de la Ley 216 de 1995, mediante la cual se aprobaba el Convenio Constitutivo de la Asociación de Estados del Caribe; C-231/97, M.P. Eduardo Cifuentes Muñoz, que declaró la constitucionalidad de la Ley 323 de 1996 “Por medio de la cual se aprueba el ‘Protocolo modificador del Acuerdo de Integración Subregional Andino’ (Acuerdo de Cartagena), suscrito en Trujillo, Perú, el 10 de marzo de 1996”; C-137/95, M.P. Jorge Arango Mejía, que declaró la constitucionalidad de la Ley 170 de diciembre 15 de 1994, “Por medio de la cual se aprueba el acuerdo por el cual se establece la Organización Mundial de Comercio (OMC), suscrito en Marrakech (Marruecos) el 15 de abril de 1994, sus acuerdos multilaterales anexos y el Acuerdo Plurilateral anexo sobre la carne de Bovino.”

ciones y procedimientos penales de graves violaciones a los derechos humanos tales como el genocidio, los crímenes de lesa humanidad o los crímenes de guerra, deberá hacerse de tal forma que resulte compatible con el derecho internacional de los derechos humanos, el derecho internacional humanitario y con los fines de lucha contra la impunidad que resalta el Estatuto de Roma. En cuarto lugar, porque cuando la Corte Penal Internacional admite un asunto, la jurisdicción nacional pierde competencia sobre el mismo. Por lo anterior, es necesario examinar dichas limitaciones.

En primer lugar, destaca la Corte que la autonomía para el ejercicio de la jurisdicción de la Corte Penal Internacional no es absoluta. El Estatuto establece no sólo que dicho ejercicio se hará en las condiciones extraordinarias enumeradas en los artículos 17 y 20 del Estatuto, sino que además, si decide hacerlo, los Estados podrán impugnar dicho ejercicio (artículo 18), si la decisión de la Corte Penal Internacional no se encuentra dentro de las circunstancias autorizadas en los artículos 17 y 20 y apelar ante la Sala de Cuestiones Preliminares las decisiones que sobre el ejercicio de su competencia tome la Corte Penal o el Fiscal.

En efecto, cuando se trate de situaciones que estén bajo una de las cuatro categorías de crímenes de competencia de la Corte (artículo 5 ER) tanto el artículo 17 como el artículo 20 señalan de manera expresa cuatro distintas situaciones bajo las cuales la Corte Penal Internacional puede ejercer su jurisdicción:

i) Si la situación particular está siendo investigada o juzgada, o aún no se ha iniciado el procedimiento interno por parte del Estado que tiene jurisdicción sobre el mismo, y la Corte constata que existe *indisposición* del Estado para investigar o juzgar (artículo 17.1 ER);

ii) Si la situación particular está siendo investigada o juzgada, o aún no se ha iniciado el procedimiento interno por parte del Estado que tiene jurisdicción sobre el mismo, y la Corte constata que existe *incapacidad* del Estado para investigar o juzgar por un colapso total o sustancial de su administración nacional de justicia (artículo 17.3 ER);

iii) Cuando la situación ya ha sido investigada y decidida por el Estado que tiene jurisdicción, pero el procedimiento interno se hubiere llevado a cabo con el *propósito de sustraer* a la persona de su responsabilidad penal (artículo 20.3, literal a) ER);

iv) Cuando la situación ya ha sido investigada y decidida por el Estado que tiene jurisdicción, pero el procedimiento interno no hubiere sido instruido en forma independiente o imparcial de conformidad con las debidas garantías procesales reconocidas por el derecho internacional o lo hubiere sido de forma incompatible con la intención de someter a la persona a la acción de la justicia (artículo 20.3, literal b) ER).

El Estatuto reconoce a los Estados el derecho a impugnar las decisiones de la Corte Penal Internacional que determinen la ocurrencia de alguna de las cuatro situaciones descritas, con lo cual se evita el ejercicio arbitrario de su competencia. Estas cuatro situaciones se analizan en detalle en las secciones 4.3.2.1.4, 4.3.2.1.5 y 4.3.2.1.6 de esta sentencia.

En segundo lugar, el reconocimiento de la competencia de la Corte Penal Internacional, no constituye una sustitución de la jurisdicción del Estado para el juzgamiento del genocidio, de crímenes de guerra, de crímenes de lesa humanidad, o del crimen de agresión, sea que tales hechos ocurran en nuestro territorio o los responsables se encuentren en él después de haberlos cometido en otro territorio, como quiera que la Corte ejercerá su jurisdicción, si y sólo si se presenta alguna de las cuatro situaciones enumeradas anteriormente.⁸⁴

⁸⁴ Aun cuando el Estatuto de Roma no establece explícitamente la obligación de enjuiciar a individuos por los crímenes enumerados en el Estatuto, tal obligación ya había sido reconocida para algunos de los delitos enumerados en el Estatuto de Roma, en otros tratados de los que es parte Colombia. Por ejemplo, en el IV Convenio de Ginebra de 1949, los Estados Partes se comprometen a crear cualquier legislación necesaria que provea las sanciones penales efectivas para aquellas personas que cometan graves violaciones contra la Convención. Según el artículo 5 de la Convención sobre el Genocidio, los Estados Partes se obligaron a legislar para darle eficacia a las disposiciones de

En ausencia de tales circunstancias, la Corte Penal Internacional debe respetar la jurisdicción interna de los Estados e inadmitir el caso de que se trate.

El Estatuto de Roma establece un principio general de ejercicio autónomo y primigenio de las jurisdicciones nacionales para el juzgamiento de los crímenes definidos en la Parte II del mismo, con lo cual se reafirma la soberanía de los Estados Partes para el ejercicio de competencias judiciales en su territorio. Pero autoriza un ejercicio complementario de la competencia de la Corte Penal Internacional para la investigación y el juzgamiento de tales crímenes en el evento en que los Estados no puedan o no quieran hacerlo.

En tercer lugar, si bien es cierto que los Estados son soberanos para definir las sanciones y procedimientos penales internos que resulten más adecuados para impedir la impunidad frente a crímenes tales como el genocidio, los crímenes de lesa humanidad o los crímenes de guerra, existe un consenso internacional en torno a que tal regulación debe hacerse de manera compatible con el deber de protección de los derechos humanos y de respeto al derecho internacional humanitario y, por lo tanto, las limitaciones a la soberanía en estas materias han sido aceptadas por los Estados como parte de su compromiso de garantizar la efectividad de tales derechos. El Estatuto de Roma reitera ese compromiso y reafirma el consenso internacional en la materia. El estándar de protección que recoge el Estatuto de Roma no es distinto de otros compromisos internacionales en la materia, pero sí más efectivo, por cuanto recoge un anhelo de la comunidad internacional de garantizar que no exista impunidad frente a los crímenes más atroces.

En cuarto lugar, un punto adicional relacionado con el ejercicio soberano de las jurisdicciones nacionales debe ser analizado aquí. De conformidad con el principio de complementariedad, cuando la Corte Penal Internacional admite un asunto y ejerce su jurisdicción sobre nacionales de un Estado que delinquieron en el territorio de

la Convención y establecer penas efectivas para aquellos culpables de genocidio. ICISS. *The Responsibility to Protect*, IDRC, Ottawa, 2001.

dicho Estado, la justicia penal nacional correspondiente ya no puede juzgar dicho asunto (artículo 20 ER). Cabe preguntarse si ello constituye una violación de la soberanía del Estado colombiano. La Corte estima que no, por las siguientes razones.

La primera, y fundamental, es que la soberanía de un Estado existe para proteger a los habitantes que residen en su territorio, no para amparar a quienes han violado los derechos humanos o desconocido los mínimos establecidos en el derecho internacional humanitario ni, mucho menos, para servir de muralla infranqueable para quienes desean convertir un determinado territorio en un escondite para gozar de impunidad.

La razón primigenia de un Estado constitucional y democrático es cumplir el deber fundamental de proteger a todos sus residentes en su vida, honra, bienes, creencias y demás derechos y libertades (artículo 2 inciso 2, CP). Este deber fundamental sintetiza la esencia del contrato político mediante el cual los ciudadanos de una república aceptan obedecer a una autoridad democráticamente instituida, conformada, ejercida y controlada, a cambio de que ésta les brinde protección efectiva contra diversas amenazas de distinto origen, dentro de las cuales se destacan las amenazas provenientes de toda forma de violencia, incluidas las que se manifiestan por el ejercicio arbitrario del monopolio de la fuerza confiado al Estado y la practicada por grupos armados irregulares.

Si bien en todas las sociedades hay manifestaciones de violencia que quedan impunes, los pueblos han llegado gradualmente a un consenso para definir el grado de violencia cuya impunidad no puede ser tolerada porque ello destruiría las bases de la convivencia pacífica de seres igualmente dignos. Cuando se rebase dicho umbral, los autores de atrocidades contra los derechos humanos de sus congéneres, sin importar la nacionalidad de unos u otros, su poder o vulnerabilidad, ni su jerarquía o investidura, deben ser juzgados y sancionados penalmente como una concreción del deber de protección que tiene todo Estado. Cuando ese deber se viola, no por cualquier razón, sino por la circunstancia extrema y evidente de que un Estado no está dispuesto a cumplir ese deber o carece de la capaci-

dad institucional para cumplirlo, la comunidad internacional decidió que las víctimas de esas atrocidades debían ser protegidas por vías institucionales y pacíficas de carácter judicial, mediante una Corte Penal Internacional.

La indisposición y la incapacidad de un Estado para cumplir el deber fundamental de protección de quienes residen en su territorio es lo que permite que la Corte Penal Internacional admita un caso. Una vez ésta lo ha hecho, y se ha decidido negativamente la impugnación de la admisión cuando el Estado la ha recurrido, de conformidad con el procedimiento establecido en el Estatuto, la garantía de los derechos de las personas –tanto del sindicado que podría ser sumariamente juzgado por el Estado para demostrar eficacia como de las víctimas que podrían asistir a un proceso penal menos riguroso– y la seguridad jurídica justifican que la “situación” sea del conocimiento de la Corte Penal Internacional.

Por ello, las limitaciones a la soberanía enunciadas están en consonancia con los fines de protección y garantía a los derechos humanos y de respeto al derecho internacional humanitario y representan un desarrollo del artículo 9 de la Constitución.

Analizadas estas cuestiones generales, pasa la Corte a estudiar aspectos específicos de la forma como el Estatuto ha regulado el ejercicio de la competencia complementaria.

[...]

4.1.2.1.7. Otros factores a considerar: amnistías, indultos y perdones judiciales

Las amnistías, los indultos y los perdones judiciales no están específicamente mencionados en el Estatuto, como sí lo están en la Constitución para los delitos políticos, lo que hace necesario que la corte constitucional proceda a realizar la armonización respectiva.

Según el artículo 17 del Estatuto, las reglas sobre inadmisibilidad tienen una excepción cuando el Estado no quiere o no puede investigar o juzgar, lo cual plantea la inquietud de cuál es la relación de

dicha norma con la potestad del Estado colombiano de conceder amnistías o indultos “por delitos políticos” en ejercicio de las competencias que le son propias cuando se presenten “graves motivos de conveniencia pública” (artículo 150, numeral 17, CP.). Además, de conformidad con la regla establecida en el artículo 20 del Estatuto, en el evento en que un Estado haya otorgado una amnistía, un indulto, un perdón judicial, o cualquier otro beneficio penal, en un proceso adelantado por la jurisdicción nacional, a favor de una persona cuya responsabilidad penal vaya a ser examinada por la Corte Penal Internacional, ésta no la procesará de nuevo, a menos que los procedimientos internos hayan tenido como propósito el sustraer a la persona de la justicia. Siendo así, es preciso interpretar tanto el Estatuto como la Constitución para armonizarlos y delimitar el ámbito de cada uno.

En primer lugar, la Corte constata que la paz ocupa un lugar principalísimo en el orden de valores protegidos por la Constitución. Dentro del espíritu de que la Carta Política tuviera la vocación de ser un tratado de paz, la Asamblea Constituyente protegió el valor de la paz de diferentes maneras en varias disposiciones. Por ejemplo, en el Preámbulo la paz figura como un fin que orientó al constituyente en la elaboración de toda la Constitución. En el artículo 2 dicho propósito nacional cardinal se concreta en un fin esencial del Estado consistente en “asegurar la convivencia pacífica y la vigencia de un orden justo”. Además, el artículo 22 va más lejos al establecer que “la paz es un derecho y un deber de obligatorio cumplimiento”. Dentro de los múltiples instrumentos para facilitar el logro de la paz, la Constitución reguló procedimientos de resolución institucional de los conflictos y de protección efectiva de los derechos fundamentales, como la acción de tutela (artículo 86 CP). Además, sin circunscribirse a un proceso de paz, la Constitución permite que “por graves motivos de conveniencia pública” se concedan amnistías o indultos por delitos políticos y estableció requisitos claros para que ello se ajuste a la Carta, dentro de los cuales se destacan que (i) el órgano que los concede sea el Congreso de la República donde concurren las diversas fuerzas políticas que representan

a la Nación, (ii) que la decisión correspondiente sea adoptada por una mayoría calificada de los dos tercios de los votos de los miembros de una y otra cámara, (iii) que los delitos objeto de estos beneficios pertenezcan a la categoría de “delitos políticos” y (iv) que en caso de que los favorecidos fueren eximidos de la responsabilidad civil respecto de particulares, “el Estado quedará obligado a las indemnizaciones a que hubiere lugar” (artículo 150, numeral 17, CP). Además, corresponde al gobierno en relación con la rama judicial conceder los indultos por delitos políticos, con arreglo a la ley e informar al Congreso sobre el ejercicio de esta facultad (artículo 201, numeral 2, CP).

La Corte encuentra que el Estatuto no pretende restringir las potestades de los Estados ejercidas con el propósito de alcanzar los fines del Estatuto, en especial, impedir que continúen las violaciones al derecho internacional humanitario. De ahí que el artículo 10 del Estatuto advierta que “nada de lo dispuesto en la presente parte se interpretará en el sentido de que limite o menoscabe de alguna manera las normas existentes o en desarrollo de derecho internacional para fines distintos del presente Estatuto”.⁸⁵

En segundo lugar, la Corte destaca que las amnistías dictadas con el fin de consolidar la paz han sido consideradas como instrumentos compatibles con el respeto al derecho internacional humanitario. Así lo señala, por ejemplo, el artículo 6.5 del Protocolo II Adicional a los Convenios de Ginebra de 1949:

⁸⁵ Este principio general se concreta respecto de las penas en el artículo 80 del Estatuto que dice:

“Artículo 80. *El Estatuto, la aplicación de penas por los países y la legislación nacional.* Nada de lo dispuesto en la presente parte se entenderá en perjuicio de la aplicación por los Estados de las penas prescritas por su legislación nacional ni de la legislación de los Estados en que no existan las penas prescritas en la presente parte”.

Artículo 6. Diligencias Penales. (...)

5. A la cesación de hostilidades, las autoridades en el poder procurarán conceder la amnistía más amplia posible a las personas que hayan tomado parte en el conflicto armado o que se encuentren privadas de la libertad, internadas o detenidas por motivos relacionados con el conflicto armado.

No obstante lo anterior, y con el fin de hacer compatible la paz con la efectividad de los derechos humanos y el respeto al derecho internacional humanitario, el derecho internacional ha considerado que los instrumentos internos que utilicen los Estados para lograr la reconciliación deben garantizar a las víctimas y perjudicados de una conducta criminal, la posibilidad de acceder a la justicia para conocer la verdad sobre lo ocurrido y obtener una protección judicial efectiva.⁸⁶ Por ello, el Estatuto de Roma, al recoger el consenso internacional en la materia, no impide conceder amnistías que cumplan con estos requisitos mínimos, pero sí las que son producto de decisiones que no ofrezcan acceso efectivo a la justicia.

Figuras como las leyes de punto final que impiden el acceso a la justicia, las amnistías en blanco para cualquier delito, las autoamnistías (es decir, los beneficios penales que los detentadores legítimos o ilegítimos del poder se conceden a sí mismos y a quienes fueron cómplices de los delitos cometidos), o cualquiera otra modalidad que tenga como propósito impedir a las víctimas un recurso judicial

⁸⁶ Ver Organización de Naciones Unidas. Subcomisión para la Prevención de la Discriminación y la Protección de las Minorías. Sobre la Impunidad de Perpetradores de Violaciones a los Derechos Humanos. Relator Especial Louis Joinet, UN Doc. E/CP.4/Sub.2/1993/6, 19 de julio de 1993, revisado por E/CP.4/Sub.2/1994/11 y E/CP.4/Sub.2/1996/18 (Informe Final). Ver también, Beth Stephens, "Conceptualizing Violence: Present and Future developments in International Law: Panel 1: Human Rights and Civil Wrongs at Home and Abroad: Old Problems and New Paradigms: Do Tort Remedies Fit the Crime?", en *60 Albany Law Review* 579, 1997.

efectivo para hacer valer sus derechos, se han considerado violatorias del deber internacional de los Estados de proveer recursos judiciales para la protección de los derechos humanos,⁸⁷ consagrados en instrumentos como, por ejemplo, la Declaración Americana de Derechos del Hombre,⁸⁸ la Declaración Universal de Derechos Humanos,⁸⁹ la Convención Americana de Derechos Humanos⁹⁰ y la “Declaración sobre los principios fundamentales de justicia para las víctimas de delitos y del abuso de poder.”⁹¹

⁸⁷ Así lo ha señalado la Corte Interamericana de Derechos Humanos al afirmar que “(...) la inexistencia de un recurso efectivo contra las violaciones a 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 a los derechos humanos y proveer lo necesario para remediarla.” (Énfasis agregado.) Corte Interamericana de Derechos Humanos, 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, Serie A, No. 9, párr. 24.

⁸⁸ *Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre*, OAS Res. XXX, aprobada en la Novena Conferencia Internacional Americana (1948), reimprimido en Documentos Básicos Concernientes a los Derechos Humanos en el Sistema Interamericano, OEA/Ser.L.V/IL82 doc.6 rev.1 p. 17 (1992). “Artículo XVIII. Derecho de justicia. Toda persona puede ocurrir a los tribunales para hacer valer sus derechos. Asimismo debe disponer de un procedimiento sencillo y breve por el cual la justicia lo ampare contra actos de la autoridad que violen, en perjuicio suyo, alguno de los derechos fundamentales consagrados constitucionalmente”.

⁸⁹ *Declaración Universal de Derechos Humanos*, A.G. res. 217 A (III), ONU Doc. A/810 p. 71 (1948). “Artículo 8. Toda persona tiene derecho a un recurso efectivo, ante los tribunales nacionales competentes, que la ampare contra actos que violen sus derechos fundamentales reconocidos por la constitución o por la ley”.

⁹⁰ *Convención Americana de Derechos Humanos*, Serie sobre Tratados, OEA, No. 36, 1144, Serie sobre Tratados de la ONU, 123 entrada en vigor 18 de julio de

1978, reimprimido en Documentos Básicos Concernientes a los Derechos Humanos en el Sistema Interamericano, OEA/Ser.L.V/II.82 doc.6.rev.1 p. 25 (1992). “Artículo 25. Protección Judicial. 1. Toda persona tiene derecho a un recurso sencillo y rápido o a cualquier otro recurso efectivo ante los jueces o tribunales competentes, que la ampare contra actos que violen sus derechos fundamentales reconocidos por la Constitución, la ley o la presente Convención, aun cuando tal violación sea cometida por personas que actúen en ejercicio de sus funciones oficiales. 2. Los Estados partes se comprometen: a) A garantizar que la autoridad competente prevista por el sistema legal del Estado decidirá sobre los derechos de toda persona que interponga tal recurso; b) A desarrollar las posibilidades de recurso judicial, y c) A garantizar el cumplimiento, por las autoridades competentes, de toda decisión en que se haya estimado procedente el recurso.”

