

# Manual de calificación de conductas violatorias

Derechos humanos y  
Derecho internacional humanitario

Volumen II



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



DEFENSORÍA  
DEL PUEBLO  
COLOMBIA

# Manual de calificación de conductas violatorias

**Derechos humanos y  
derecho internacional humanitario**

**Volumen II**



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



DEFENSORÍA  
DEL PUEBLO  
COLOMBIA

## Capítulo XV

### Los derechos de las mujeres

1. Introducción	9
2. La discriminación contra la mujer	15
2.1. La Convención sobre la eliminación de todas las formas de discriminación contra la mujer	17
3. El derecho a la igualdad en el matrimonio y en las relaciones familiares	20
4. Los derechos políticos de las mujeres	28
5. La violencia contra la mujer	34
6. La violencia contra la mujer en el marco del conflicto armado	41
6.1. La jurisprudencia de los Tribunales Penales Internacionales	42
6.2. La violencia contra la mujer en el marco del conflicto armado colombiano	50
6.3. La mujer desplazada	52
 <b>Tipología de las violaciones</b>	 56

## Capítulo XVI

### Los derechos de los pueblos indígenas y las minorías étnicas

1. Introducción	57
2. El concepto de minoría étnica y de pueblo indígena	64
3. La prohibición de discriminación por motivos de raza	69
4. El derecho consuetudinario	74
5. El derecho a la cultura	74
6. El derecho al medio ambiente	80
7. El derecho a la propiedad colectiva sobre los territorios indígenas	86
8. La jurisdicción indígena	95
9. El derecho a la consulta	98
10. El derecho a la educación	101

11. El derecho a la salud	103
12. Otras normas nacionales que garantizan distintos derechos a los pueblos indígenas y grupos étnicos	106

<b>Tipología de las violaciones</b>	108
-------------------------------------	-----

## Capítulo XVII

### El derecho internacional humanitario

<b>El derecho internacional humanitario</b>	III
1. Introducción	III
1.1. El derecho de La Haya o derecho de la guerra	112
2. El derecho internacional humanitario y el derecho internacional de los derechos humanos	115
3. Principios generales del derecho internacional humanitario	117
3.1. El principio de distinción	119
3.2. El principio de proporcionalidad	124
3.3. La inmunidad de la población civil	125
3.4. La protección de enfermos, heridos y personas puestas fuera de combate	130
3.5. La protección de bienes civiles	131
3.6. La protección del personal médico, sanitario y religioso	133
3.7. La prohibición de determinados métodos de combate y armas, o la restricción de su empleo	134
4. El derecho internacional humanitario y su aplicación en Colombia	136
5. El artículo 3 común a los Convenios de Ginebra	145
5.1. Ámbito de aplicación personal	147
5.2. Trato humano	148
5.3. Asistencia a los heridos y enfermos	148
5.4. El derecho de iniciativa humanitaria	149
5.5. Acuerdos especiales	149
6. El Protocolo II Adicional a los Convenios de Ginebra	149
6.1. Ámbito de aplicación material	150
6.2. Ámbito de aplicación personal	150
6.3. Trato humano	151
6.4. Heridos, enfermos y náufragos	152
6.5. Protección de la población civil	153
7. Legitimación activa en materia de infracciones al derecho internacional humanitario	159

8. Infracciones al derecho internacional humanitario	155
8.1. Infracciones relacionadas con los derechos de las personas que no participan directamente de las hostilidades	156
8.2. Infracciones relacionadas con el deber de protección a los heridos, enfermos y náufragos	192
8.3. Infracciones relacionadas con el deber de protección del personal sanitario y religioso	196
8.4. Infracciones relacionadas con el deber de protección a unidades y medios de transporte sanitario	201
8.5. Infracciones relacionadas con el deber de protección del signo distintivo	204
8.6. Infracciones relacionadas con el deber de protección de los bienes civiles	207

**Tipología de las infracciones** 219

**Capítulo XVIII**

**El desplazamiento forzado**

<b>El desplazamiento forzado</b>	225
1. Introducción	225
2. Los desplazados internos	229
3. Derechos de los desplazados	235
3.1. Principio de igualdad y no discriminación de la población desplazada	236
3.2. Obligación de aplicar los Principios Rectores y de prestar la asistencia humanitaria sin discriminación alguna	238
3.3. Obligación estatal de proporcionar protección y asistencia humanitaria a los desplazados	239
3.4. Alcance del deber de protección durante el desplazamiento	241
3.5. El retorno, el reasentamiento y la reintegración	244

**Tipología de las violaciones** 247

**Capítulo XIX**

**Las obligaciones del Estado en relación con los derechos económicos, sociales y culturales**

<b>Las obligaciones del Estado en relación con los derechos económicos, sociales y culturales</b>	253
I. Introducción	253

2. La índole de las obligaciones asumidas por los Estados Partes del PIDESC y del Protocolo de San Salvador	257
2.1. El concepto de “progresiva efectividad” del goce de los derechos	257
2.2. El alcance del compromiso sobre adopción de medidas	260
2.3. Obligaciones de carácter mínimo	266
2.4. Aplicación de los derechos económicos, sociales y culturales por los tribunales nacionales	267

## Capítulo XX

### El derecho a la educación

	269
1. Introducción	269
2. Obligaciones generales de los Estados	277
3. Características comunes a todos los niveles de educación	281
4. Características específicas de cada nivel de educación	285
4.1. La enseñanza primaria	286
4.2. La enseñanza secundaria	288
4.3. Enseñanza técnica y profesional	293
4.4. El derecho a la enseñanza superior	294
4.5. El derecho a la educación fundamental	296
5. La implantación de un sistema adecuado de becas y la mejora de condiciones del cuerpo docente	298
6. La obligación de no discriminación e igualdad de trato	299
7. Propósitos de la educación	311
8. Libertad académica	315

### Tipología de las violaciones

319

## Capítulo XXI

### El derecho a la salud

	323
1. Introducción	323
2. Elementos esenciales del derecho a la salud	330
3. Obligaciones legales de los Estados Partes	335
3.1. Obligaciones de carácter general	335
3.2. Obligaciones de carácter específico	338
4. Obligaciones mínimas que deben cumplir los Estados	341
5. El principio de no discriminación e igualdad de trato	343

6. Algunas medidas que deben adoptar los Estados para hacer efectivo el derecho a la salud	357
6.1. Reducción de la mortalidad y de la mortalidad infantil (art. 12.2.a) PIDESC)	357
6.2. El mejoramiento de todos los aspectos de la higiene ambiental e industrial (art. 12.2.b) PIDESC)	358
6.3. La prevención y el tratamiento de las enfermedades epidémicas, endémicas, profesionales y de otra índole, y la lucha contra ellas (art. 12.2.c) PIDESC)	360
6.4. La creación de condiciones que aseguren a todos asistencia médica y servicios médicos en caso de enfermedad física o mental (art. 12.2.d) del PIDESC)	361

**Tipología de las violaciones** 363

**Capítulo XXII**

**El derecho a la seguridad social** 369

1. Introducción	369
2. Alcance y contenido del derecho a la seguridad social	373
2.1. Exigibilidad del derecho a la seguridad social	374
2.2. Cobertura del derecho a la seguridad social	376
3. Obligaciones en la prestación del servicio	378
3.1. Obligación del Estado	378
3.2. Obligación del empleador	379
3.3. Obligación de no discriminación y relación con la promoción de igualdad	380

**Tipología de las violaciones** 386

**Capítulo XXIII**

**El derecho a una vivienda digna** 389

1. Introducción	389
2. El contenido del derecho a la vivienda adecuada	391
3. El alcance de las obligaciones asumidas por los Estados	398
3.1. Obligaciones legales de carácter general	398
3.2. Obligaciones legales de carácter específico	405

4. La prohibición de discriminación	413
<b>Tipología de las violaciones</b>	418
<b>Capítulo XXIV</b>	
<b>El derecho al trabajo</b>	421
1. Introducción	421
2. Obligación de no discriminación en el ámbito del empleo y la ocupación	428
2.1. La igualdad de remuneración entre hombres y mujeres	439
3. Salud y seguridad en el trabajo	443
4. Medidas especiales de protección de la mujer	449
<b>Tipología de las violaciones</b>	452
<b>Capítulo XXV</b>	
<b>El derecho a un medio ambiente sano</b>	455
1. Introducción	455
2. Alcance del derecho al medio ambiente en el ámbito del derecho internacional de los derechos humanos (DIDH)	462
2.1. Sistema universal de protección de los derechos humanos	463
2.2. Sistema interamericano de protección de los derechos humanos	467
2.3. Sistema europeo de protección de los derechos humanos	472
3. Alcance del derecho a un ambiente sano en el derecho nacional	478
<b>Tipología de las violaciones</b>	485
<b>Anexo</b>	
Principales tratados de derechos humanos y derecho humanitario en vigor en Colombia	491
<b>Bibliografía</b>	503

## 1. Introducción

La protección de los derechos humanos de las mujeres en el ordenamiento jurídico internacional tiene su origen en la Declaración Universal de los Derechos Humanos de 1948, que se supone aplicable a todas las personas, sean éstas mujeres u hombres. Dicha Declaración establece en primer término que: “Todos los seres humanos nacen libres e iguales en dignidad y derechos...”(art. 1). En segundo lugar afirma que: “Toda persona tiene todos los derechos y libertades proclamados en esta Declaración, sin distinción alguna de raza, color, sexo, idioma, religión, opinión política o de cualquier otra índole, origen nacional o social, posición económica, nacimiento o cualquier otra condición” (art. 2), y en tercer lugar señala que: “Todos son iguales ante la ley y tienen, sin distinción, derecho a igual protección de la ley” (art. 7). Este principio universal ha sido recogido en la Constitución Política de Colombia (CP) (arts. 13, 40 y 43).

Sin embargo, un análisis a fondo de los elementos normativos, estructurales y culturales que componen este marco jurídico internacional de protección de los derechos humanos de las mujeres, incluyendo la Convención Americana sobre Derechos Humanos (en adelante Convención Americana), el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos (PIDCP) y el Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales (PIDESC), permite concluir que situaciones esenciales de las mujeres han quedado fuera de los mismos. Por ejemplo, el derecho a participar en la toma de decisiones, el derecho a la nacionalidad de las mujeres casadas en forma autónoma a la de su marido, el derecho a vivir sin violencia, el derecho al apoyo en la crianza de los hijos y en el trabajo doméstico, el derecho a decidir sobre la maternidad, el derecho a satisfacer necesidades básicas, entre otros, no han sido tomados en cuenta por estos instrumentos. Por este motivo, tanto internacional como regionalmente se han promulgado distintas convenciones internacionales que tratan específicamente estos temas, por ejemplo: la Convención de las Naciones Unidas sobre los derechos políticos de la mujer de 1952, o la Convención Interamericana para prevenir, sancionar y erradicar la violencia contra la mujer, conocida como Convención de Belém do Pará<sup>1</sup> de 1995.

Entró en vigor en Colombia el 15 de diciembre de 1996, en virtud de la Ley 248 de 1995.

1

Cronológicamente se pueden mencionar las siguientes conferencias, declaraciones y convenciones internacionales que se han desarrollado en el ámbito de las Naciones Unidas sobre el tema de la mujer, y que han supuesto un avance en su situación.

- 1945      Preámbulo de la Carta de las Naciones Unidas  
Reafirma “La fe en los derechos humanos fundamentales (...) en la igualdad de derechos de hombres y mujeres”.  
Comisión sobre la Condición de la Mujer (Centro Tribuna Internacional de la mujer, 1994)
  
- 1946      Resultado de la Subcomisión sobre la condición de la mujer, creada por el Consejo Económico y Social de las Naciones Unidas (Ecosoc) durante la Primera Asamblea General de las Naciones Unidas realizada en San Francisco.
  
- 1948      Declaración Universal de los Derechos Humanos  
Art. 2: “(...) cada uno es titular de todos los derechos y libertades fijadas en esta Declaración sin distinción de ningún tipo, ya sea raza, color, sexo (...)”.
  
- 1949      Convención para la supresión del tráfico ilegal de personas y la explotación de la prostitución de otros
  
- 1951      Convenio 100 de la OIT sobre igual remuneración por igual trabajo sin distinción de sexo<sup>2</sup>
  
- 1952      Convención sobre los derechos políticos de la mujer<sup>3</sup>  
Tiene como objetivo asegurar que todas las mujeres tengan el derecho a votar en todas las elecciones, ser candidatas para todos los puestos políticos y ejercer la función pública en igualdad de condiciones que los varones.
  
- 1957      Convención sobre la nacionalidad de las mujeres casadas  
Establece que el matrimonio no afectará automáticamente la nacionalidad de la esposa.

2      Entró en vigor en Colombia el 4 de marzo de 1969, en virtud de la Ley 23 de 1967.

3      Entró en vigor en Colombia el 5 de agosto de 1986, en virtud de la Ley 35 de 1986.

- 1967 Declaración sobre la eliminación de todas las formas de discriminación contra la mujer  
Tiene como finalidad asegurar el reconocimiento universal, tanto en la legislación como en los hechos, del principio de igualdad entre hombres y mujeres.
- 1968 Declaración de Teherán  
Insta a todos los Estados miembros a promover las libertades y dignidad de todas las personas, y a terminar con la discriminación contra las mujeres en el mundo entero.
- 1974 Declaración sobre la protección de la mujer y el niño en estados de emergencia o de conflicto armado.
- 1975 Conferencia Mundial del Año Internacional de la Mujer  
Declaración de México sobre la igualdad de las mujeres y su contribución al desarrollo y la paz
- 1976-1985 Decenio de las Naciones Unidas para la Mujer: igualdad, desarrollo y paz (Nairobi)
- 1976 Tribunal de Crímenes contra la Mujer (Bruselas)
- 1979 Convención sobre la eliminación de todas las formas de discriminación contra la mujer (en adelante Convención de la Mujer).<sup>4</sup> Establece a su vez un Comité para la eliminación de la discriminación contra la mujer (CEDAW, por su sigla en inglés) con el fin de examinar los progresos realizados en la aplicación de la Convención.  
Se propone garantizar su pleno desarrollo con el fin de modificar las estructuras sociales y culturales fundadas en los estereotipos de género y asegurar la igualdad de derechos para la mujer en todas las esferas de su vida. Por primera vez se reconoce que la discriminación contra las mujeres es una violación de los derechos humanos. Aporta una nueva concepción de discriminación contra la mujer y la igualdad de sexos en su artículo 1.

Entró en vigor en Colombia el 19 de febrero de 1982, en virtud de la Ley 51 de 1981.

- 1980 Conferencia Mundial para la Mitad del Decenio de la Mujer (Copenhague)  
Tiene como finalidad evaluar los avances obtenidos desde 1975 en áreas de salud, educación y empleo de las mujeres. Se convocó al constatarse indicadores negativos en estas áreas a pesar de los compromisos asumidos por los gobiernos con el Plan de Acción para el Adelanto de la Mujer aprobado durante la Conferencia de México.
- 1984 Estudio mundial sobre el papel de la mujer en el desarrollo  
Constituye el primer reconocimiento oficial acerca de la importancia central de la mujer en todas las temáticas relativas al desarrollo a nivel macro y microeconómico, marcando un hito histórico en el tratamiento del tema dentro del sistema de las Naciones Unidas.
- 1985 Tercera Conferencia Mundial de las Naciones Unidas sobre la Mujer (Nairobi)  
Marca el final del decenio. Recomendó a los Estados Partes un conjunto de 372 acciones necesarias para la eliminación de muchas de las prácticas discriminatorias que mantienen a las mujeres subordinadas en el mundo: “Las estrategias de Nairobi”.
- 1993 Declaración de Viena  
Adoptada por la Conferencia Mundial de los Derechos Humanos. Reconoció que “(...) los derechos humanos de las mujeres y de las niñas son parte inalienable, integral e indivisible de los derechos humanos universales”. Reconoció que la violencia y todas las formas de acoso y explotación sexuales, en especial las que resultan de prejuicios culturales, y la trata internacional de personas, son incompatibles con la dignidad humana. Insistió en la necesidad de erradicarlas mediante medidas legislativas y políticas integrales con apoyo de la cooperación internacional.  
Otros dos logros importantes son: a) el encargo que se hizo a la Comisión Jurídica y Social de la Mujer y el Comité para la Eliminación de la Discriminación contra la Mujer para que estudiaran la posibilidad de introducir el derecho de petición mediante un Protocolo Facultativo a la Convención de la Mujer; b) respaldo a la Comisión de Derechos Humanos para nombrar una relatoría especial sobre violencia contra la mujer.

- 1993 Declaración sobre la eliminación de violencia contra la mujer.  
 Considera todas las formas de violencia contra las mujeres y las niñas como una violación de los derechos humanos y un atentado contra la dignidad de la persona.
- 1994 Conferencia Mundial sobre Población y Desarrollo (El Cairo)  
 El Plan de Acción emanado reafirmó los conceptos aprobados durante la Conferencia de Viena de 1993 que señala la aplicabilidad de los derechos humanos indivisibles y universalmente reconocidos en el campo de la salud sexual y reproductiva de los hombres y las mujeres; reconoce la integridad física del ser humano y la igualdad de relaciones entre hombres y mujeres; y establece que el control de la reproducción es un derecho humano de todas las personas, individualmente y en pareja.
- 1995 Cumbre Mundial de Desarrollo Social  
 Las ONG y los movimientos de mujeres participaron activamente, logrando que los gobiernos asumieran algunos compromisos concretos particularmente importantes en la creación de las condiciones necesarias para garantizar la igualdad de oportunidades en el acceso al desarrollo. Se centró principalmente en la pobreza, el desempleo y la exclusión social.
- 1995 Cuarta Conferencia Mundial sobre la Mujer (Beijing)  
 Especial importancia tomó el proceso preparatorio hacia Beijing, en el cual se estudiaron dos documentos centrales que fueron aprobados durante la Conferencia: el Estudio mundial sobre el papel de las mujeres en el desarrollo y la Plataforma de Acción Mundial, que contiene seis secciones.
- 1995 Declaración de la Unesco sobre la contribución de las mujeres a una cultura de paz.
- 1999 Protocolo facultativo de la Convención sobre la eliminación de todas las formas de discriminación contra la mujer.
- 2000 Beijing + 5 mujeres 2000: igualdad de género, desarrollo y paz para el siglo XXI.

Consistió en una sesión especial de la Asamblea General de las Naciones Unidas que tuvo como objetivo valorar y evaluar el progreso alcanzado con la puesta en práctica de las Estrategias de Nairobi orientadas hacia el futuro para el adelanto de la mujer, y la Plataforma de Acción de Beijing cinco años después de su aprobación.

La sección tres de la Plataforma de Acción Mundial describe las llamadas doce áreas o esferas críticas de preocupación, que abordan los problemas centrales u obstáculos existentes para el adelanto de las mujeres:

- Persistente y creciente carga de la pobreza que afecta a la mujer.
- Disparidades e insuficiencias y desigualdad de acceso en materia de educación y capacitación.
- Disparidades e insuficiencias y desigualdad de acceso en materia de atención de la salud y servicios conexos.
- Violencia contra la mujer.
- Consecuencias de los conflictos armados y de otro tipo en las mujeres, incluidas las que viven bajo ocupación extranjera.
- Desigualdad en las estructuras y políticas económicas, en todas las formas de actividades productivas y en el acceso a los recursos.
- Desigualdad entre la mujer y el hombre en el ejercicio del poder y en la adopción de decisiones a todos los niveles.
- Falta de mecanismos suficientes a todos los niveles para promover el adelanto de la mujer.
- Falta de respeto y promoción y protección insuficientes de los derechos humanos de la mujer.
- Estereotipos sobre la mujer y desigualdad de acceso y participación de la mujer en todos los sistemas de comunicación, especialmente en los medios de difusión.
- Desigualdades basadas en el género en la gestión de los recursos naturales y la protección del medio ambiente.
- Persistencia de la discriminación contra la niña y violación de sus derechos.<sup>5</sup>

## 2. La discriminación contra la mujer

Tanto el PIDCP como el PIDESC, consagran en sus artículos 3 la igualdad del hombre y de la mujer en el goce de los derechos civiles y políticos, y de los derechos económicos, sociales y culturales. El Comité de Derechos Humanos, al interpretar el alcance de este artículo, señaló que:

**En virtud de la obligación de garantizar a todas las personas los derechos reconocidos en el Pacto, establecida en los artículos 2 y 3, los Estados Partes deben adoptar todas las medidas necesarias para hacer posible el goce de estos derechos y que disfruten de ellos. Esas medidas comprenden las de eliminar los obstáculos que se interponen en el goce de esos derechos en condiciones de igualdad, dar instrucción a la población y a los funcionarios del Estado en materia de derechos humanos y ajustar la legislación interna a fin de dar efecto a las obligaciones enunciadas en el Pacto. El Estado Parte no sólo debe adoptar medidas de protección sino también medidas positivas en todos los ámbitos a fin de dar poder a la mujer en forma efectiva e igualitaria (...).<sup>6</sup>**

La tendencia observada con relación a los análisis sobre la situación jurídica de las mujeres en Latinoamérica y en otras regiones del mundo, es aquella que recurre al estudio formal de los textos legales existentes, concluyendo que las mujeres gozan de igualdad de derechos en relación con los hombres porque no existen normas discriminatorias. Esta situación queda ejemplificada en el caso de los Estados en los que se establece en sus constituciones la igualdad de derechos entre hombres y mujeres. Sin embargo, cuando se recurre al análisis integral del sistema jurídico, se obtienen resultados diferentes.