⁹¹ *Declaración sobre los principios fundamentales de justicia para las víctimas de delitos y del abuso de poder*, adoptada por la Asamblea General en su resolución 40/34, de 29 de noviembre de 1985. Acceso a la justicia y trato justo. “4. Las víctimas serán tratadas con compasión y respeto por su dignidad. Tendrán derecho al acceso a los mecanismos de la justicia y a una pronta reparación del daño que hayan sufrido, según lo dispuesto en la legislación nacional. 5. Se establecerá y reforzarán, cuando sea necesario, mecanismos judiciales y administrativos que permitan a las víctimas obtener reparación mediante procedimientos oficiales u oficiosos que sean expeditos, justos, poco costosos y accesibles. Se informará a las víctimas de sus derechos para obtener reparación mediante esos mecanismos. 6. Se facilitará la adecuación de los procedimientos judiciales y administrativos a las necesidades de las víctimas: a) Informando a las víctimas de su papel y del alcance, el desarrollo cronológico y la marcha de las actuaciones, así como de la decisión de sus causas, especialmente cuando se trate de delitos graves y cuando hayan solicitado esa información; b) Permitiendo que las opiniones y preocupaciones de las víctimas sean presentadas y examinadas en etapas apropiadas de las actuaciones siempre que estén en juego sus intereses, sin perjuicio del acusado y de acuerdo con el sistema nacional de justicia penal correspondiente; c) Prestando asistencia apropiada a las víctimas durante todo el proceso judicial; d) Adoptando medidas para minimizar las molestias causadas a las víctimas, proteger su intimidad, en caso necesario, y garantizar su seguridad, así como la de sus familiares y la de los testigos en su favor, contra todo acto de intimidación y represalia; e) Evitando demoras innecesarias en la resolución de las causas y en la ejecución de los mandamientos o decretos que concedan indemnizaciones a las víctimas. 7. Se utilizarán, cuando proceda, mecanismos oficiosos para la solución de controversias, incluidos la mediación, el arbitraje y las

Adicionalmente, el derecho internacional ha reconocido la inderogabilidad de normas de *ius cogens*⁹², lo cual resulta sin duda relevante en el análisis de esta cuestión.⁹³ En este sentido, el derecho internacional ha penalizado los crímenes más graves de trascendencia para la comunidad internacional en su conjunto.⁹⁴ Sin desconocer el derecho internacional, Colombia ha concedido amnistías e indultos específicamente por delitos políticos.⁹⁵

Entonces, los principios y normas de derecho internacional aceptados por Colombia (artículo 9 CP), el Estatuto de Roma, y nuestro

prácticas de justicia consuetudinaria o autóctonas, a fin de facilitar la conciliación y la reparación en favor de las víctimas.”

⁹² Sobre reconocimiento de la prohibición de genocidio como norma de *ius cogens* ver: Corte Internacional de Justicia, Opinión Consultiva del 28 de mayo de 1951. Asunto de las reservas a la Convención sobre la Prevención y el Castigo del crimen de Genocidio; Corte Internacional de Justicia, sentencia del 11 de julio de 1996, Asunto de la aplicación de la Convención para la Prevención y el Castigo del Crimen de Genocidio (Bosnia-Herzegovina c/ Yugoslavia).

⁹³ Kristin Henrard, “The Viability of National Amnesties in View of The Increasing Recognition of Individual Criminal Responsibility at International Law”, en 8 *Michigan State University-DCL Journal of International Law*, pp. 595 y ss. Geoffrey Robertson, *Crimes Against Humanity. The Struggle for Global Justice*, *op. cit.*; Ratner y Abrams, *Accountability for Human Rights Atrocities in International Law. Beyond the Nüremberg Legacy*, *op. cit.*; Special Rapporteur Louis Joinet, Preliminary Report: Study on Amnesty Laws and their Role in the Safeguard and Promotion of Human Rights, UN Commission on Human Rights, UN Doc. E/CP.4/Sub.2/1985/16 (1985); Naomi Roht-Arriaza, “Special Problems of a Duty to Prosecute: Derogation, Amnesties, Statutes of Limitation and Superior Orders”, in *Impunity and Human Rights in International Law and Practice* 57, 63-64 (Naomi Roht-Arriaza ed., 1995).

⁹⁴ Lo anterior inspiró el artículo 5 del Estatuto de Roma.

⁹⁵ Ver por ejemplo, las siguientes disposiciones: Ley 35 de 1982, reguló la amnistía y otras disposiciones para restablecer la paz; Ley 49 de 1985, que otorgó facultades especiales al Presidente para conceder indultos; la Ley 77 de 1989 que reguló el procedimiento para dar Indulto; los Decretos 206 de 1990 y 213 de 1991, mediante los cuales se adoptaron medidas para el restablecimiento del orden público, incluida la regulación de la figura de extinción de la acción penal para facilitar la reincorporación de Miembros del EPL, el PRT

ordenamiento constitucional, que sólo permite la amnistía o el indulto para delitos políticos y con el pago de las indemnizaciones a que hubiere lugar (artículo 150, numeral 17 de la CP), no admiten el otorgamiento de autoamnistías, amnistías en blanco, leyes de punto final o cualquiera otra modalidad que impida a las víctimas el ejercicio de un recurso judicial efectivo como lo ha subrayado la Corte Interamericana de Derechos Humanos.⁹⁶

Dentro de estos parámetros, en el Estatuto de Roma han quedado a salvo los esfuerzos genuinos dirigidos a establecer la verdad de los hechos, la responsabilidad penal de los implicados, así como la reparación a las víctimas y perjudicados. En primer lugar, en tales eventos no es claro que se presente la indisposición del Estado a investigar o enjuiciar que señala el artículo 17.1, literal a) del Estatuto. En segundo lugar, un proceso interno para consolidar la paz, en el cual no se prive a las víctimas del derecho a acceder a la justicia, proporciona un elemento de juicio importante de que no obran razones de peso para creer que una investigación adicional de la Corte

y el Quintín Lame; el Decreto 1943 de 1991, a través del cual se adoptaron medidas sobre Indulto y Amnistía; el Decreto 1059 del 26 de 1994, con el cual se dictaron normas encaminadas a facilitar la incorporación de milicias populares con carácter político; el Decreto 1387 de 1994, dirigido a facilitar la reincorporación de los miembros del Frente Francisco Garnica vinculados al proceso de paz; la Ley 104 de 1993, cuyos artículos 48 a 60 regulan la posibilidad de otorgar beneficios judiciales para facilitar la reinserción. En la Constitución Política, el artículo transitorio 30 autorizó al gobierno a conceder indultos o amnistías por delitos políticos y conexos, cometidos con anterioridad a la promulgación de la Constitución de 1991.

⁹⁶ La Corte Interamericana de Derechos Humanos ha señalado las condiciones para que una amnistía sea compatible con los compromisos adquiridos por los Estados Partes en la Convención Americana de Derechos Humanos. Por ejemplo, en el caso Barrios Altos (Chumbipuma Aguirre y otros vs. Perú), sentencia de 14 de marzo de 2001 la Corte Interamericana decidió que las leyes de amnistía peruanas eran contrarias a la Convención y que el Estado era responsable por violar el derecho de las víctimas a conocer la verdad sobre los hechos y obtener justicia en cada caso en el contexto nacional.

Penal Internacional redundaría en interés de la justicia.⁹⁷ En tercer lugar, la existencia de tales procedimientos judiciales internos, a la vez que reafirma la jurisdicción nacional sobre sus asuntos, es un criterio para que la Corte Penal Internacional aprecie si se cumple el presupuesto procesal señalado en el artículo 17.1, literal d) del Estatuto, como quiera que los procedimientos internos han sido suficientes.⁹⁸

Por lo anterior, sin adelantar juicio alguno sobre eventuales leyes de amnistía o indulto, no encuentra la Corte que la ratificación del Estatuto de Roma pueda implicar un obstáculo para futuros procesos de paz y de reconciliación nacional en donde se consideren medidas como los indultos y las amnistías con sujeción a los parámetros establecidos en la constitución y en los principios y normas de derecho internacional aceptados por Colombia.[...]

*Parte II: de la competencia, la admisibilidad
y el derecho aplicable*

[...] 4.1.3. *Cuestiones generales*

4.1.3.1. **Los crímenes de competencia de la
Corte Penal Internacional**

En cuanto a la competencia *ratione materiae* de la Corte Penal Internacional, el artículo 5.1. del Estatuto de Roma establece que ésta tendrá jurisdicción sobre crímenes de genocidio, de lesa humanidad, de guerra y el crimen de agresión. Son cuatro categorías que se

⁹⁷ Ver Michael Scharf, "The Amnesty Exception to the Jurisdiction of the International Criminal Court, 1999", 32 *Cornell International Law Journal*, p. 507.

⁹⁸ Schabas, *Introduction to the International Criminal Court*, *op. cit.*, p. 70. Allí se cita el ejemplo del caso de William Calley ocurrido a principios de la década de los años 70. Calley fue condenado a prisión perpetua por crímenes de guerra

desarrollan en los artículos siguientes y recogen el consenso internacional en torno a los crímenes internacionales más graves.

Como se mencionó en la sección 2.2. de esta sentencia, los crímenes sobre los que tendrá competencia la Corte Penal Internacional, parten de aquellos que sirvieron de fundamento de las condenas en el Tribunal de Nüremberg, pero su contenido y alcance se ha ampliado y complementado. Tales conductas encajan en las definiciones desarrolladas hasta ahora en el derecho penal internacional en materia de crímenes internacionales, las cuales se encuentran plasmadas en tratados y en normas consuetudinarias o han sido recogidas por la jurisprudencia de los Tribunales Internacionales para Yugoslavia y Ruanda. El Estatuto también precisa varios conceptos relacionados con la definición de las conductas y extiende el espectro de algunos de ellos.

No obstante este avance, varios elementos de los crímenes de competencia de la Corte requieren una mayor precisión. Por esa razón, el artículo 9 prevé la adopción de un instrumento denominado Elementos de los Crímenes, el cual contribuirá a precisar la estructura de cada conducta y delimitará su interpretación. Con el fin de evitar conflictos sobre el alcance de cada uno de los crímenes y las diferentes formas de su tipificación en el derecho penal interno de los Estados, o de su concepción y evolución posterior en el derecho internacional (artículo 10 ER), la definición que prevalecerá para efectos de definición de la competencia y admisibilidad de un caso ante la Corte es la que trae el Estatuto de Roma, junto con los Elementos de los Crímenes que adopte la Asamblea General de Estados Partes.

La enumeración de los crímenes del artículo 5 del Estatuto de Roma y que determinan la competencia *ratione materiae* de la Corte

ocurridos durante la masacre de My Lai en Vietnam, y luego de cumplir una parte de su condena, obtuvo el perdón presidencial. No se podría en un evento como el citado afirmar que el procedimiento interno refleja una falta de disposición del Estado, ni que éste se hizo con el fin de eludir la justicia, ni que la situación es lo suficientemente grave para justificar su intervención o que ella sea necesaria para garantizar los intereses de la justicia.

Penal Internacional, está en armonía con lo previsto en nuestro ordenamiento constitucional para estas materias, en tanto que reafirma la inviolabilidad del derecho a la vida (artículo 11 CP), garantiza la igualdad de las personas (artículo 13 CP), el derecho a la paz (artículo 22 CP), la dignidad humana (artículo 12 CP) y confirma el rechazo a la tortura, a la desaparición forzada (artículo 12 CP), a la esclavitud y a la servidumbre y a la trata de seres humanos en todas sus formas (artículo 17 CP).

Un asunto que será tratado de manera especial en esta sección, es la aparente imprecisión de algunas de las descripciones de los crímenes que hacen los artículos 6 y 8 –las expresiones “otros motivos universalmente reconocidos como inaceptables con arreglo al derecho internacional” (artículo 6.1. literal h) ER), y “o cualquier otra forma de violencia sexual de gravedad comparable” (artículo 6.1. literal g) ER), así como los literales b) ordinal xxii) y e) ordinal vi) del artículo 8.2., por el empleo de la expresiones “o cualquier otra forma de violencia sexual que constituya una infracción grave de los Convenios de Ginebra”– que será analizada con mayor detenimiento en el apartado 4.4.2.2. de esta sentencia.

Pasa esta Corte a analizar las descripciones que hace el Estatuto de cada una de las cuatro categorías de crímenes.

4.1.3.1.1. Genocidio

El artículo 6 del Estatuto de Roma adoptó en su totalidad la definición de genocidio establecida por la Convención para la Prevención y Represión del Genocidio de 1948.⁹⁹ La definición de este crimen se basa en tres elementos:

- 1) Perpetrar actos contra un grupo nacional, étnico, racial o religioso, como tal.

⁹⁹ Convención para la Prevención y Represión del Genocidio de 1948, artículo 2, aprobada como legislación interna por la Ley 28 de 1959.

- 2) Tener la intención de destruir a dicho grupo, en parte o en su totalidad; y
- 3) Cometer uno o más de los siguientes cinco actos respecto de los miembros del grupo:
 - i) Matanza;
 - ii) Lesión grave a la integridad física o mental de los miembros de un grupo;
 - iii) Sometimiento intencional del grupo a condiciones de existencia que hayan de acarrear su destrucción física, total o parcial;
 - iv) Medidas destinadas a impedir nacimientos en el seno de un grupo;
 - v) Traslado por la fuerza de niños del grupo a otro grupo.

De conformidad con el Estatuto de Roma, así como con la Convención contra el Genocidio, este crimen requiere un dolo especial, que lo distingue de otros crímenes contra la humanidad. Deberá demostrarse que la persona actuó con la intención de destruir un grupo “en su totalidad o en parte”, lo cual lleva, por ejemplo, a que un acto aislado de violencia racista no constituya genocidio, por ausencia de ese elemento intencional especial. De otro lado, no es necesario que se logre la destrucción completa del grupo, puesto que lo relevante es la intención de obtener ese resultado. Por la misma razón, tampoco se requiere que se realicen acciones de manera sistemática.

Aun cuando el Estatuto no resuelve el debate doctrinario sobre el número de muertes necesario para que se tipifique el genocidio, debe tenerse en cuenta que el factor numérico tiene relación en realidad con el *dolus specialis* del genocidio, no con su resultado.¹⁰⁰ La intención debe estar dirigida a la eliminación de un grupo de personas. Por otra parte, la definición empleada en el Estatuto de los actos que

¹⁰⁰ Caso Fiscal vs Jlesic, ICTY No. IT-95-01-T, fallo del 14 de diciembre de 1999, para. 100.

constituyen genocidio, señala que no se requiere siquiera el homicidio de una sola persona para se reconozca la existencia de genocidio, ya que actos como el sometimiento intencional del grupo a condiciones de existencia que hayan de acarrear su destrucción física, total o parcial, o la adopción de medidas destinadas a impedir nacimientos en el seno de un grupo, se encuentran dentro de la definición establecida por el derecho penal internacional.¹⁰¹

Este crimen ya fue incorporado a nuestro ordenamiento interno, como quiera que Colombia es parte de la Convención para la Prevención y Castigo del Delito de Genocidio y, además, porque el nuevo Código Penal tipificó expresamente el delito de genocidio¹⁰²

¹⁰¹ Corte Internacional de Justicia, Opinión Consultiva del 28 de mayo de 1951, asunto de las reservas a la Convención sobre la Prevención y el Castigo del Crimen de Genocidio; Corte Internacional de Justicia, sentencia del 11 de julio de 1996, Asunto de la aplicación de la Convención para la Prevención y el Castigo del Crimen de Genocidio (Bosnia-Herzegovina c/ Yugoslavia). Ver, Joseph Kunz, "The United Nations Convention on Genocide", en *American Journal of International Law*, No. 43, 1949, pp. 738 a 746; A. Huet y R. Köering-Joulin, *Droit pénal international*, PUF, París, 1994; L. S. Sunga, *Individual Responsibility in International Law for Serious Human Rights Violations*; Th. Meron, "War Crimes in Yugoslavia and the Development of International Law", *American Journal of International Law*, 1994 pp. 78-87.

¹⁰² La Ley 599 de 2000, tipifica el delito de genocidio e incluye una categoría adicional de "genocidio político", que no se encuentra consagrada en la Convención sobre Genocidio ni en el Estatuto, pero que podría quedar cobijada por el Estatuto bajo el crimen de "persecución de un grupo o colectividad" por motivos políticos, consagrado en el artículo 7.1, literal h. De otro lado, la descripción típica colombiana sí exige "la muerte de sus miembros", lo cual es más restrictivo que la definición internacional. En estas circunstancias se aplica el artículo 10 del Estatuto. La ley 599 de 2000 establece: "Artículo 101. *Genocidio*. El que con el propósito de destruir total o parcialmente un grupo nacional, étnico, racial, religioso o político que actúe dentro del marco de la ley, 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

y esta Corte ya se ha pronunciado sobre su exequibilidad en las sentencias C-177 de 2001¹⁰³ y C-330 de 2001.¹⁰⁴

Por lo anterior, encuentra la Corte que el artículo 6 del Estatuto, reafirma la inviolabilidad del derecho a la vida (artículo 11, CP), protege el pluralismo en sus diferentes manifestaciones (artículo 1 CP), y garantiza el cumplimiento de los compromisos internacionales adquiridos por Colombia (artículo 9, CP) al ratificar la Convención de Genocidio y otros instrumentos internacionales para la protección de los Derechos Humanos,¹⁰⁵ así como de los Convenios de Ginebra de 1949 y sus Protocolos I y II de 1977.

4.1.3.1.1. Crímenes de lesa humanidad

Según el artículo 7, la expresión de crímenes de lesa humanidad se emplea para describir los actos inhumanos que se cometan como parte de un ataque generalizado o sistemático contra una población

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.”

¹⁰³ Corte Constitucional, sentencia C-177/01, M.P. Fabio Morón Díaz, que declaró la exequibilidad del artículo 322 A de la Ley 589 de 2000 que tipifica el delito de genocidio, salvo la expresión “que actúe dentro del marco de la Ley”, que fue declarada inexecutable.

¹⁰⁴ Corte Constitucional, sentencia C-330/01, M.P. Álvaro Tafur Galvis, que declaró que debía estarse a lo resuelto en la sentencia C-177 de 2001, por cuanto el artículo 101 de la Ley 599 de 2000, reproducía materialmente el texto del artículo 322 A de la Ley 589 de 2000, por lo cual existía cosa juzgada material.

¹⁰⁵ Entre otros, el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos (Ley 74 de 1968), la Convención Americana sobre Derechos Humanos (Ley 16 de 1972).

civil, ya sea en tiempo de guerra externo, conflicto armado interno o paz.¹⁰⁶

Bajo esta categoría, el derecho internacional ha incluido el asesinato, el exterminio, la reducción a la esclavitud, la deportación y cualquier otro acto inhumano cometido contra poblaciones civiles, antes o durante la guerra por motivos políticos, raciales o religiosos. La inclusión de estas conductas se hizo por primera vez en el Acuerdo de Londres, mediante el cual se creó el Tribunal Internacional de Nüremberg. Bajo esta categoría el Estatuto del Tribunal de Nüremberg comprendió las conductas atrás mencionadas a condición de que hubieren “sido cometidas a continuación de cualquier crimen que entre en la competencia del Tribunal o en relación con este crimen” (artículo 6, lit. c) del Acuerdo de Londres).¹⁰⁷ Posteriormente este listado de crímenes contra la humanidad fue recogido en el artículo 3 común a los Convenios de Ginebra de 1949.

Aun cuando originalmente el concepto exigía una conexión con la existencia de un conflicto armado y la participación de agentes estatales,¹⁰⁸ hoy en día el derecho penal internacional reconoce que algunas de las conductas incluidas bajo la categoría de crímenes de

¹⁰⁶ Asunto *Fédération National des Déportés et Internés Résistants et Patriotes y Otros v. Barbie*, fallo de la Sala de lo Penal del Tribunal de Casación, del 6 de octubre de 1983 (que resume la decisión del Tribunal de Apelación), en 78 *Intl L. Rep.* 128, caso en el cual Francia juzga crímenes de lesa humanidad cometidos contra judíos, durante la Segunda Guerra Mundial. Dijo entonces el Tribunal de Casación francés: “dada su naturaleza, los crímenes de lesa humanidad por los que se procesa a Barbie no se reducen a ser asunto de la legislación municipal francesa sino que están sujetos a un orden penal internacional al que le son ajenas la noción de frontera y las normas sobre extradición derivadas de la existencia de fronteras.”

¹⁰⁷ Esta definición fue recogida en el artículo 3 común de los Convenios de Ginebra de 1949 y en el artículo 4, del Protocolo II, Adicional a los Convenios de Ginebra de 1949, convertidos en legislación interna por las Leyes 5 de 1960; 11 de 1992 y 171 de 1994. Posteriormente dicha definición fue recogida en la Ley 599 de 2000, Nuevo Código Penal.

¹⁰⁸ Ésta es una de las características del Tribunal Internacional para Yugoslavia, que recogió la definición empleada en el artículo 6 c) del Estatuto del Tribu-

lesa humanidad pueden ocurrir fuera de un conflicto armado y sin la participación estatal.

La definición de crímenes de lesa humanidad que trae el Estatuto difiere de la empleada hasta el momento en el derecho penal internacional en varios aspectos. Por un lado, el Estatuto amplía la definición de crímenes de lesa humanidad para incluir expresamente las ofensas sexuales (distintas a la violación),¹⁰⁹ el *apartheid* y las desapariciones forzadas.¹¹⁰ El Estatuto además aclara que tales crímenes se pueden cometer en tiempos de paz o de conflicto armado y no requieren que se cometan en conexión con otro crimen, salvo que se trate del enjuiciamiento de cualquier grupo o colectividad, la cual ha de estar relacionada con otro acto enumerado en el artículo 7.1, o cualquier otro delito de la competencia de la Corte Penal Internacional.

La definición de crímenes de lesa humanidad del Estatuto de Roma, está compuesta por seis elementos:

1) Ataque generalizado o sistemático.¹¹¹

nal de Nüremberg. Las dificultades para probar la existencia de un conflicto armado fue resuelta finalmente en el caso Fiscal v. Tadic, No. IT-94-1-A, 238-72, ICTY, Sala de Apelaciones, julio 15, 1999, donde el tribunal señaló que bastaba mostrar que existía un enfrentamiento armado, sin necesidad de cualificar si se trataba de un conflicto con o sin carácter internacional.

¹⁰⁹ Esta conducta está incluida en los Estatutos de los Tribunales de Yugoslavia (artículo 5(g)) y Ruanda (artículo 3 (g)), pero no fue incluida en el Estatuto del Tribunal de Nüremberg.

¹¹⁰ Ver Simon Chesterman, "An Altogether Different Order: Defining the Elements of Crimes Against Humanity", *10 Duke Journal of Comparative and International Law*, 2000, pp. 307 y ss.

¹¹¹ El Estatuto utiliza las expresiones "ataque generalizado" para designar "una línea de conducta que implique un alto número de víctimas", y el término "sistemático" para referirse al alto nivel de organización, ya sea mediante la existencia de un plan o una política. Como se emplea el término disyuntivo "o", tales condiciones no son acumulativas, por lo cual el homicidio de un solo civil puede constituir un crimen de lesa humanidad si se cometió dentro de un ataque sistemático. El "carácter sistemático o generalizado del ataque

2) Dirigido contra la población civil.¹¹²

3) Que implique la comisión de actos inhumanos. El Estatuto enumera los actos que podrían constituir crímenes de lesa humanidad dentro del contexto de un ataque:

i) Asesinato¹¹³

ii) Exterminio¹¹⁴

iii) Esclavitud¹¹⁵

iv) Deportación o traslado forzoso de población¹¹⁶

a la población civil” ha sido interpretado por los Tribunales Internacionales Ad Hoc. Por ejemplo, el Tribunal Internacional para Ruanda estableció en el caso Akayesu (sept. 2 de 1998) que: “El concepto de ‘generalizado’ puede ser definido como masivo, frecuente, acción en gran escala, llevada adelante en forma colectiva con seriedad considerable y dirigida contra una multiplicidad de víctimas. El concepto de ‘sistemático’ puede ser definido como bien organizado y siguiendo un plan regular sobre la base de una política concertada que involucre recursos sustanciales públicos y privados”.

¹¹² Esta expresión tiene su origen en la expresión “civiles”, empleada en la definición de crímenes contra la humanidad durante la Segunda Guerra Mundial. Además ha sido recogida en los Protocolos I y II adicionales a los Convenios de Ginebra, para designar a no combatientes y fue incluida por los Estatutos de los Tribunales para Yugoslavia y Ruanda. Sin embargo, como quiera que tanto en el Estatuto de Roma como en el Estatuto para Ruanda no se requiere la existencia de un conflicto armado, es útil recordar la definición empleada en el caso Kayishema No. ICTR-95-1-T de la Cámara de Juzgamiento II (Trial Chamber II) del Tribunal de Ruanda que definió de manera amplia el concepto de población civil: “en el contexto de la situación de la Prefectura de Kibuye, donde no había conflicto armado, la definición de civiles incluye a todas las personas excepto a aquellas que tienen el deber de preservar el orden público y el uso legítimo de la fuerza. Por lo tanto, el concepto no civiles incluiría, por ejemplo, a los miembros de las FAR, del RPF, de la Policía y la Gendarmería Nacional” (traducción no oficial).

¹¹³ El término asesinato es similar al empleado en los Estatutos de los Tribunales para Yugoslavia y para Ruanda. En ambos estatutos se emplea dicho término para referirse a homicidios intencionales y premeditados. El sentido de esa expresión fue discutido en los casos Akayesu No. ICTR-96-4-T y Kayishema No. ICTR-95-1-T, adelantados por el Tribunal para Ruanda, debido a que el término francés empleado en el texto oficial del Estatuto del Tribunal para Ruanda resultaba confuso pues se refería a dos categorías distintas de homi-

- v) Encarcelación u otra privación grave de la libertad física en violación de normas fundamentales de derecho internacional¹¹⁷
- vi) Tortura¹¹⁸
- vii) Violación, esclavitud sexual, prostitución forzada, embarazo forzado, esterilización forzada u otros abusos sexuales de gravedad.¹¹⁹

cidio. En esos eventos, el Tribunal escogió la definición más favorable a los procesados. Ver. Chesterman, *op. cit.*, p. 329.

- ¹¹⁴ Se encuentra prohibida por el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos (Ley 74 de 1968), la Convención Americana sobre Derechos Humanos (Ley 16 de 1972) y el artículo 3 común de los Convenios de Ginebra de 1949 y el artículo 4 del Protocolo II. La definición de este crimen fue estudiada ampliamente por el Tribunal para Ruanda, en los casos Akayesu No. ICTR-96-4-T, Rutaganda No. ICTR-96-3-T y Kayishema No. ICTR-95-1-T donde el Tribunal sostuvo que por su propia naturaleza, se dirige contra un grupo de individuos y requiere un elemento de destrucción masiva. Los elementos esenciales del exterminio fueron definidos por la Cámara de Juzgamiento I (Trial Chamber I) así: 1. el acusado participa en el homicidio masivo de un grupo de personas o en la creación de condiciones de vida que conducen a su muerte de manera masiva; 2. el acto o la omisión que ocasionan la muerte debe ser ilegal e intencional; 3. el acto o la omisión ilegales debe ser producto de un ataque generalizado y sistemático; 4. debe estar dirigido contra la población civil; 5. debió haber sido ejecutado por razones discriminatorias: origen racial, nacional, étnico, religioso o político (Kayishema No. ICTR-95-1-T).
- ¹¹⁵ Prohibida por el Pacto de Derechos Civiles y Políticos (Ley 74 de 1968), la Convención Americana de Derechos Humanos (Ley 16 de 1972) y prohibida expresamente por el artículo 17 constitucional.
- ¹¹⁶ Prohibida por el artículo 3 común de los Convenios de Ginebra de 1949 (Ley 6 de 1960) y tipificada por el artículo 159 de la Ley 599 de 2000.
- ¹¹⁷ Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos (Ley 74 de 1968), Convención Americana sobre Derechos Humanos (Ley 16 de 1972).
- ¹¹⁸ Prohibida por la Convención contra la Tortura y otros tratos crueles, inhumanos o degradantes (Ley 76 de 1986) y tipificada por el artículo 137 de la Ley 599 de 2000.
- ¹¹⁹ Prohibidas por el artículo 3 común de los Convenios de Ginebra de 1949 y por el artículo 4 del Protocolo II y tipificadas por los artículos 138 y 139 de la Ley 599 de 2000.

- viii) Desaparición forzada de personas¹²⁰
- ix) El crimen de *apartheid*¹²¹
- x) Otros actos inhumanos de carácter similar que causen intencionalmente grandes sufrimientos o atenten gravemente contra la integridad física o la salud mental o física.¹²²

4) Conocimiento de que se trata de un ataque sistemático o generalizado contra una población civil;¹²³

5) Para los actos de persecución solamente, se han de tomar en cuenta los fundamentos políticos, raciales, nacionales, étnicos, culturales, religiosos o de género;

6) El contexto dentro del cual puede ocurrir un crimen de lesa humanidad puede ser en tiempos de paz, de guerra internacional o de conflicto interno. No necesariamente se comete en conexión con otro crimen. Una excepción es el enjuiciamiento de cualquier grupo

¹²⁰ Prohibida por la Convención Americana contra la Desaparición Forzada (Ley 707 de 1994), prohibida expresamente por el artículo 12 de la Constitución Política y tipificada por la Ley 589 de 2000 y por el artículo 165 de la ley 599 de 2000.

¹²¹ Prohibido por la Convención sobre la Represión y Castigo del *Apartheid* (Ley 26 de 1987), así como por la Convención Internacional sobre la Eliminación de todas las formas de Discriminación Racial (Ley 22 de 1981), es contrario al artículo 13 constitucional y fue tipificado por el artículo 147 de la Ley 599 de 2000.

¹²² Prohibidos por la Convención contra la Tortura y otros Tratos Crueles, Inhumanos o degradantes (Ley 76 de 1986) y por los Convenios de Ginebra de 1949 y el Protocolo II, fue tipificado como conducta autónoma por el artículo 146 de la Ley 599 de 2000.

¹²³ Esta expresión resalta que es el contexto dentro del cual se realizan los actos criminales lo que los transforma en crímenes de lesa humanidad. De conformidad con lo decidido por la Cámara de Apelaciones en el caso Tadic, resulta irrelevante que los actos hayan sido cometidos por “motivos puramente personales”, pues lo que se examina es si el procesado era consciente o deliberadamente “ciego” de que sus actos se encontraban dentro del ámbito de un crimen contra la humanidad. Este mismo estándar fue definido por la Corte Suprema Canadiense en el Caso R v. Finta (1994, I. S. C. R. 701).

o colectividad; el cual debe estar relacionado con otro acto enumerado en el artículo 7.1, o cualquier otro delito de la competencia de la CPI.

Además de lo anterior, el artículo 7.2. define lo que debe entenderse por términos tales como “ataque contra una población civil”, “exterminio”, “esclavitud”, “deportación o traslado forzoso de población”, “tortura”, “embarazo forzado”, “persecución”, “crimen de *apartheid*” y “desaparición forzada de personas”, empleados en la descripción de los crímenes de lesa humanidad, con lo cual se dota de mayor precisión a la enumeración de las conductas incluidas bajo esta categoría.

Encuentra la Corte que las definiciones sobre crímenes de lesa humanidad que trae el Estatuto protegen la efectividad del derecho a la vida, la prohibición de torturas y desapariciones, la igualdad y la prohibición de la esclavitud. Igualmente, al dotar al sistema de protección de derechos humanos con una herramienta adicional para la lucha contra la impunidad en materia de graves violaciones a los derechos humanos, reiteran los compromisos de Colombia como parte del Pacto de Derechos Civiles y Políticos (Ley 74 de 1968), de la Convención Americana de Derechos Humanos (Ley 16 de 1972), de los Convenios de Ginebra de 1949 (Ley 6 de 1960) y sus Protocolos I y II de 1977 (Leyes 11 de 1992 y 171 de 1994), la Convención contra la Tortura y otros tratos crueles, inhumanos o degradantes (Ley 76 de 1986), la Convención sobre la represión y castigo del Apartheid (Ley 26 de 1987), y la Convención Internacional sobre la eliminación de todas las formas de discriminación racial (Ley 22 de 1981), entre otras.

4.1.3.1.3. Crímenes de guerra

El artículo 8 del Estatuto consagra los crímenes de guerra, categoría que recoge violaciones a los principios y usos fundamentales de la guerra consagradas en los Convenios de La Haya de 1899 y 1907, de Ginebra de 1925, los Convenios de Ginebra de 1949 y sus

dos Protocolos Adicionales, así como definiciones consagradas en otras normas convencionales sobre el uso de ciertas armas de guerra.

Constata la Corte que dada la forma como fue incorporada la lista de crímenes de guerra, con mención a las violaciones incluidas en los Convenios de Ginebra de 1949 y a conductas contenidas en otros instrumentos, un mismo hecho podría quedar cobijado por varias de las conductas descritas en los distintos apartados. No obstante, ello sólo supone que en derecho penal internacional es posible que se presente el concurso de conductas punibles. Observa también la Corte que los Protocolos I y II, adicionales a los Convenios de Ginebra, incluidos tácitamente bajo la expresión “otras serias violaciones a las leyes y costumbres aplicables en conflicto armado” (artículo 8.2, literales b) y e), ER)”, complementan las normas de derecho internacional humanitario y las leyes y costumbres de la guerra y precisan de mejor manera las conductas consideradas como crímenes de guerra.

Una de las mayores innovaciones del Estatuto es que éste valoriza la reciente evolución de jurisprudencia internacional que penaliza los crímenes de guerra cometidos en conflictos armados internos,¹²⁴ de tal manera que la expresión guerra no se refiere sólo a los conflictos armados de orden internacional. La cuestión relativa a los requisitos mínimos necesarios para que un enfrentamiento sea considerado conflicto armado interno es abordada por el Estatuto, como se verá posteriormente.

En cuanto a los crímenes de guerra cometidos en un conflicto armado internacional, el artículo 8 no define cuándo existe un conflicto armado internacional, por lo cual será necesario acudir a las definiciones aceptadas en el derecho internacional en esta materia para completar el sentido del artículo 8. Los actos cometidos durante un conflicto armado internacional, que se definen como crímenes de guerra según el artículo 8.2, literal a) del Estatuto son los siguientes:

¹²⁴ Ver ICTY, *Fiscal v. Tadic*, No. IT-94-1-A, 238-72.

1) Infracciones graves a los Convenios de Ginebra de 1949, en otras palabras que los actos que a continuación se señalan, se cometen contra los heridos, enfermos, náufragos de las fuerzas armadas, prisioneros de guerra o civiles:¹²⁵

- i) Matar intencionalmente;
- ii) Someter a tortura o a otros tratos inhumanos, incluidos los experimentos biológicos;
- iii) Infligir deliberadamente grandes sufrimientos o atacar contra la integridad física o la salud;
- iv) Destruir bienes y apropiarse de ellos de manera no justificada por necesidades militares, a gran escala, ilícita y arbitrariamente;
- v) Obligar a un prisionero de guerra o a otra persona protegida a prestar servicio en las fuerzas armadas de una potencia enemiga;
- vi) Someter a deportación, traslado o confinamiento ilegales;
- vii) Tomar rehenes.

2) El artículo 8.2, literal b) también penaliza otras violaciones graves de las leyes y usos aplicables en los conflictos armados internacionales. El Estatuto hace una referencia expresa a distintos instrumentos internacionales, incluidos los de La Haya de 1907, el Protocolo I Adicional a los Convenios de Ginebra y otros instrumentos que prohíben ciertas armas, en los se que han definido los actos que se consideran crímenes de guerra. Estos actos criminales incluyen:¹²⁶

¹²⁵ Estas conductas fueron tipificadas en el Título II, Delitos Contra Personas y Bienes Protegidos por el Derecho Internacional Humanitario, artículos 135 a 164 de la Ley 599 de 2000.

¹²⁶ Las disposiciones del Protocolo I, Adicional a los Convenios de Ginebra I fueron recogidas así por el artículo 8.2. b) del Estatuto de Roma: artículo 85.3, por los apartados i), ii), v) y vi); artículos 35.3 y 55, por el apartado iv); artículo 38.2, por el apartado vii); artículo 85.4, por los apartados viii) y ix); los artículos 11.1 y 11.2, por el apartado x); el artículo 40, por el apartado x);

- i) Dirigir intencionalmente ataques contra objetos civiles, es decir, objetos que no son objetivos militares;
- ii) Lanzar un ataque intencionalmente, a sabiendas de que causará pérdidas de vidas, lesiones a civiles o daños a objetos de carácter civil o daños extensos, duraderos y graves al medio natural que sean claramente excesivos en relación con la ventaja militar general concreta y directa que se prevea;
- iii) Dirigir intencionalmente ataques contra personal, instalaciones, material, unidades, vehículos participantes en una misión de mantenimiento de la paz o de asistencia humanitaria de conformidad con la Carta de las Naciones Unidas;

el artículo 35.2, por el apartado xx); el artículo 75.2, por el apartado xxi); el artículo 76.2, por el apartado xxii); el artículo 51.7, por el apartado xxiii); el artículo 12.1, por el apartado xxiv); el artículo 54.1, por el apartado xxv) y el artículo 77.2, por el apartado xxvi). Igualmente, los apartes xiii, xv y xvi, recogen los artículos 53, 51 y 33, respectivamente, del IV Convenio de Ginebra de 1949. Además, el artículo 8.2 b) recoge las siguientes disposiciones del IV Convenio de La Haya: los apartados xi) y xii), el artículo 23.b, el apartado xiii), los artículos 23.g y 46; el apartado xiv), el artículo 23.h; el apartado xvi), los artículos 28 y 47; el apartado xvii), el artículo 23.a; y el apartado xx), el artículo 35.2. Los demás apartes mencionados en el artículo 8.2. b) recogen las siguientes normas de derecho internacional: el apartado iii), la Convención sobre Seguridad de las Naciones Unidas y Personal Asociado, adoptada por unanimidad el 17 de febrero de 1995, A/RES/49/59; el aparte xvii); el Protocolo para la prohibición del uso en guerra de gases asfixiantes, venenosos o de otro tipo y de métodos de combate bacteriológico, Convenio de Ginebra de 1925; y el apartado xix), la Declaración relativa a balas expansivas, Convenio de La Haya de 1899. El Estatuto de Roma no incluyó dentro de la lista de crímenes de guerra, cometidos en conflictos de carácter internacional la demora injustificada en repatriar prisioneros de guerra o civiles (artículo 85.4.b, Protocolo I). Tampoco recogió los crímenes contemplados en los artículos I, II y III de la Convención sobre Prohibición del Uso Militar Hostil o de otro tipo de Técnicas Modificadorias del medio Ambiente, adoptada por la Asamblea General de Naciones Unidas mediante resolución 31/72 de diciembre 10 de 1976. Ver. Lyal S. Sunga, "La jurisdicción '*ratione materiae*' de la Corte Penal Internacional (artículos 5 a 10 del ER)", en *El Estatuto de Roma de la Corte Penal Internacional*, Kai Ambos y Oscar Julián Guerrero, comps., Universidad Externado de Colombia, 1999, pp. 235 a 268.

- iv) El traslado por la potencia ocupante de parte de su población civil al territorio que ocupa o la deportación o el traslado de la totalidad o parte de la población del territorio ocupado, dentro o fuera de ese territorio;
- v) Cometer actos de violación, esclavitud sexual, prostitución forzada, embarazo forzado, esterilización forzada y cualquier otra forma de violencia sexual que constituye una violación grave a los Convenios de Ginebra;
- vi) Aprovechar la presencia de civiles u otras personas protegidas para que queden inmunes de operaciones militares determinados puntos, zonas o fuerzas militares;
- vii) Reclutar o alistar a niños menores de 15 años en las fuerzas armadas nacionales o utilizarlos para participar activamente en las hostilidades.
- viii) Emplear veneno o armas envenenadas, gases asfixiantes, tóxicos o similares o cualquier líquido, material o dispositivo análogos, así como armas, proyectiles, materiales y métodos de guerra que causen daños superfluos o sufrimientos innecesarios.¹²⁷

¹²⁷ A pesar de las descripciones generales contenidas en los literales xvii a xx del artículo 8.2.b), sobre el uso de armas prohibidas, no hubo acuerdo sobre la prohibición expresa del uso de armas nucleares (Corte Internacional de Justicia, Opinión Consultiva de 8 de julio de 1996, sobre la Legalidad de la Amenaza o Uso de Armas Nucleares), armas fragmentarias no detectables (Protocolo I de la Convención de Ginebra sobre prohibiciones o restricciones sobre el uso de ciertas armas convencionales que pueden ser reputadas como excesivamente dañinas o de tener efectos indiscriminados, de octubre 10 de 1980), minas de tierra, armas incendiarias (Protocolo II Convención de Ginebra sobre prohibiciones o restricciones sobre el uso de ciertas armas convencionales que pueden ser reputadas como excesivamente dañinas o de tener efectos indiscriminados, de 1980 y Convención sobre la Prohibición del uso, producción transferencia y acumulación de minas de tierra antipersonales y sobre su destrucción, adoptada en Oslo en septiembre 18 de 1997), o armas láser enceguedoras (Protocolo IV sobre armas enceguedoras, octubre 13 de 1995).