Para realizar un estudio integral de la situación jurídica de la mujer es necesario considerar dos componentes centrales:

- El primero hace referencia a los elementos que caracterizan el sistema jurídico y que son complementarios:

**a) En el ámbito normativo.**

**El caso típico de discriminación jurídica en el ámbito normativo es la falta de legislación sobre problemas específicos de derechos humanos**

Observación General  
Comité de Derechos  
Humanos

Doctrina  
Ana Elena Badilla

Comité de Derechos Humanos, Observación General No. 28, "La igualdad de derechos entre hombres y mujeres", párr. 3.

6

de las mujeres, por ejemplo la violencia doméstica. Generalmente en estos casos, los legisladores o políticos alegan que ese problema ya está regulado en otra disposición general y que por ello no es necesaria una ley específica; o que el problema no afecta sólo a las mujeres, por tanto debe adoptarse una ley que proteja a toda la familia. Aquí se desconoce, en la ley positiva, la especificidad de los problemas que afectan a las mujeres.

b) En el ámbito estructural.

En este ámbito es común que, aun habiendo dedicado una ley específica para resolver el problema que afecta a las mujeres, no se crean procedimientos efectivos para garantizar el cumplimiento de sus derechos ni se señalan instituciones responsables para hacerla cumplir.

c) En el ámbito cultural.

A nivel cultural, lo más frecuente es el desconocimiento de la legislación que protege los derechos de las mujeres, no sólo por parte de las mismas mujeres o de la población en general sino, lo que es más grave, por el desconocimiento de los funcionarios responsables de su aplicación.<sup>7</sup>

- El segundo componente es el concepto de discriminación que se utiliza como marco analítico. En este sentido, es adecuado remitirse al elaborado por la Organización de las Naciones Unidas. La Convención para la eliminación de todas las formas de discriminación contra la mujer define la discriminación contra ésta como:

(...) toda distinción, exclusión o restricción basada en el sexo que tenga por objeto o por resultado menoscabar o anular el reconocimiento, goce o ejercicio por la mujer, independientemente de su estado civil, sobre la base de la igualdad del hombre y la mujer, de los derechos humanos y las libertades fundamentales en las esferas política, económica, social cultural y civil o en cualquier otra esfera.

Esta definición cubre toda diferencia de tratamiento por razón de sexo que: 1) de manera intencional o no intencional, ponga a la mujer en desventaja;

Artículo 1.  
Convención para la  
eliminación de  
todas las formas  
de discriminación  
contra la mujer

7

Ana Elena Badilla, *La discriminación de género en la legislación centroamericana*, en Instituto Interamericano de Derechos Humanos, Serie de Estudios Básicos de Derechos Humanos, tomo IV, San José, 1996, pp. 265 y 266.

2) impida el reconocimiento por toda la sociedad de los derechos de la mujer en las esferas públicas y privadas; 3) impida que la mujer ejerza sus derechos.

La amplitud del concepto permite incluir gran diversidad de conductas y hechos, así como disposiciones legales que aún cuando no sean discriminatorias en forma expresa, sí lo pueden ser por exclusión o por sus resultados. Se puede afirmar entonces que una ley puede ser discriminatoria contra la mujer si restringe de alguna manera sus derechos como persona o si los resultados de esa ley excluyen a las mujeres o las restringen en su capacidad jurídica.

Como resultado de la aplicación de los dos componentes anteriores se obtiene un análisis integral de género sobre la situación jurídica de la mujer, capaz de identificar los sexismos existentes en cada uno de los elementos que caracterizan su sistema jurídico, así como las discriminaciones tanto expresas como implícitas que puedan existir en un determinado sistema legal.

### 2.1. La Convención sobre la eliminación de todas las formas de discriminación contra la mujer

En 1979 las Naciones Unidas aprobaron la Convención sobre la eliminación de todas las formas de discriminación contra la mujer, en cuyo preámbulo expresa su preocupación porque, a pesar de la existencia de diversas resoluciones, declaraciones y recomendaciones para favorecer la igualdad de derechos entre hombres y mujeres, éstas siguen siendo objeto de graves discriminaciones. Igualmente recuerda que la discriminación contra la mujer viola los principios de igualdad de derechos y respeto de la dignidad humana, limitando la plena participación de las mujeres en la vida política, social, económica y cultural de los países.

La Convención establece derechos de las mujeres en nueve áreas o ámbitos, así como obligaciones para los Estados, a fin de lograr la igualdad entre mujeres y hombres:

1. En la esfera política y pública, destaca los derechos al voto y a ser electas en elecciones públicas, a participar en la formulación de políticas gubernamentales, a ocupar cargos públicos, a ejercer funciones públicas y a representar al gobierno internacionalmente.
2. En el ámbito de la nacionalidad, contempla el derecho a adquirir, cambiar o conservar la nacionalidad independientemente de su estado civil.
3. En el campo de la educación, protege el acceso al estudio, a la orientación y capacitación laboral y profesional, la igualdad de oportunidades para

- becas y subvenciones de estudio, la eliminación de contenidos y prácticas estereotipados sobre los papeles femenino y masculino, la reducción de las tasas de deserción femenina y el acceso al deporte y la educación física.
4. Con relación al trabajo, afirma el derecho a las mismas oportunidades, a elegir libremente profesión y empleo, a la estabilidad en el trabajo, a igual remuneración y a la seguridad social, a la protección de su salud y a la seguridad ocupacional.
  5. En el área de la salud, obliga a la creación de condiciones que posibiliten la igualdad de las mujeres en el acceso a los servicios de atención médica y de planificación familiar.
  6. Igualmente protege derechos económicos en áreas en que las mujeres han sido tradicionalmente discriminadas y excluidas, como el acceso al crédito y a prestaciones familiares.
  7. Dedicar una sección a las mujeres rurales, reconociéndoles el derecho a participar en la elaboración y ejecución de planes de desarrollo, el acceso a servicios adecuados de atención médica, el beneficio directo de la seguridad social, a obtener educación y formación académica y no académica, y el acceso a créditos y a prestaciones familiares.
  8. Reconoce la capacidad jurídica de las mujeres en materias civiles como firmar contratos, administrar bienes, circular libremente y elegir residencia.
  9. Con relación al matrimonio y las relaciones familiares, faculta a las mujeres a elegir libremente el cónyuge y contraer matrimonio con pleno consentimiento; otorga igualdad de derechos y responsabilidades durante el matrimonio y, como progenitores, a decidir libre y responsablemente el número de hijos, a elegir su apellido, a la vez que les garantiza los mismos derechos en materia de propiedad y administración de bienes.

Esta Convención constituye, sin duda alguna, el principal instrumento internacional de derechos humanos para las mujeres. El Protocolo Facultativo a esta Convención establece la competencia del Comité para la Eliminación de la Discriminación contra la Mujer a fin de recibir y considerar las comunicaciones presentadas por las personas o grupos de personas que se hallen bajo la jurisdicción de un Estado Parte que aleguen ser víctimas de una violación por ese Estado de cualquiera de los derechos enunciados en la Convención.

Adicionalmente, esta Convención presenta algunas omisiones como la violencia de género, problema que a la fecha de ser aprobada, no había adquirido la visibilidad que tiene hoy día. No obstante, la Asamblea General de las Naciones Unidas aprobó en 1993 la Declaración sobre la eliminación de la violencia contra la mujer y el Comité para la Eliminación de la Discriminación contra la Mu-

jer ha adoptado varias medidas y aprobado recomendaciones relativas a la violencia contra las mujeres en la familia y otros ámbitos, entre éstas la recomendación general 12 y la 19. Esta última insta a los Estados a tomar medidas para prevenir y erradicar la violencia contra las mujeres, identificando después de un profundo examen de la Convención aquellas secciones en las que ésta cuestión es tratada implícitamente (véase el numeral 5 de este capítulo: La violencia contra la mujer).

De conformidad con lo establecido en la CP, Colombia es un Estado social de derecho que tiene como uno de sus fines esenciales garantizar el ejercicio pleno de los derechos humanos de las personas sin distinciones de raza, sexo, edad o religión.

En este sentido, la CP reconoce y protege los derechos de las mujeres a través de diversos artículos que contienen derechos tales como, a la vida (art. 11), a la igualdad entre de hombres y mujeres (art. 13), a la no discriminación de la mujer (art. 43), a la igualdad de derechos entre los niños y las niñas (art. 44), a la intimidad (art. 15), al libre desarrollo de la personalidad (art. 16), a la libertad de conciencia (art. 18), a la salud (art. 49), a la educación (art. 67), a los derechos de los adolescentes (art. 45), y el derecho a conformar una familia y decidir responsablemente el número de hijos (art. 42).

En materia de discriminación contra la mujer, el Estado ratificó la Convención, y adquirió obligaciones de carácter internacional que deben ser de obligatorio cumplimiento de acuerdo con los artículos 93 y 95 de la CP. Teniendo en cuenta que la Ley 51 de 1981 al ratificar un tratado internacional que reconoce derechos humanos, adquirió rango constitucional, todos los desarrollos normativos en cualquier nivel deben atender los principios en él consagrados, dentro de los cuales se encuentra la igualdad del hombre y la mujer y la prohibición de la discriminación contra la mujer.

Concretamente, y en desarrollo de los instrumentos internacionales de derechos humanos ratificados por el Estado se han expedido normas de singular importancia, tales como la Ley 82 de 1993, por medio de la cual se expiden normas para apoyar de manera especial a la mujer cabeza de familia.

La citada ley ampara a la mujer que, siendo soltera o casada, tenga a su cargo, económica o socialmente, en forma permanente a sus hijos menores propios u otras personas incapaces o incapacitadas para trabajar, ya sea por ausencia permanente o incapacidad física, sensorial, psíquica y moral del cónyuge o compañero permanente o deficiencia sustancial de ayuda de los demás miembros del núcleo familiar. Así mismo, establece la necesidad de buscar mecanismos eficaces para dar una protección especial a estas mujeres en materia de seguridad social con la finalidad de buscar su protección integral y la prestación

de servicios en forma efectiva. A su vez, otorga prioridad de establecimientos y acceso a servicios educativos para los hijos menores de la mujer cabeza de familia. En conclusión, se puede señalar que la referida ley pretende propender por el desarrollo en programas especiales de salud, educación, vivienda, seguridad social, crédito y empleo para la mujer cabeza de familia.

De otra parte, la Ley 750 de 2002, consagra normas sobre apoyo especial en materia de prisión domiciliaria y trabajo comunitario a la mujer cabeza de familia. En la citada ley se establece que la pena privativa de la libertad se cumplirá en el lugar de residencia o en el lugar señalado por el juez en caso de que la víctima de la conducta punible resida en el mismo sitio, siempre que se cumplan determinados requisitos. Se exceptúan de la aplicación de la ley las autoras o partícipes de los delitos de genocidio, homicidio, delitos contras las personas y bienes protegidos por el derecho internacional humanitario (DIH), extorsión, secuestro o desaparición forzada.

En materia de protección a la mujer rural, la Ley 731 de 2002, tiene por objeto mejorar la calidad de vida de las mujeres rurales, dando prioridad a aquellas de bajos recursos; a su vez, consagra medidas específicas encaminadas a acelerar la equidad entre el hombre y la mujer rural. La ley establece la participación de las mujeres rurales en los fondos de financiamiento del sector rural, la protección en materia de seguridad social, educación, capacitación, recreación, participación en órganos de decisión e igualdad en remuneración.

### 3. El derecho a la igualdad en el matrimonio y en las relaciones familiares

Conforme al apartado 4 del artículo 23 del PIDCP, “Los Estados Partes en el presente Pacto tomarán las medidas apropiadas para asegurar la igualdad de derechos y de responsabilidades de ambos esposos en cuanto al matrimonio, durante el matrimonio y en caso de disolución del mismo. En caso de disolución, se adoptarán las disposiciones que aseguren la protección necesaria a los hijos”. Asimismo, la Convención Americana consagra en su artículo 17.4 la igualdad de derechos de los esposos en el matrimonio.

El Comité de Derechos Humanos al interpretar el artículo 23 del PIDCP clarificó que en el matrimonio:

**(...) no debe haber discriminación alguna basada en el sexo en cuanto a la adquisición o pérdida de la nacionalidad por razón del matrimonio. Asimismo, debería salvaguardarse el derecho de cada cónyuge a seguir utilizando su propio apellido o a participar en condiciones de igualdad en la elección de un nuevo apellido.**

Durante el matrimonio, los esposos deben tener iguales derechos y responsabilidades en la familia. Esta igualdad se aplica también a todas las cuestiones derivadas del vínculo matrimonial, como la elección de residencia, la gestión de los asuntos del hogar, la educación de los hijos y la administración de los haberes. Esta igualdad también es aplicable a los arreglos relativos a la separación legal o la disolución del matrimonio.

Así, debe prohibirse todo trato discriminatorio en lo que respecta a los motivos y los procedimientos de separación o de divorcio, la custodia de los hijos, los gastos de manutención o pensión alimentaria, el derecho de visita, y la pérdida y la recuperación de la patria potestad, teniendo en cuenta el interés primordial de los hijos a este respecto (...).<sup>8</sup>

Posteriormente, en la Observación General No. 28, el Comité indicó que la igualdad de derechos y responsabilidades reconocidas a los esposos en el artículo 23.4 del PIDCP también debe ser reconocida respecto a las llamadas “uniones de hecho” y a las familias monoparentales, es decir, cuando una mujer soltera tiene a su cargo uno o más hijos:

Al dar efecto al reconocimiento de la familia en el contexto del artículo 23, es importante aceptar el concepto de las diversas formas de familia, con inclusión de las parejas no casadas y sus hijos y de las familias monoparentales y sus hijos, así como de velar por la igualdad de trato de la mujer en esos contextos (véase la observación general No. 19, párrafo 2). La familia monoparental suele consistir en una mujer soltera que tiene a su cargo uno o más hijos y los Estados Partes deberán describir las medidas de apoyo que existan para que pueda cumplir sus funciones de progenitora en condiciones de igualdad con el hombre que se encuentre en situación similar.<sup>9</sup>

El primer análisis [del sistema interamericano de protección de los derechos humanos] que conlleva expresamente una connotación de género surgió en el contexto de una solicitud de opinión consultiva presentada a

Observación General  
Comité de Derechos  
Humanos

Comité de Derechos Humanos, Observación General No. 19, “La protección de la familia, el derecho al matrimonio y la igualdad de los esposos”, párrs. 7-9.

Comité de Derechos Humanos, Observación General No. 28, “La igualdad de derechos entre hombres y mujeres”, párr. 27.

8

9

la Corte Interamericana. En 1983, el Estado de Costa Rica solicitó a la Corte que examinara la compatibilidad de varias enmiendas propuestas a su Constitución en materia de nacionalidad y naturalización. Una de las enmiendas habría conferido a mujeres extranjeras que contrajeran nupcias con ciudadanos costarricenses, ciertas consideraciones especiales para obtener la ciudadanía, sin la correspondiente reciprocidad en el caso de hombres extranjeros en la misma situación. La Corte Interamericana, al pronunciar su opinión, se fundamentó en la jurisprudencia básica del sistema europeo y razonó que la distinción en el tratamiento es discriminatoria cuando “carece de justificación objetiva y razonable”.<sup>\*</sup> La Corte determinó que la preferencia de otorgar a una esposa la nacionalidad de su marido, estaba fundamentada en la práctica histórica de conferir al esposo y padre autoridad en el seno del matrimonio y la familia y que, por lo tanto, era “consecuencia de la desigualdad conyugal”.<sup>\*\*</sup> En virtud de lo anterior la Corte determinó que no se podía justificar la distinción propuesta y que era incongruente con el derecho a igual protección enunciado en el artículo 24 y con la disposición de que los Estados “deben tomar medidas apropiadas para asegurar la igualdad de derecho y la adecuada equivalencia de responsabilidades ...en cuanto al matrimonio” (artículo 17).<sup>10</sup>

Respecto a la igualdad de derechos y responsabilidades de los esposos en cuanto al matrimonio, durante y en caso de disolución del mismo, conviene tener en cuenta, además del PIDCP y de la Convención Americana, la Convención de la Mujer ya que amplía el contenido y alcance de este derecho.

El Comité para la Eliminación de la Discriminación contra la Mujer interpretó el alcance de este derecho en su Recomendación General No. 21, relativa a la igualdad en el matrimonio y en las relaciones familiares, tomando como base

\* Corte I.D.H., Opinión Consultiva OC-4/84, *supra* párrafo 56 (en que se cita la sentencia del 23 de julio de 1968 de la Corte Europea de Derechos Humanos en el caso del lingüista [sic] Bélgica, Ser. A, No. 6, párrafo 34). Ejemplos adicionales de la aplicación de esta norma por parte de la Corte Europea pueden encontrarse en: Ct.E.D.H., Marckx contra Bélgica, sentencia del 13 de marzo de 1978, Ser. A, No. 31, párrafos 33 al 34 y 38 al 43; Rasmussen contra Dinamarca, Sentencia del 28 de noviembre de 1984, Ser. A, No. 87, párrafos 38 al 42, Abdulaziz Cabales y Balkandali contra el Reino Unido, sentencia del 28 de mayo de 1985, Ser. A, No. 94, párrafos 72 y 74 al 83.

\*\* La norma aplicada es congruente también con la del Comité de Derechos Humanos, “Una diferenciación fundamentada en criterios razonables y objetivos no representa discriminación prohibida en el marco del significado del artículo 26” (del Pacto de Derechos Civiles y Políticos). Broeks contra los Países Bajos, Comunicado No. 172/1984, opinión adoptada el 9 de abril de 1987, Informe del Comité de Derechos Humanos 1987, Doc. de la ONU A/42/40, Anexo VIII,B, 139, párrafo 13. Véase comentario General No. 18 (37) (no discriminación), Informe del Comité de Derechos Humanos 1990, Doc. de la ONU A/45/40, vol. I, p. 173.

10 Comisión Interamericana de Derechos Humanos (CIDH), Informe de la CIDH sobre la Condición de la Mujer en las Américas, OEA/Ser.L/V/II.100, Doc. 17, del 13 de octubre de 1998, I.B.2.

los artículos 9 (derecho a la nacionalidad), 15 (igualdad ante la ley) y 16 (igualdad con motivo de la disolución de matrimonio) de la Convención de la Mujer.

Respecto al artículo 15 de la Convención de la Mujer, que reconoce la igualdad ante la ley, la capacidad jurídica idéntica, así como igual libertad para circular y elegir el lugar de residencia y domicilio de hombre y mujeres, el Comité para la Eliminación de la Discriminación contra la Mujer señaló que:

**Cuando la mujer no puede celebrar un contrato en absoluto, ni tener acceso a créditos financieros, o sólo lo puede hacer con el consentimiento o la garantía de su marido o un pariente masculino, se le niega su autonomía jurídica. Toda restricción de ese género le impide poseer bienes como propietaria exclusiva y le imposibilita la administración legal de sus propios negocios o la celebración de cualquier otro tipo de contrato. Las restricciones de dicha índole limitan seriamente la capacidad de la mujer para proveer a sus necesidades o a las de sus familiares a cargo.**

(...) Cuando los países limitan la capacidad jurídica de una mujer mediante sus leyes, o permiten que los individuos o las instituciones hagan otro tanto, le están negando a la mujer su derecho de igualdad con el hombre y limitan su capacidad para proveer a sus necesidades y a las de sus familiares a cargo.<sup>11</sup>

Respecto a la igualdad de derechos del hombre y de la mujer a decidir libre y responsablemente el número de hijos y el intervalo entre los nacimientos, así como el derecho a tener información y educación sobre los medios que les permitan ejercer esos derechos, reconocido en el artículo 16, párrafo 1, inciso e) de la Convención de la Mujer, el Comité para la Eliminación de la Discriminación contra la Mujer señaló que:

**21. Las obligaciones de la mujer vinculadas a la crianza y educación de los hijos afectan a su derecho de acceso a la educación, al empleo y a otras actividades referentes a su desarrollo personal, además de imponerle una carga de trabajo injusta. El número y espaciamiento de los hijos repercuten de forma análoga en la vida de la mujer e influyen también en su salud física y emocional, así como en la de sus hijos. Por estas razones, la mujer tiene derecho a decidir el número y el espaciamiento de sus hijos.**

Comité para la Eliminación de la Discriminación contra la Mujer, Recomendación General No. 21. "La igualdad en el matrimonio y en las relaciones familiares", párrs. 7 y 8.