En cuanto a los crímenes de guerra cometidos durante un conflicto armado interno, el Estatuto penaliza algunas violaciones a las normas de guerra cometidas durante los conflictos armados que no tienen carácter internacional. En todos los casos, la definición de “conflicto armado interno” tal y como lo establece el Estatuto, no incluye las situaciones de simples disturbios internos, como motines o actos esporádicos o aislados de violencia o cualquier acto similar (artículo 8.2, literal d) ER).

También es importante resaltar, que las definiciones empleadas cobijan a organizaciones armadas no estatales, de conformidad con los desarrollos del derecho internacional humanitario. En otras palabras, los miembros de grupos armados irregulares, al igual que los integrantes de la fuerza pública regular, pueden ser sujetos activos de estos crímenes. Otro aspecto importante consagrado en el Estatuto de Roma en relación con los conflictos armados que no tengan carácter internacional, es el hecho de no incluir las condiciones de control territorial y mando responsable que señala el Protocolo II, con lo cual se amplía el ámbito de conflictos internos en los que pueden presentarse este tipo de crímenes.

Los crímenes que se cometan durante los conflictos armados internos se dividen en dos párrafos. En primer lugar, el artículo 8.2, literal c) penaliza los actos enumerados en el artículo 3 común a los cuatro Convenios de Ginebra, los cuales tratan sobre estas graves violaciones. La siguiente lista de crímenes de guerra podría aplicarse cuando se cometan contra individuos que no participen directamente en el conflicto, incluso aquellos miembros de las fuerzas armadas que hayan rendido sus armas o se encuentran fuera de combate debido a enfermedad, lesiones, detención o cualquier otra causa:

- i) Violencia contra la vida y la persona, en especial cualquier tipo de asesinato, mutilación, tratamiento cruel y tortura;
- ii) Cometer ultrajes contra la dignidad personal, particularmente el trato degradante o humillante;
- iii) Tomar rehenes;

- iv) Dictar sentencias y llevar a cabo ejecuciones sin juzgamiento previo dictado por un tribunal establecido normalmente, que respete todas las garantías judiciales comúnmente reconocidas como indispensables.

Segundo, el párrafo 8.2, literal e) penaliza algunos actos que se prohíben en los Protocolos Adicionales de 1977, así como en otros tratados sobre las leyes de combate y usos del derecho internacional. Esto cubre, según el párrafo (f), crímenes cometidos cuando exista un conflicto armado en el territorio del Estado entre las fuerzas estatales y grupos armados organizados, o entre grupos armados organizados, pero con un estándar menor que el consagrado en el Protocolo II, como quiera que no se requiere, como mínimo, “mando responsable” de los comandantes, ni el “control” de una parte del territorio. Basta con la existencia de un conflicto armado prolongado, incluso entre dos grupos irregulares. Los actos criminales enumerados en el artículo 8(2)(e) incluyen:¹²⁸

- i) Dirigir intencionalmente ataques contra la población civil como tal o contra civiles que no participen directamente en las hostilidades;
- ii) Dirigir intencionalmente ataques contra personal, instalaciones, material, unidades o vehículos participantes en una misión de mantenimiento de la paz o de asistencia humanitaria de conformidad con la Carta de las Naciones Unidas;
- iii) Cometer actos de violación, esclavitud sexual, prostitución forzada, embarazo forzado, esterilización forzada o cualquier otra forma de violencia sexual que constituya también una violación grave a los cuatro Convenios de Ginebra;
- iv) Reclutar o alistar niños menores de 15 años en las fuerzas armadas o utilizarlos para participar en hostilidades;

¹²⁸ La norma básica de armas prohibidas se encuentra en el artículo 35 del Protocolo I y en las Convenciones de La Haya de 1907.

- v) Ordenar el desplazamiento de la población civil por razones relacionadas con el conflicto, al menos de que así lo exija la seguridad de los civiles de que se trate o por razones militares imperativas.

Aclara el estatuto, que la consagración de estas conductas como crímenes de guerra, no impide el ejercicio de las responsabilidades que incumben a todo gobierno en la utilización de medios legítimos para el mantenimiento o restablecimiento del orden público en el Estado ni en la defensa de la unidad e integridad territorial (artículo 8 (3) ER).

Encuentra la Corte que las definiciones sobre crímenes de guerra protegen la efectividad del derecho a la vida (artículo 11), a la integridad física; el respeto a la prohibición de desapariciones y torturas (artículo 12), y a la prohibición de la esclavitud (artículo 17). Igualmente, propenden el cumplimiento de los compromisos internacionales en materia de respeto al derecho internacional humanitario asumidos soberanamente por Colombia al ratificar los Convenios de Ginebra de 1949 (Ley 6 de 1960) y sus Protocolos I y II de 1977 (Leyes 11 de 1992 y 171 de 1994). Adicionalmente, como los eventos descritos como conflicto armado de carácter internacional e interno pueden dar lugar a la aplicación de medidas propias de los estados de excepción (artículo 212 y 213, CP), las normas del Estatuto que describen las conductas tipificadas como crímenes de guerra garantizan la prevalencia y efectividad de los derechos cuya suspensión se prohíbe aun durante dichos estados (artículo 93 CP). La condición de que las políticas de orden público sean adelantadas por cualquier medio siempre que éste sea “legítimo”, reafirma este propósito de propender el respeto al marco jurídico democrático nacional e internacional.

4.1.3.1.1. Crimen de agresión

El artículo 5.2 estipula que la Corte ejercerá su competencia sobre el crimen de agresión, una vez que se adopte una disposición en

la Conferencia de Revisión, luego de siete años de entrada en vigor del Estatuto. En efecto, esta Conferencia definirá el crimen y las condiciones bajo las cuales la Corte será competente respecto a éste, y deberá ser conforme con las disposiciones de la Carta de las Naciones Unidas. Los artículos 5.2, 121 y 123 claramente disponen que la Corte no será competente sobre el crimen de agresión antes de siete años de la entrada en vigor del Estatuto y, en todo caso, según las normas de entrada en vigor a que se refiere el numeral 5 del artículo 121 del Estatuto.

La categoría crimen de agresión refiere a asociadas con crímenes contra la paz. De acuerdo con lo expuesto en la sección 2.2 de esta sentencia, aún no existe una definición de consenso.

El artículo 5.2 resalta el debate internacional en torno a la definición del crimen de agresión, la cual siempre ha sido controversial. Las Convenciones para el Acuerdo Pacífico de Disputas Internacionales de La Haya de 1899 y 1907 y el Pacto de París de 1928 (Pacto Kellog-Briand), emplean la expresión “guerras agresivas”, pero ninguno de éstos estableció el crimen de agresión como un delito internacional. En la Convención para el Establecimiento de una Corte de Crímenes de Guerra de las Naciones Unidas, de la Comisión para Crímenes de Guerra de la ONU, se proveía que tal Corte sólo enjuiciaría las personas “que actuaban bajo la autoridad de, o alegaban la autoridad de, o en conjunto con un Estado o entidad política involucrada en una guerra u hostilidades armadas con cualquier de las Partes Contratantes, o en una ocupación hostil de cualquiera de las Partes Contratantes”.

Los magistrados del Tribunal de Nüremberg, al comprobar que se habían cometido “crímenes contra la paz”, se basaron principalmente en los tratados de los cuales Alemania formaba parte. Igualmente, el Capítulo VII de la Carta de Naciones Unidas emplea la expresión “actos de agresión”, pero no establece una definición de ella.

En 1974, la Asamblea General aprobó la Resolución sobre la definición de la Agresión, la cual dispuso que “una guerra de agresión es un crimen contra la paz internacional” (artículo 5.2 ER). Sin em-

bargo, la Resolución no se refiere a la responsabilidad penal individual por actos de agresión y, por lo tanto, se debate si tal definición es aplicable a los casos de actos penales individuales.¹²⁹ Sin embargo, hasta tanto los Estados Partes no adopten una definición precisa del crimen de agresión, no podrá la Corte Penal Internacional conocer de él, de conformidad con lo que establecen el artículo 5.2., 121 y 123 del Estatuto. [...]

4.1.4. *Cuestiones Especiales [...]*

4.1.4.2. La indeterminación de la definición de ciertas conductas y el principio de legalidad

Un asunto de particular importancia que requiere de un análisis especial en esta sección es el problema de la aparente indeterminación de varias de las conductas incluidas en los artículos 5 a 8 del Estatuto. Pasa a examinar la Corte si la forma como han sido tipificadas tales conductas en el Estatuto implica un tratamiento diferente del principio de legalidad que consagra el artículo 29 constitucional.

A pesar de que el Estatuto de Roma introduce expresamente los principios de legalidad y de prohibición de la analogía, como principios básicos para el juzgamiento de crímenes internacionales (artículos 22 y 23, del Estatuto de Roma, analizados en la sección 4.5. de esta sentencia), y que gran parte de sus disposiciones sobre crímenes internacionales recogen la experiencia y definiciones propias del derecho penal internacional, en especial en los procesos adelantados por los tribunales internacionales de Yugoslavia y Ruanda,

¹²⁹ En el proyecto de Código de Crímenes contra la paz y seguridad de la humanidad de 1996, el cual aún no ha sido adoptado, se define el crimen de agresión de la siguiente forma: “El que, en cuanto dirigente u organizador, participe activamente en la planificación, preparación, desencadenamiento o libramiento de una guerra de agresión cometida por un Estado, u ordene estas acciones, será responsable de un crimen de agresión”.

encuentra la Corte que algunas de las conductas descritas en los artículos 6, 7 y 8, tienen un grado de imprecisión que parece sugerir que éstas responden a un estándar diferente del principio de legalidad que orienta el derecho penal tanto en el ámbito nacional como en el contexto internacional.¹³⁰

Si bien el principio de legalidad en el derecho penal internacional se ha expresado de manera menos rigurosa que en los órdenes nacionales, según el término *nullum crimen sine iure* en lugar de *sine lege*, esta Corte constata que en el Estatuto de Roma se ha buscado avanzar en la determinación de las conductas punibles acudiendo al derecho positivo escrito, por contraposición a la confianza en la certeza del derecho penal internacional consuetudinario.

Sin embargo, las expresiones “otros motivos universalmente reconocidos como inaceptables con arreglo al derecho internacional” (artículo 6.1. literal h), ER), y “o cualquier otra forma de violencia sexual de gravedad comparable” (artículo 6.1. literal g), ER), siguen siendo demasiado amplias y ambiguas.

Si bien constitucionalmente es necesario que las conductas punibles sean definidas con precisión, en derecho penal internacional se ha admitido un grado de precisión menor en la descripción de las conductas que constituyen crímenes internacionales, básicamente por razones históricas y dada la gravedad de los hechos enjuiciados utilizando estas cuatro categorías.

Sin embargo, como quiera que el Acto Legislativo No. 02 de 2001 admitió la constitucionalidad de un tratamiento diferente para aquellos asuntos que sean de competencia de la Corte Penal Internacional, aplicable única y exclusivamente cuando se trate del

¹³⁰ Tal imprecisión se detecta en las expresiones “otros motivos universalmente reconocidos como inaceptables con arreglo al derecho internacional” (artículo 6.1. literal h), ER), y “o cualquier otra forma de violencia sexual de gravedad comparable” (artículo 6.1. literal g), ER), así como los literales b) ordinal xxii) y e) ordinal vi) del artículo 8.2., por el empleo de la expresión “o cualquier otra forma de violencia sexual que constituya una infracción grave de los Convenios de Ginebra”.

cumplimiento de las obligaciones derivadas del Estatuto de Roma, la Corte se limitará a constatar la existencia de esa diferencia. Subraya la Corte que los Estados reunidos en Roma postergaron el desarrollo de los elementos de cada crimen para su incorporación a un instrumento denominado “Elementos del Crimen” (artículo 9, ER), aspecto al cual se hará referencia en el apartado 4.17.

Encuentra también la Corte que el artículo 9 del Estatuto dejó en manos de la Asamblea General de Estados Partes la adopción de los elementos de los crímenes incluidos en el Estatuto.¹³¹ Dicho instrumento ayudará a la interpretación y aplicación del mismo, y seguramente reducirá los problemas que tienen algunas de las definiciones empleadas en el Estatuto. [...]

¹³¹ Por ejemplo respecto del artículo 7 del Estatuto, se establece en los Elementos de los Crímenes lo siguiente: artículo 7. Crímenes de lesa humanidad.- “Por cuanto el artículo 7 corresponde al derecho penal internacional, sus disposiciones, de conformidad con el artículo 22, deben interpretarse en forma estricta, teniendo en cuenta que los crímenes de lesa humanidad, definidos en el artículo 7, se hallan entre los crímenes más graves de trascendencia para la comunidad internacional en su conjunto, justifican y entrañan la responsabilidad penal individual y requieren una conducta que no es permisible con arreglo al derecho internacional generalmente aplicable, como se reconoce en los principales sistemas jurídicos del mundo.

“Los dos últimos elementos de cada crimen de lesa humanidad describen el contexto en que debe tener lugar la conducta. Esos elementos aclaran la participación requerida en un ataque generalizado o sistemático contra una población civil y el conocimiento de dicho ataque. No obstante, el último elemento no debe interpretarse en el sentido de que requiera prueba de que el autor tuviera conocimiento de todas las características del ataque ni de los detalles precisos del plan o la política del Estado o la organización.

“En el caso de un ataque generalizado o sistemático contra una población civil que esté comenzando, la cláusula de intencionalidad del último elemento indica que ese elemento existe si el autor tenía la intención de cometer un ataque de esa índole.

“Por ‘ataque contra una población civil’ en el contexto de esos elementos se entenderá una línea de conducta que implique la comisión múltiple de los actos a que se refiere el párrafo 1 del artículo 7 del Estatuto contra una población civil a fin de cumplir o promover la política de un Estado o de una orga-

4.5. Parte III del Estatuto: de los principios generales de derecho penal [...]

4.5.2 Cuestiones especiales [...]

4.5.2.1 Imprudencia del cargo oficial

Un importante acuerdo de los países que suscribieron el Estatuto de Roma lo constituye la irrelevancia del cargo oficial y la inmunidad que puede estar asociada al mismo para eximirse de responsabilidad por la comisión de cualquiera de los crímenes de competencia de la Corte Penal Internacional, señalados en el artículo 5°. Establece el Estatuto de Roma lo siguiente:

Artículo 27

Imprudencia del cargo oficial

1. El presente Estatuto será aplicable por igual a todos sin distinción alguna basada en el cargo oficial. En particular, el cargo oficial de una persona, sea Jefe de Estado o de Gobierno, miembro de un gobierno o parlamento, representante elegido o funcionario de gobierno, en ningún caso la eximirá de responsabilidad penal ni constituirá *per se* motivo para reducir la pena.

nización de cometer ese ataque. No es necesario que los actos constituyan un ataque militar. Se entiende que la ‘política ...de cometer ese ataque’ requiere que el Estado o la organización promueva o aliente activamente un ataque de esa índole contra una población civil.”

Y se aclara al pie de esta definición lo siguiente:

“La política que tuviera a una población civil como objeto del ataque se ejecutaría mediante la acción del Estado o de la organización. Esa política, en circunstancias excepcionales, podría ejecutarse por medio de una omisión deliberada de actuar y que apuntase conscientemente a alentar un ataque de ese tipo. La existencia de una política de ese tipo no se puede deducir exclusivamente de la falta de acción del gobierno o la organización.”

2. Las inmunidades y las normas de procedimiento especiales que conlleve el cargo oficial de una persona, con arreglo al derecho interno o al derecho internacional, no obstarán para que la Corte ejerza su competencia sobre ella.

El citado precepto excluye lo que en estricto sentido sería una defensa. La norma refiere no sólo a la inmunidad en sentido estricto sino a cualquier defensa derivada del cargo oficial, como la inviolabilidad parlamentaria o la existencia de un fuero especial. Con él se asegura que ni los altos funcionarios públicos dentro de un Estado –por ejemplo un Jefe de Estado o de Gobierno, un miembro del gobierno o un parlamentario–, cualquiera que sea su nivel y jerarquía, queden a salvo de la instrucción y del juzgamiento por parte del Corte Penal Internacional cuando incurren en una de las conductas estipuladas en el Estatuto. Se ha optado por colocar el valor de los bienes jurídicos de interés para toda la humanidad protegidos en el Estatuto por encima de la protección a la investidura de los mandatarios. Se trata aquí de un cambio de enorme significación: los derechos humanos ocupan un claro lugar de precedencia sobre los principios de inmunidad de los Jefes de Estado, de Gobierno y de otros altos funcionarios del Estado reconocidos por el derecho internacional¹³² y por el derecho interno de los Estados, con lo que

¹³² El principio de inmunidad de los Estados ha sido reconocido por el derecho internacional como corolario de los principios de soberanía y de igualdad de los Estados y cubre la inmunidad de altos funcionarios, de ciertos bienes y del Estado mismo, que no pueden ser objeto de juicio por otros Estados y se justifica únicamente para proteger al Estado como tal, es decir al Estado que ejerce su soberanía bajo la forma de “prerrogativas de poder público”. Según el artículo 5 del Proyecto de la Comisión de Derecho Internacional de Naciones Unidas sobre las inmunidades jurisdiccionales de los Estados y de sus bienes: “Todo Estado goza, para sí y sus bienes, de inmunidad de jurisdicción ante los tribunales de otro Estado”, Anuario CDI 1991, II, 2da parte, p. 12-67, especialmente p. 23, que recoge la práctica general de los Estados en esta materia.

se ratifica la tendencia en este sentido presente en diversos instrumentos internacionales, entre ellos la Convención de Genocidio, los Principios de Núremberg, los Estatutos de los Tribunales *ad hoc* y el Código de Crímenes contra la Paz. La inmunidad penal del poder ha cedido, no sin resistencia, dadas las reformas constitucionales que ciertos países como Francia tuvieron que adelantar para exceptuar el principio de inmunidad del primer mandatario,¹³³ frente a la importancia y a la necesidad de protección de la dignidad de la vida humana.

De conformidad con el principio de inmunidad de los jefes de Estado, en sentido estricto, tales funcionarios no pueden ser juzgados por las jurisdicciones nacionales de otros Estados. La regulación interna de este principio ha dado lugar a una gran variedad de tratamientos judiciales, que van desde la imposibilidad absoluta de ser juzgados, aún por sus propios Estados y su extensión a funcionarios distintos al Jefe de Estado o de Gobierno, hasta el reconocimiento de fueros especiales de juzgamiento que en principio impiden que cualquier otra jurisdicción distinta de la expresamente autorizada, los juzgue.

El artículo 27 del Estatuto, como se anotó, emplea la expresión inmunidades en un sentido amplio para referirse tanto a los jefes de Estado y de gobierno como a otros altos funcionarios estatales, cobijados bien sea por inmunidades en sentido estricto, como por fueros especiales o reglas de inviolabilidad, reconocidas en los distintos ordenamientos internos. Si bien la norma no tiene el alcance de eliminar la inmunidad, inviolabilidad o fuero que pudieran derivarse de ciertos cargos públicos en el ámbito nacional, ésta no inhibe la competencia de la Corte Penal Internacional, no exime de la responsabilidad penal ni puede fungir de causal para la reducción de la pena.

El problema jurídico que presenta la norma consiste en determinar claramente cómo se compagina el principio de la improcedencia

¹³³ Consejo Constitucional, Decisión No. 98-408 DC de 22 de enero de 1999.

del cargo oficial con el reconocimiento constitucional de ciertos fueros especiales y de inviolabilidades. Así, por ejemplo, el artículo 185 CP consagra la inviolabilidad de los congresistas por las opiniones y votos que emitan en el ejercicio de su cargo (1); el artículo 186 CP dispone que de los delitos que cometan los congresistas conocerá en forma privativa la Corte Suprema de Justicia (2); el artículo 199 consagra un fuero especial para el Presidente de la República, que no puede ser perseguido ni juzgado por delitos sino en virtud de decisión de la Cámara de Representantes y cuando el Senado lo haya autorizado (3); el artículo 221 CP establece el fuero militar (4); y diversas disposiciones constitucionales consagran un fuero especial para la investigación (artículo 251.1 CP), la acusación (artículo 174 CP) y el juzgamiento de altos funcionarios (artículos 235, 2, num. 2, 3 y 4 CP).

La Corte encuentra que en esta materia el Estatuto de Roma establece un tratamiento diferente autorizado por el Acto Legislativo No. 02 de 2001.

En primer lugar, desde 1991 la inmunidad de altos funcionarios nacionales no existe en Colombia y respecto de los funcionarios extranjeros que gocen de inmunidad de conformidad con el derecho internacional, el propio Estatuto de Roma ha establecido un mecanismo especial de forma que esta figura no constituya un obstáculo para el ejercicio de las competencias de la Corte Penal Internacional, tal como se analiza en las secciones 4.5.2.1. y 4.10.2.1.3 de esta sentencia.

En segundo lugar, como quiera que de conformidad con el Preámbulo del Estatuto y los artículos 1 y 17 del mismo, la Corte tiene una jurisdicción complementaria que asegura que sean las autoridades nacionales las que tengan la primacía para juzgar y sancionar a quienes sean responsables de genocidio, de crímenes de guerra o de crímenes de lesa humanidad, las normas sobre fuero e inviolabilidad que consagra nuestra Carta, siguen siendo aplicables en esos eventos y cuando sean nuestras autoridades las que juzguen, puesto que el Estatuto no modifica dichas disposiciones en el ordenamiento interno.

En tercer lugar, una vez Colombia exprese su consentimiento libre y soberano para obligarse de conformidad con el Estatuto de Roma, acepta también que la Corte Penal Internacional es el juez natural subsidiario, independientemente del cargo de la persona en cuestión, para la investigación y juzgamiento de los crímenes señalados en el artículo 5 del Estatuto, sí y solo sí el Estado no está dispuesto o no puede juzgarlos (artículo 17 ER).

En cuarto lugar, con la adopción del Acto Legislativo 02 de 2001, por el cual se adicionó el artículo 93 de la Constitución, el constituyente derivado autorizó un tratamiento diferente en los eventos regulados por el Estatuto de Roma. Este constituye una excepción expresa, entre otros, a los artículos 185, 186, 199, 221, 251.1, 174 y 235 numerales 2, 3 y 4 de la Constitución. La diferencia entre el artículo 27 del Estatuto de Roma y las normas constitucionales que reconocen inmunidad, entendida en sentido amplio, a ciertas personas que ocupan altos cargos públicos, opera sin desmedro del tratamiento dado por el derecho interno al procesado por un crimen de los descritos en el Estatuto. Las normas constitucionales no obstaculizan la competencia de la Corte para investigar o juzgar a las personas sindicadas de haber cometido uno de tales crímenes, siempre que se den las condiciones de admisibilidad del caso, ya analizadas.

El artículo 27 del Estatuto de Roma viene así a recoger importantes antecedentes de derecho internacional, como los casos del juzgamiento de Augusto Pinochet o del Tribunal *ad hoc* para Yugoslavia.¹³⁴

¹³⁴ House of Lords: Regina vs Bartle and the Commissioner of Police for the Metropolis and other (Ex Parte Pinochet), y Regina vs Evans and another and the Commissioner of Police for the Metropolis and others. On appeal from a Divisional Court of the Queens Bench Division (Ex Parte Augusto Pinochet Ugarte), Judgements de 25 de noviembre de 1998, diciembre 17 de 1998 (Oral Judgement), enero 15 de 1999 (Reasons) y marzo 24 de 1999; ICTY, Prosecutor v. Martić (caso No. IT-85-11), Rule 61, Decisión marzo 6, 1996, para. 21.

4.5.2.2 Responsabilidad de los jefes y otros superiores

El artículo 28 del estatuto de Roma hace responsables penalmente a los jefes militares oficiales o de facto, por crímenes de competencia de la Corte Penal Internacional cometidos por fuerzas bajo su mando o autoridad y control efectivo (artículo 28 literal a) ER) y, extiende la responsabilidad penal a superiores civiles por los actos de los subordinados que estén bajo su autoridad y control efectivo (artículo 28 literal b) ER). Establece el artículo 28:

Artículo 28

Responsabilidad de los jefes y otros superiores

Además de otras causales de responsabilidad penal de conformidad con el presente Estatuto por crímenes de la competencia de la Corte:

a) El jefe militar o el que actúe efectivamente como jefe militar será penalmente responsable por los crímenes de la competencia de la Corte que hubieren sido cometidos por fuerzas bajo su mando y control efectivo, o su autoridad y control efectivo, según sea el caso, en razón de no haber ejercido un control apropiado sobre esas fuerzas cuando:

i) Hubiere sabido o, en razón de las circunstancias del momento, hubiere debido saber que las fuerzas estaban cometiendo esos crímenes o se proponían cometerlos; y por el Tribunal Penal Internacional para la ex-Yugoslavia:

“El Tribunal tiene razones válidas particulares para ejercer su jurisdicción sobre ii) No hubiere adoptado todas las medidas necesarias y razonables a su alcance para prevenir o reprimir su comisión o para poner el asunto en conocimiento de las autoridades competentes a los efectos de su investigación y enjuiciamiento.

b) En lo que respecta a las relaciones entre superior y subordinado distintas de las señaladas en el apartado a), el superior será penalmente responsable por los crímenes de la competencia de la Corte que hubieren sido cometidos por subordinados bajo su autoridad y control efectivo,

en razón de no haber ejercido un control apropiado sobre esos subordinados, cuando:

- i) Hubiere tenido conocimiento o deliberadamente hubiere hecho caso omiso de información que indicase claramente que los subordinados estaban cometiendo esos crímenes o se proponían cometerlos;
- ii) Los crímenes guardaren relación con actividades bajo su responsabilidad y control efectivo; y
- iii) No hubiere adoptado todas las medidas necesarias y razonables a su alcance para prevenir o reprimir su comisión o para poner el asunto en conocimiento de las autoridades competentes a los efectos de su investigación y enjuiciamiento.

La lucha contra la impunidad frente a la comisión de crímenes atroces ha llevado a los países signatarios del Estatuto de Roma a codificar la doctrina de la responsabilidad del comandante o superior. El artículo 28 a) cubre no sólo a los jefes militares de las fuerzas militares oficiales, sino también a los jefes de facto de grupos armados irregulares. A la persona que sea comandante militar, oficial o de facto, en virtud de que son garantes por ciertas conductas de personas sometidas a su control, se le imputan los crímenes de las fuerzas que están bajo su mando y control efectivo, que se hayan cometido como consecuencia de la falta de desempeño de ese control. Esta imputación se presenta cuando dicho comandante sabía o ha debido saber, dadas las circunstancias, que sus fuerzas estaban cometiendo o cometerían un crimen y omitió emprender cualquiera de las medidas necesarias y razonables para evitar la comisión, impedirla o someter la cuestión a investigación de los funcionarios competentes.

Lo más importante de este artículo es que amplía la responsabilidad penal de los que tienen mando militar o detentan de facto autoridad militar para evitar la impunidad tanto de los jefes investidos formal y públicamente como de los superiores de facto de grupos irregulares. Dicha norma responde a la experiencia de la humanidad

en esta materia, sintetizada en una decisión proferida dos años antes por el Tribunal Penal Internacional para la ex-Yugoslavia:

El Tribunal tiene razones válidas particulares para ejercer su jurisdicción sobre personas que, por su posición de autoridad política o militar, pueden ordenar la comisión de crímenes dentro de su competencia *ratione materiae* o que pese a conocer de dicha comisión se abstengan de prevenir o castigar a los perpetuadores de tales crímenes”.¹³⁵ (Traducción no oficial.)

Además, no se requiere probar que el jefe militar o el que actúa como jefe militar haya impartido una orden específica de cometer un crimen de competencia de la Corte Penal Internacional, pues dicho jefe militar puede ser responsable aún por actos de sus subordinados que él no haya conocido pero que, dadas las circunstancias del caso, haya debido conocer, impedir, reprimir o denunciar, como se estableció en el célebre caso Yamashita.¹³⁶ Es decir, se trata de una hipótesis en la cual puede existir responsabilidad a título de imprudencia en los crímenes enunciados en el Estatuto. El Protocolo I, en su artículo 86 (2)¹³⁷ recogió en el derecho positivo internacional el

¹³⁵ Prosecutor v. Martić (caso No. IT-85-11), Rule 61, Decisión marzo 6, 1996, para. 21.

¹³⁶ United States v. Yamashita (1947) 4 LRTWC I. Se trataba en este caso de un general japonés sindicado de cometer crímenes de guerra en las Filipinas al omitir el ejercicio responsable del comando de sus tropas que saquearon Manila. La Comisión Militar de Estados Unidos que juzgara a Yamashita destacó que si bien no podía condenarse a un comandante por las actuaciones de sus soldados “donde homicidios y violaciones y acciones depravadas y vengativas son ofensas difundidas, y no hay un intento efectivo por parte de un comandante de descubrir y controlar actos criminales, semejante comandante puede ser considerado responsable, aun criminalmente responsable, por acto ilegales de sus tropas...”, citado por W. Schabas, *Principios de derecho penal*, *op. cit.*, p. 299.

¹³⁷ El artículo 86. 2 del Protocolo I adicional (1977) a los Convenios de Ginebra (1949) establece: “El hecho de que la infracción de los Convenios o del pre-

principio sentado por vía jurisprudencial.¹³⁸ Este principio, conocido como de responsabilidad del comandante o superior, fue luego desarrollado en los estatutos de los Tribunales *ad hoc*.¹³⁹

Por otra parte, el artículo 28 b) del Estatuto, establece un parámetro diferente para medir la responsabilidad penal de superiores por actos de sus subordinados en circunstancias distintas a las consignadas en el literal a). En primer lugar, no se refiere aquí a la responsabilidad de quien ejerce como jefe militar, ya sea de un ejército regular o de una fuerza irregular, ni al ejercicio de mando, autoridad y control sobre “fuerzas”. En este segundo caso, el literal b) del artículo 28 establece un parámetro de responsabilidad penal de superiores civiles, por actos de sus subalternos si se dan las siguientes tres condiciones: i) cuando hubiere tenido conocimiento de la comisión o del planeamiento de tales crímenes o hubiere deliberadamente hecho caso omiso de dicha información cuando sea claramente indicativa; ii) tales crímenes guarden relación con actividades bajo su responsabilidad y control efectivo; y iii) no hubiere adoptado todas las medidas necesarias y razonables para evitarlo, reprimirlo o denunciarlo.¹⁴⁰

sente Protocolo haya sido cometida por un subordinado no exime de responsabilidad penal o disciplinaria, según el caso, a sus superiores, si éstos sabían o poseían información que les permitiera concluir, en las circunstancias del momento, que ese subordinado estaba cometiendo o iba a cometer tal infracción y si no tomaron todas las medidas factibles que estuvieran a su alcance para impedir o reprimir esa infracción.”

¹³⁸ United States v. Yamashita, (1947) 4 LRTWC I; Canada v. Meyer (1948) 4 LRTWC 98 (Canadian Military Court).

¹³⁹ Estatuto del Tribunal Penal Internacional para la ex-Yugoslavia, UN Doc. S/RES/827, Anexo, artículo 7 (3); Estatuto del Tribunal Penal Internacional para Ruanda, UN Doc. S/RES/955, Annex, artículo 6 (3). Ver también Prosecutor v. Kupreskic et al. (caso No. It-95-16), Decisiones del 3 y 17 de febrero de 1999, sobre las Mociones de Excepción de Responsabilidad y Evidencia de Buen Comportamiento.

¹⁴⁰ Prosecutor v. Delalic et al. (case No. IT-96-21-T), Judgment, 16 November 1998 (1999), 38 ILM 57. En este caso se reconoce la responsabilidad de civiles como principio de derecho consuetudinario.

Se plantea el problema jurídico de establecer si la consagración de responsabilidad penal por omisión en el Estatuto de Roma, constituye un tratamiento diferente al previsto en la Constitución.

Un antecedente reciente sobre esta responsabilidad penal se encuentra en el derecho penal colombiano mismo. En efecto, la jurisprudencia nacional ha desarrollado y aplicado la doctrina penal de la posición de garante referida a la fuerza pública en la sentencia SU-1184 de 2001 que a continuación se transcribe en lo pertinente:

(L)as fuerzas militares tienen la obligación –en tanto que garantes— de enfrentar las agresiones individuales o colectivas contra los derechos constitucionales de las personas, así como, de manera general, contra los derechos humanos. De ahí que no puedan abstenerse de iniciar acciones de salvamento, excepto que medie imposibilidad jurídica o fáctica, frente a la ocurrencia de hechos graves de violación de tales derechos, en particular conductas calificables de lesa humanidad, como i) las violaciones a las prohibiciones fijadas en el protocolo II a los acuerdos de Ginebra –y en general al derecho internacional humanitario– o a los tratados sobre restricciones al uso de armas en la guerra (o en conflictos armados internos), ii) las acciones contra bienes culturales durante la guerra y los conflictos armados internos, iii) o los actos de barbarie durante la guerra y los conflictos armados internos –tales como la mutilación, tortura, asesinatos, violaciones, prostitución y desaparición forzada y otros tratos crueles e inhumanos, incompatibles con el sentimiento de humanidad–, pues las fuerzas armadas tienen la obligación de evitar que tales hechos se produzcan.

[...]

18. La existencia de esa posición de garante significa que el título de imputación se hace por el delito de lesa humanidad, o en general por las graves violaciones a los derechos humanos, sin importar la forma de intervención en el delito (autoría o participación), o el grado de ejecución del mismo (tentativa o consumación) o la atribución subjetiva (dolo o *imprudencia*) (énfasis agregado). Las estructuras internas de la

imputación no modifican la naturaleza del delito realizado; éstas no cambian porque el interviniente (para el caso, quien omite) se limite a facilitar la comisión de un hecho principal, o porque no se alcance la consumación del hecho.¹⁴¹

La anterior cita de la jurisprudencia constitucional nacional muestra cómo en Colombia la responsabilidad del jefe o superior tiene cabida respecto del jefe militar, oficial o de facto.

Mediante el establecimiento de un tratamiento diferente al previsto en la Constitución, el Estatuto de Roma extiende la responsabilidad penal del comandante, ya sea de un ejército oficial o de fuerzas irregulares (artículo 28, literal a), ER), a superiores civiles respecto de los actos de sus subordinados en las circunstancias establecidas en el artículo 28 literal b). De esta forma, los civiles que tengan subordinados bajo su autoridad o control efectivo también pueden ser hallados responsables por no ejercer un control apropiado de éstos en las condiciones establecidas en el literal b) del artículo 28 del Estatuto de Roma. Dicho tratamiento diferente fue autorizado por el Acto Legislativo No. 02 de 2001. No sobra decir, que salvo la oposición de China, la extensión de la responsabilidad penal del comandante a otros superiores civiles obtuvo amplio respaldo en las deliberaciones previas a la aprobación del Estatuto de Roma.¹⁴²

4.5.2.3 Imprescriptibilidad

El artículo 29 del Estatuto de Roma consagra la imprescriptibilidad de los crímenes de la competencia de la Corte Penal Internacional. Establece claramente el artículo 29: “Los crímenes de la competencia de la Corte no prescribirán.” De esta forma se le cierra la puerta en el Estatuto de Roma a la defensa, esgrimida en su momento por

¹⁴¹ Corte Constitucional, sentencia SU-1184 de 2001, M.P. Eduardo Montealegre Lynett.

¹⁴² Schabas, *Introduction to the International Criminal Court*, *op. cit.*, p. 85.

Rudolph Eichmann (juzgado en Jerusalem)¹⁴³ y por Klaus Barbie (juzgado en Francia)¹⁴⁴ y otras personas vinculadas a procesos por estos crímenes, consistente en impedir la investigación, el juzgamiento y la condena por esos crímenes como consecuencia de la extinción de la acción penal por prescripción.

Según esto, la Corte Penal Internacional no deja de tener competencia sobre dichos crímenes, pese a que, dada la redacción amplia del Estatuto, la acción penal o la pena hayan prescrito según las reglas del derecho interno. Pero esta medida plantea algunos problemas jurídicos que es necesario resolver: ¿qué sucede cuando una sentencia penal ha declarado la prescripción de la acción penal o de la pena por un crimen de competencia de la Corte y ésta pretende perseguir y sancionar a uno o varios nacionales por los mismos hechos? Por otra parte, ¿establece el artículo 29 del Estatuto de Roma un tratamiento diferente al previsto en el artículo 28 de la Constitución que prohíbe las penas y medidas de seguridad imprescriptibles?

En lo que respecta al primer problema, la Corte Constitucional considera que el propio Estatuto de Roma delimita la competencia de la Corte Penal Internacional (principio de complementariedad, artículos 17 a 19 ER) respecto de delitos de competencia de la justicia penal nacional, al restringir la admisibilidad de la intervención de la Corte Penal Internacional a los casos en que la jurisdicción nacional no está dispuesta o no es capaz de perseguir el crimen que caiga en la esfera de su competencia (artículo 17 ER). Por ello, cuando se ha declarado judicialmente la prescripción de la acción penal o de la sanción penal, salvo que se pruebe la intención de sustraer al acusado de su responsabilidad por crímenes de la competencia de la Corte, no puede afirmarse que la jurisdicción nacional no esté dispuesta o no sea capaz de perseguir el delito.

¹⁴³ A-G Israel vs Eichmann (1968), 36 *International Law Report* (District Court, Jerusalem), p. 18.

¹⁴⁴ Fédération Nationale des deportes et résistants et patriotes et al. v. Barbie (1984), 78 *International Law Report*, pp. 125 y ss.

Precisamente en relación con la garantía constitucional de la imprescriptibilidad de las penas, en un pronunciamiento anterior la Corte declaró exequible¹⁴⁵ la “Convención de las Naciones Unidas contra el Tráfico Ilícito de Estupefacientes y Sustancias Sicotrópicas”, suscrita en Viena el 20 de diciembre de 1988, bajo el entendido de que el Gobierno Nacional, al momento de depositar el respectivo instrumento de ratificación de la Convención, formularía las reservas y declaraciones hechas por el Congreso de la República, entre ellas la sexta relativa a que “Colombia entiende que el párrafo 8° del artículo 3° de la Convención¹⁴⁶ no implica la imprescriptibilidad de la acción penal.” Sostuvo la Corte sobre la garantía constitucional de la imprescriptibilidad de la pena lo siguiente:

Respecto de la pena, el artículo 28 de la Constitución Política, en el último inciso se refirió a que en ningún caso podrá haber penas imprescriptibles. El transcurso del tiempo obra como causa de extinción de la punibilidad no solamente en abstracto –prescripción del delito–, sino en concreto –prescripción de la pena–, y, por consiguiente, pone fin al proceso penal.

El Estado se encuentra en la obligación de investigar dentro de un determinado tiempo la presunta comisión de un hecho punible. Este principio es parte integrante de los principios que conforman un Estado social de derecho que vela por la dignidad de la persona y el respeto efectivo de los derechos humanos, de conformidad con los artículos 1° y 2° de la Constitución Política.

¹⁴⁵ Corte Constitucional, sentencia C-176 de 1994, M.P. Alejandro Martínez Caballero.

¹⁴⁶ El párrafo 8° del artículo 3° de la mencionada Convención establece: “Artículo 3° Delitos y sanciones. (...) 8. Cada una de las Partes establecerá, cuando proceda, en su derecho interno un plazo de prescripción prolongado dentro del cual se pueda iniciar el procesamiento por cualquiera de los delitos tipificados de conformidad con el párrafo 1° del presente artículo. Dicho plazo será mayor cuando el presunto delincuente hubiese eludido la administración de justicia.”

Así, el principio de celeridad debe caracterizar los procesos penales. Ni el sindicado tiene el deber constitucional de esperar indefinidamente que el Estado califique el sumario o profiera una sentencia condenatoria, ni la sociedad puede esperar por siempre el señalamiento de los autores o de los inocentes de los delitos que crean zozobra en la comunidad.

Esta idea es reiterada por Eissen cuando afirma que ello “implica un justo equilibrio entre la salvaguardia del interés general de la comunidad y el respeto de los derechos fundamentales del hombre, aunque atribuyendo un valor particular a estos últimos”.•

Consagrar la imprescriptibilidad de la acción penal, viola el artículo 2º numeral 1º del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos de las Naciones Unidas y el artículo 24 de la Convención Americana de Derechos Humanos, instrumentos internacionales que, al tenor del artículo 93 superior, prevalecen en el orden interno.

Por tal razón, con base en los instrumentos internacionales que Colombia ha ratificado y en la Constitución Política de 1991 es imposible pensar en interpretar en forma diferente la prescriptibilidad de la acción penal y de la pena, por lo cual la declaración se ajusta plenamente a la Constitución.

No obstante lo anterior, la Corte Penal Internacional sí puede –en razón del principio de imprescriptibilidad de los crímenes de su competencia– llegar a investigar y juzgar conductas constitutivas de cualquiera de los mencionados crímenes, así la acción penal o la sanción penal para los mismos haya prescrito, según las normas jurídicas nacionales.