Recomendación General  
Comité para la  
Eliminación de la  
Discriminación contra  
la Mujer

Recomendación General  
Comité para la  
Eliminación de la  
Discriminación contra  
la Mujer

22. (...) La decisión de tener hijos, si bien de preferencia debe adoptarse en consulta con el cónyuge o el compañero, no debe, sin embargo, estar limitada por el cónyuge, el padre, el compañero o el gobierno. A fin de adoptar una decisión con conocimiento de causa respecto de medidas anticonceptivas seguras y fiables, las mujeres deben tener información respecto de medidas anticonceptivas y su empleo, así como acceso garantizado a la educación sexual y los servicios de planificación de la familia, según se dispone en el inciso h) del artículo 10 de la Convención.<sup>12</sup>

En relación con el derecho igual de cada uno de los cónyuges en materia de propiedad, compras, gestión, administración, goce y disposición de los bienes, tanto a título gratuito como honorario, reconocido en el artículo 16, párrafo 1, inciso h) de la Convención de la Mujer, el Comité para la Eliminación de la Discriminación contra la Mujer ha indicado que todos estos derechos deben garantizarse con independencia del estado civil de la mujer:

25. Los derechos enunciados en este artículo coinciden con los enunciados en el párrafo 2 del artículo 15, los complementan e imponen a los Estados la obligación de reconocer a la mujer iguales derechos para concertar contratos y administrar bienes.

26. El párrafo 1 del artículo 15 garantiza la igualdad ante la ley de hombres y mujeres. El derecho de la mujer a la propiedad, la administración y la disposición de los bienes es fundamental para que pueda tener independencia económica y en muchos países será de crítica importancia para que pueda ganarse la vida y tener una vivienda y alimentación adecuada para ella y su familia.

27. En los países que están ejecutando un programa de reforma agraria o de redistribución de la tierra entre grupos de diferente origen étnico, debe respetarse cuidadosamente el derecho de la mujer, sin tener en cuenta su estado civil, a poseer una parte igual que la del hombre de la tierra redistribuida.

28. En la mayoría de los países hay una proporción apreciable de mujeres solteras o divorciadas que pueden tener la obligación exclusiva de

12 Ibid., párrs. 21 y 22.

sostener a una familia. Evidentemente, es poco realista toda discriminación por la repartición de la tierra basada en la premisa de que solamente el hombre tiene la obligación de sostener a las mujeres y a los niños de su familia y de que va a hacer honor a esta obligación. En consecuencia, toda ley o toda costumbre que conceda al hombre el derecho a una mayor parte del patrimonio al extinguirse el matrimonio o el amancebamiento o al fallecer un pariente es discriminatoria y tendrá graves repercusiones sobre la capacidad práctica de la mujer para divorciarse, para mantenerse, para sostener a su familia y para vivir dignamente como persona independiente.<sup>13</sup>

Respecto de la propiedad conyugal, el Comité para la Eliminación de la Discriminación contra la Mujer ha señalado que en los países en los que no existe la obligación legal de consultar a la mujer cuando la propiedad que pertenezca a las dos partes en el matrimonio o en la relación de facto se venda o se enajene de otro modo, se está limitando la capacidad de la mujer para controlar la enajenación de la propiedad o los ingresos procedentes de su venta, violentando el principio de igualdad.<sup>14</sup>

Por otro lado, a la hora de dividir la propiedad conyugal se debería otorgar la misma importancia a las contribuciones financieras y a las no financieras, es decir, a las aportaciones tales como la educación de los hijos, el cuidado de los parientes ancianos y la realización de las labores caseras, que normalmente son provistas por las mujeres.<sup>15</sup>

A juicio del Comité, las leyes y costumbres de algunos países, según las cuales los bienes acumulados durante una relación similar al matrimonio no reciben el mismo trato legal que los bienes adquiridos durante el matrimonio deben derogarse o desalentarse, ya que “(...) invariablemente, cuando termina la relación, la mujer recibe una parte considerablemente menor que la del hombre”, constituyéndose así una discriminación.<sup>16</sup>

Por último, y en relación con la obligación de los Estados de fijar una edad mínima para contraer matrimonio, consagrada en el artículo 16, párrafo 2, el Comité ha señalado que:

ibíd., párrs. 25-28.	13
ibíd., párr. 31.	14
ibíd., párr. 32.	15
ibíd., párr. 33.	16

(...) En el contexto de la Convención sobre los Derechos del Niño, “se entiende por niño todo ser humano menor de 18 años de edad, salvo que en virtud de la ley que le sea aplicable haya alcanzado antes la mayoría de edad” (...), el Comité considera que la edad mínima para contraer matrimonio debe ser 18 años tanto para el hombre como para la mujer. Al casarse, ambos asumen importantes obligaciones. En consecuencia, no debería permitirse el matrimonio antes de que hayan alcanzado la madurez y la capacidad de obrar plenas. Según la Organización Mundial de la Salud, cuando los menores de edad, especialmente las niñas se casan y tienen hijos, su salud puede verse afectada desfavorablemente y se entorpece su educación. Como resultado, se restringe su autonomía económica.<sup>17</sup>

El proceso que tiende hacia la igualdad entre mujeres y hombres en Colombia se inició en 1932, cuando la Ley 28 derogó normas del Código Civil que limitaban la capacidad de la mujer. Dicha ley acabó con la incapacidad de la mujer casada, otorgándole plena capacidad civil, manteniendo la noción de la sociedad conyugal, y privando al marido de la administración excluyente de los bienes sociales. En virtud del acto legislativo No. 3 de 1954 y del Decreto 2820 de 1974, se otorgaron a la mujer plenos derechos políticos e igualdad de derechos y obligaciones respecto al hombre. En relación con las uniones maritales de hecho, la Ley 54 de 1990 consagra en su definición, qué se entiende por unión marital de hecho, y establece el régimen patrimonial entre compañeros permanentes.

De otro lado, en Colombia el aborto sigue siendo delito punible con penas de entre uno y tres años de prisión tanto para las mujeres que se someten a él como para los médicos que lo practican. En la ley no se prevén excepciones, ni siquiera en caso de violación, para salvar la vida de la madre o para evitarle perjuicios a la salud graves y permanentes. El aborto es la segunda causa de mortalidad materna en Colombia, según el Servicio Colombiano de Comunicación y Profamilia. En este tema, la Relatora sobre violencia contra la mujer ha indicado que:

17

Ibid., párr. 36.

(...) la tipificación del aborto como delito tiene efectos discriminatorios para las mujeres pobres: mientras que las de nivel socioeconómico más elevado pueden conseguir abortos seguros, aunque ilegales, las que tienen ingresos bajos se ven obligadas a abortar de manera clandestina y peligrosa. Además, las mujeres pobres corren un mayor riesgo de embarazo debido a la falta de acceso adecuado a la educación sexual y los anticonceptivos. Aunque conforme al régimen de seguridad social el Estado debería poner en marcha programas especiales de información sobre salud reproductiva y la planificación de la familia en las zonas menos desarrolladas del país, según la información recibida de las organizaciones no gubernamentales, esos programas se suspendieron en 1997. Los observadores señalan que en los casos de aborto, en el parecer de los tribunales suelen reflejarse los argumentos de la religión católica y no puede decirse que aquéllos sean imparciales.<sup>18</sup>

Por este motivo la Relatora Especial, en su Informe al Estado colombiano, lo exhorta a que ponga en práctica las recomendaciones del Comité para la Eliminación de la Discriminación contra la Mujer,<sup>19</sup> entre las que se destaca que el estatuto penal que regula el aborto se revise y se ajuste para que cumpla las normas establecidas en la Convención de la Mujer.<sup>20</sup>

#### 4. Los derechos políticos de las mujeres

En términos generales, los artículos 25 del PIDCP y 23 de la Convención Americana consagran el derecho de todos los ciudadanos a gozar, sin discriminación por razón de sexo, de los derechos políticos. Por su parte, el artículo 40 de la CP establece que el Estado debe “garantizar una adecuada y efectiva participación de las mujeres en los niveles decisorios de la administración pública”.

En el ámbito internacional, además de los anteriores instrumentos señalados, los derechos políticos de la mujer se encuentran consagrados explícitamente

Informe sobre el país del Comité de acción internacional para la promoción de los derechos de la mujer de 1999. Naciones Unidas, Comisión de Derechos Humanos, Informe de la misión a Colombia presentado por la Relatora Especial sobre la violencia contra la mujer, E/CN.4/2002/83/Add.3 del 11 de marzo de 2002, párr. 31.

Ibíd., párr. 120.

Informe del Comité para la Eliminación de la Discriminación contra la Mujer en su 20º periodo de sesiones, 20/08/99.

Observaciones finales sobre el cuarto informe periódico de Colombia, A/54/38, párr. 393.

\*  
18  
19  
20

te en la Convención sobre los derechos políticos de la mujer (anterior al PIDCP), y ampliados en los artículos 7 y 8 de la Convención de la Mujer.

Conforme a estos artículos de la Convención de la Mujer, los Estados Partes se comprometen a adoptar las medidas apropiadas para eliminar la discriminación contra la mujer en la vida política y pública del país, en particular a garantizar a las mujeres, en igualdad de condiciones con los hombres, el derecho a:

- a) Votar en todas las elecciones y referéndums públicos y ser elegibles para todos los organismos cuyos miembros sean objeto de elecciones públicas.
- b) Participar en la formulación de las políticas gubernamentales y en la ejecución de éstas, y ocupar cargos públicos y ejercer todas las funciones públicas en todos los planos gubernamentales.
- c) Participar en organizaciones y asociaciones no gubernamentales que se ocupen de la vida pública y política del país.
- d) Representar a su gobierno en el plano internacional y participar en la labor de las organizaciones internacionales.

En relación con la interpretación del artículo 25 del PIDCP, el Comité de Derechos Humanos, en su Observación General No. 28 señaló que:

**El derecho a participar en la vida pública no se materializa plenamente y en condiciones de igualdad en todas partes. Los Estados Partes deberán cerciorarse de que la ley garantice a la mujer los derechos contenidos en el artículo 25 en pie de igualdad con el hombre y adoptar medidas eficaces y positivas, incluidas las medidas necesarias de discriminación inversa, para promover y asegurar la participación de la mujer en los asuntos públicos y en el ejercicio de cargos públicos. Las medidas efectivas que adopten los Estados Partes para velar por que todas las personas con derecho a voto puedan ejercerlo no deben discriminar por razones de sexo (...).**<sup>21</sup>

Por su parte, el Comité para la Eliminación de la Discriminación contra la Mujer en su Recomendación General No. 23 relativa a la participación de la mujer en la vida política y pública, ha observado que:

Observación General  
Comité de Derechos  
Humanos

21 Comité de Derechos Humanos, Observación General No. 28, "La igualdad de derechos entre hombres y mujeres", párr. 29.

En virtud del artículo 7, los Estados Partes aceptan tomar todas las medidas apropiadas para eliminar la discriminación contra la mujer en la vida política y pública y asegurar el disfrute en ella de igualdad con el hombre. La obligación especificada en este artículo abarca todas las esferas de la vida pública y política y no se limita a las indicadas en los incisos a), b) y c) del párrafo. La vida política y pública de un país es un concepto amplio. Se refiere al ejercicio del poder político, en particular al ejercicio de los poderes legislativo, judicial, ejecutivo y administrativo. El término abarca todos los aspectos de la administración pública y la formulación y ejecución de la política a los niveles internacional, nacional, regional y local. El concepto abarca también muchos aspectos de la sociedad civil, entre ellos, las juntas públicas y los consejos locales y las actividades de organizaciones como son los partidos políticos, los sindicatos, las asociaciones profesionales o industriales, las organizaciones femeninas, las organizaciones comunitarias y otras organizaciones que se ocupan de la vida pública y política.

(...)

Ningún régimen político ha conferido a la mujer el derecho ni el beneficio de una participación plena en condiciones de igualdad. Si bien los regímenes democráticos han aumentado las oportunidades de participación de la mujer en la vida política, las innumerables barreras económicas, sociales y culturales que aún se le interponen han limitado seriamente esa participación. Ni siquiera las democracias históricamente estables han podido integrar plenamente y en condiciones de igualdad las opiniones y los intereses de la mitad femenina de la población. No puede llamarse democrática una sociedad en la que la mujer esté excluida de la vida pública y del proceso de adopción de decisiones. El concepto de democracia tendrá significación real y dinámica, además de un efecto perdurable, sólo cuando hombres y mujeres compartan la adopción de decisiones políticas y cuando los intereses de ambos se tengan en cuenta por igual (...).<sup>22</sup>

Para dar pleno cumplimiento a los artículos 7 y 8 de la Convención de la Mujer, el artículo 4 de esta Convención alienta a los Estados a que adopten

Comité para la Eliminación de la Discriminación contra la Mujer, Recomendación General No. 23, "Participación de la mujer en la vida política y pública", párrs. 5 y 14.

medidas especiales de carácter temporal. Respecto a estas medidas, el Comité para la Eliminación de la Discriminación contra la Mujer ha señalado que:

(...) Donde quiera que se han aplicado estrategias efectivas de carácter temporal para tratar de lograr la igualdad de participación, se ha aplicado una variedad de medidas que abarcan la contratación, la prestación de asistencia financiera y la capacitación de candidatas, se han enmendado los procedimientos electorales, se han realizado campañas dirigidas a lograr la participación en condiciones de igualdad, se han fijado metas en cifras, cupos y se ha nombrado mujeres en cargos públicos, por ejemplo, en el poder judicial u otros grupos profesionales que desempeñan una función esencial en la vida cotidiana de todas las sociedades. La eliminación oficial de barreras y la introducción de medidas especiales de carácter temporal para alentar la participación, en pie de igualdad, tanto de hombres como de mujeres en la vida pública de sus sociedades son condiciones previas indispensables de la verdadera igualdad en la vida política. (...) Los Estados Partes tienen la obligación de garantizar que las medidas especiales de carácter temporal se orienten claramente a apoyar el principio de igualdad y, por consiguiente, cumplan los principios constitucionales que garantizan la igualdad de todos los ciudadanos.<sup>23</sup>

Por último, el Comité para la Eliminación de la Discriminación contra la Mujer ha realizado una serie de recomendaciones sobre medidas a adoptar para el cumplimiento de las obligaciones contenidas en el artículo 7 de la Convención de la Mujer.

En relación con el derecho a “votar en todas las elecciones y referéndums públicos y ser elegibles para todos los organismos cuyos miembros sean objeto de elecciones públicas” (art. 7.a)), los Estados deben adoptar medidas con el objeto de:

- a) **Lograr un equilibrio entre mujeres y hombres que ocupen cargos de elección pública;**
- b) **Asegurar que las mujeres entiendan su derecho al voto, la importancia de este derecho y la forma de ejercerlo;**

- c) Asegurar la eliminación de los obstáculos a la igualdad, entre ellos, los que se derivan del analfabetismo, el idioma, la pobreza o los impedimentos al ejercicio de la libertad de circulación de las mujeres;
- d) Ayudar a las mujeres que tienen estas desventajas a ejercer su derecho a votar y ser elegidas.<sup>24</sup>

Respecto al derecho a “participar en la formulación de las políticas gubernamentales y en la ejecución de éstas, y ocupar cargos públicos y ejercer todas las funciones públicas en todos los planos gubernamentales” (art. 7.b)), los Estados deben adoptar medidas con el objeto de asegurar: “a) la igualdad de representación de las mujeres en la formulación de la política gubernamental; b) su goce efectivo de la igualdad de derechos a ocupar cargos públicos; c) su contratación de modo abierto, con la posibilidad de apelación”.<sup>25</sup>

En su informe a la Comisión de Derechos Humanos en el año 2002, la Relatora Especial sobre la violencia contra la mujer, sus causas y consecuencias, señaló que aunque la Constitución y las leyes de Colombia contienen disposiciones sobre la igualdad de ambos sexos, incluso en lo que respecta a los derechos políticos,

**(...) en la práctica la representación de la mujer es escasa. A pesar de los avances logrados por la mujer en las elecciones parlamentarias de 1998 (en las que el número de mujeres pasó de 16 a 19 en la Cámara de Representantes de 167 escaños y de 7 a 14 mujeres en el Senado de 112), la participación de la mujer en la política sigue siendo mínima. Además, muy pocas mujeres en el poder incorporan las cuestiones de género en su labor pública, ya que constituye un riesgo político en esa actividad dominada por los hombres. De las mujeres que están en la política se hacen descripciones estereotipadas y sexistas en los medios informativos, que tienden a referirse a su “capacidad de seducir y llamar la atención sobre su imagen” y no a sus aptitudes reales.**<sup>26</sup>

El Estado colombiano incorporó en la CP de 1991 tres artículos que proclaman la igualdad de derechos y oportunidades entre la mujer y el hombre relativos a la prohibición de someter a la mujer a cualquier tipo de discriminación (arts. 13, 40 y 43).<sup>27</sup>

Informe  
Relatora Especial  
de las Naciones Unidas

	ibid., párr. 45.	24
	ibid., párr. 46.	25
Comisión de Derechos Humanos, Informe de la misión a Colombia presentado por la Relatora Especial sobre la violencia contra la mujer, Naciones Unidas, E/CN.4/2002/83/Add.3 del 11 de marzo de 2002, párr. 26.		26
Constitución Política (CP), “Artículo 13. Todas las personas nacen libres e iguales ante la ley, recibirán la misma protección y trato de las		27

Con el fin de hacer efectiva su participación en los niveles decisorios de las diversas ramas y órganos del poder público, la Corte Constitucional revisó el proyecto de ley estatutaria No. 158 de 1998, Cámara, y 062 de 1998, Senado.<sup>28</sup> Esta Corte, además de dar vía libre para su aplicación, ordenó al Ministerio Público hacer un seguimiento sistemático y permanente sobre su ejecución; dicha decisión se materializó en la sentencia C-371 del año 2000.<sup>29</sup>

En la citada sentencia, la Corte señala que dicho proyecto de ley no es violatorio del artículo 13 de la CP sino que, por el contrario, desarrolla una medida de discriminación inversa o acción afirmativa,<sup>30</sup> que pretende corregir la desigualdad existente y lograr una mayor participación política de la mujer en los niveles decisorios de las diversas ramas y órganos del poder público.

Se aduce en la misma sentencia, que cuando se acude al principio de la no discriminación y de los denominados criterios sospechosos<sup>31</sup> para establecer di-

autoridades y gozarán de los mismos derechos, libertades y oportunidades sin discriminación por razones de sexo, raza, origen nacional o familiar, lengua, religión, opinión política o filosófica.

El Estado promoverá las condiciones para que la igualdad sea real y efectiva y adoptará medidas en favor de grupos discriminados o marginados.

El Estado protegerá especialmente aquellas personas que por su condición económica, física o mental, se encuentren en circunstancias de debilidad manifiesta y sancionará los abusos o maltratos que contra ellas se cometan.

Artículo 40. Todo ciudadano tiene derecho a participar en la conformación, ejercicio y control del poder político. Para hacer efectivo este derecho puede: (...) Las autoridades garantizarán la adecuada y efectiva participación de la mujer en los niveles decisorios de la administración pública.

Artículo 43.- La mujer y el hombre tienen iguales derechos y oportunidades. La mujer no podrá ser sometida a ninguna clase de discriminación".

28 Revisión constitucional del proyecto de ley estatutaria No. 62/98 Senado y 158/98 Cámara, "por la cual se reglamenta la adecuada y efectiva participación de la mujer en los niveles decisorios de las diferentes ramas y órganos del poder público, de conformidad con los artículos 13, 40 y 43 de la Constitución Nacional y se dictan otras disposiciones".

29 Corte Constitucional, sentencia C-371 de 2000, M. P. Carlos Gaviria Díaz. El artículo primero de la parte resolutoria de esta sentencia, declara exequible el proyecto de ley estatutaria No. 62/98 Senado y 158/98 Cámara "Por la cual se reglamenta la adecuada y efectiva participación de la mujer en los niveles decisorios de las diferentes ramas y órganos del poder público, de conformidad con los artículos 13, 40 y 43 de la Constitución Nacional y se dictan otras disposiciones", por el aspecto formal, salvo la expresión "A partir del primero (1º) de septiembre de 1999", contenida en los literales a) y b) del artículo 4º del citado proyecto de ley, que se declara inexecutable por vicios de forma.

30 Acciones afirmativas: "políticas o medidas dirigidas a favorecer a determinadas personas o grupos, ya sea con el fin de eliminar o reducir las desigualdades de tipo social, cultural o económico que los afectan, bien de lograr que los miembros de un grupo subrepresentado, usualmente un grupo que ha sido discriminado, tengan una mayor representación."

Discriminación positiva: se refiere a la misma definición anterior con dos diferencias: "1) toman en consideración aspectos como la raza o el sexo, que son considerados como criterios sospechosos o potencialmente prohibidos, y 2) porque la discriminación inversa se produce en una situación de especial escasez de bienes deseados, como suele ocurrir en puestos de trabajo o cupos universitarios, lo que lleva a concluir que el beneficio que se concede a ciertas personas, tiene como forzosa contrapartida un perjuicio para otras". (Consideraciones de la Corte Constitucional, sentencia C-371 de 2000, M. P. Carlos Gaviria Díaz.)

31 "Categorías que se fundan en rasgos permanentes de las personas, de las cuales éstas no pueden prescindir por voluntad propia a riesgo de perder su identidad, no constituyen criterios con base en los cuales sea posible efectuar una distribución o reparto nacional y equitativo de bienes, derechos con cargas sociales". (Consideraciones de la Corte Constitucional, sentencia C-371 de 2000, M. P. Dr. Carlos Gaviria Díaz).

ferencias en el trato, se incurre en una conducta injusta y arbitraria que viola el derecho a la igualdad. Afirmar además, que el propósito del proyecto de ley es que la igualdad sustancial se constituya en una meta, por tanto, se hace necesario remover los obstáculos con el fin de disminuir la subrepresentación, e incidir en la transformación de la mentalidad, incompatible con los propósitos trazados por una Constitución igualitaria y democrática, tendiente a lograr la participación de la mujer de manera equitativa.

Posterior a la sentencia en mención, entró en vigencia y ejecución la Ley 581 de 2000 o Ley de Cuotas, por la cual se pretende mejorar las condiciones de vida de la mujer y abrir más espacios democráticos y equitativos. Esta ley incorpora los principios de la Convención de la Mujer y desarrolla parcialmente los artículos 13, 40 y 43 de la CP. Además, pretende dar una efectiva y real participación a la mujer en los cargos de libre nombramiento y remoción de máximo nivel decisorio, y en otros niveles decisorios de las diferentes ramas y órganos del poder público. Así, la Ley define en primer lugar qué se entiende por “máximo nivel decisorio” y “otros niveles decisorios”, conceptos que consagra en los artículos 2° y 3° de la citada Ley.<sup>32</sup> En segundo lugar, establece una cuota del 30 por ciento de participación en ambos niveles.<sup>33</sup> Asimismo, consagra una excepción en relación con la no aplicación de la ley de cuotas para los cargos pertenecientes a la carrera administrativa, judicial u otras carreras especiales, en las que el ingreso, permanencia y ascenso se basan exclusivamente en el mérito. En la citada ley se consagra además la necesidad de desarrollar por parte de las autoridades medidas tendientes a promover la participación de las mujeres en todas las instancias de decisión de la sociedad civil. Finalmente, es destacable que en el artículo 10 de la ley se consagra el Plan Nacional de Promoción y Estímulo a la Mujer, el cual se constituye en un instrumento básico para superar los obstáculos que dificultan su participación.

Ley 581 de 200. Artículo 2. “Concepto de máximo nivel decisorio. Para los efectos de esta ley, entiéndase como máximo nivel decisorio, el que corresponde a quienes ejercen cargos de mayor jerarquía en las entidades de las ramas y órganos del poder público, en los niveles nacional, departamental, regional, provincial, distrital y municipal”.

32

Artículo 3. “Concepto de otros niveles decisorios. Entiéndase para los efectos de esta ley, por “otros niveles decisorios” los que corresponden a cargos de libre nombramiento y remoción, de la rama ejecutiva, de personal administrativo de la rama legislativa y de los demás órganos del poder público, diferentes a los contemplados en el artículo anterior, y que tengan atribuciones de dirección y mando en la formulación y planeación, coordinación, ejecución y control de las acciones y políticas del Estado, en los niveles nacional, departamental, regional, provincial, distrital y municipal, incluidos los cargos de libre nombramiento y remoción de la rama judicial”.

Ley 581 de 2000, artículo 4°. Participación efectiva de la mujer. La participación adecuada de la mujer en los niveles del poder público definidos en los artículos 2 y 3 de la presente Ley, se hará efectiva aplicando por parte de las autoridades nominadoras las siguientes reglas:

33

a. Mínimo el treinta por ciento (30%) de los cargos del máximo nivel decisorio de que trata el artículo 2, será desempeñado por mujeres;  
b. Mínimo el treinta por ciento (30%) de los cargos de otros niveles decisorios de que trata el artículo 3, serán desempeñados por mujeres (...).

## 5. La violencia contra la mujer

La Convención Interamericana para prevenir, sancionar y erradicar la violencia contra la mujer, más conocida como Convención de Belém do Pará (1994), es el instrumento regional más importante contra la violencia de género.

En la Convención de la Mujer, cuando se define el concepto de discriminación contra ésta (artículo 1), se incluye:

Recomendación General  
Comité para  
la Eliminación de  
la Discriminación  
contra la Mujer

**(...) la violencia basada en el sexo, es decir, la violencia dirigida contra la mujer porque es mujer o que la afecta en forma desproporcionada. Incluye actos que infligen daños o sufrimientos de índole física, mental o sexual, amenazas de cometer esos actos, coacción y otras formas de privación de libertad.<sup>34</sup>**

**La violencia contra las mujeres es una forma de discriminación que impide gravemente que goce de derechos y libertades en pie de igualdad con el hombre.<sup>35</sup>**

Por este motivo, conforme a la doctrina del Comité

Recomendación General  
Comité para  
la Eliminación de  
la Discriminación  
contra la Mujer

**La violencia contra la mujer, que menoscaba o anula el goce de sus derechos humanos y sus libertades fundamentales en virtud del derecho internacional o de los convenios de derechos humanos, constituye discriminación, como lo define el artículo 1 de la Convención. Esos derechos humanos y libertades comprenden:**

- a) El derecho a la vida;
- b) El derecho a no ser sometido a torturas o a tratos o penas crueles, inhumanos o degradantes;
- c) El derecho a la protección en condiciones de igualdad con arreglo a normas humanitarias en tiempo de conflicto armado internacional o interno;
- d) El derecho a la libertad y seguridad personales;
- e) El derecho a la igualdad ante la ley;
- f) El derecho a la igualdad en la familia;

34 Comité para la Eliminación de la Discriminación contra la Mujer, Recomendación General No. 19, "La violencia sobre la mujer", párr. 6.  
35 *Ibid.*, párr. 1.

- g) El derecho al más alto nivel posible de salud física y mental;
- h) El derecho a condiciones de empleo justas y favorables.<sup>36</sup>

Respecto a quiénes violan los derechos reconocidos en estos instrumentos internacionales, conviene tener en cuenta que, por aplicación del derecho internacional de los derechos humanos, éstos son violados por las autoridades públicas o por particulares con su conocimiento, aquiescencia o tolerancia (véase el Capítulo V, numeral 5.1.3).

La violencia contra las mujeres por parte de su esposo, compañero o novio, surge fundamentalmente de la desigualdad de poder en las relaciones entre hombres y mujeres y, por tanto, ha sido vista tradicionalmente como un problema privado. Sin embargo, a partir de la ratificación de la Convención de la Mujer, los Estados Partes se comprometen a adoptar todas las medidas apropiadas para eliminar la discriminación y la violencia contra la mujer en todas sus formas, practicada por cualesquiera personas, organizaciones y empresas, rompiendo la vieja división jurídica entre lo privado y lo público.

Según el artículo 1 de la Convención de Belém do Pará, “debe entenderse por violencia contra la mujer cualquier acción o conducta, basada en su género, que cause muerte, daño o sufrimiento físico, sexual o psicológico a la mujer, tanto en el ámbito público como en el privado”. En este sentido, la Convención especifica (art. 2) que la violencia contra la mujer incluye la violencia física, sexual y psicológica:

- a. que tenga lugar dentro de la familia o unidad doméstica o en cualquier otra relación interpersonal, ya sea que el agresor comparta o haya compartido el mismo domicilio que la mujer, y que comprende, entre otros, violación, maltrato y abuso sexual;
- b. que tenga lugar en la comunidad y sea perpetrada por cualquiera persona y que comprende, entre otros, violación, abuso sexual, tortura, trata de personas, prostitución forzada, secuestro y acoso sexual en el lugar de trabajo, así como en instituciones educativas, establecimientos de salud o cualquier otro lugar, y
- c. que sea perpetrada o tolerada por el Estado o sus agentes, dondequiera que ocurra.

Informe  
Comisión Interamericana  
de Derechos Humanos

Ibíd., párr. 7. 36

El ámbito de aplicación de la Convención [de Belém do Pará] se refiere pues a situaciones definidas por dos condiciones: primero, que haya habido violencia contra la mujer tal como se describe en los incisos a) y b); y segundo que esa violencia sea perpetrada o tolerada por el Estado. La [Convención] protege, entre otros, los siguientes derechos de la mujer violados por la existencia de esa violencia; el derecho a una vida libre de violencia (artículo 3); a que se respete su vida, su integridad física, psíquica y moral y su seguridad personal; su dignidad; igual protección ante la ley y de la ley; y a un recurso sencillo y rápido ante los tribunales competentes, que la ampare contra actos que violen sus derechos (artículo 4 a), b), c), d), e), f) y g)) y los consiguientes deberes del Estado establecidos en el artículo 7 de ese instrumento. (...) <sup>37</sup>

Tal y como ha señalado la Relatoría sobre los Derechos de la Mujer de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos (CIDH):

El concepto de violencia contra la mujer reflejado en la Convención está firmemente fundamentado en los derechos básicos ya reconocidos en el sistema interamericano de derechos humanos, incluidos el derecho a la vida, a la integridad física y psíquica, a la libertad personal, y al derecho a igualdad de protección ante la ley y de la ley. El artículo 5 reconoce que la violencia impide y anula el derecho de la mujer a ejercer otros derechos fundamentales y dispone que: “toda mujer podrá ejercer libre y plenamente sus derechos civiles, políticos, económicos, sociales y culturales y contará con la total protección de esos derechos consagrados en los instrumentos regionales e internacionales sobre derechos humanos”. La Convención se refiere además a la relación que existe entre la violencia de género y la discriminación y, en el artículo 6, establece que el derecho de la mujer a una vida libre de violencia incluye, *inter alia*:

- El derecho de la mujer a ser libre de toda forma de discriminación, y
- El derecho de la mujer a ser valorada y educada libre de patrones estereotipados de comportamiento y prácticas sociales y culturales basadas en conceptos de inferioridad o subordinación. <sup>38</sup>

37 CIDH (2000), Informe 54/01 Maria da Penha Maia Fernandes, caso 12.051 (Brasil) del 16 de abril de 2001, párr. 54.

38 CIDH, Informe de la CIDH sobre la Condición de la Mujer en las Américas, OEA/Ser.L/V/II.100, Doc. 17, del 13 de octubre de 1998, I.A.2.

Conforme a los artículos 7, 8 y 9 de la Convención de Belém do Pará, los Estados asumen una serie de obligaciones que pueden ser de cumplimiento inmediato (art. 7) o progresivo (art. 8). No obstante, es importante tener en cuenta que en la adopción de cualesquiera medidas, los Estados, conforme el artículo 9 de la Convención, asumen la obligación de “tener especialmente en cuenta la situación de vulnerabilidad a la violencia que pueda sufrir la mujer en razón, entre otras, de su raza o de su condición étnica, de migrante, refugiada o desplazada (...)”. Igualmente se considerarán en estado de vulnerabilidad las mujeres embarazadas cuando son objeto de violencia, las discapacitadas, la menores de edad, las ancianas, las que se encuentran en situación socioeconómica desfavorable o afectadas por situaciones de conflicto armado o de privación de la libertad.

Los deberes estatales de carácter inmediato (art. 7) son:

- a) **Abstenerse de cualquier acción o práctica de violencia contra la mujer y velar por que las autoridades, sus funcionarios, personal y agentes e instituciones se comporten de conformidad con esta obligación.**
- b) **Actuar con la debida diligencia para prevenir, investigar y sancionar la violencia contra la mujer.**
- c) **Incluir en su legislación interna normas penales, civiles y administrativas, así como las de otra naturaleza que sean necesarias para prevenir, sancionar y erradicar la violencia contra la mujer.**
- d) **Adoptar medidas jurídicas para conminar al agresor a abstenerse de hostigar, intimidar, amenazar, dañar o poner en peligro la vida de la mujer de cualquier forma que atente contra su integridad o perjudique su propiedad.**
- e) **Tomar todas las medidas apropiadas, incluyendo medidas de tipo legislativo, para modificar o abolir leyes y reglamentos vigentes, o para modificar prácticas jurídicas o consuetudinarias que respalden la persistencia o la tolerancia de la violencia contra la mujer.**
- f) **Establecer procedimientos legales justos y eficaces para la mujer que haya sido sometida a violencia, que incluyan, entre otros, medidas de protección, un juicio oportuno y el acceso efectivo a tales procedimientos.**
- g) **Establecer los mecanismos judiciales y administrativos necesarios para asegurar que la mujer objeto de violencia tenga acceso oportuno a resarcimiento, reparación del daño u otros mecanismos de compensación justos y eficaces.**
- h) **Adoptar las disposiciones legislativas o de otra índole que sean necesarias para hacer efectiva esta Convención.**

Informe  
Comisión Interamericana  
de Derechos Humanos

La aplicación y observancia del derecho de la mujer a una vida libre de violencia, requiere determinar cuándo la violencia contra la mujer genera la responsabilidad del Estado. En el artículo 7 de la Convención se enumeran las principales medidas que deben adoptar los Estados Partes para asegurar que sus agentes se abstendrán de “cualquier acción o práctica” de violencia contra la mujer y a “actuar con la debida diligencia” para prevenir, investigar y sancionar esta conducta, en caso de que ocurra. Los Estados partes deben tomar las medidas que sean necesarias para hacer efectiva la Convención y para que la mujer que haya sido objeto de violencia tenga acceso efectivo a recursos a fin de obtener medidas de protección o buscar resarcimiento o reparación del daño.<sup>39</sup>

La CIDH encontró al Estado de Brasil como responsable de la violación del artículo 7 de la Convención de Belém do Pará en el caso de Maria da Penha Maia Fernandes. La denuncia presentada por la peticionaria alegaba que el Estado de Brasil había tolerado la violencia perpetrada en su domicilio, en la ciudad de Fortaleza, por parte de su marido, y que culminó en una tentativa de homicidio y nuevas agresiones en mayo y junio de 1983. Como producto de estas agresiones, María da Penha padece de paraplejia irreversible y otras dolencias desde el año 1993. Dado que durante más de 15 años el Estado no tomó medidas efectivas para procesar y penar al agresor, pese a las denuncias efectuadas, la CIDH concluyó que:

La impunidad que ha gozado y aún goza el agresor y exesposo de la señora Fernandes es contraria a la obligación internacional voluntariamente adquirida por parte del Estado al ratificar la Convención de Belém do Pará. La falta de juzgamiento y condena del responsable en estas circunstancias constituye un acto de tolerancia por parte del Estado de la violencia que Maria da Penha sufrió, y esa omisión de los tribunales de justicia brasileños agrava las consecuencias directas de las agresiones por su exmarido sufridas por la señora Maria da Penha Maia Fernandes. Es más, como ha sido demostrado previamente, esa tolerancia por los órganos del Estado no es exclusiva de este caso, sino una pauta sistemática. Es una tolerancia de todo el sistema, que no hace sino perpetuar las raíces y factores psicológicos, sociales e históricos que mantienen y alimentan la violencia contra la mujer.

39 Ibid., I.A.2.

Dado que esta violación contra Maria da Penha forma parte de un patrón general de negligencia y falta de efectividad del Estado para procesar y condenar a los agresores, considera la Comisión que no sólo se viola la obligación de procesar y condenar, sino también la de prevenir estas prácticas degradantes. Esa ineffectividad judicial general y discriminatoria crea el ambiente que facilita la violencia doméstica, al no existir evidencias socialmente percibidas de la voluntad y efectividad del Estado como representante de la sociedad, para sancionar esos actos.

En relación con los incisos c y h del artículo 7, la Comisión debe considerar las medidas tomadas por el Estado para eliminar la tolerancia de la violencia doméstica. La Comisión ha llamado la atención positivamente por varias medidas de la actual administración con ese objetivo, en particular la creación de Delegaciones especiales de policía, los refugios para mujeres agredidas, y otras. Sin embargo en este caso emblemático de muchos otros, la ineficacia judicial, la impunidad y la imposibilidad de obtener una reparación por la víctima establece una muestra de la falta de compromiso para reaccionar adecuadamente frente a la violencia doméstica. El artículo 7 de la Convención de Belém do Pará parece ser una lista de los compromisos que el Estado brasileño no ha cumplido aún en cuanto a este tipo de casos.

Por lo expuesto, la Comisión considera que en este caso se dan las condiciones de violencia doméstica y de tolerancia por el Estado definidas en la Convención de Belém do Pará y existe responsabilidad del Estado por la falta de cumplimiento del Estado a sus deberes establecidos en los artículos 7(b), (d), (e) (f) y (g) de esa Convención, en relación a los derechos por ella protegidos, entre ellos, a una vida libre de violencia (artículo 3), a que se respete su vida, su integridad física, psíquica y moral y su seguridad personal, su dignidad personal, igual protección ante la ley y de la ley; y a un recurso sencillo y rápido ante los tribunales competentes, que la ampare contra actos que violen sus derechos (artículos 4(a), (b), (c) (d), (e), (f) y (g)).<sup>40</sup>

CIDH, Informe 54/01 Maria da Penha Fernandes, caso 12.051 (Brasil), del 16 de abril de 2001, párrs. 55-58.

40

Asimismo, en su Tercer Informe sobre la Situación de los Derechos Humanos en Colombia, la CIDH señaló que este tipo de violencia generalmente tiene como víctima principal a la mujer, y que Colombia no es una excepción a esta regla. En este sentido, la CIDH reiteró que:

**(...) la violencia doméstica genera responsabilidad para el Estado, cuando el mismo no cumple con la obligación de debida diligencia prevista en la Convención de Belém do Pará y la Convención Americana. Dicha obligación comprende la implementación de medidas razonables de prevención y respuesta a los hechos de violencia doméstica. (...)**<sup>41</sup>

Según el Informe de la misión a Colombia presentado por la Relatora Especial sobre violencia contra la mujer:

**En Colombia sigue considerándose la violencia doméstica como una cuestión privada, por lo que no suelen denunciarse los sucesos de esa índole ni se puede por consiguiente determinar el alcance real del problema. Según la información recibida por la CIDH, son menos de la mitad las mujeres maltratadas que buscan ayuda y sólo el 9% de ellas presentan denuncia ante las autoridades. Ni el Estado ni la sociedad están lo bastante sensibilizados a la necesidad de abordar el problema de la violencia doméstica. La impunidad de los autores de estos actos contra la mujer es prácticamente del 100%. Este tipo de violencia es parte del contexto social. La violencia doméstica es muy común y, al igual que ocurre en otros países, el nivel de violencia aumenta en proporción a la tensión creada por el conflicto interno que afecta a todos.**

**Las difíciles condiciones de vida que padecen los desplazados en los campamentos situados en las afueras de las ciudades, y al hecho de que la mayoría de los hombres carece de empleo, han provocado un aumento de la violencia intrafamiliar en estas comunidades. Las mujeres y los niños suelen ser las principales víctimas de este tipo de violencia. (...)**<sup>42</sup>

En los artículos 42 y 43 la CP consagró la protección que el Estado debe brindar a la familia y a sus miembros. Para dar cumplimiento a los citados man-

41 CIDH, Tercer Informe sobre la situación de los derechos humanos en Colombia, Capítulo XII: los derechos de la mujer, párr. 40.

42 Naciones Unidas, Comisión de Derechos Humanos, Informe de la misión a Colombia presentado por la Relatora Especial sobre la violencia contra la mujer, E/CN.4/2002/83/Add.3 del 11 de marzo de 2002, párrs. 29 y 85.

datos constitucionales se expidió la Ley 294 de 1996 sobre violencia intrafamiliar, reformada por la Ley 575 de 2000 y reglamentada mediante el Decreto 651 de 2001, normatividad que pretende, de una parte, garantizar la prevención, atención, protección y sanción de la violencia intrafamiliar, y de otra, salvaguardar la unidad familiar.

Esta Ley establece, en su artículo 20, que las autoridades policiales tienen la obligación de asistir a las víctimas de maltrato intrafamiliar, con el fin de “impedir la repetición de los hechos, remediar las secuelas físicas y psicológicas que se hubieran ocasionado, y evitar retaliaciones por tales actos”. A tal efecto, prescribe ciertas medidas específicas que deben adoptar dichas autoridades, tales como: acompañar a la víctima al centro asistencial más cercano, hasta su hogar o algún lugar seguro; asesorarla en la preservación de las pruebas de los actos de violencia, y en cuanto a sus derechos y a los servicios gubernamentales disponibles en tales circunstancias. La misma ley prescribe medidas precautorias, como el desalojo del agresor, la obligación de que el mismo se someta a un tratamiento reeducativo y terapéutico, y de cubrir con sus propios recursos la reparación de los daños causados.

Además, esta clase de violencia no solamente afecta el ejercicio de los derechos humanos de las mujeres, sino que trasciende a un problema de salud pública que debe ser asumido por el Estado. Por este motivo, el Consejo Nacional de Seguridad Social en Salud, al proferir el acuerdo 117 de 12998, estableció que el maltrato de los niños y las mujeres fuera incluido como una enfermedad dentro del Plan Obligatorio de Salud, tanto en el régimen subsidiado como en el contributivo.

## 6. La violencia contra la mujer en el marco del conflicto armado

La historia de los conflictos armados internos e internacionales ha mostrado que las mujeres y los niños son los grupos de población que sufren los daños más graves. Consciente de este hecho, el Consejo de Seguridad hizo una recomendación<sup>43</sup> a la Asamblea General para que realizara una Declaración sobre la “protección de la mujer y el niño en estados de emergencia o de conflicto armado”, la cual fue proclamada el 14 de diciembre de 1974.<sup>44</sup> En la Declaración se prohíben y condenan los ataques y bombardeos contra la población civil; se prohíbe el empleo de armas químicas y bacteriológicas; se consideran actos cri-

Consejo de Seguridad de las Naciones Unidas, resolución 1861 (LVI), del 16 de mayo de 1974.

Naciones Unidas, Asamblea General, resolución 3318 (XXIX), del 14 de diciembre de 1974.