El tratamiento diferente que hace el Estatuto de Roma respecto a la imprescriptibilidad de los crímenes de competencia de la Corte Penal Internacional, tiene fundamento en el artículo 93 de la Consti-

• Marc André Eissen, *El Tribunal Europeo de Derechos Humanos*, Editorial Cuadernos Cívitas, Madrid, 1985, p. 95. [Nota original de la cita.]

tución. Se trata de un tratamiento distinto respecto de una garantía constitucional que está expresamente autorizado a partir del Acto Legislativo 02 de 2001 y que opera exclusivamente dentro del ámbito regulado por dicho Estatuto. [...]

4.5.2.6 Circunstancias eximentes de responsabilidad penal.

Referencia especial a órdenes superiores y disposiciones legales

El artículo 31 del Estatuto de Roma establece cuatro causales eximentes de la responsabilidad penal que abarcan las hipótesis de insania (artículo 31.1 literal a) ER),¹⁴⁷ intoxicación siempre que no sea preordenada (artículo 31.1 literal b) ER), defensa propia o de un tercero (incluso del derecho de propiedad), siempre que sea razonable y proporcional al grado del peligro (artículo 31. 1 literal c) ER) y estado de necesidad y la coacción dimanante por una amenaza inminente de muerte o lesiones corporales graves para sí o un tercero, siempre y cuando se vea compelido a actuar necesaria y razonablemente, si no tuviere la intención de causar un daño mayor que el que se proponía evitar (artículo 31.1 literal d) ER).¹⁴⁸

Además de las anteriores cuatro causales, la Corte Penal Internacional puede tener en cuenta otras causales eximentes de responsa-

¹⁴⁷ Regla derivada de la tradición del *common law*. Ver Schabas, *Introduction to the International Criminal Court, op. cit.*, p. 89. El Estatuto no aclara cuál es la carga de la prueba que tiene quien alega está eximente de responsabilidad. En el Tribunal *Ad hoc* para Yugoslavia se optó por un estándar alto que exige a quien lo alega probar plenamente tal incapacidad y no simplemente establecer una duda razonable sobre su capacidad mental, como se acepta en algunos sistemas jurídicos. Ver *Prosecutor v. Dedalic et al.* (caso No. IT-96-21-T), Decisiones del 17 de junio y 1° de julio de 1998 sobre eximente de responsabilidad fundada en la falta de capacidad mental o insania.

¹⁴⁸ En este punto, el Estatuto de Roma se aparta de la regla fijada en el Tribunal *Ad hoc* de Yugoslavia que rechazó la coacción como eximente de responsabilidad penal en una decisión dividida. Ver *Prosecutor v. Erdemovic* (caso No. IT-96-22-T), Sala de Apelaciones, octubre 7 de 1997.

bilidad que se desprendan del derecho aplicable según los términos del artículo 21 del Estatuto, a través del cual se podrá acudir a las normas generales del derecho internacional o al derecho interno de los Estados para considerar otras causales eximentes de responsabilidad.

Por otra parte, en relación con la causal prevista en el artículo 31.1 literal c) del Estatuto, que señala como causal eximente de responsabilidad, la defensa de un bien necesario para la supervivencia propia o de un tercero o de un bien esencial para realizar una misión militar, observa la Corte que tal eximente guarda relación con lo que establecen los artículos 51 a 60 del Protocolo I y los artículos 14 a 16 del Protocolo II, Adicionales a los Convenios de Ginebra de 1949. Éstos prohíben los ataques indiscriminados y arbitrarios a ciertos bienes especialmente valorados por su trascendencia social y cultural, o cuya destrucción no constituya una ventaja militar significativa. Tales ataques fueron recogidos como crímenes de guerra por el artículo 8, numeral 2, literal a) ordinal iv), literal b), ordinales ii), iv), v), ix) y xxiv), literal e) ordinales ii), iii) y iv). Tienen como finalidad principal proteger a las personas en su vida y bienes durante un conflicto armado, así como proteger bienes que resulten fundamentales para su supervivencia o su defensa.

Como quiera que la Corte Penal Internacional constituye un instrumento para la protección de los derechos de las personas, en especial los de la vida y la integridad física, el Estatuto de Roma condiciona la interpretación y aplicación de esta causal de justificación para la comisión de crímenes internacionales a los siguientes requisitos: 1) sólo se aplica a crímenes de guerra; 2) el bien cuya protección justifica la respuesta a la agresión o amenaza debe ser "esencial" para la supervivencia propia o de un tercero o para realizar una misión militar; 3) la fuerza contra la que se reacciona tenga un carácter ilícito y su uso sea inminente; 4) la respuesta a la amenaza se debe hacer dentro de los límites del principio de proporcionalidad, según el grado de peligro para la persona, para el tercero o para los bienes protegidos. Estas exigencias hacen que la eximente sea compatible con las normas de derecho internacional humanitario.

Si bien los requisitos concretos definidos en el Estatuto para la aplicación de esta causal difieren de los empleados en nuestro ordenamiento, dicho tratamiento especial fue autorizado por el Acto Legislativo No. 02 de 2001, para asuntos que conozca la Corte Penal Internacional y, en virtud del principio de complementariedad (artículo 17 ER), dicha causal sólo podrá ser esgrimida ante la Corte Penal Internacional, una vez ésta haya asumido el conocimiento de un caso concreto.

Pasa la Corte a hacer una referencia especial al artículo 33 que consagra la eximente de responsabilidad por obediencia debida y cumplimiento de un deber legal. Ello sucede cuando se cumplen tres condiciones concurrentes: el acusado debe estar obligado por ley a obedecer órdenes; el acusado no debe saber que la orden era ilegal; y, la orden no debe ser manifiestamente ilegal. El numeral 2° del artículo 33 dispone además que se entenderá que las órdenes de cometer genocidio o crímenes de lesa humanidad son siempre manifiestamente ilícitas.

La anterior disposición parece establecer un tratamiento diferente al previsto en el artículo 91 de la Constitución colombiana que reza:

Artículo 91. En caso de infracción manifiesta de un precepto constitucional en detrimento de alguna persona, el mandato superior no exime de responsabilidad al agente que lo ejecuta.

Los militares en servicio quedan exceptuados de esta disposición. Respecto de ellos, la responsabilidad recaerá únicamente en el superior que da la orden.

No obstante, a la luz de la jurisprudencia constitucional sobre la obediencia debida, tal diferencia se diluye, ya que precisamente la Corte ha interpretado la eximente de responsabilidad penal contenida en el inciso 2° del artículo 91 de la Constitución cuando la actuación se realiza en cumplimiento de órdenes superiores, en el sentido de excluir la obediencia como causal de exoneración penal

cuando el contenido de la orden es manifiestamente delictivo para el agente que la ejecuta puesto que causará con certeza la violación de un derecho fundamental intangible.¹⁴⁹ En efecto, sobre el particular sostuvo la Corte:

El inciso segundo del artículo 91 de la C.P., exonera de responsabilidad constitucional al militar que ejecuta una orden del servicio impartida por su superior, pero no lo hace de manera total e irrestricta. Si el inferior es consciente de que su acto de ejecución causará con certeza la violación de un derecho fundamental intangible de alguna persona y, no obstante, lo realiza, pudiéndolo evitar, actuará de manera dolosa. Si se admite que la Constitución, en este caso, ha condonado el dolo, se tendrá que aceptar que ella ha consentido en crear el germen de su propia destrucción. La idea de Constitución, por lo menos en un régimen no totalitario, es incompatible con la existencia en la sociedad y en el Estado de sujetos con poderes absolutos. La Corte rechaza resueltamente la tesis de la exoneración absoluta de responsabilidad del militar subalterno porque si pese a su dolo aquélla se mantiene, su poder adquiere una dimensión inconmensurable, capaz de erradicar todo vestigio de derecho, justicia y civilización.¹⁵⁰

Ahora bien, la propia jurisprudencia constitucional colombiana ha señalado que la exoneración penal por obediencia debida o cumplimiento de un deber ha de cumplir con algunos requisitos, que coinciden con los requisitos concurrentes del artículo 33 del Estatuto de Roma. Ellos son:

La exoneración de responsabilidad, además de no revelarse como manifiestamente antijurídica, debe sujetarse a otros requisitos. En primer lugar, debe existir una relación de subordinación jerárquica reconocida

¹⁴⁹ Corte Constitucional, sentencia C-578 de 1995, M.P. Eduardo Cifuentes Muñoz.

¹⁵⁰ *Ibidem*.

por el derecho público entre quien emite el mandato y quien lo recibe y ejecuta. Para que la orden se considere vinculante, ésta ha de emanar del superior jerárquico con poder de mando sobre el receptor. En segundo lugar, la orden debe existir como tal, vale decir, como manifestación clara y distinta de voluntad encaminada a obtener que el inferior haga o deje de hacer algo. En tercer lugar, se requiere que el superior actúe dentro de su competencia, pero como el subordinado carece por lo general de un poder de examen detallado, la doctrina no exige competencia concreta para emitir la orden, sino competencia abstracta, la cual se refiere a la facultad del superior para disponer la clase de actos que normalmente se comprenden dentro del objeto de las obligaciones del inferior. Por último, para que la eximente opere como justificación del hecho punible se requiere que la orden esté revestida de las formalidades legales.¹⁵¹

En lo que respecta a la constitucionalidad de la exclusión de la obediencia debida del derecho constitucional interno, la Corte ha hecho eco a la aceptación por el Estado colombiano del consenso internacional sobre la materia:

Aparte de que la obediencia debida absoluta y la exoneración incondicional de responsabilidad del militar subalterno, ha sido universalmente considerada en las prácticas, usos, costumbres y jurisprudencia como contraria al derecho internacional humanitario, de manera específica, se han prohibido en varios tratados suscritos por Colombia, que prevalecen en el derecho interno (C.P., artículo 94). En efecto, La Convención contra la Tortura y Otros Tratos o Penas Crueles, Inhumanos o Degradantes, aprobada mediante la Ley 70 de 1986, dispone: “No podrá invocarse una orden de un funcionario superior o de una autoridad pública como justificación de la tortura” (artículo, 2, numeral 3). En relación con el delito internacional de genocidio, tampoco se ha admitido como válida la exculpación basada en la orden superior, como quiera

¹⁵¹ *Ibidem*.

que el castigo se aplica a “las personas que hayan cometido genocidio o cualquiera de los otros actos enumerados en el artículo II - [“En la presente Convención, se entiende 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 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 los nacimientos en el seno del grupo; e) Traslado por fuerza de niños del grupo a otro grupo.”] - (...) ya se trate de gobernantes, funcionarios o particulares” (Artículo, IV) (Convención para la Prevención y la Sanción del Delito de Genocidio. Ley 28 de 1959). (...)

No siendo compatible con el derecho internacional humanitario, que un militar consciente de su acción, se escude en la orden del superior a fin de obtener la exoneración absoluta de su responsabilidad por las infracciones que cometa en relación con sus reglas y principios, la norma legal que la Corte examina y que incorpora dicha regla, claramente se opone a sus dictados, aplicables a los conflictos armados internacionales y no internacionales.¹⁵²

[...] 4.9. Parte VII: De las penas [...]

4.9.2. Cuestiones especiales

Ante la dificultad de llegar a un acuerdo específico en torno a las sanciones penales a imponer a los responsables respecto de cada uno de los crímenes –y de sus modalidades– de competencia de la Corte Penal Internacional, se optó por una regulación general que establece como únicas penas principales la reclusión hasta por 30

¹⁵² *Ibidem.*

años o a perpetuidad (artículo 77.1 ER), así como por someter su estimación a dos factores: la gravedad del crimen y las circunstancias personales del condenado (artículo 78. 1 ER):

Artículo 77

Penas aplicables

1. La Corte podrá, con sujeción a lo dispuesto en el artículo 110, imponer a la persona declarada culpable de uno de los crímenes a que se hace referencia en el artículo 5 del presente Estatuto una de las penas siguientes:

- a) La reclusión por un número determinado de años que no exceda de 30 años; o
- b) La reclusión a perpetuidad cuando lo justifiquen la extrema gravedad del crimen y las circunstancias personales del condenado. (...)

Artículo 78

Imposición de la pena

1. Al imponer una pena, la Corte tendrá en cuenta, de conformidad con las Reglas de Procedimiento y Prueba, factores tales como la gravedad del crimen y las circunstancias personales del condenado. (...)

Las normas anteriores establecen un tratamiento diferente al previsto en nuestro ordenamiento constitucional en dos materias. La primera tiene que ver con el principio constitucional del artículo 29 de la Constitución en lo relativo a la prohibición de la indeterminación de la pena. La segunda se refiere a la prohibición constitucional de la prisión perpetua (artículo 34 CP). Tales tratamientos diferentes fueron autorizados por el Acto Legislativo No. 2 de 2001 y operan exclusivamente en el ámbito del ejercicio de las competencias atribuidas por el Estatuto a la Corte Penal Internacional.

En lo que respecta la forma como el Estatuto regula la determinación de las penas que serán impuestas a quienes sean condenados por la Corte Penal Internacional, éste no señala para cada uno de los

crímenes descritos en los artículos 6, 7 y 8, la pena que corresponde ni fija límites mínimos, tal como tradicionalmente se ha hecho en el derecho penal colombiano. Ello, sin embargo, no supone un tratamiento diferente al previsto en nuestro ordenamiento, puesto que las penas a imponer por los crímenes de competencia de la Corte Penal Internacional son en todo caso determinadas y respetan el principio de legalidad de la pena que hace parte del derecho al debido proceso (artículo 29 CP).

En cuanto a las penas que puede imponer la Corte Penal Internacional, el artículo 77 numeral 1 del Estatuto establece un límite de la pena la reclusión. Esto sólo puede ser hasta por 30 años. La cadena perpetua está sujeta a revisión luego de 25 años (artículo 110. 3 ER). De esta norma se deduce que no existe un mínimo de reclusión, sólo un máximo. La pena será dosificada según la gravedad del crimen y las circunstancias personales del condenado de conformidad con las Reglas de Procedimiento y Prueba.¹⁵³ Atendidos los factores objetivos para la determinación de la pena, ella debe ser proporcional a la gravedad del crimen y a las circunstancias personales del condenado.¹⁵⁴ Tales factores permiten tener en cuenta una o más circunstancias de atenuación o de agravación punitiva,¹⁵⁵ de conformidad con las Reglas de Procedimiento y Prueba. Por otra parte, a la luz del artículo 21 numeral 3 del Estatuto de Roma, la aplicación e

¹⁵³ El anteproyecto de tales reglas elaborado por la Comisión Preparatoria y que será sometido a la consideración de los Estados Partes en la primera Asamblea, enuncia varios criterios de atenuación y agravación, v. gr. Schabas, *Introduction to the International Criminal Court*, *op. cit.*, p. 43.

¹⁵⁴ En cuanto a las circunstancias personales del condenado es importante su condición dentro de una jerarquía. Al respecto en un caso se dijo que “la desatención calculada de un deber esencial no puede operar como un factor de mitigación de la responsabilidad criminal”. Tribunal Penal Internacional para la ex-Yugoslavia. Caso *Prosecutor v. Delalic et al.* (No IT-96-21-T), Providencia de 16 de noviembre de 1998.

¹⁵⁵ Schabas, *Introduction to the International Criminal Court*, Cambridge University Press, Cambridge UK, p. 142.

interpretación del derecho aplicable por la Corte Penal Internacional, en todo caso, debe ser compatible con los derechos humanos internacionalmente reconocidos, sin discriminación por razones como “el género, definido en el párrafo 3 del artículo 7, la edad, la raza, el color, la religión o el credo, la opinión política o de otra índole, el origen nacional, étnico o social, la posición económica, el nacimiento u otra condición.”

En cuanto al tratamiento de la pena de reclusión a perpetuidad, prohibida en nuestro ordenamiento, pero prevista en el Estatuto de Roma, se tiene que el Acto Legislativo 02 de 2001 autorizó dicho tratamiento diferente para los crímenes de competencia del Estatuto de Roma, pero no faculta a las autoridades nacionales a aplicar este tipo de pena cuando juzguen alguno de los crímenes señalados en el Estatuto de Roma.

Según el Estatuto, la reclusión a perpetuidad como pena no es absoluta ni definitiva; por el contrario, después de 25 años, la Corte Penal Internacional está obligada a examinar la pena para determinar si ésta puede reducirse, con lo que se deja a salvo la esperanza para el condenado de algún día recobrar su libertad y concilia el principio de la dignidad humana del condenado con los principios de justicia y de protección de los derechos de las víctimas y de sus familiares.¹⁵⁶ [...]

4.16. Precisión sobre la relación entre el Estatuto y el ordenamiento interno

Del análisis material anterior se aprecia que las normas del Estatuto surten efectos dentro del ámbito de la competencia de la Corte Penal Internacional. Las disposiciones en él contenidas no reemplazan ni modifican las leyes nacionales de tal manera que a quien delinca en el territorio nacional se le aplicará el ordenamiento jurídico

¹⁵⁶ *Ibidem*, p. 146.

interno y las autoridades judiciales competentes al efecto son las que integran la administración de justicia colombiana. Por ejemplo, ningún juez penal nacional adquiere en virtud del Estatuto de Roma la facultad de imponer la pena de reclusión a perpetuidad. Sólo puede hacerlo la Corte Penal Internacional en ejercicio de la competencia complementaria a ella atribuida por el Estatuto, cuando se den las condiciones y se cumplan los requisitos en él previstos.

Lo anterior no obsta para que las autoridades colombianas cuando cooperen con la Corte Penal Internacional y le presten asistencia judicial, en los términos de las Partes IX y X del Estatuto y demás normas concordantes, apliquen las disposiciones del tratado dentro del ámbito regulado en él. En algunas materias, estas disposiciones del Estatuto pueden requerir desarrollos normativos internos para facilitar la cooperación. De ahí que el artículo 88 del mismo establezca que “los Estados Parte se asegurarán de que en el derecho interno existan procedimientos aplicables a todas las formas de cooperación especificadas en la presente parte”.

Rebasa los alcances del presente análisis material entrar a señalar hipótesis específicas en las cuales puedan llegar a presentarse controversias particulares en los linderos de la relación entre el Estatuto y el ordenamiento interno. En cambio, sí estima necesario la Corte subrayar que, sin perjuicio de la cooperación y la asistencia judicial, existe una frontera entre el ámbito del Estatuto, es decir, el de la competencia complementaria de la Corte Penal Internacional, y el ámbito del derecho nacional, es decir, el de la competencia primigenia de la justicia nacional.

Por lo tanto, resulta procedente advertir que, como el ámbito del Estatuto de Roma se limita exclusivamente al ejercicio de la competencia complementaria atribuida a la Corte Penal Internacional y a la cooperación de las autoridades nacionales con ésta, el tratado no modifica el derecho interno aplicado por las autoridades judiciales colombianas en ejercicio de las competencias nacionales que les son propias dentro del territorio de la República de Colombia. Esto será recogido cuando se resuman las declaraciones interpretativas en el capítulo V de la presente providencia. [...]

4.19. Resumen de los principales tratamientos diferentes

Por lo expuesto en esta sentencia, concluye la Corte que la Ley 742 de 2002, por medio de la cual se aprueba el Estatuto de Roma de la Corte Penal Internacional y el correspondiente tratado son constitucionales.

Luego de analizar el contenido del Estatuto de Roma, la Corte encontró que algunas de sus disposiciones establecen tratamientos diferentes a los previstos en nuestro ordenamiento constitucional, los cuales fueron expresamente autorizados por el Acto Legislativo No. 02 de 2001, siempre que se refieran a materias sustanciales y éstas surtan efectos exclusivamente dentro del ámbito de la materia regulada en el Estatuto. Entre dichas disposiciones se destacan las siguientes:

1) Los artículos 6, 7 y 8 del Estatuto de Roma describen tres de las categorías de crímenes internacionales sobre las cuales la Corte Penal Internacional podrá ejercer su competencia: el genocidio, los crímenes de lesa humanidad y los crímenes de guerra. Tales descripciones denotan un grado de precisión, certeza y claridad aceptado en el derecho penal internacional que resulta menos estricto que el exigido en nuestro ordenamiento interno. Este tratamiento diferente del principio de legalidad que hace el Estatuto de Roma ha sido autorizado por el Acto Legislativo No. 02 de 2001.

2) El artículo 27 del Estatuto de Roma regula la improcedencia del cargo oficial como excusa para sustraerse del juzgamiento de la Corte Penal Internacional. Dicha disposición consagra un tratamiento diferente a los fueros especiales, a las inviolabilidades de los congresistas y al régimen de investigación y juzgamiento de otros altos funcionarios, consagrados en nuestra Carta, el cual fue autorizado por el Acto Legislativo No. 02 de 2001. Dicho tratamiento especial, sólo será aplicable en el evento en que la Corte Penal Internacional ejerza su competencia complementaria y no modifica las disposiciones internas correspondientes.

3) El artículo 28 del Estatuto de Roma establece la responsabilidad de jefes militares, ya sea de un ejército regular o de un grupo armado irregular, por crímenes de competencia de la Corte Penal Internacional cometidos por fuerzas bajo su mando. Así mismo, extiende la responsabilidad del comandante a superiores civiles respecto de crímenes cometidos por sus subordinados en las circunstancias establecidas en el Estatuto de Roma. Este sistema de responsabilidad especial fue autorizado por el Acto Legislativo No. 02 de 2001 para los casos que lleguen al conocimiento de la Corte Penal Internacional.

4) El artículo 29 del Estatuto establece la imprescriptibilidad de los crímenes de competencia de la Corte Penal Internacional. Esta disposición consagra un tratamiento diferente al previsto en nuestro ordenamiento constitucional en el artículo 28 de la Carta. Tal tratamiento especial sólo será aplicable por la Corte Penal Internacional cuando ejerza su competencia complementaria para investigar y juzgar cualquiera de los crímenes previstos en el Estatuto, así la acción penal o la sanción penal para los mismos haya prescrito según las normas jurídicas nacionales. Este tratamiento especial fue expresamente autorizado por el constituyente derivado a través del Acto Legislativo No. 02 de 2001.

5) De las causales eximentes de responsabilidad penal consagradas en los artículos 31, 32 y 33 del Estatuto de Roma, encontró la Corte que sólo las causales referidas a la legítima defensa de la propiedad en casos de crímenes de guerra (numeral 1, literal c) del artículo 31 ER) y la regulación del principio de obediencia debida (artículo 33 ER), establecen un tratamiento diferente al previsto en la Carta. Tales justificaciones han sido sometidas a requisitos concretos que difieren de los establecidos en la Constitución, como por ejemplo, el hecho de que sólo se aplica a crímenes de guerra. Dicho tratamiento especial fue autorizado por el Acto Legislativo No. 02 de 2001 y, en virtud del principio de complementariedad, dichas causales podrán ser esgrimidas, de conformidad con el Estatuto de Roma, ante la Corte Penal Internacional, una vez ésta haya asumido el conocimiento de un caso concreto.

6) En el artículo 77.1, literal b) del Estatuto se faculta a la Corte Penal Internacional a imponer la pena de reclusión a perpetuidad. Este tratamiento diferente de la prohibición de la prisión perpetua que consagra el artículo 34 de la Carta, fue autorizado [por] el Acto Legislativo No. 02 de 2001, pero no habilita a las autoridades nacionales a aplicar este tipo de pena cuando juzguen alguno de los crímenes señalados en el Estatuto de Roma.

7) En los artículos 61, párrafo 2, literal b y 67, párrafo 1, literal d, se admite la posibilidad de que la Corte Penal Internacional determine si es en interés de la justicia que una persona investigada o enjuiciada por ella esté representada por un abogado, lo cual abre la puerta no sólo para un tratamiento diferente al previsto en el artículo 29 de la Constitución en materia de derecho a la defensa técnica, sino para que los colombianos que eventualmente queden sometidos a la competencia de la Corte Penal Internacional no gocen efectivamente de este derecho y, por esto último, se hará referencia también a este punto en el capítulo VI denominado conclusiones finales.

Por otra parte, asuntos como la competencia complementaria de la Corte Penal Internacional (artículos 17, 18 y 19 ER), las relaciones de la Corte Penal Internacional y el Consejo de Seguridad (artículos 13, literal b) y 16 ER), la posibilidad de que el Fiscal de la Corte Penal Internacional inicie de oficio investigaciones por los crímenes señalados en el artículo 5 del Estatuto (artículo 15 ER), el establecimiento de responsabilidad penal por la comisión de tales crímenes, en principio, sólo cuando hayan sido cometidos con “intención y conocimiento” (artículo 30 ER), la detención de personas por orden de la Corte Penal Internacional (artículo 58 ER) y su entrega a ésta (artículo 89 ER), así como las condiciones de reclusión que podrán imponer los Estados que acepten recibir condenados por la Corte Penal Internacional (artículo 106 ER), analizados como asuntos especiales en esta sentencia, no establecen *prima facie* y en abstracto tratamientos diferentes a los previstos en nuestro ordenamiento constitucional. Éstos se encuentran en armonía con los artículos 9 y 93

de la Carta, en materia de respeto a la soberanía y a los compromisos internacionales aceptados por Colombia; con el artículo 2, que consagra el deber de protección que incumbe a las autoridades estatales respecto de la vida, la libertad, la honra y los bienes y derechos de los residentes en Colombia; del artículo 228, sobre independencia judicial; del artículo 28, sobre hábeas corpus; del artículo 29, que consagra el derecho al debido proceso; así como con los demás derechos y libertades consagrados en la Carta.

Finalmente, esta Corte encuentra que la regulación de la presunción de inocencia que hace el artículo 66 del Estatuto se encuentra dentro del margen que la Constitución reconoce al legislador. En efecto, según el artículo 66 la Corte Penal Internacional podrá condenar a una persona responsable de los crímenes señalados en el artículo 5, cuando no exista duda razonable sobre su responsabilidad. Aun cuando dicho tratamiento difiere de la regla de carácter legal que comúnmente se aplica en el derecho penal colombiano según la cual sólo es posible dictar sentencia condenatoria cuando obre en el proceso prueba que conduzca a la certeza del hecho punible y la responsabilidad del sindicado, el artículo 29 constitucional no impide que el legislador establezca un criterio distinto también respetuoso de la presunción de inocencia.

VI. Conclusiones finales

Al terminar el análisis del contenido del Estatuto de Roma, la Corte Constitucional reitera que los tratamientos diferentes en materias sustanciales fueron permitidos por el Acto Legislativo 2 de 2001 exclusivamente dentro del ámbito del ejercicio de las competencias de la Corte Penal Internacional. Por lo tanto, no se menoscaba el alcance de las garantías establecidas en la Constitución respecto del ejercicio de las competencias propias de las autoridades nacionales. Así, la declaratoria de exequibilidad de las disposiciones del Estatuto de Roma que contienen tales tratamientos diferentes no

autorizan ni obligan, por ejemplo, a los jueces nacionales a imponer la pena de prisión perpetua ni al legislador colombiano a establecer la imprescriptibilidad de las penas. Por consiguiente, la Corte Constitucional concluye que no es necesario que el Jefe de Estado, como director de las relaciones internacionales, efectúe declaraciones interpretativas en relación con cada uno de los tratamientos diferentes identificados en esta sentencia, al momento de ratificar el tratado.

No obstante se advierte que, como el Acto Legislativo citado forma parte del cuerpo permanente de la Constitución y, por tanto, ha de ser interpretado de tal forma que guarde consonancia con las otras disposiciones de la Carta, la Corte señala las materias respecto de las cuales procede, sin que ello contraríe el Estatuto, [sic] que el Presidente de la República, en el ámbito de sus atribuciones, declare cuáles son las interpretaciones de algunos apartes del mismo que armonizan plenamente la Constitución con el Estatuto de Roma. Dicho señalamiento por la Corte en ningún caso supone que existe una inconstitucionalidad parcial del Estatuto. Esta determinación obedece al cumplimiento del principio fundamental según el cual todas las autoridades tienen como finalidad asegurar la efectividad de los principios, derechos y deberes consagrados en la Constitución (artículo 2 CN), así como al propósito de concretar el mandato de colaboración armónica entre los órganos que integran las ramas del poder público, dentro del respeto a las órbitas de competencia de cada uno, en este caso, de la Corte Constitucional a la cual se le ha confiado la guarda de la integridad y supremacía de la Carta y del Presidente de la República al cual se le ha atribuido la dirección de las relaciones internacionales de Colombia (artículo 113 CN). Tales materias son las siguientes:

(1) Ninguna de las disposiciones del Estatuto de Roma sobre el ejercicio de las competencias de la Corte Penal Internacional impide la concesión de amnistías, indultos o perdones judiciales por delitos políticos por parte del Estado colombiano, siempre y cuando dicha

concesión se efectúe de conformidad con la Constitución Política y los principios y normas de derecho internacional aceptados por Colombia.

(2) Siempre será en interés de la justicia que a los nacionales colombianos les sea garantizado plenamente el derecho de defensa, en especial el derecho a ser asistido por un abogado durante las etapas de investigación y juzgamiento por parte de la Corte Penal Internacional (artículo 61, párrafo 2, literal b, y artículo 67, párrafo 1, literal d).

(3) Si llegare a darse el caso de que un colombiano haya de ser investigado y enjuiciado por la Corte Penal Internacional, procede la interpretación del Estatuto de Roma de conformidad con los principios y normas que integran el derecho internacional humanitario y el derecho internacional de los derechos humanos, siempre y cuando éstos no sean incompatibles con dicho Estatuto ni restrinjan el alcance de sus disposiciones.

(4) En relación con el artículo 17, párrafo 3, del Estatuto de Roma, las “otras razones” a fin de determinar la incapacidad del Estado para investigar o enjuiciar un asunto se refieren a la ausencia evidente de condiciones objetivas necesarias para llevar a cabo el juicio.

(5) Como el ámbito del Estatuto de Roma se limita exclusivamente al ejercicio de la competencia complementaria atribuida a la Corte Penal Internacional y a la cooperación de las autoridades nacionales con ésta, el tratado no modifica el derecho interno aplicado por las autoridades judiciales colombianas en ejercicio de las competencias nacionales que les son propias dentro del territorio de la República de Colombia.

(6) Los artículos 9 y 51 del Estatuto de Roma, relativos a los Elementos del Crimen y a las Reglas de Procedimiento y Prueba cuya adopción compete a la Asamblea de los Estados Partes por una mayoría de los dos tercios de sus miembros, no sustraen dichos instrumentos de la aprobación por el Congreso de la República ni del control constitucional previstos en la Constitución Política. [...]

Terrorismo y derechos humanos

Comisión Interamericana de Derechos Humanos

Informe sobre terrorismo y derechos humanos

Resumen Ejecutivo

22 de octubre de 2002

1. Numerosos incidentes terroristas notorios acaecidos en el hemisferio en la última década, culminando con tres ataques de proporciones sin precedentes perpetrados simultáneamente en los Estados Unidos el 11 de septiembre de 2001, han demostrado cruelmente que el terrorismo sigue siendo una amenaza significativa contra la protección de los derechos humanos, la democracia y la paz y la seguridad regionales e internacionales. Esta realidad ha impulsado a los Estados miembros y a las organizaciones intergubernamentales a la adopción de numerosas iniciativas para contrarrestar esas graves amenazas terroristas, incluidas la formulación de leyes y procedimientos internos para penalizar, investigar y procesar las actividades terroristas, y la negociación de tratados multilaterales sobre cooperación entre los Estados en la lucha contra el terrorismo.

2. El 3 de junio de 2002, la Asamblea General de la OEA adoptó y abrió a la firma la Convención Interamericana contra el Terrorismo, en la cual los Estados miembros reafirmaron “la necesidad de adoptar en el sistema interamericano medidas eficaces para prevenir, sancionar y eliminar el terrorismo mediante la más amplia cooperación”. Entre los principios reconocidos explícitamente en esta Convención figura la estipulación de que las actividades contra el terrorismo se lleven a cabo cumpliendo plenamente las obligaciones de los Estados miembros conforme al derecho internacional. De acuerdo con el artículo 15 de la Convención, “las medidas adoptadas por los Estados Parte de conformidad con esta Convención se llevarán a cabo con pleno respeto al estado de derecho, los derechos humanos y las libertades fundamentales”. Este requisito previo re-

fleja el principio fundamental de que la campaña contra el terrorismo y la protección de los derechos humanos y de la democracia constituyen responsabilidades complementarias. El objeto y el propósito mismo de las iniciativas contra el terrorismo, en una sociedad democrática, es la protección de las instituciones democráticas, los derechos humanos y el imperio de la ley, no su menoscabo.

3. La Comisión Interamericana de Derechos Humanos, como órgano de la OEA encargado de la promoción del respeto y la protección de los derechos humanos en el continente, ha adquirido desde su creación, en 1959, una vasta experiencia en la evaluación de las implicaciones, para los derechos humanos, de las numerosas iniciativas antiterroristas emprendidas por los Estados miembros de la OEA. Al hacerlo, la Comisión ha puesto énfasis constante en el respeto irrestricto a todos los derechos humanos. Esto incluye los derechos que no se hayan suspendido legítimamente bajo el estado de emergencia en estricto cumplimiento con los principios y condiciones que rigen la derogación de ciertos derechos protegidos.

4. A fin de reforzar su doctrina en esta esfera y asistir a los Estados miembros de la OEA en el cumplimiento de las obligaciones jurídicas internacionales correspondientes, en diciembre de 2001 la Comisión decidió emprender un estudio por el cual reafirmaría y elaboraría la manera en que los requisitos internacionales en materia de derechos humanos regulan la conducta de los Estados en su respuesta a las amenazas terroristas. Para ayudar en esta tarea, la Comisión convocó a un panel de expertos internacionales en el curso de su período ordinario de sesiones, en marzo de 2002, a efectos de obtener información actualizada y especializada sobre la cuestión del terrorismo y los derechos humanos y también invitó a los Estados miembros de la OEA y las organizaciones no gubernamentales pertinentes a presentar observaciones escritas sobre el tema.

5. En la preparación del presente informe, la Comisión adoptó un criterio basado en los derechos, conforme al cual las implicaciones de las iniciativas antiterroristas son examinadas en relación a varios derechos humanos internacionales básicos, en particular el derecho a la vida, el derecho a un trato humano, el derecho a la libertad y la

seguridad personales, el derecho a un juicio imparcial, el derecho a la libertad de expresión y la obligación de respetar y garantizar la no-discriminación y el derecho a la protección judicial. La Comisión también incluyó un análisis sucinto de varios derechos adicionales que pueden verse afectados por las medidas antiterroristas y un examen de las vulnerabilidades particulares de los trabajadores migrantes, las personas que buscan asilo, los refugiados y los extranjeros.

6. El análisis de la Comisión se basa en varios preceptos fundamentales, el primero de los cuales es el reconocimiento de que hasta la fecha no se ha logrado un consenso respecto de una definición jurídica internacional del terrorismo. Por ende, la caracterización de un acto o situación como terrorista, incluida la denominada “guerra contra el terrorismo” no puede servir, por sí misma, para definir las obligaciones legales de los Estados en esta materia. En este sentido, la Comisión no ha descartado la posibilidad de que ataques terroristas como los perpetrados el 11 de septiembre de 2001 pueden llevar a un mayor desarrollo del derecho internacional. Una de ellas podría ser la negociación de instrumentos internacionales diseñados para hacer frente a una nueva forma de “guerra terrorista” librada por o contra actores no estatales involucrados en la violencia armada contra Estados a escala internacional. Sin embargo, a esta altura, esos cambios son sólo especulaciones y, por consiguiente, el análisis de la Comisión consignado en este informe se ha concentrado en las obligaciones de los Estados miembros conforme al derecho internacional en su forma actual.

7. La falta de una definición del terrorismo aceptada a escala internacional no significa que el terrorismo sea una forma de violencia indescriptible o que los Estados no estén sometidos a restricciones, en el marco del derecho internacional, en la configuración de sus respuestas a esa violencia. Al contrario, es posible enumerar varias características frecuentemente asociadas con los incidentes terroristas que ofrecen parámetros suficientes para que los Estados definan y evalúen sus obligaciones internacionales a la hora de responder a esa violencia. Esas características guardan relación con la naturaleza y la identidad de los terroristas y de las víctimas, los objetivos del

terrorismo y los medios empleados para consumar los actos de violencia terrorista. La Comisión ha observado que el terrorismo puede ser perpetrado, a escala individual o colectiva, por una variedad de actores, incluyendo particulares o grupos, así como gobiernos, puede recurrir a distintos medios y grados de violencia, desde las meras amenazas concebidas para sembrar el pánico entre el público hasta las armas de destrucción masiva, y puede influir negativamente en una variedad de personas a quienes el derecho internacional acuerda protecciones particulares, como las mujeres, los niños y los refugiados.

8. A partir de esos factores, la Comisión ha observado que varios regímenes de derecho internacional pueden aplicarse a situaciones de terrorismo. La violencia terrorista puede perpetrarse en tiempos de paz, cuando el derecho internacional de los derechos humanos es plenamente aplicable, durante un estado de emergencia, cuando ciertas protecciones de los derechos humanos pueden quedar derogadas, o en el transcurso de un conflicto armado, al cual se aplica el derecho internacional humanitario. Además, la naturaleza y el nivel de violencia provocado por los perpetradores del terrorismo o contra éstos, pueden determinar la imposición de un estado de emergencia o desatar un conflicto armado. Por consiguiente, el análisis de la Comisión no se ha limitado a las obligaciones de los Estados miembros conforme a los instrumentos interamericanos de derechos humanos, sino que también ha tomado en cuenta las obligaciones convencionales y consuetudinarias de derecho internacional, de los Estados miembros, al margen de su índole bilateral o multilateral, o de que hayan sido adoptadas dentro del marco o bajo los auspicios del sistema interamericano, incluyendo el derecho internacional humanitario y el derecho internacional de refugiados. Esas obligaciones forman parte de un régimen interrelacionado y de mutuo refuerzo de protecciones de los derechos humanos, que debe interpretarse y aplicarse de manera integral, a fin de acordar a las personas las normas de protección más favorables que se encuentren disponibles al amparo de la ley aplicable. Ciertas obligaciones también pueden constituirse en *lex specialis* para la interpretación y

aplicación del derecho internacional de los derechos humanos. En especial, el derecho internacional humanitario estipula reglas, normas y mecanismos amplios y detallados respecto de la protección de las víctimas de guerra, que deben tomarse en cuenta al interpretar y aplicar en forma apropiada las protecciones internacionales de los derechos humanos en los casos de conflicto armado.

9. La importancia de una determinación apropiada de la situación de las personas que quedan bajo autoridad o control del Estado y sus agentes en el transcurso de actividades antiterroristas, guarda estrecha relación con los regímenes de derecho considerados en el análisis de la Comisión. Sólo cuando se ha determinado apropiadamente la situación legal de esas personas, puede acordárseles los derechos que tengan conforme a la legislación nacional e internacional, en virtud de dicha situación. Cuando la violencia terrorista provoca un conflicto armado o se suscita dentro del marco de uno, reviste especial importancia que los Estados miembros determinen, de conformidad con la Tercera Convención de Ginebra de 1949 y del Protocolo Adicional I con respecto a los Estados que los han ratificado, si una persona que cae en poder de un Estado es un civil o un combatiente y, en este último caso, si es un combatiente “privilegiado”, y por lo tanto tiene derecho al estatus de prisionero de guerra y a inmunidad para ser procesado bajo las leyes de su captor por actos hostiles que no constituyan infracción de las normas y costumbres de la guerra.

10. Dentro del marco de los preceptos mencionados, la Comisión llegó a varias conclusiones, que se resumen más adelante, acerca de los derechos y las libertades más afectados por las iniciativas antiterroristas de los Estados, a saber: el derecho a la vida, el derecho a un trato humano, el derecho a la libertad y la seguridad personales, el derecho a un juicio imparcial, el derecho a la libertad de expresión y la obligación de respetar y garantizar la no discriminación y el derecho a la protección judicial, así como la situación de los trabajadores migrantes, las personas que buscan asilo, los refugiados y los extranjeros. La Comisión ha establecido, en particular, las normas de protección mínimas que son comunes al derecho in-

ternacional de los derechos humanos y al derecho internacional humanitario en esos aspectos. La Comisión, cuando lo consideró pertinente, también determinó los aspectos en la *lex specialis* del derecho internacional humanitario que pueden resultar en diferentes estándares de trato aplicables en situaciones de conflicto armado.

11. Quizá no haya campo donde exista mayor convergencia entre el derecho internacional de los derechos humanos y el derecho internacional humanitario, que en lo atinente a las normas de trato humano. Ambos regímenes, si bien gobernados por instrumentos diferentes, prevén los mismos requisitos mínimos e inderogables respecto del trato humano de todas las personas bajo control y autoridad del Estado. Más aún, bajo ambos regímenes, las violaciones más atroces de las salvaguardias del trato humano no sólo generan la responsabilidad del Estado sino también la responsabilidad penal individual por parte de quien las perpetra y de sus superiores.