43

44

minales todas las formas de represión y los tratos crueles e inhumanos a las mujeres y los niños, incluidos la reclusión, la tortura, las ejecuciones, las detenciones en masa, los castigos colectivos, la destrucción de viviendas, entre otros.

A falta de un señalamiento expreso de la violación sexual y la violencia contra la mujer como crímenes de guerra en los Convenios de Ginebra de 1949 y sus dos Protocolos Adicionales, el Estatuto de la Corte Penal Internacional (Estatuto de Roma) establece explícitamente que la violación y otros abusos sexuales forman parte de los crímenes más graves que preocupan a la comunidad internacional, al definirlos como crímenes de lesa humanidad y crímenes de guerra (arts. 7 y 8):

- Conforme al artículo 7.1.g) es crimen de lesa humanidad: la “violación, esclavitud sexual, prostitución forzada, embarazo forzado, esterilización forzada o cualquier otra forma de violencia sexual de gravedad comparable”, cuando se cometa como un ataque generalizado o sistemático contra una población civil y con conocimiento de dicho ataque.
- Según el artículo 8.2.e) vi) es crimen de guerra en el ámbito de los conflictos armados no internacionales: “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 del artículo 3 común a los cuatro Convenios de Ginebra”.

El Código Penal en su Título II tipifica como delitos contra personas y bienes protegidos por el DIH, en sus artículos 138, 139, y 141; el acceso carnal violento en persona protegida, los actos sexuales violentos en persona protegida y la prostitución forzada o esclavitud sexual.

Informe  
Relatora Especial de  
las Naciones Unidas

## 6.1. La jurisprudencia de los Tribunales Penales Internacionales<sup>45</sup>

### 6.1.1. *La jurisprudencia del Tribunal Penal Internacional para la ex-Yugoslavia*

El Tribunal Penal Internacional para la ex-Yugoslavia ha desempeñado una función decisiva en la creación de puntos de referencia en materia de juris-

45 A continuación se reproduce el análisis realizado por la señora Radhika Coomaraswamy, Relatora Especial sobre la violencia contra la mujer, con inclusión de sus causas y consecuencias, en el Informe: “La violencia contra la mujer perpetrada y/o condonada por el Estado en tiempos de conflicto armado (1997-2000)”, Naciones Unidas, Comisión de Derechos Humanos, E/CN.4/2001/73, 23 de enero de 2001, párrs. 21-29, 31, 34-39.

prudencia para el procesamiento de los abusos sexuales cometidos en tiempo de guerra. La fiscalía ha reconocido que la violencia sexual no solo constituye un conjunto de crímenes internacionales, como los crímenes de guerra y los crímenes de lesa humanidad, sino que puede constituir también tortura, esclavitud, graves lesiones corporales y otros actos pertinentes, siempre que los elementos que constituyen esos crímenes se hallen presentes en el acto de violencia sexual. Hasta la fecha, en los procesos públicos de este Tribunal por crímenes cometidos durante la guerra en la antigua Yugoslavia, se han considerado los crímenes de agresión sexual como graves violaciones de los Convenios de Ginebra, crímenes de lesa humanidad, crímenes de guerra y genocidio. Además, el Tribunal ha imputado públicamente a varios presuntos criminales de guerra la responsabilidad de ordenar la comisión de crímenes de abuso sexual, con arreglo al párrafo 3 del artículo 7 del Estatuto.

• **El caso Tadic**

Dusko Tadic, miembro de las fuerzas serbiobosnias que actuaban en el municipio de Prijedor, fue declarado culpable por el Tribunal el 7 de mayo de 1997 por crímenes de lesa humanidad y crímenes de guerra cometidos en la antigua Yugoslavia.<sup>\*</sup> Tadic, un oficial de baja graduación del conocido campo de Omarska no fue condenado por cometer directamente un acto de agresión sexual<sup>\*\*</sup> sino por su participación en una amplia campaña de terror, generalizada y sistemática, que consistió en golpizas, torturas, agresiones sexuales y otros abusos físicos y psicológicos contra la población no serbia de la región de Prijedor.<sup>\*\*\*</sup>

Es particularmente importante el hecho de que en el caso Tadic el Tribunal resolviera que el acusado era culpable de crímenes de lesa humanidad por actos criminales de persecución entre los que figuraban crímenes de abuso sexual.

El 11 de noviembre de 1999, Tadic fue condenado a 25 años de prisión. Esta condena fue reducida más tarde por el Tribunal de Apelaciones a un máximo de 20 años. Tribunal Internacional para la ex-Yugoslavia, Hoja informativa sobre las actuaciones del Tribunal Penal, noviembre de 2000.

\*

El documento inculpatario original en el caso Tadic acusaba a éste de haber violado a una mujer detenida, la testigo F. Cuando el juicio se hallaba próximo, la testigo F se retiró y se negó a declarar. Algunos observadores dijeron que la testigo se había retirado porque tenía demasiado miedo de declarar, y muchos consideraron su comportamiento como una prueba de que el Tribunal no brindaba suficiente protección a los testigos, en particular a las mujeres supervivientes de agresiones sexuales. La negativa de la testigo F a participar obligó al fiscal a enmendar el acta de acusación y a retirar los cargos de violación contra Tadic. Así pues, el Tribunal pasó a considerar el marco, más amplio, en que operaba Tadic, un entorno caracterizado en parte por una violencia sexual brutal. Véase, por ejemplo, Kelly Askin, "Sexual Violence in ICTY and ICTR Indictments and Decisions: The Current Status of Prosecutions Based on Gender-Based Crimes Before the ICTY and ICTR: Developments in the Protection of Women in International Humanitarian Law", *American Journal of International Law*. [sic]

\*\*

*El Fiscal c. Tadic*, acta de acusación, párr. 2.6.

\*\*\*

En lugar de refugiarse en la afirmación, muy frecuente, de que la violación es un acto fortuito o arbitrario perpetrado por soldados que buscan desahogar su energía sexual, la sentencia dictada en el caso Tadic afirma categóricamente que la violación y el abuso sexual pueden considerarse como parte de una campaña generalizada o sistemática de terror contra la población civil. No es necesario probar que la violación misma fuera generalizada o sistemática sino que la violación constituía uno o tal vez muchos tipos de crímenes, cuyo espectro se cometía de forma generalizada o sistemática e incluía una campaña de terror por parte del agresor.\*

#### • El caso Blaskic

Tihomir Blaskic, un coronel de las fuerzas armadas del Consejo de Defensa de Croacia (HVO) y jefe de la zona operativa de Bosnia central de las fuerzas armadas del HVO durante los hechos por los cuales fue procesado por el Tribunal Penal Internacional para la ex-Yugoslavia, fue acusado de responsabilidad criminal directa y responsabilidad de ordenar crímenes de lesa humanidad, entre ellos violaciones cometidas en los centros de detención. El 3 de marzo de 2000, Blaskic fue condenado por algunas violaciones del derecho humanitario, entre ellas crímenes de guerra, graves violaciones y crímenes de lesa humanidad contra la población bosnia musulmana de Bosnia central.\*\* No fue condenado por cometer directamente los crímenes enumerados en el acta de acusación sino por ordenar, planificar, instigar o de otra forma cooperar en la planificación, preparación o comisión de esos crímenes.\*\*\*

La sentencia es importante, entre otras cosas, por el amplio análisis que ofrece sobre lo que constituye un crimen de lesa humanidad. El Tribunal enumera los cuatro elementos que forman un “ataque sistemático”, y entre ellos está “la perpetración de un acto criminal de grandes proporciones contra un grupo de

\* El tribunal que juzgó el caso Tadic declaró que el crimen de persecución incluye actos de diversa gravedad, desde el asesinato hasta una limitación del tipo de profesiones que pueden ejercer los miembros del grupo elegido como objetivo. El Fiscal c. Tadic, sentencia de 7 de mayo de 1997, párr. 704. En importantes dictámenes, el Tribunal aborda también la cuestión de si un solo acto puede constituir un crimen de lesa humanidad: es evidente que un solo acto cometido por un perpetrador en el contexto de un ataque generalizado o sistemático contra una población civil entraña una responsabilidad penal individual, y que un perpetrador individual no necesita cometer numerosos delitos para ser considerado responsable. Si bien es cierto que los actos aislados y fortuitos no deberían incluirse en la definición de crímenes de lesa humanidad, tal es la finalidad del requisito de que esos actos vayan dirigidos contra la población civil; de ahí que incluso un acto aislado pueda constituir un crimen de lesa humanidad, si es la consecuencia de un sistema político basado en el terror o en la persecución. *Ibid.*, párr. 649, cita de Henri Meyerowitz en el informe de D. Thiam, Relator Especial de la Comisión de Derecho Internacional (A/CN.4/466), párr. 89.

\*\* El Fiscal c. Blaskic, No. IT-95-14, sentencia de 3 de marzo de 2000. Blaskic fue absuelto de los cargos de genocidio.

\*\*\* Estatuto del Tribunal Penal Internacional para la ex-Yugoslavia, art. 7, párr. 1.

civiles o la repetida y continua comisión de actos inhumanos vinculados entre sí”.<sup>\*</sup> El análisis realizado por el Tribunal sobre los crímenes de lesa humanidad es una contribución positiva al establecimiento de la violación como crimen de guerra. En ambas interpretaciones de los crímenes de lesa humanidad, la del caso Tadic y la del caso Blaskic, la violación y abuso sexual de las mujeres no necesita en sí misma ser generalizada o sistemática, aunque la violencia sexual puede ser un elemento constitutivo de una campaña generalizada y sistemática que abarque otros actos criminales.

• **El caso Celebici**

El 16 de noviembre de 1998 el Tribunal Penal Internacional para la ex-Yugoslavia dictó su primer fallo condenatorio de un criminal de guerra bosnio concretamente por delitos de agresión sexual, entre otros crímenes de guerra. El Tribunal dictaminó que Hazim Delic, un bosnio musulmán, comandante adjunto del campo de detención de Celebici, era culpable de violar y agredir sexualmente a dos mujeres serbiobosnias que estaban presas en el campo, en 1992, y lo declaró culpable, entre otras cosas, de una grave violación (tortura) y crímenes de guerra (tortura) por las violaciones.<sup>\*\*</sup> El Tribunal resolvió también que Zdravko Mucic, un comandante del campo bosniocroata tenía responsabilidad por ordenar los abusos cometidos contra detenidos en el campo de Celebici, como asesinatos, tortura, agresiones sexuales, golpes y otras formas de trato cruel e inhumano.

La sentencia confirma que la violación y la agresión sexual pueden ser actos de tortura; el Tribunal subrayó que un objetivo prohibido de la tortura es “por discriminación de cualquier clase”, inclusive la discriminación por razones de género;<sup>\*\*\*</sup> el Tribunal halló a un comandante del campo responsable de las agresiones sexuales cometidas por sus subordinados; el Tribunal adoptó la amplia y progresista definición de violación expresada por el Tribunal del caso Akayesu, (véase más adelante) y el Tribunal hizo hincapié en que la violación y la agresión sexual producían no sólo un daño físico sino también un daño psicológico.

El Fiscal c. Blaskic, sentencia, párr. 203. Los otros tres elementos eran: a) la existencia de un objetivo político, de un plan en virtud del cual se perpetra el ataque o de una ideología en el sentido amplio de la palabra, a saber, destruir, perseguir o debilitar a una comunidad; b) la preparación y utilización de recursos públicos o privados importantes, bien militares o de otra índole; y c) la implicación en la definición y el establecimiento de un plan metódico de autoridades políticas y/o militares de alto nivel.

\*

El Fiscal c. Delic, y otros, caso No. IT-96-21-A, 16 de noviembre de 1997. Por otros actos Delic fue declarado culpable también de homicidio voluntario y asesinato, tortura, trato inhumano y cruel, causar grandes sufrimientos o graves lesiones, y detención ilegal de civiles.

\*\*

El Tribunal que juzgó el caso Celebici señala además que las Naciones Unidas han reconocido que la violencia causada a las mujeres por el hecho de serlo, en particular los actos que causan daños o sufrimientos físicos, mentales o sexuales, representa una forma de discriminación que impide en gran medida a las mujeres disfrutar de los derechos humanos y las libertades. Así pues, el Tribunal suscribió la opinión de que la discriminación por razones de género puede ser fundamento para juzgar la violación como tortura. Delic y otros, sentencia, párr. 493.

\*\*\*

Hazim Delic fue condenado a 20 años de privación de libertad por crímenes cometidos en el campo de Celebici., pese a que el Fiscal pidió la pena de cadena perpetua. Se consideró que Delic no era culpable de haber ordenado ninguno de los crímenes cometidos por sus subordinados, aunque él era el comandante adjunto del campo bajo las órdenes de Mucic, y la prueba de que, de hecho controlaba a los guardianes del campo, se halla en las declaraciones dispersas que se hicieron durante el juicio.<sup>\*</sup> El Fiscal ha recurrido tanto la sentencia como el fallo contra Delic. Mucic, Delic y Landzo también han apelado contra sus condenas.

• El caso Furundzija

Anto Furundzija, un comandante local destinado en Vitez en una unidad especial de la policía militar del HVO, fue declarado culpable, el 10 de diciembre de 1998, de tortura como coautor de la violación de una mujer musulmana bosnia durante el interrogatorio, y de complicidad en la violación.<sup>\*\*</sup> El caso fue el primero que se juzgó exclusivamente por delitos de violencia sexual en un tribunal internacional, y aporta algunas contribuciones progresistas a la jurisprudencia de la violación como crimen de guerra. El Tribunal confirmó, entre otras cosas, el carácter de crimen de guerra de la violación, en particular en virtud del artículo 3 común a los Convenios de Ginebra relativos a los conflictos armados que no sean de índole internacional;<sup>\*\*\*</sup> aceptó la definición de violación del caso Akayesu, pero formuló un conjunto de elementos que prohíben expresamente el sexo oral forzado,<sup>\*\*\*\*</sup> además afirmó que una de las condiciones de la tortura en los conflictos armados era que, por lo menos, una de las personas asociadas a la sesión de tortura fuera un responsable oficial o actuara como órgano de “cualquier otra entidad investida de poder”,<sup>\*\*\*\*\*</sup> lo que permitiría con-

\* Por ejemplo, numerosos testigos declararon que Delic era un comandante con las atribuciones del cargo. *Ibid.*, párr. 798.

\*\* El Fiscal c. Furundzija, caso N° IT-95-17/1-T, sentencia de 10 de diciembre de 1998.

\*\*\* *Ibid.*, párrs. 165 a 171.

\*\*\*\* Los elementos objetivos de la violación son:

i) la penetración sexual, por muy ligera que sea:

a) de la vagina o del ano de la víctima por el pene del violador o cualquier otro objeto utilizado por éste;

b) de la boca de la víctima por el pene del violador;

ii) mediante coacción, fuerza o amenaza de emplear la fuerza contra la víctima o una tercera persona.

*Ibid.*, párr. 185. El Tribunal declara que la penetración oral forzada puede ser tan humillante y traumática para la víctima como la penetración vaginal o anal y que una definición general de lo que constituye una violación concuerda con el principio fundamental de proteger la dignidad humana. *Ibid.*, párr. 184.

\*\*\*\*\* *Ibid.*, párr. 162.

siderar posibles torturadores a determinados agentes, entre ellos los paramilitares y otras tropas “irregulares” que violaron y agredieron sexualmente a las mujeres en la guerra de la ex-Yugoslavia con la aprobación y el apoyo tácticos de diversos militares. (...)

- El caso Foca

En junio de 1996, el Tribunal Penal Internacional para la ex-Yugoslavia hizo pública un acta de acusación contra ocho serbiobosnios por determinados delitos sexuales cometidos contra mujeres en Foca.<sup>\*\*</sup> Como señaló este Tribunal Penal, el acta de acusación tenía una gran importancia desde el punto de vista jurídico porque era la primera vez que se investigaban con diligencia las agresiones sexuales con el propósito de iniciar una acción penal por tortura y esclavitud como crímenes de lesa humanidad.<sup>\*\*\*</sup> El caso Foca puede diferenciarse de los casos Tadic y Blaskic en que se inculpa a los acusados de crímenes de lesa humanidad por llevar a cabo una campaña generalizada o sistemática de violencia sexual contra las mujeres. En estos casos, la violación y la agresión sexual por sí mismas fueron sistemáticas y constituyeron la “perpetración de un acto criminal de grandes proporciones contra un grupo de civiles” requerida para una acusación por crímenes de lesa humanidad.<sup>\*\*\*\*</sup>

### 6.1.2. La jurisprudencia del Tribunal Penal Internacional para Rwanda

Desde diciembre de 2000, el Tribunal Penal Internacional para Rwanda (ICTR) ha formulado acusación pública contra 45 personas. Entre los cargos formulados contra cinco de ellas los había de violencia sexual. Cuarenta y tres

Ibíd.

Entre julio de 1992 (abril de 1992 para Vukovic) y febrero de 1993, los encausados son acusados de violar a mujeres en los lugares de detención; sacar a las mujeres de los centros de detención y llevarlas a casas, apartamentos y hoteles para violarlas; obligar a las mujeres a desnudarse y bailar desnudas ante los grupos de soldados y de la policía; cometer violaciones en grupo y en público; mantener detenidas a las mujeres en casas y apartamentos utilizados como burdeles; obligar a las mujeres a realizar quehaceres domésticos en las casas y apartamentos, y obligarlas a someterse a las agresiones sexuales; y vender mujeres a cambio de dinero. Las violaciones consistían en la penetración vaginal, anal y oral y en felación. Se acusa a Kunarac de ser responsable de ordenar actos de agresión sexual cometidos por sus subordinados. Muchas de las víctimas eran niñas; una de ellas tenía 12 años y otra 15 cuando fueron violadas y cuando fueron objeto de abusos sexuales en cadena en Foca. Muchas de las mujeres fueron violadas en cadena durante largos periodos de tiempo. Muchas sufrían lesiones ginecológicas permanentes como consecuencia de la violación, y una de las mujeres ya no pudo concebir como consecuencia de esas lesiones. En las actas de acusación se hacía mención también de violaciones de mujeres embarazadas de siete meses.

ICTY press release, 27 de junio de 1996.

Blaskic, sentencia, nota 179.

\*

\*\*

\*\*\*

\*\*\*\*

de los acusados se hallan detenidos y sometidos a juicio, pendientes de juicio o cumpliendo sentencia.

- El caso Akayesu

En el fallo del Tribunal en la causa de El Fiscal c. Akayesu,<sup>\*</sup> dictado el 2 de septiembre de 1998, se reconoce por primera vez que pueden formularse cargos por actos de violencia sexual por ser elementos constitutivos de una campaña de genocidio. A Jean-Paul Akayesu, en su día alcalde de la comuna de Taba, se le acusó de genocidio, de crímenes de lesa humanidad y crímenes de guerra<sup>\*\*</sup> y de haber tenido conocimiento de la comisión de actos de violencia sexual y haber facilitado la comisión de tales actos, permitiendo que se cometieran en los locales de la comuna.<sup>\*\*\*</sup> También se acusó a Akayesu de hallarse presente en la comisión de delitos de violencia sexual, dando así pábulo a tales delitos<sup>\*\*\*\*</sup>

La sentencia en la causa contra Akayesu es inequívoca al pronunciarse los magistrados en el sentido de que los delitos de violencia sexual cometidos en la comuna de Taba y en toda Rwanda constituyeron actos de genocidio:

Jurisprudencia  
Tribunal Penal  
Internacional  
para Rwanda

**La violación y los actos de violencia sexual... constituyen genocidio, lo mismo que cualquier otro acto, si se cometen con el propósito específico de destruir, en todo o en parte, a un grupo determinado al que se toma como objetivo (...)** La violencia sexual fue parte integrante del

\* El Fiscal c. Akayesu, ICTR-96-4, de 13 de febrero de 1996, enmendado e ICTR-96-4-I enmendado, de 17 de junio de 1997.

\*\* En la acusación se definen los actos de violencia sexual de forma que quedan incluidos "la penetración sexual por la fuerza (...) y los abusos sexuales, tales como la desnudez forzada". *Ibid.*, párr. 10A. En la primera acusación contra Akayesu no figuraban cargos por delitos de violencia sexual, a pesar de las abrumadoras pruebas que existían sobre violaciones en masa en la comuna de Taba. La falta de voluntad política de algunos altos cargos del tribunal, así como la deficiencia de los métodos de investigación seguidos por algunos de los investigadores y fiscales del tribunal explican esa omisión. El acta de acusación se enmendó después de que numerosas mujeres tutsis testificaran y se expresaran en público sobre la violencia sexual en la comuna de Taba. Véase también Human Rights Watch, *Shattered Lives: Sexual Violence During the Rwandan Genocide and its Aftermath*, septiembre de 1996, donde se detalla la forma masiva y sistemática en que se perpetraron los actos de violencia sexual en el genocidio de Rwanda. En junio de 1997 se enmendó el acta de acusación en la causa contra Akayesu de forma que se reflejara el papel decisivo de la violencia sexual en el genocidio de los tutsis de la comuna de Taba.

\*\*\* Durante el juicio de Akayesu, varias mujeres tutsis testificaron que habían sido víctimas de violaciones colectivas y reiteradas por parte de las milicias en los locales de la comuna o en sus inmediaciones, incluso en presencia de Akayesu. Hablaron de que vieron cómo un grupo de hombres violaba y asesinaba a otras mujeres delante de Akayesu. En una ocasión en que este último presencié tales violaciones y asesinatos dijo al parecer a los autores "no me pregunten más a qué sabe una mujer tutsi". El Fiscal c. Jean-Paul Akayesu, conclusiones de la acusación, vol. I, 29 de abril de 1998, párr. 165. Además, tanto las víctimas como los testigos que intervinieron en el juicio describieron otros actos de violencia sexual, como la violación pública, la violación con objetos tales como machetes y palos, la esclavitud sexual, la desnudez forzada y la violación de niñas.

\*\*\*\* Acta de acusación enmendada contra Akayesu, párr. 12B.

**proceso de destrucción que tuvo por objetivo específico a las mujeres tutsis y que contribuyó específicamente a su destrucción y a la destrucción del grupo tutsi en su conjunto.\***

La sala de primera instancia declaró a Akayesu culpable del delito de genocidio, y resolvió que “más allá de toda duda razonable, el acusado tenía motivos para saber y, de hecho sabía, de la comisión de actos de violencia sexual en los locales de la comuna o en sus inmediaciones y que de dichas dependencias se trasladaba a las mujeres para violarlas. No hay prueba ninguna de que el acusado adoptara medidas para evitar los actos de violencia sexual. De hecho, la hay de que el acusado ordenó, indujo, ayudó de otras maneras y aprobó la comisión de actos de violencia sexual.”\*\*

El tribunal que juzgó a Akayesu contribuyó de manera significativa a la actual evolución de la jurisprudencia sobre la violación como crimen de guerra al hacer una definición expresa y amplia por la que se equiparaba claramente la violación a otros crímenes de lesa humanidad. En la definición asumida en la causa contra Akayesu la violación se reconceptualiza como atentado a la seguridad de la persona de la mujer de que se trate y se desecha el concepto abstracto de virtud o de baldón para la honra de toda la familia o aldea. También es significativo que, al definir la violencia sexual, el tribunal incluyera en ese concepto el desnudo forzado, sentando así firmemente que los actos de agresión sexual no se circunscriben a aquellos que entrañan la penetración y ni siquiera al contacto sexual.\*\*\* En el fallo se dice claramente que la sala considera que la violación constituye una forma de agresión y que los elementos fundamentales del delito de violación no pueden reducirse a la descripción mecánica de objetos y partes del cuerpo. La sala define la violación como una invasión física de índole sexual, perpetrada contra una persona en circunstancias que entrañan coacción.\*\*\*\* La definición de la violación y de los actos de agresión sexual asumida en la causa de Akayesu es también la que ha adoptado el Tribunal Internacional para la ex-Yugoslavia y ha servido para fijar la definición aceptada internacionalmente de los delitos de violencia sexual en todos los casos interpuestos hasta la fecha ante el Tribunal Internacional para la ex-Yugoslavia (véanse las causas Celebici y Furundzija ya tratadas).

Sentencia en la causa Akayesu, de 2 de septiembre de 1998, párr. 31 (en la sección 7.8, Cargo 1 - Genocidio, Cargo 2 - Complicidad en genocidio).

Ibid., párr. 52.

Acta de acusación enmendada contra Akayesu, párr. 10A.

Sentencia en la causa contra Akayesu, párrs. 596 a 598, sec. 6.4, Crímenes de lesa humanidad.

\*

\*\*

\*\*\*

\*\*\*\*

- El caso **Musema**

El 27 de enero de 2000, el Tribunal sostuvo que Alfred Musema, director de la fábrica de té de Gisovu, había atentado en persona contra individuos tutsis y había incitado a sus empleados a agredir a tales individuos en los violentos ataques de abril y mayo de 1994. También se determinó que Musema había violado a una joven tutsi llamada Nyiramusugi mientras la sujetaban otros cuatro hombres,<sup>\*</sup> que después se marchó mientras los otros cuatro seguían violándola hasta que la dieron por muerta. El Tribunal sostuvo que Musema era personalmente responsable del acto de violación cometido por él mismo y culpable de complicidad en la perpetración de la violación por los demás. El Tribunal determinó que las pruebas presentadas, teniendo en cuenta los asesinatos y otros actos de agresión física y de daño mental graves, incluida la violación y otras formas de violencia sexual, eran constitutivos de genocidio. Por lo que se refiere a la violencia sexual, el Tribunal afirmó que la violación y los actos de violencia sexual formaban parte integrante del plan trazado para destruir al grupo tutsi. Con esos actos se tomaba por blanco a las mujeres tutsis en particular y de manera específica se contribuía a su destrucción y, por tanto, a la del grupo tutsi como tal.<sup>\*\*</sup> Es significativo que el Tribunal llegara también a la conclusión de que el acusado sabía de la agresión generalizada y sistemática que se perpetraba contra la población civil. La sala consideró que la violación de Nyiramusugi por parte del acusado se inscribía en esa agresión generalizada y formaba parte de ella, por lo que declaró a Musema culpable de crimen de lesa humanidad (violación).<sup>\*\*\*</sup> Musema fue condenado a cadena perpetua.

## 6.2. La violencia contra la mujer en el marco del conflicto armado colombiano

A continuación se transcriben algunas de las conclusiones que sobre este tema señaló la Relatora Especial sobre la violencia contra la mujer en su informe sobre Colombia:

**En conclusión, la Relatora Especial quisiera hacer referencia a un error de concepto generalizado respecto del papel que desempeña la violencia basada en el género en el conflicto. Algunos de los interlocutores de**

\* El Fiscal c. Musema, sentencia ICTR-96-13-I, del 27 de enero de 2000, párr. 907.

\*\* *Ibid.*, párr. 933.

\*\*\* *Ibid.*, párr. 966.

la Relatora Especial expresaron opiniones durante su visita en el sentido de que la violencia basada en el género en el contexto del conflicto no era un problema en Colombia. Otros consideraron que la situación no era comparable con otros conflictos recientes (en la ex-Yugoslavia y Rwanda), ya que el conflicto colombiano no tenía origen étnico; en Colombia, cuando un grupo trata de destruir a otro lo hace más por motivos económicos o porque se trata de una guerra entre ricos y pobres. La Relatora Especial está de acuerdo con esta última opinión en cierta medida, puesto que no recibió información de que las mujeres fueran violadas para embarazarlas y luego mantenerlas en cautividad de manera que no tuvieran sus hijos del lado enemigo, como era el caso en la ex-Yugoslavia y que fue calificado de genocidio por el Tribunal Penal Internacional para la ex-Yugoslavia. Ahora bien, la Relatora Especial escuchó testimonios acerca de esclavitud sexual, mutilación sexual, desnudez forzosa, imposición de estrictos códigos en el vestido, abortos forzados y anticoncepción forzosa, que constituyen todos delitos graves a los efectos del derecho internacional y deben ser enjuiciados por la Unidad de Derechos Humanos en la Oficina del Fiscal General.

(...)

Muchas veces a las mujeres, después de violarlas, se las mata, por lo que sólo figuran en las estadísticas de los asesinados. Habría que tratar de documentar lo ocurrido a la víctima antes de la muerte e incluir datos de los informes forenses en las estadísticas oficiales\*, de forma que quede constancia de los diversos elementos del delito, incluida la dimensión de género.

(...)

La violencia contra la mujer es generalizada y sistemática. La Relatora Especial expresa suma preocupación por el actual grado de impunidad por violaciones de los derechos de la mujer, sobre todo las que ocurren debido al conflicto armado en Colombia o se ven agravadas como resultado de éste. Expresa preocupación además por el trato que recibe la mujer en el sistema de justicia penal y por el bajo porcentaje de

En la visita, la policía accedió a remitir un informe forense a la Relatora Especial en el que se daría más información sobre lo ocurrido a las mujeres víctimas antes de la muerte. Cabe lamentar, sin embargo, que dicha información no ha llegado todavía y que, en consecuencia, no puedan incluirse estadísticas a ese respecto en el presente informe.

\*

condenas impuestas en casos de violación u otras formas de violencia basada en el género. El hecho de que no se investiga, enjuicia y castiga a los responsables de violaciones y otras formas de violencia basada en el género ha contribuido a un entorno de impunidad que perpetúa la violencia contra la mujer, incluso la violación y la violencia intrafamiliar. Es fundamental que los casos de violencia basada en el género se investiguen y que los perpetradores comparezcan ante la justicia.

Es menester impartir urgentemente capacitación a todas las dependencias del sistema de justicia penal y a los militares respecto de la violencia basada en el género y los derechos humanos de la mujer, de conformidad con las obligaciones contraídas por el Estado de ejercer la diligencia debida para prevenir, investigar y enjuiciar todos los actos de violencia contra la mujer. (...) <sup>46</sup>

### 6.3. La mujer desplazada

A continuación se transcriben algunas consideraciones del informe sobre Colombia de la Relatora Especial sobre la violencia contra la mujer:

La situación del desplazamiento interno en Colombia se considera una de las más graves del mundo. (...) Sin embargo, el desplazamiento en Colombia no es una mera consecuencia del conflicto armado, sino que constituye una estrategia de guerra deliberada. En realidad, rara vez hay un enfrentamiento directo entre los grupos armados (es decir, los paramilitares, las guerrillas y el ejército o la policía). Antes bien, esos grupos armados tratan de ajustar cuentas atacando a los civiles sospechosos de tener relaciones con la “otra” parte y lo hacen con tal rigor que a quienes ven así amenazada su seguridad física no les queda otra opción que huir.

(...)

46 Naciones Unidas, Comisión de Derechos Humanos, Informe de la Relatora Especial sobre la violencia contra la mujer, sus causas y consecuencias, Adición, Misión a Colombia (1º a 7 de noviembre de 2001), E/CN.4/2002/83/add.3 del 11 de marzo de 2002, párrs. 102, 45, 103 y 104.

La inmensa mayoría de los desplazados son mujeres y niños y en su mayor parte se ven librados a sus propios medios y con escaso o ningún apoyo. Las estimaciones de la proporción de mujeres desplazadas en Colombia oscilan entre el 49 y el 58% en relación con la población total de desplazados.<sup>\*</sup> Las mujeres y los niños juntos representan el 74% de todos los desplazados<sup>\*\*</sup> que necesitan asistencia especial. La cifra puede alcanzar el 80% si se incluye la población desplazada que se halla en grandes zonas urbanas.

(...)

Según la información facilitada a la Relatora Especial, las dificultades a que ha de enfrentarse la población desplazada se ven exacerbadas en el caso de las mujeres por la discriminación basada en el sexo que practica la sociedad. Se estima que una de cada tres familias está encabezada por una mujer; muchas son viudas de las zonas rurales que huyen a la ciudad y tienen que hacer frente a la cruda realidad urbana. (...)

(...)

La falta de condiciones seguras y apropiadas en las diversas zonas en que se asientan hace que los desplazados regresen a sus hogares en condiciones mínima de seguridad o sin seguridad ninguna. Los programas actuales de retorno, reasentamiento o reintegración socioeconómica no atienden todas las necesidades de las mujeres, situación tanto más grave si se tiene en cuenta la desventaja cultural que han padecido históricamente las mujeres y las limitaciones que encuentran en el ejercicio de sus derechos.

La mayoría de los que se ven desplazados, en particular los indígenas y afrocolombianos, trabajan principalmente en la agricultura y dependen de la tierra para su sustento y organización. En cuanto a la protección de territorios pertenecientes a los grupos étnicos, por ejemplo, las comunidades Paz del Atrato en Urabá y Cacarica (Chocó) tienen ya derechos de propiedad colectivos. En ambos casos, sin embargo, no se

RSS, *Informe sobre Desplazamiento Forzado en Colombia en el Primer Trimestre 2001*. Los departamentos con el mayor número de desplazadas son Guajira, Meta, Valle del Cauca, Santander y Boyacá.

Red de Solidaridad Social, "Atención a la población desplazada por la violencia en Colombia", Informe de Gestión, Bogotá, enero de 2000 a junio de 2001.

\*

\*\*

ha garantizado debidamente el derecho de las mujeres a esas tierras. En caso de separación o abandono, las mujeres y los niños quedan en una situación en extremo precaria en lo que respecta a la tierra.<sup>47</sup>

Las mujeres, en particular las de las zonas rurales, no tienen muy fácil el acceso a la documentación personal o a los registros. En consecuencia tropiezan con más dificultades para conseguir las escrituras de tierras, préstamos, viviendas y servicios de salud y educación. El problema se agrava para las mujeres indígenas o de ascendencia africana debido a las barreras culturales que acentúan la desigualdad. Además, el abandono de familia y la falta de reconocimiento paterno de los hijos es un problema corriente a la hora de inscribir a un menor en el registro civil y de garantizar al niño desplazado el derecho a un apellido.

(...)

Los proyectos de reubicación o reinserción socioeconómica después del regreso en general no abordan debidamente las necesidades de la mujer. Los adolescentes hacen frente a una situación más grave, puesto que no se ha previsto para ellos ningún programa de formación y empleo. Apenas se hace seguimiento ni se evalúan los efectos de estos proyectos, lo que pone trabas al acceso a datos fiables y diferenciados respecto del alcance verdadero de cualquiera de las iniciativas que se emprendan en favor de los desplazados internos.

(...)

Las víctimas del desplazamiento interno que más han sufrido la pérdida de su identidad, incluso más que los hombres, son las campesinas tradicionales, en particular las que han quedado viudas debido a la violencia.\* Pese a su dolor, estas mujeres han salvaguardado la supervivencia física de la

47 La Recomendación General No. 21 del Comité para la eliminación de la Discriminación contra la Mujer, "La igualdad en el matrimonio y en las relaciones familiares", señala en su párrafo 27: "En los países que están desarrollando un programa de reforma agraria o de redistribución de la tierra entre grupos de diferente origen étnico, deben respetarse cuidadosamente los derechos de la mujer, independientemente de su situación civil, a poseer una parte igual que la del hombre de la tierra que se haya redistribuido".

\* Para una campesina tradicional, pequeña propietaria, su identidad social se basa directamente en las relaciones primarias (entorno doméstico, familia, vecinos). Su falta de movilidad social y geográfica la restringe a un mundo más pequeño que el de la campesina no tradicional, la cual ha hecho lo posible por conquistar nuevas tierras y, por consiguiente, ha ampliado sus miras. En consecuencia, la primera experimenta más dificultades al romper sus logros.

familia y han construido una nueva identidad social en un entorno urbano desconocido y hostil. Los hombres desplazados, por el contrario, tienen una mayor movilidad geográfica y más experiencia social y política, por lo que su ruptura con el entorno social y rural es más firme. Los hombres experimentan los efectos del desplazamiento mediante el desempleo que les priva de la función de sostén económico.

(...)

La Relatora Especial recuerda que, de conformidad con los Principios Rectores de los desplazamientos internos, propuestos por Deng, en el artículo 10 de la Ley N° 387 de 1997 se establece la necesidad de prestar asistencia especial a las mujeres, en particular a las viudas, y a sus hijos, mujeres que son jefes de familia y huérfanos. En el artículo 17 se estipula el acceso directo de estos desplazados a los servicios sociales del Gobierno y en particular a la asistencia social y en materia de salud, educación y vivienda rural y urbana, y a los programas para los niños, la mujer y los ancianos, con miras a que logren la estabilidad socioeconómica.<sup>48</sup>

Naciones Unidas, Comisión de Derechos Humanos, Informe de la Relatora Especial sobre la violencia contra la mujer, sus causas y consecuencias, Adición, Misión a Colombia (1° a 7 de noviembre de 2001), E/CN.4/2002/83/add.3 del 11 de marzo de 2002, párrs. 59-60, 68, 70, 72, 73, 74, 76, 79, 81.

## Tipología de las violaciones

### Tipologías

#### Existe discriminación contra la mujer cuando:

Se produzca cualquier "distinción, exclusión o restricción basada en el sexo que tenga por objeto o resultado menoscabar o anular el reconocimiento, goce o ejercicio por la mujer, independientemente de su estado civil, sobre la base de la igualdad del hombre y de la mujer, de los derechos humanos y las libertades fundamentales en las esferas política, económica, social, cultural y civil o en cualquier otra esfera" (art. 1, Convención de la Mujer). En materia legislativa deberá tenerse en cuenta el Capítulo XI relativo al principio de igualdad ante la ley y no discriminación.

#### Existe responsabilidad del Estado en relación con la violencia intrafamiliar cuando:

- a) Sea perpetrada o tolerada por el Estado o sus agentes.
- b) El Estado no actúe con la debida diligencia para prevenir, investigar y sancionar la violencia contra la mujer.
- c) El Estado no adopte medidas jurídicas para conminar al agresor a abstenerse de hostigar, intimidar, amenazar, dañar, poner en peligro la vida de la mujer de cualquier forma, o perjudique su propiedad.
- d) No existan mecanismos judiciales y administrativos para asegurar que la mujer objeto de violencia tenga acceso efectivo a recursos para obtener medidas de protección o para buscar resarcimiento oportuno o reparación del daño.

En relación con la violencia contra la mujer en el marco del conflicto armado interno véase el numeral 8.1.3.2 del Capítulo XVIII relativo a los atentados contra la integridad personal.

Respecto a las mujeres desplazadas véase el Capítulo XVIII sobre desplazamiento forzado.

## 1. Introducción

La protección de las minorías no se menciona explícitamente en la Carta de las Naciones Unidas ni en la Declaración Universal de Derechos Humanos. La primera referencia a los derechos de las personas pertenecientes a minorías en los principales tratados de derechos humanos figura en el artículo 27 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos (PIDCP), de 1966:

**En los Estados en que existan minorías étnicas, religiosas o lingüísticas, no se negará a las personas que pertenezcan a dichas minorías el derecho que les corresponde, en común con los demás miembros de su grupo, a tener su propia vida cultural, a profesar y practicar su propia religión y a emplear su propio idioma.**

Esta disposición se utilizó como base de las deliberaciones que tuvieron lugar durante la elaboración de la Declaración sobre los derechos de las personas pertenecientes a minorías nacionales o étnicas, religiosas y lingüísticas (en adelante Declaración sobre las Minorías), aprobada el 16 de diciembre de 1992.

La Declaración sobre las Minorías es el único instrumento de las Naciones Unidas que se refiere exclusivamente a los derechos de las personas pertenecientes a ellas. En esta Declaración se establece la protección de su existencia e identidad, y se reconoce que la promoción y protección de los derechos de las personas pertenecientes a minorías contribuyen a la estabilidad política y social de los Estados. En sus disposiciones se concede especial atención a los derechos que garantizan la participación efectiva de esas personas en la vida cultural, religiosa, social, económica y pública, y en la adopción de las decisiones que les afectan. La Declaración también hace hincapié en el derecho de las personas pertenecientes a minorías a crear y mantener sus propias asociaciones y a establecer contactos transfronterizos libres y pacíficos con ciudadanos de otros Estados con los que mantengan un vínculo.

El Comité de Derechos Humanos, al interpretar el alcance del contenido del artículo 27 del PIDCP, ha observado que “(...) este artículo establece y reco-

## Los derechos de los pueblos indígenas y de las minorías étnicas

Artículo 27.  
Pacto Internacional  
de Derechos Civiles  
y Políticos

noce un derecho que se confiere a las personas pertenecientes a grupos de minorías y que constituye un derecho separado, que se suma a los demás derechos de que pueden disfrutar esas personas, al igual que todas las demás, en virtud del Pacto”.<sup>1</sup>

Frecuentemente, los derechos de las minorías se confunden con el derecho a la libre determinación (art. 1 del PIDCP), con el deber de los Estados de garantizar sin discriminación el disfrute de los derechos reconocidos en el PIDCP (art. 2.1), y con la igualdad ante la ley y a la igual protección de la ley (art. 26 del PIDCP).<sup>2</sup>

En este sentido, el Comité ha señalado que mientras el derecho a la libre determinación es un derecho perteneciente a los pueblos que se rige por disposiciones separadas del PIDCP (parte I) y que no es un derecho reconocido con arreglo al Protocolo Facultativo, el artículo 27 del PIDCP “(...) se relaciona con los derechos reconocidos a las personas en cuanto tales y, al igual que los artículos relacionados con los demás derechos personales reconocidos a todos, figura en la parte III del Pacto y está reconocido en virtud del Protocolo Facultativo”.<sup>3</sup>

El Grupo de Trabajo sobre las Minorías se ha referido a esta diferencia:

**Los derechos de las personas pertenecientes a minorías son individuales, aunque en la mayoría de los casos sólo se pueda gozar de ellos en comunidad con otros. Los derechos de los pueblos, por otra parte, son derechos colectivos. El derecho de los pueblos a la libre determinación está claramente establecido en derecho internacional, en particular en el artículo 1 común a los dos pactos internacionales de derechos humanos, pero no se aplica a las personas pertenecientes a minorías. Ello no impide que las personas pertenecientes a un grupo étnico o nacional puedan, en ciertos contextos, formular reivindicaciones legítimas basadas en sus derechos como minoría y, en otro contexto, cuando actúen colectivamente, puedan formular reclamaciones basadas en el derecho de un pueblo a la libre determinación.**<sup>4</sup>

1 Comité de Derechos Humanos, Observación General No. 23, “Los derechos de las minorías étnicas, religiosas o lingüísticas”, párr. 1.