12. Entre estas normas, es primordial la prohibición absoluta de la tortura o de cualquier trato o castigo cruel, inhumano o degradante por parte del Estado o de sus agentes. Esta proscripción es aplicable a todas las formas de trato atribuible al Estado incluyendo, por ejemplo, sanciones penales o disciplinarias consistentes en castigos corporales y períodos prolongados de confinamiento solitario. También están prohibidos los métodos de interrogación inhumanos, incluidos los golpes, violaciones y descargas eléctricas, así como tratos más sutiles pero igualmente lesivos como la administración de drogas a detenidos o alojados en instituciones psiquiátricas y la negación prolongada de descanso o sueño, alimentación, higiene suficiente o asistencia médica. Los dos regímenes, asimismo, estipulan normas similares respecto de las condiciones de detención. Esos requisitos guardan relación con aspectos como alojamiento, alimentación e higiene, así como protecciones especiales para categorías especiales de personas, como las mujeres y los niños.

13. Conforme a las normas aplicables en tiempos de paz y en época de guerra, el trato a los detenidos debe continuar sujeto a la supervisión efectiva y constante de los mecanismos apropiados estipulados por el derecho internacional. En situaciones que no sean

de conflicto armado, esto supone la supervisión de los tribunales regulares por medio del hábeas corpus o recursos similares. En tiempos de guerra, los mecanismos de supervisión incluyen el Comité Internacional de la Cruz Roja y, en casos de conflictos armados internacionales, el régimen de las potencias protectoras previsto en las Convenciones de Ginebra de 1949.

14. Pese a la existencia de esas normas y mecanismos específicos que rigen la detención de las personas en los casos de conflicto armado, pueden suscitarse circunstancias en las que los mecanismos de supervisión previstos por el derecho internacional humanitario no se encuentren adecuadamente organizados o disponibles, o en que la detención e internamiento de civiles o combatientes continúe por un período prolongado. Cuando esto ocurre, las normas y procedimientos del derecho internacional humanitario pueden resultar inadecuadas para salvaguardar debidamente las normas mínimas de trato a los detenidos y los mecanismos de supervisión del derecho internacional de los derechos humanos, incluidos los recursos de hábeas corpus y de amparo, pueden necesariamente reemplazar al derecho internacional humanitario a fin de asegurar, en todo momento, la protección efectiva de los derechos fundamentales de los detenidos.

15. Como en el caso de las normas sobre trato humano, el derecho internacional de los derechos humanos y el derecho internacional humanitario someten a los Estados miembros, esencialmente, a la misma obligación inderogable de respetar y asegurar el respeto de sus compromisos internacionales por medio de mecanismos apropiados y eficaces. Comparten, asimismo, la prohibición absoluta y prevaleciente de discriminación de cualquier índole, incluyendo distinciones inadmisibles basadas en raza, color, sexo, idioma, religión, opinión política u de cualquier otra índole, origen nacional o social, posición económica, nacimiento o cualquier otra condición social. Si bien la doctrina del sistema interamericano de derechos humanos no prohíbe todas las distinciones en el trato, en cuanto al goce de los derechos y las libertades protegidos, la Comisión observa que cualquier distinción permisible ha de basarse en una justificación

objetiva y razonable, que persiga un objetivo legítimo, que considere los principios que normalmente prevalecen en las sociedades democráticas y que los medios sean razonables y guarden proporción con el fin buscado. En la campaña contra el terrorismo, los Estados deben mantenerse adecuadamente vigilantes a fin de asegurar que los agentes del Estado, incluidas las fuerzas militares, se comporten de acuerdo con las disposiciones que prohíben la discriminación.

16. El análisis de la Comisión clarifica el hecho de que el derecho internacional de los derechos humanos y el derecho internacional humanitario comparten muchos de los mismos prerequisites mínimos que rigen el derecho de los individuos al debido proceso y a un juicio justo. Cuando los Estados miembros se empeñan en investigar, procesar y sancionar a personas por delitos relacionados con el terrorismo, continúan obligados en todas las instancias por las protecciones fundamentales y no derogables del debido proceso y un juicio justo, ya sea en tiempos de paz, en estados de emergencia o en conflictos armados. Estas protecciones abarcan principios fundamentales del derecho penal y salvaguardias procesales y sustantivas largamente reconocidas.

17. Entre las protecciones destacadas por la Comisión figura el requisito de que en la elaboración de los tipos penales es preciso utilizar términos estrictos y unívocos, que acoten claramente las conductas punibles, dando pleno sentido al principio de legalidad penal. La Comisión observa que los Estados, en ésta y en otras regiones, han acudido a distintos criterios con el propósito de dictar leyes antiterroristas suficientemente claras y eficaces. Algunos Estados han optado por la tipificación de un delito específico de terrorismo basado en características de violencia terrorista identificadas comúnmente. Otros han preferido no tipificar el terrorismo como un delito *per se*, sino agregar a delitos comunes bien definidos, como el homicidio, la intención terrorista o variaciones del castigo que reflejan la naturaleza particularmente infame de la violencia terrorista. Cualquiera sea el cauce elegido, los Estados miembros de la OEA deben ceñirse a los principios básicos enunciados por la Corte Interamericana de Derechos Humanos y por la Comisión respecto de este

tema. A fin de asegurar que los castigos impuestos por delitos terroristas sean racionales y proporcionados, también se insta a los Estados miembros a tomar las medidas legislativas o de otra índole que sean necesarias a fin de que los jueces estén facultados para considerar las circunstancias de los hechos y de los infractores individuales a la hora de dictar sentencia por delitos terroristas.

18. Los principios fundamentales del debido proceso y un juicio imparcial también comprenden el derecho a ser juzgado por un tribunal competente, independiente e imparcial, conforme a la definición del derecho internacional de los derechos humanos o del derecho humanitario. Este requisito prohíbe, en general, los tribunales o comisiones *ad hoc*, especiales o militares para juzgar a civiles por delitos relacionados con el terrorismo u otros delitos. Los tribunales militares del Estado pueden procesar a los integrantes de sus propias fuerzas armadas por delitos relacionados con las funciones que la ley asigna a dichas fuerzas y, durante los conflictos armados internacionales, pueden juzgar a combatientes privilegiados y no privilegiados, siempre que ofrezcan las garantías mínimas del debido proceso. Los tribunales militares, empero, no pueden conocer de violaciones de derechos humanos u otros delitos que no guarden relación con las funciones militares, que deberán ser juzgados por tribunales civiles.

19. Entre las garantías procesales inderogables identificadas por la Comisión dentro del marco del derecho internacional de los derechos humanos y del derecho humanitario, figuran el derecho del inculpado a la notificación previa y detallada de los cargos que se le imputen, el derecho a disponer de tiempo y medios adecuados para preparar su defensa, lo que necesariamente incluye el derecho a la asistencia de un defensor de su elección o, en el caso de acusados indigentes, el derecho a un defensor gratuito, cuando dicha asistencia sea necesaria para un juicio justo, y el derecho a no declarar contra sí mismo. También se protege el derecho del condenado a ser informado sobre los recursos judiciales y de otra índole y de los plazos para hacer uso de ellos, incluido el derecho de apelación ante un tribunal superior.

20. Es posible que, en situaciones de emergencia, haya ciertos aspectos limitados del derecho a un juicio justo que puedan suspenderse legítimamente, siempre que los Estados cumplan estrictamente las condiciones que rigen las cláusulas de derogación dentro del marco de los instrumentos internacionales de derechos humanos y que no incurran en la denegación de protecciones individuales más favorables que sean inderogables conforme a otros instrumentos internacionales aplicables. Las protecciones potencialmente derogables son, por ejemplo, el derecho a un juicio público y el derecho del acusado a examinar o hacer que se examine a los testigos de cargo, si las limitaciones de esos derechos son necesarias para asegurar la salvaguardia de jueces, abogados, testigos u otros participantes en la administración de justicia. Sin embargo, esas medidas nunca podrán justificarse cuando puedan comprometer las protecciones inderogables del debido proceso de un acusado, incluido el derecho a la preparación de una defensa y a ser juzgado por un tribunal competente, imparcial e independiente.

21. El derecho a la vida es objeto de un trato similar y distintivo en el derecho internacional de los derechos humanos y en el derecho humanitario. Bajo ambos regímenes, el uso de fuerza letal por los agentes del Estado debe ceñirse a los principios de la proporcionalidad y la distinción, conforme a su definición en cada campo del derecho. Por consiguiente, en las situaciones de conflicto armado, las partes en pugna deben distinguir entre objetivos militares y civiles u objetivos civiles, y sus ataques deben dirigirse sólo a los primeros. De la misma forma, en tiempos de paz los agentes del Estado deben distinguir entre las personas que en virtud de sus acciones constituyan una amenaza inminente de muerte o lesiones graves, o una amenaza de consumación de un delito especialmente grave que conlleve una amenaza grave a la vida, y las personas que no plantean una amenaza así, y usar la fuerza sólo contra las primeras. Al mismo tiempo, a los combatientes privilegiados en situaciones de conflicto armado no les está vedado el uso de fuerza letal contra combatientes enemigos que no hayan depuesto las armas o hayan sido puestos fuera de combate (*hors de combat*), y la muerte de un

combatiente en esas circunstancias no constituye una violación del derecho a la vida, cuando se interpreta a la luz de las normas o costumbres de la guerra.

22. También guarda relación con el derecho a la vida, la imposición de la pena de muerte como castigo por delitos relacionados con el terrorismo. Independientemente de que esta medida sea impuesta en tiempos de paz o en situaciones de conflicto armado, los Estados deben garantizar que sus disposiciones legislativas cumplan con ciertas condiciones que limitan la capacidad del Estado para aplicar la pena capital por ciertos tipos de delitos, o a ciertos delinquentes. Los Estados también deben garantizar que los procedimientos a través de los cuales se impone la pena de muerte cumplan estrictamente con los requisitos procesales y estén sujetos a un riguroso control de las garantías judiciales mínimas. Sin llegar al punto de abolir la pena de muerte, los instrumentos interamericanos imponen restricciones concebidas con objeto de delimitar estrictamente su aplicación y alcance, a fin de reducir la aplicación de esta pena y abrir cauce a su desaparición paulatina.

23. También el derecho a la libertad y la seguridad personales conlleva requisitos distintos según se trate de su observancia en tiempo de paz, en situaciones de emergencia y en casos de conflicto armado, bajo el derecho internacional de los derechos humanos o bajo el derecho internacional humanitario. Sin embargo, de conformidad con las normas internacionales prevalecientes en materia de derechos humanos, bajo circunstancias limitadas los Estados pueden privar a las personas de su libertad, en relación con la investigación y el castigo de delitos y también en virtud de la administración de la autoridad del Estado en otros campos donde sean estrictamente necesarias medidas de esta índole. Esto puede incluir, por ejemplo, la detención administrativa por razones imperiosas relacionadas con aplicación de la ley, la salud u otros fines públicos. Esas medidas, empero, deben ceñirse a las normas dictadas bajo los regímenes de derecho internacional aplicables.

24. Cuando no se trate de situaciones de conflicto armado, los estándares que rigen el derecho a la libertad personal incluyen la

necesidad de garantizar que los motivos y los procedimientos de la detención estén prescritos por ley, el derecho a ser informado de las razones de la detención, el acceso sin dilaciones a un abogado defensor, a los familiares y, cuando fuere necesario o aplicable, a la asistencia médica y consular, los límites estipulados para los plazos de detención y el mantenimiento de un registro central de detenidos. La Comisión también hace hincapié en que se disponga de mecanismos de examen judicial necesarios para supervisar las detenciones, inmediatamente después del arresto o detención y a intervalos razonables mientras ésta se prolongue. Bajo ninguna circunstancia los Estados pueden prolongar la detención de una persona en carácter de incomunicada. Aspectos de los requisitos mencionados también deben considerarse inderogables, en virtud de su papel integral en la protección de los derechos inderogables de los detenidos, como el derecho a un trato humano y el derecho a un juicio justo, así como la necesidad de asegurar que los detenidos o prisioneros no queden totalmente a merced de sus custodios.

25. Cuando se susciten situaciones de emergencia, puede justificarse que los Estados deroguen ciertos aspectos limitados del derecho a la libertad y la seguridad personales. Esto puede incluir, por ejemplo, el sometimiento de las personas a períodos de detención preventiva o administrativa más largos que los permisibles en circunstancias ordinarias. Sin embargo, como es del caso en todas las derogaciones, cualquier detención prolongada debe ser estrictamente necesaria de acuerdo con las exigencias de la situación, debe mantenerse subordinada a las protecciones inderogables ya indicadas y en ningún caso podrá ser indefinida.

26. Cuando los actos terroristas puedan provocar un conflicto armado internacional o, de alguna manera, producirse en el contexto de un conflicto armado internacional, el cumplimiento por el Estado del derecho a la libertad de las personas detenidas en el curso del conflicto debe ser evaluado a la luz de la mencionada *lex specialis* sobre presunciones y mecanismos prescritos en el derecho internacional humanitario. En el caso de los conflictos armados internacionales, esta metodología establece que los combatientes privilegiados

que caen en poder del enemigo pueden en general ser internados hasta su repatriación al cese de las hostilidades activas. Los combatientes no privilegiados también pueden ser internados y, además, pueden ser sujetos a procesamiento por su beligerancia no privilegiada. En cualquiera de las circunstancias, la detención debe ser objeto de supervisión por los mecanismos prescritos en el derecho internacional humanitario, incluido el régimen de Potencias protectoras y el acceso del Comité Internacional de la Cruz Roja.

27. Los enemigos no nacionales en territorio de una parte en un conflicto armado internacional o los civiles en territorio ocupado no pueden ser detenidos o internados administrativamente, excepto cuando sea absolutamente necesario por razones de seguridad de la Potencia en cuyo poder estén. Cuando se imponga dicha detención o internación, debe estar sujeta a reconsideración o apelación con la menor demora posible y, de continuar, debe estar sujeta a revisión periódica por un órgano, corte o tribunal adecuado o competente y designado al efecto.

28. Tal como sucede con el derecho a un trato humano, pueden suscitarse circunstancias en las que las normas y procedimientos del derecho internacional humanitario sean inadecuados para salvaguardar en forma apropiada los estándares mínimos de derechos humanos de los detenidos. Esto puede ocurrir, por ejemplo, cuando la existencia constante de hostilidades activas se torne incierta o cuando una ocupación beligerante se extienda por un período prolongado. En todo momento, la consideración primordial debe seguir siendo la protección eficaz de los derechos humanos de los detenidos y, en esas circunstancias, puede ser necesario que los mecanismos de supervisión bajo el derecho internacional de los derechos humanos o bajo el derecho doméstico, reemplacen al derecho internacional humanitario a fin de salvaguardar los derechos fundamentales de los detenidos.

29. La Comisión también analizó el derecho a la libertad de expresión, que muestra un grado menor de coincidencia entre el derecho internacional de los derechos humanos y el derecho internacional humanitario, pero prescribe, sin embargo, controles fundamentales

sobre las iniciativas del Estado contra el terrorismo. En este sentido, la Comisión ha hecho hincapié en que el respeto y la protección del derecho a la libertad de expresión en las Américas revisten especial importancia por el papel esencial que cumple en el refuerzo de la democracia y la garantía de los derechos humanos, al ofrecer a los ciudadanos un instrumento indispensable para una participación informada. Además, la Comisión destaca que durante las situaciones de amenaza terrorista, un público informado puede constituir un instrumento efectivo de control y prevención de los abusos de la autoridad pública.

30. Varias normas y protecciones concernientes al derecho a la libertad de expresión merecen un comentario particular en relación con el terrorismo. En situaciones que no alcancen a ser de estado de emergencia no debe usarse la censura previa para impedir la difusión de ideas e información. Además, sólo pueden imponerse sanciones ulteriores por la difusión de ideas e información, en virtud de leyes claras y previsibles y no excesivamente amplias o vagas. Asimismo, las sanciones deben guardar proporción con la clase de perjuicio que procure prevenirse por su intermedio. Los Estados, asimismo, deben abstenerse de promulgar leyes que penalicen en forma amplia o general la defensa pública (apología) del terrorismo o de las personas que puedan haber cometido actos terroristas sin exigir que se demuestre que esas expresiones tenían por objeto incitar a la violencia o cualquier otra acción ilegal similar, y que era altamente probable que se diera dicho resultado. Con respecto al acceso a la información que obre en poder del gobierno y al derecho de *habeas data*, debe existir una presunción de publicidad, con restricciones sólo cuando la difusión de la información en cuestión pueda provocar perjuicios graves a la seguridad nacional. Sobre los Estados recae la carga de probar la necesidad de esas restricciones.

31. La Comisión observa que, en situaciones de estado de emergencia, el derecho a la libertad de expresión es derogable temporalmente y en la medida que estrictamente lo exija la situación. En este sentido, la Comisión observa concretamente que por medio de la derogación en tiempos de emergencia pueden ser admisibles las le-

yes que imponen la censura previa sobre la publicación o difusión de informaciones u opiniones relacionadas con el terrorismo. También puede justificarse que, en situaciones de emergencia, los Estados impongan restricciones adicionales a la libertad de expresión y al acceso a la información. Empero, también en estos casos recae sobre los Estados la carga de la prueba de que las derogaciones no sean excesivas a la luz de lo que exija la situación.

32. Con respecto a las situaciones de conflicto armado, la Comisión pone énfasis especial en la obligación de las partes en un conflicto de brindar a los periodistas y a los medios de información instalaciones cuya protección sea la que les acuerda el derecho internacional humanitario y que, presumiblemente, es la misma acordada a los civiles y a los objetivos civiles.

33. La Comisión reconoce que las personas que se encuentran en el territorio de un Estado del que no son nacionales, incluidos los trabajadores migrantes, los refugiados y las personas que buscan asilo contra la persecución, son particularmente vulnerables a la violación de los derechos humanos en la formulación y ejecución de medidas antiterroristas. Por tanto, este informe aborda varios derechos humanos fundamentales específicamente en lo que se relaciona con los extranjeros en el contexto de las estrategias antiterroristas, incluido el derecho a la libertad y seguridad personales, el derecho a un trato humano, el derecho al debido proceso y a un juicio justo, y la prohibición absoluta e inderogable contra la discriminación. Para asegurar que las medidas adoptadas concernientes a la situación de los extranjeros no se formulen o apliquen de una manera que transgreda esos derechos humanos fundamentales, los Estados deben evitar especialmente esas prácticas injustificadas y las detenciones prolongadas, la omisión de informar a los detenidos acerca de su derecho a la asistencia consular, las deportaciones masivas de extranjeros y la ausencia o ineficacia de procedimientos de revisión de procesos judiciales o administrativos concernientes a los extranjeros. Además, la Comisión recalca que, en los procedimientos que conlleven la expulsión o deportación de estas personas, es preciso tener en cuenta y dar efecto al principio de *non-refoulement* reflejado

en las disposiciones del artículo 33 de la Convención de las Naciones Unidas sobre el Estatuto de Refugiado, el artículo 3(1) de la Convención de las Naciones Unidas sobre la Tortura, el artículo 13 de la Convención Interamericana para prevenir y sancionar la tortura, y el artículo 22(8) de la Convención Americana sobre Derechos Humanos.

34. Finalmente, en su análisis la Comisión reconoce que las iniciativas de los Estados miembros contra el terrorismo pueden ir en detrimento de una amplia variedad de otros derechos humanos adicionales a los considerados anteriormente, incluidos el derecho a la libertad de asociación y reunión, el derecho a la libertad de conciencia y religión, el derecho de propiedad, el derecho a la privacidad y el derecho a participar en el gobierno. En consecuencia, en un capítulo separado del presente informe, la Comisión incluye un análisis abreviado de estos derechos. Con ello, la Comisión recalca que, aunque estos derechos pueden estar sujetos a ciertas restricciones, conforme a las disposiciones convencionales respectivas, toda medida que adopten los Estados miembros para restringirlos debe cumplir estrictamente con los requisitos procesales y sustantivos que rigen las restricciones de esta naturaleza en el sistema interamericano. Ello exige que toda restricción sea necesaria para la seguridad de todos y acorde con las justas exigencias de una sociedad democrática, y que debe ser el medio menos restrictivo posible para lograr el imperioso interés público. Además, toda restricción de ese tipo debe estar prescrita por ley aprobada por el Poder Legislativo y ajustada al ordenamiento jurídico interno, y no puede estar sujeta a la discreción de un gobierno o de sus agentes.

35. El informe de la Comisión concluye con una serie de recomendaciones concretas que tienen por objeto orientar a los Estados miembros en cuanto a la aplicación de las normas y los principios consignados en el análisis de la Comisión.

Notas