2 *Ibid.*, párr. 2.

3 *Ibid.*, párr. 3.1.

4 Naciones Unidas, Comentario acerca de la Declaración sobre los derechos de las personas pertenecientes a minorías nacionales o étnicas, religiosas o lingüísticas, E/CN.4/Sub.2/AC.5/2001/2, del 2 de abril de 2001, párr. 15.

De otro lado, el Comité de Derechos Humanos ha señalado que:

**El disfrute de los derechos a los que se refiere el artículo 27 no menoscaba la soberanía y la integridad territorial de un Estado Parte. No obstante, en algunos de sus aspectos los derechos de las personas amparadas en virtud de ese artículo –por ejemplo, el disfrute de una determinada cultura– pueden guardar relación con modos de vida estrechamente asociados al territorio y al uso de sus recursos.<sup>5</sup> (...)** (Véase el capítulo XXV.)

Los derechos de las minorías reconocidos en el artículo 27 del PIDCP se diferencian de las garantías consagradas en virtud del párrafo 1 del artículo 2 y del artículo 26, en que el derecho a la no discriminación (art. 2.1 PIDCP), al disfrute de los derechos consagrados en el PIDCP y a la igualdad ante la ley (art. 26 PIDCP), se reconoce a todas las personas que se encuentren en la jurisdicción de un Estado Parte del PIDCP, independientemente de si pertenecen o no a una minoría.<sup>6</sup>

La protección del artículo 27 se otorga a las personas “pertenecientes a un grupo de minoría y que comparten en común una cultura, una religión y un idioma”, que se encuentren en el territorio y estén sujetas a la jurisdicción de un Estado Parte, no únicamente a los nacionales de ese Estado.<sup>7</sup> Consecuentemente,

**(...) no debe denegarse el ejercicio de esos derechos a los trabajadores migratorios o a las personas que se encuentren de visita en un Estado Parte y que constituyan alguna de esas minorías. Con este fin, les corresponde, al igual que a cualquier otra persona que se encuentre en el territorio de ese Estado Parte, los derechos generales de libertad de asociación y de expresión. La existencia de una minoría étnica, religiosa o lingüística en un determinado Estado Parte exige que esos derechos se establezcan en función de criterios objetivos y no por decisión unilateral del Estado Parte.<sup>8</sup>**

El Comité de Derechos Humanos, en su Observación General No. 23, llegó a la conclusión de que:

Observación General  
Comité de Derechos  
Humanos

Observación General  
Comité de Derechos  
Humanos

Comité de Derechos Humanos, Observación General No. 23, “Los derechos de las minorías étnicas, religiosas o lingüísticas”, párr. 3.2.

Ibid., párr. 4.

Ibid., párr. 5.1.

Ibid., párr. 5.2.

5  
6  
7  
8

(...) el artículo 27 se relaciona con los derechos cuya protección impone obligaciones específicas a los Estados Partes. La protección de esos derechos tiene por objeto garantizar la preservación y el desarrollo continuo de la identidad cultural, religiosa y social de las minorías interesadas, enriqueciendo así el tejido social en su conjunto. En consecuencia, el Comité observa que esos derechos deben ser protegidos como tales, sin que se les confunda con otros derechos personales conferidos a todas y cada una de las personas con arreglo al Pacto. Por tanto, los Estados Partes tienen la obligación de asegurar la debida protección del ejercicio de esos derechos (...).<sup>9</sup>

Además del PIDCP y de la Declaración sobre las Minorías, existen recientes normas internacionales relativas a los derechos de las minorías y de los pueblos indígenas, entre las que se pueden mencionar:

- El Convenio 169 de la Organización Internacional del Trabajo (OIT) sobre pueblos indígenas y tribales en países independientes (1989).<sup>10</sup>
- El artículo 30 de la Convención sobre los derechos del niño (1989).<sup>11</sup>
- El apartado j) del artículo 8 del Convenio sobre la diversidad biológica (1992),<sup>12</sup> en el que se recomienda a los Estados que respeten, preserven y conserven los conocimientos, innovaciones y prácticas de las comunidades indígenas.
- La Agenda 21 de la Conferencia de las Naciones Unidas sobre el medio ambiente y el desarrollo (1992), en particular su capítulo 26 sobre el reconocimiento y fortalecimiento del papel de las poblaciones indígenas y sus comunidades.
- La primera parte del párrafo 20 de la Declaración y Programa de Acción de Viena (1993) en el que se señala que los Estados deben adoptar de común acuerdo medidas positivas para asegurar el respeto de todos los derechos humanos de los pueblos indígenas, sobre la base de no discriminación:

**La Conferencia Mundial de Derechos Humanos reconoce la dignidad intrínseca y la incomparable contribución de las poblaciones indígenas**

Párrafo 20.  
Declaración de Viena

9 Ibid., párr. 9.  
10 Entró en vigor en Colombia el 6 de agosto de 1992, en virtud de la Ley 21 de 1991.  
11 Entró en vigor en Colombia el 28 de enero de 1991, en virtud de la Ley 12 de 1991.  
12 Firmado por Colombia el 24 mayo de 2000.

al desarrollo y al pluralismo de la sociedad y reitera firmemente la determinación de la comunidad internacional de garantizarles el bienestar económico, social y cultural y el disfrute de los beneficios de un desarrollo sostenible. Los Estados deben garantizar la total y libre participación de las poblaciones indígenas en todos los aspectos de la sociedad, en particular en las cuestiones que les conciernan. Considerando la importancia de las actividades de promoción y protección de los derechos de las poblaciones indígenas y la contribución de esas actividades a la estabilidad política y social de los Estados en que viven esos pueblos, los Estados deben tomar medidas positivas concertadas, acordes con el derecho internacional, a fin de garantizar el respeto de todos los derechos humanos y las libertades fundamentales de las poblaciones indígenas, sobre la base de la igualdad y la no discriminación, y reconocer el valor y la diversidad de sus diferentes identidades, culturas y sistemas de organización social.

Por otro lado, la Convención Internacional sobre la eliminación de todas las formas de discriminación racial (en adelante Convención contra la Discriminación Racial),<sup>13</sup> consagra el principio de igualdad ante la ley y a igual protección de la ley contra la discriminación racial y la incitación a la discriminación.

En Colombia, la Constitución Política (CP) consagra entre sus Principios Fundamentales (Título I), que: “El Estado reconoce y protege la diversidad étnica y cultural de la Nación colombiana” (art. 7), así como la obligación del Estado de proteger las riquezas culturales (art. 8). Sobre el particular ha dicho la Corte Constitucional:

**El reconocimiento de la sociedad moderna como un mundo plural en donde no existe un perfil de pensamiento si no una confluencia de fragmentos socioculturales, que se aleja de la concepción unitaria de “naturaleza humana”, ha dado lugar en Occidente a la consagración del principio constitucional del respeto a la diversidad étnica y cultural. Los Estados, entonces, han descubierto la necesidad de acoger la existencia de comunidades tradicionales diversas, como base importante del bienestar de sus miembros, permitiendo al individuo definir su identidad, no como “ciudadano” en el concepto abstracto de pertenencia a una sociedad territorial definida y a un Estado gobernante, sino una identidad basada en valores étnicos y culturales concretos. (...)**

Entró en vigor en Colombia el 2 de octubre de 1981, en virtud de la Ley 22 de 1981.

En los últimos años, y en el afán de adaptar el derecho a la realidad social, los grupos y tradiciones particulares empezaron a ser considerados como parte primordial del Estado y del Derecho, adoptándose la existencia de un pluralismo normativo como nota esencial y fundamental para el sistema legal en sí mismo. Como ha señalado esta Corporación:

“(...) El Estado Social de Derecho y la democracia participativa se han ido construyendo bajo la idea de que el reino de la generalidad no sólo no puede ser llevado a la práctica en todas las circunstancias, sino que, además, ello no siempre es deseable; la idea del respeto a la diversidad, al reconocimiento de las necesidades específicas de grupos sociales diferenciados por razones de cultura, localización, edad, sexo, trabajo, etc., ha sido un elemento esencial para la determinación de los derechos sociales económicos y culturales y en términos generales, para el logro de la justicia”

En efecto, la Constitución de 1991, como resultado de un proceso participativo y pluralista, estableció el reconocimiento y protección de la diversidad étnica y cultural de la Nación (art. 7). Este principio es desarrollado en el artículo 70, que reconoce la igualdad y dignidad de todas las culturas que viven en el país, en el artículo 10, que consagra la oficialidad de las lenguas y dialectos de los grupos étnicos en sus propios territorios, en los artículos 171 y 176 (supra), que permiten a las comunidades indígenas participar en el Senado y en la Cámara de Representantes. (...)

Es conveniente resaltar en el marco de esta normatividad, que para que la protección a la diversidad étnica y cultural sea realmente efectiva, el Estado reconoce a los miembros de las comunidades indígenas todos los derechos que se reconocen a los demás ciudadanos, prohibiendo toda forma de discriminación en su contra, pero además, y en aras de proteger la diversidad cultural, otorga ciertos derechos radicados en la comunidad como ente colectivo. En otras palabras, coexisten los derechos del individuo como tal, y el derecho de la colectividad a ser diferente y a tener el soporte del Estado para proteger tal diferencia.<sup>14</sup>

La existencia en el país de 81 grupos étnicos que hablan 64 lenguas diferentes y que representan una población de aproximadamente 450.000 indígenas es un reflejo de la diversidad étnica del país y de su inapreciable riqueza cultural. La ley 89 de 1890 ya reconocía la existencia de las comunidades o parcialidades indígenas al permitir su representación mediante los Cabildos. Actualmente, la Constitución misma hace mención explícita de las comunidades indígenas (CP, arts. 10, 96, 171, 246, 329 y 330).

El reconocimiento de la diversidad étnica y cultural en la Constitución supone la aceptación de la alteridad ligada a la aceptación de multiplicidad de formas de vida y sistemas de comprensión del mundo diferentes de los de la cultura occidental. Algunos grupos indígenas que conservan su lengua, tradiciones y creencias no conciben una existencia separada de su comunidad. El reconocimiento exclusivo de derechos fundamentales al individuo, con prescindencia de concepciones diferentes como aquellas que no admiten una perspectiva individualista de la persona humana, es contrario a los principios constitucionales de democracia, pluralismo, respeto a la diversidad étnica y cultural y protección de la riqueza cultural.<sup>15</sup>

Además, en la CP de 1991 se crean y reconocen los siguientes derechos:

- Las lenguas y los dialectos de los grupos étnicos son también oficiales en sus territorios, y en las comunidades con tradición lingüística propia la educación será bilingüe (art. 10). Su formación deberá respetar y desarrollar su identidad cultural (art. 68).
- Las tierras comunales de grupos étnicos y las tierras de resguardo son inalienables, imprescriptibles e inembargables (art. 63).
- Se reconoce que los grupos étnicos asentados en territorios de riqueza arqueológica tienen derechos especiales sobre esos patrimonios culturales, que deben ser reglamentados por ley (art. 72).
- Reconoce como nacionales colombianos a los indígenas que comparten territorios fronterizos, a condición de reciprocidad (art. 96).
- Crea cargos de senadores y un número a reglamentarse de hasta cinco representantes a elegirse en circunscripción nacional especial por comunidades indígenas (art. 176).

Corte Constitucional, sentencia T-380 de 1993, M. P. Eduardo Cifuentes Muñoz.

- Establece que las autoridades de los pueblos indígenas podrán ejercer funciones jurisdiccionales dentro de su ámbito territorial, de conformidad con sus propias normas y procedimientos, siempre que no sean contrarios a la CP y a las leyes (art. 246).

Sobre este reconocimiento constitucional, ha dicho la Corte Constitucional:

Jurisprudencia  
Corte Constitucional

**Entonces, no se trata solamente de reconocer constitucionalmente a las culturas indígenas sino de algo mucho más importante: considerar que éstas enriquecen la cultura nacional, e inclusive a la cultura universal porque es sabido que los indígenas tienen como eje de la vida a la naturaleza, luego ésta, al no ser una simple mercancía, adquiere una connotación indispensable para un equilibrio ecológico que permita que sobreviva la humanidad. Ese solidarismo indígena alrededor de la naturaleza se contrapone al economicismo liberal del modelo de Estado liberal que proyectaron las revoluciones burguesas. No es justo, en ningún momento, que se afecte, o lo que es peor, se hunda esa cultura indígena, que como toda cultura está ubicada en la superestructura de las sociedades, y en ocasiones cumple funciones que el propio Estado descuida o está incapacitado para dar. Es decir, cuando se afecta la cultura indígena se afecta un derecho colectivo.**<sup>16</sup>

## 2. El concepto de minoría étnica y de pueblo indígena

Como se señaló, el término minoría, conforme al artículo 27 del PIDCP, se aplica a las personas “pertenecientes a un grupo de minoría y que comparten en común una cultura, una religión y un idioma”. Sin embargo, ni el artículo 27 del PIDCP ni la Declaración sobre Minorías definen este concepto.

Con base en el concepto operativo elaborado en la Subcomisión de Prevención de Discriminaciones y Protección de Minorías, hoy denominada Subcomisión de Derechos Humanos: “una minoría en lo fundamental es un grupo ‘no dominante’ de una sociedad y en segundo lugar que posee alguna distinción de carácter ‘étnico, lingüístico, religioso’ o de origen nacional que lo hace tener algunas (o muchas) diferencias con el resto de la población, que se supone mayoritaria o dominante”.<sup>17</sup>

16 Corte Constitucional, sentencia T-634 de 1999, M. P. Alejandro Martínez Caballero.

17 Naciones Unidas, Subcomisión para la Promoción y Protección de los Derechos Humanos, Grupo de Trabajo sobre las Minorías, E/CN.4/Sub.2/AC.5/2000/WP.2, del 3 de abril de 2000, párr. 40.

Los beneficiarios de los derechos enunciados en el artículo 27 del PIDCP, que ha inspirado la Declaración, son las personas pertenecientes a “minorías étnicas, religiosas o lingüísticas”. La Declaración sobre las Minorías añade el término “minorías nacionales”. Esta adición no extiende el campo de aplicación general más allá de los grupos ya abarcados por el artículo 27. Difícilmente se puede afirmar que existe una minoría nacional, como quiera que sea que se la defina, que no sea también una minoría étnica o lingüística. Cabe aducir que las personas pertenecientes a grupos definidos exclusivamente como minoría religiosa gozan solamente de los derechos especiales relacionados con la profesión y la práctica de su religión. Se podría de igual modo sostener que las personas pertenecientes a grupos definidos exclusivamente como minorías lingüísticas disponen sólo de los derechos especiales relacionados con el aprendizaje y el uso de su propio idioma. Quienes perteneciesen a grupos definidos como minorías étnicas tendrían unos derechos más amplios relacionados con la preservación y el desarrollo de otros aspectos de su cultura, puesto que la pertenencia étnica se define en general por una amplia concepción de la cultura, de la que forma parte un modo de vida. La categoría de minoría nacional tendría entonces unos derechos todavía más sólidos, no sólo en relación con su cultura, sino también con la preservación y el desarrollo de su identidad nacional.<sup>18</sup> Sin embargo, en las disposiciones de fondo de la Declaración no se hacen tales distinciones, aunque ello no excluye la posibilidad de tener en cuenta las necesidades de las diferentes clases de minorías en la interpretación y aplicación de las distintas disposiciones.<sup>19</sup>

En los instrumentos regionales europeos sobre derechos de las minorías se utiliza exclusivamente el principio de las “minorías nacionales” y no se habla de “minorías étnicas, religiosas o lingüísticas”. Los más importantes son los instrumentos y documentos del Consejo de Europa<sup>20</sup> y de la Organización para la Seguridad y la Cooperación en Europa.<sup>21</sup> Para la aplicación de estos instrumentos es importante definir “minoría nacional”, pero la Declaración sobre las Minorías de las Naciones Unidas, aprobada en 1992, no plantea el mismo problema: aunque se considere que un grupo no constituye una minoría nacional, puede seguir siendo una minoría étnica, religiosa o lingüística y la Declaración le será aplicable.<sup>22</sup>

Naciones Unidas, Comentario acerca de la Declaración sobre los derechos de las personas pertenecientes a minorías nacionales o étnicas, religiosas o lingüísticas, E/CN.4/Sub.2/AC.5/2001/2, del 2 de abril de 2001, párr. 6.	18
	19
	20
	21
	22

En las Naciones Unidas, y también en la Organización de los Estados Americanos se establece una distinción entre los derechos de las personas pertenecientes a minorías y los derechos de los pueblos indígenas. Estos últimos tienen problemas especiales que no se abordan debidamente en la Declaración sobre las Minorías. El principal instrumento mundial relativo a los pueblos indígenas es el Convenio 169 de la OIT sobre pueblos indígenas y tribales en países independientes.<sup>23</sup>

Las personas pertenecientes a pueblos indígenas tienen naturalmente pleno derecho, si así lo desean, a reivindicar los derechos enunciados en los instrumentos sobre las minorías. Esta reivindicación se ha efectuado ya repetidas veces en virtud del artículo 27 del PIDCP.<sup>24</sup>

A pesar de que los pueblos indígenas no pueden, en principio, reivindicar derechos colectivos en virtud del artículo 27 del PIDCP, la Observación General No. 23 del Comité de Derechos Humanos (50º periodo de sesiones, 1994, párr. 7) introduce una modificación a este respecto. El Comité observó que, especialmente en el caso de los pueblos indígenas, la preservación del uso de sus tierras puede convertirse en un elemento esencial del derecho de las personas pertenecientes a esas minorías a ejercer sus derechos culturales. Como los pueblos indígenas tienen muy a menudo un derecho colectivo sobre la tierra, los miembros individuales del grupo pueden estar en condiciones de presentar una reivindicación, no sólo en nombre propio, sino del grupo indígena en su conjunto<sup>25</sup> (véase el Capítulo XXV).

No obstante lo anterior, conforme al artículo 12 del Convenio 169 de la OIT, estos pueblos deben ser protegidos contra la violación de los derechos reconocidos en este Convenio (derecho a un recurso efectivo para proteger sus derechos colectivos), y deben poder iniciar procedimientos legales, sea personalmente o bien por conducto de sus organismos representativos, para asegurar el respecto efectivo de tales derechos.

Además, con base en este mismo artículo, el Estado deberá tomar “medidas para garantizar que los miembros de dichos pueblos puedan comprender y hacerse comprender en procedimientos legales, facilitándoles, si fuere necesario, intérpretes u otros medios eficaces”.

Según el artículo 1 del Convenio 169 de la OIT sobre pueblos indígenas y tribales en países independientes:

23 *Ibid.*, párr. 16.

24 *Ibid.*, párr. 17.

25 *Ibid.*, párr. 18.

1. El presente Convenio se aplica:

a) a los pueblos tribales en países independientes, cuyas condiciones sociales culturales y económicas les distingan de otros sectores de la colectividad nacional, y que estén regidos total o parcialmente por sus propias costumbres o tradiciones o por una legislación especial;

b) a los pueblos en países independientes, considerados indígenas por el hecho de descender de poblaciones que habitaban en el país o en una región geográfica a la que pertenece el país en la época de la conquista o la colonización o del establecimiento de las actuales fronteras estatales y que, cualquiera que sea su situación jurídica, conserven todas sus propias instituciones sociales, económicas, culturales y políticas, o parte de ellas.

2. La conciencia de su identidad o tribal deberá considerarse un criterio fundamental para determinar los grupos a los que se aplican las disposiciones del presente Convenio.

3. La utilización del término “pueblos” en este Convenio no deberá interpretarse en el sentido de que tenga implicación alguna en lo que atañe a los derechos que puedan conferirse a dicho término en el derecho internacional.

Sobre la interpretación de este artículo ha dicho la Corte Constitucional:

En lo relativo a esta definición particular, es de anotar que el término “tribal” difícilmente puede entenderse en el sentido restringido de una “tribu”. Este concepto forma parte de la tipología propuesta por los teóricos de la Antropología Social, quienes dividieron las sociedades humanas en “bandas”, “tribus”, “cacicazgos” y “Estados”, dependiendo de su estadio de complejización; haciendo a un lado el debate sobre la validez académica de estas categorías, lo cierto es que mal haría la Corte en aceptar, como parte del Derecho que tiene que aplicar, una determinada postura teórica. Por ese motivo, resulta más apropiado interpretar el término “tribal” en el sentido amplio en que lo han hecho entidades multilaterales como el Banco Mundial, el cual, en su Directiva Operacional No. 4.20 de septiembre de 1991, sobre políticas institucio-

Artículo 1.  
Convenio 169  
de la OIT

Jurisprudencia  
Corte Constitucional

nales respecto de proyectos que afecten a los pueblos indígenas, especificó que los términos “pueblos indígenas”, “minorías étnicas indígenas” y “grupos tribales” se refieren, en general, a grupos sociales que comparten una identidad cultural distinta a la de la sociedad dominante.

Es así como, en síntesis, la norma internacional en comento hace referencia a dos requisitos que deben concurrir a la hora de establecer quiénes se pueden considerar como sus beneficiarios: (i) un elemento “objetivo”, a saber, la existencia de rasgos culturales y sociales compartidos por los miembros del grupo, que les diferencien de los demás sectores sociales, y (ii) un elemento “subjetivo”, esto es, la existencia de una identidad grupal que lleve a los individuos a asumirse como miembros de la colectividad en cuestión.<sup>26</sup>

En esta misma jurisprudencia la Corte Constitucional establece por qué los pueblos afrocolombianos están amparados por el Convenio 169 de la OIT:

De la definición legal que consagra el artículo 2-5 de la Ley 70 de 1993, se desprende que las comunidades negras cumplen con esta doble condición, y por ende se ubican bajo el supuesto normativo del Convenio mencionado. Esta definición, así como el establecimiento de un régimen especial de protección de la cultura e identidad de tales comunidades, constituyen tan sólo el reconocimiento jurídico de un proceso social que ha cobrado fuerza en años recientes, y que es ampliamente observable en varias regiones del país, a saber, la consolidación de un grupo poblacional que se autodenomina “negro”, a partir de distintos tipos de organizaciones locales que, partiendo de la base de unas condiciones compartidas de existencia y de una creciente identidad colectiva, han resuelto darse a la tarea de promover mancomunadamente la defensa de sus intereses, históricamente desconocidos, cuando no vulnerados frontalmente, por la sociedad mayoritaria. Se trata, así, de un actor social emergente, no en el sentido de ser un fenómeno exclusivo de esta época –puesto que las comunidades negras se comenzaron a configurar desde los primeros tiempos de la esclavitud en nuestro país, cuando se establecieron los “palenques”, pueblos de esclavos fugitivos o “cimarrones”, y se sentaron las bases para lo

26 Corte Constitucional, sentencia C-169 de 2001, M. P. Carlos Gaviria Díaz.

que hoy aparece como un cultura propia-, sino en cuanto se trata de un grupo que sólo en las últimas décadas ha podido asumir la tarea de organizarse más allá del ámbito local o regional. En ese orden de ideas, el reconocimiento de estas comunidades, a nivel nacional, en tanto “grupo étnico”, es un presupuesto indispensable para su adecuada inserción en la vida política y económica del país.

(...)

Debe anotarse, eso sí, que el reconocimiento de derechos especiales a las comunidades negras no se hace en función de su “raza”, puesto que ello implicaría presuponer que, en un país con un grado tan alto de mestizaje como lo es Colombia, existen aún “razas puras”, lo cual es a todas luces inaceptable, y llevaría a efectuar futuras distinciones (odiosas) entre quiénes se deben considerar de “raza negra” y quiénes no (...); con ello, se retrotraería al Estado colombiano a la época de las grandes clasificaciones coloniales basadas en los distintos grados de mezcla de sangres, que sustentaban un verdadero sistema de castas excluyentes, algo frontalmente incompatible con una democracia constitucional. (...) Por ese motivo, debe quedar claro que los derechos colectivos de las comunidades negras en Colombia son una función de su *status* en tanto grupo étnico, portador de una identidad propia que es digna de ser protegida y realizada, y no del color de la piel de sus integrantes.<sup>27</sup>

### 3. La prohibición de discriminación por motivos de raza

Conforme al párrafo 1 del artículo 1 de la Convención contra la Discriminación Racial, la expresión “discriminación racial” denominará:

(...) toda distinción, exclusión, restricción o preferencia basada en motivos de raza, color, linaje u origen nacional o étnico que tenga por objeto o por resultado anular o menoscabar el reconocimiento, goce o ejercicio, en condiciones de igualdad de los derechos humanos y libertades fundamentales en las esferas política, económica, social, cultural o en cualquier otra esfera de la vida pública.

Artículo 1.  
Convención contra la  
Discriminación Racial

Ibid. 27

Sin embargo, no se consideran discriminatorias las medidas conocidas como “acciones afirmativas” o de “discriminación positiva”:

Artículo 1.  
Convención contra la  
Discriminación Racial

Las medidas especiales adoptadas con el fin exclusivo de asegurar el adecuado progreso de ciertos grupos raciales o étnicos o de ciertas personas que requieran la protección que pueda ser necesaria con objeto de garantizarles, en condiciones de igualdad, el disfrute o ejercicio de los derechos humanos y de las libertades fundamentales no se considerarán como medidas de discriminación racial, siempre que no conduzcan, como consecuencia, al mantenimiento de derechos distintos para los diferentes grupos raciales y que no se mantengan en vigor después de alcanzados los objetivos para los cuales se tomaron (párrafo 4 del artículo 1 de la Convención contra la Discriminación Racial).

Por ejemplo, sobre acciones afirmativas en favor de las comunidades negras ha dicho la Corte Constitucional:

Jurisprudencia  
Corte Constitucional

No obstante que en relación con la población negra, la Constitución contemple una ley de igualdad promocional específica, esto no quiere decir que el resto de la población de ése origen no pueda ser objeto de medidas de protección general que puedan adoptar la forma de acciones afirmativas fundamentadas directamente en el artículo 13 de la CP. En ese caso, el concepto de “comunidad negra”, no podría tener el mismo sentido circunscrito que despliega en relación con el artículo 55 transitorio de la Carta. La igualdad promocional de orden general que eventualmente beneficiaría a la población negra del país, no estaría ligada al reconocimiento de un especie de propiedad colectiva, justificada en una ocupación ancestral de partes del territorio nacional. En realidad, en este caso, la diferenciación positiva correspondería al reconocimiento de la situación de marginación social de la que ha sido víctima la población negra y que ha repercutido negativamente en el acceso a las oportunidades de desarrollo económico, social y cultural.

(...) como ocurre con grupos sociales que han sufrido persecuciones y tratamientos injustos en el pasado que explican su postración actual, el tratamiento legal especial enderezado a crear nuevas condiciones de vida, tiende a instaurar la equidad social y consolidar la paz interna y, por lo mismo, adquiere legitimidad constitucional.<sup>28</sup>

En este sentido, es importante tener presente que “(...) cualquier distinción es contraria a la Convención si tiene el propósito o el efecto de menoscabar determinados derechos y libertades”.<sup>29</sup> Por el contrario, “(...) una diferencia de trato no constituirá discriminación si los criterios para tal diferencia, juzgados en comparación con los objetivos y propósitos de la Convención, son legítimos o quedan incluidos en el ámbito del párrafo 4 del artículo 1 de la Convención”.<sup>30</sup>

Respecto al ámbito de aplicación personal de la Convención, el Comité para la Eliminación de la Discriminación Racial (en adelante Comité contra la Discriminación Racial) ha señalado que: “(...) la Convención se refiere a todas las personas de distintas razas, grupos nacionales o étnicos o poblaciones indígenas”.<sup>31</sup> Por este motivo, los Estados Partes de este instrumento deben aplicar criterios uniformes para determinar los grupos étnicos o las poblaciones indígenas que existen en su territorio, ya que la aplicación de criterios diferentes puede dar lugar a un trato distinto para diversos grupos dentro de la población de un país y, por tanto, constituir un tratamiento discriminatorio.<sup>32</sup>

En relación con las dimensiones de la discriminación racial que tienen que ver con el género, el Comité contra la Discriminación Racial ha observado que:

**(...) la discriminación racial no siempre afecta a las mujeres y a los hombres en igual medida ni de la misma manera. Existen circunstancias en que afecta únicamente o en primer lugar a las mujeres, o a las mujeres de distinta manera o en distinta medida que a los hombres.**

**(...) Determinadas formas de discriminación racial pueden dirigirse contra las mujeres en calidad de tales como, por ejemplo, la violencia sexual cometida contra las mujeres de determinados grupos raciales o étnicos en detención o durante conflictos armados; la esterilización obligatoria de mujeres indígenas; el abuso de trabajadoras en el sector no estructurado o de empleadas domésticas en el extranjero. La discriminación racial puede tener consecuencias que afectan en primer lugar o únicamente a las mujeres, como embarazos resultantes de violaciones motivadas por prejuicios raciales; en algunas sociedades las mujeres violadas también pueden ser sometidas a ostracismo. Además las mujeres pueden verse limitadas por falta de remedios y mecanismos**

Recomendación General  
Comité contra la  
Discriminación Racial

Comité contra la Discriminación Racial, Recomendación General No. 14, “La definición de discriminación”, párr. 1.	29
Ibid., párr. 2.	30
Comité contra la Discriminación Racial, Recomendación General No. 24, “La definición de discriminación”, párr. 1.	31
Ibid., párrs. 2 y 3.	32

de denuncia de la discriminación a causa de impedimentos por razón de sexo, tales como los prejuicios de género en el ordenamiento jurídico y la discriminación de la mujer en la vida privada.<sup>33</sup>

Conforme al artículo 6 de la Convención contra la discriminación racial, las personas que se hallen bajo la jurisdicción de un Estado Parte de la Convención deberán tener acceso a protección y recursos efectivos ante los tribunales nacionales competentes y otras instituciones del Estado, contra todo acto de discriminación racial que viole los derechos reconocidos en dicha Convención, así como el derecho a pedir a esos tribunales satisfacción o reparación justa y adecuada por todo daño de que puedan ser víctimas como consecuencia de tal discriminación.

Respecto a la interpretación y aplicación de este artículo, el Comité contra la Discriminación Racial ha señalado que:

Recomendación General  
Comité contra la  
Discriminación  
Racial

**(...) a menudo se subestima el grado en que los actos de discriminación racial e insultos por motivos raciales dañan la percepción de la parte ofendida de su propio valor y reputación.**

**El Comité notifica a los Estados Partes que, en su opinión, el derecho a obtener una compensación o satisfacción justa y adecuada por cualquier daño sufrido como resultado de esos actos de discriminación, establecido en el artículo 6 de la Convención no se garantiza necesariamente mediante el mero castigo del autor; al mismo tiempo, los tribunales y otras autoridades competentes deberían considerar, siempre que sea conveniente, conceder compensación económica por los daños, materiales o morales, sufridos por la víctima.<sup>34</sup>**

Según el artículo 4 de la Convención contra la Discriminación Racial los Estados Partes contraen las siguientes obligaciones:

Artículo 4.  
Convención contra  
la Discriminación  
Racial

**a) Declararán como acto punible conforme a la ley 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**

33 Comité contra la Discriminación Racial, Recomendación General No. 25, "Las dimensiones de la discriminación racial relacionadas con el género", párrs. 1 y 2.

34 Comité contra la Discriminación Racial, Recomendación General No. 26, "Derecho a la protección y a recursos efectivos contra la discriminación racial", párrs. 1 y 2.

a cometer tales actos contra cualquier raza o grupo de personas de otro color u origen étnico, y toda asistencia a las actividades racistas, incluida su financiación;

b) Declararán ilegales y prohibirán las organizaciones, así como las actividades organizadas de propaganda y toda otra actividad de propaganda, que promuevan la discriminación racial e inciten a ella, y reconocerán que la participación en tales organizaciones o en tales actividades constituye un delito penado por la ley;

c) No permitirán que las autoridades ni las instituciones públicas nacionales o locales promuevan la discriminación racial o inciten a ella.

Al respecto, el Comité contra la Discriminación Racial ha indicado que los Estados, para cumplir con las obligaciones contenidas en este artículo, “no sólo tienen que promulgar las leyes pertinentes sino garantizar también su eficaz aplicación (...)”.<sup>35</sup>

El apartado a) del artículo 4, exige que los Estados Partes sancionen cuatro categorías de comportamiento indebido: i) la difusión de ideas basadas en la superioridad o el odio racial; ii) la incitación al odio racial; iii) los actos de violencia contra cualquier raza o grupo de personas de otro color y origen étnico; y iv) la incitación a cometer tales actos.<sup>36</sup>

Respecto a la primera categoría (la prohibición de la difusión de todas las ideas basadas en la superioridad o el odio racial), el Comité contra la Discriminación Racial ha aclarado que esta medida es totalmente compatible con el derecho a la libertad de opinión y expresión.

(...) Este derecho está reconocido en el artículo 19 de la Declaración Universal de Derechos Humanos y aparece evocado en el inciso viii) apartado d) del artículo 5 de la Convención Internacional para la Eliminación de todas las Formas de Discriminación Racial. En el propio artículo se hace observar su pertinencia respecto del artículo 4. El ejercicio por los ciudadanos de este derecho lleva consigo especiales

Recomendación General  
Comité contra la  
Discriminación  
Racial

Recomendación General  
Comité contra la  
Discriminación  
Racial

Comité contra la Discriminación Racial, Recomendación General No. 15, “Violencia organizada basada en el origen étnico”, párr. 2. *Ibíd.*, párr. 3.

35  
36

deberes y responsabilidades, especificados en el párrafo 2 del artículo 29 de la Declaración Universal, entre los que reviste especial importancia la obligación de no difundir ideas racistas. El Comité desea, además, señalar a la atención de los Estados Partes el artículo 20 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, según el cual estará prohibida por la ley toda apología del odio nacional, racial o religioso que constituya incitación a la discriminación, la hostilidad o la violencia.<sup>37</sup>

#### 4. El derecho consuetudinario

El párrafo 1 del artículo 8 del Convenio 169 de la OIT establece el principio general consistente en que: “Al aplicar la legislación nacional a los pueblos interesados deberán tomarse debidamente en consideración sus costumbres o su derecho consuetudinario”. Sin embargo, solamente se aplicarán las costumbres e instituciones propias que “no sean incompatibles con los derechos fundamentales definidos por el sistema jurídico nacional ni con los derechos humanos internacionalmente reconocidos” (párrafo 2 del art. 8) y, siempre y cuando no supongan un detrimento de los derechos y las obligaciones reconocidos a todos los ciudadanos del país (párrafo 3 del art. 8).

En el caso mencionado de los Saramacas [caso Aloeboetoe y otros contra Suriname], la Corte aceptó la posición de la Comisión en el sentido que se tomara en cuenta la estructura familiar de los cimarrones (maroons) de los cuales los Saramacas forman parte; y que es esencialmente una estructura matriarcal, donde la poligamia es común, y donde el cuidado de la descendencia recae en el grupo comunal organizado según la línea matrilineal. La Corte sostuvo que la evidencia ofrecida llevaba a la conclusión que el derecho nacional surinamés de familia no era efectivo para los Saramacas, quienes lo desconocen y adhieren a sus propias reglas. Más aún sostuvo, los Saramacas no llevan sus conflictos de familia a las cortes nacionales, sino que los resuelven de acuerdo a sus usos e instituciones. Por otra parte –indicó la Corte– en el caso particular, el Estado había reconocido la existencia del derecho consuetudinario Saramaca. En consecuencia las reparaciones fueron asignadas de acuerdo a este principio, reconociendo que el principal grupo

de familiares es el “bee” compuesto por los descendientes de una mujer en particular, y por consiguiente la compensación por cada víctima se adjudicó a cada uno de los “bees” que le correspondían, cuyo titular debía distribuirlo entre sus miembros.<sup>38</sup>

58. La Corte no estima necesario averiguar si los saramacas gozan de autonomía legislativa y jurisdiccional dentro de la región que ocupan. La única cuestión que aquí interesa consiste en saber si las leyes de Suriname relativas a derecho de familia se aplican a la tribu Saramaca. En este sentido, las pruebas producidas permiten deducir que las leyes de Suriname sobre esa materia no tienen eficacia respecto de aquella tribu; sus integrantes las desconocen y se rigen por sus propias reglas y el Estado, por su parte, no mantiene la estructura necesaria para el registro de matrimonios, nacimientos y defunciones, requisito indispensable para la aplicación de la ley surinamesa. Además, los conflictos que ocurren en estas materias no son sometidos por los saramacas a los tribunales del Estado y la intervención de éstos en las materias mencionadas, respecto de los saramacas, es prácticamente inexistente. Cabe señalar también que en este proceso Suriname reconoció la existencia de un derecho consuetudinario saramaca.

(...)

61. El convenio No. 169 de la OIT sobre pueblos indígenas y tribales en países independientes (1989) no ha sido aprobado por Suriname y en el derecho de gentes no existe ninguna norma convencional ni consuetudinaria que determine quiénes son los sucesores de una persona. Por consiguiente, es preciso aplicar los principios generales de derecho (art. 38.1.c del Estatuto de la Corte Internacional de Justicia).

62. Es una regla común en la mayoría de las legislaciones que los sucesores de una persona son sus hijos. Se acepta también generalmente que el cónyuge participa de los bienes adquiridos durante el matrimonio y algunas legislaciones le otorgan además un derecho sucesorio junto con los hijos. Si no existen hijos ni cónyuge, el derecho privado común reconoce como herederos a los ascendientes. Estas reglas gene-

CIDH, La situación de los derechos humanos de los indígenas, Capítulo III: Protección de la familia, OEA/Ser.L/VII.108 Doc. 62, del 20 de octubre de 2000, III.3.

ralmente admitidas en el concierto de las naciones deben ser aplicadas, a criterio de la Corte, en el presente litigio a fin de determinar los sucesores de las víctimas en lo relativo a la indemnización.

Estos principios generales de derecho se refieren a “hijos”, “cónyuge” y “ascendientes”. Estos términos deben ser interpretados según el derecho local. Éste, como ya se ha indicado (supra, párr. 58), no es el derecho surinamés porque no es eficaz en la región en cuanto a derecho de familia. Corresponde pues tener en cuenta la costumbre saramaca. Ésta será aplicada para interpretar aquellos términos en la medida en que no sea contraria a la Convención Americana. Así, al referirse a los “ascendientes”, la Corte no hará ninguna distinción de sexos, aún cuando ello sea contrario a la costumbre saramaca.<sup>39</sup>

En relación con el sistema penal, el Convenio 169 de la OIT consagra el respeto de los “métodos a los que los pueblos interesados recurren tradicionalmente para la represión de los delitos cometidos por sus miembros”, siempre y cuando sean compatibles con el sistema jurídico nacional y con los derechos humanos internacionalmente reconocidos (art. 9.1). Además, conforme al párrafo 2 del artículo 9: “Las autoridades y los tribunales llamados a pronunciarse sobre cuestiones penales deberán tener en cuenta las costumbres de dichos pueblos en la materia”.

En este ámbito, la Convención sobre los Derechos del Niño, establece en su artículo 40(2)(b)(vi) que: “Los Estados Partes reconocen (...) que a todo niño de quien se alegue que ha infringido las leyes penales (...) se le garantice, por lo menos, (...) que (...) contará con la libre asistencia gratuita de un intérprete si no comprende o no habla el idioma utilizado”.

Concretamente, y en relación con la imposición de las sanciones penales previstas en la legislación general del país a los miembros de dichos pueblos, el artículo 10 del Convenio 169 señala que “deberán tenerse en cuenta sus características económicas, sociales y culturales”, y “deberá darse la preferencia a tipos de sanción distintos del encarcelamiento”.

La CP consagra en su artículo 246 que: “Las autoridades de los pueblos indígenas podrán ejercer funciones jurisdiccionales dentro de su ámbito territorial, de conformidad con sus propias normas y procedimientos, siempre que no

sean contrarios a la Constitución y leyes de la República. La ley establecerá las formas de coordinación de esta jurisdicción especial con el sistema judicial nacional”.

## 5. El derecho a la cultura

Conforme al Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales (PIDESC), los Estados Partes reconocen el derecho de toda persona a participar en la vida cultural (art. 15.1.a), para lo cual se comprometen a adoptar las medidas necesarias para la conservación, el desarrollo y la difusión de la ciencia y la cultura (art. 15.2). Concretamente, en relación con las minorías, el artículo 27 del PIDCP consagra su derecho a tener su propia vida cultural.

En lo que se refiere a los pueblos o poblaciones indígenas, el artículo 5 del Convenio 169 de la OIT señala que:

### **Al aplicar las disposiciones del presente Convenio:**

- a) **deberán reconocerse y protegerse los valores y prácticas sociales, culturales, religiosos y espirituales propios de dichos pueblos y deberá tomarse debidamente en consideración la índole de los problemas que se les plantean tanto colectiva como individualmente;**
- b) **deberá respetarse la integridad de los valores, prácticas e instituciones de esos pueblos;**
- c) **deberán adoptarse, con la participación y cooperación de los pueblos interesados, medidas encaminadas a allanar las dificultades que experimenten dichos pueblos al afrontar nuevas condiciones de vida y de trabajo.**

Respecto a los niños que pertenecen a minorías indígenas, el artículo 30 de la Convención sobre los derechos del niño indica, que:

**En los Estados en que existen (...) personas de origen indígena, no se negará a un niño que pertenezca a tales minorías o que sea indígena el derecho que le corresponde en común con los demás miembros de su grupo a tener su propia vida cultural, a profesar y practicar su propia religión, o a emplear su propio idioma.**

Artículo 5.  
Convenio 169  
de la OIT

Artículo 30.  
Convención sobre  
los Derechos del Niño

En lo que se refiere al ejercicio de los derechos culturales de las minorías, el Comité de Derechos Humanos ha observado que:

(...) la cultura se manifiesta de muchas formas, inclusive un modo particular de vida relacionada con el uso de recursos terrestres, especialmente en el caso de los pueblos indígenas. Ese derecho puede incluir actividades tradicionales tales como la pesca o la caza y el derecho a vivir en reservas protegidas por la ley. [Como consecuencia], el goce de esos derechos puede requerir la adopción de medidas jurídicas positivas de protección y medidas para asegurar la participación eficaz de los miembros de comunidades minoritarias en las decisiones que les afectan.<sup>40</sup> (Véase el Capítulo XXV.)

Conviene tener presente, sin embargo, que “el derecho a gozar de la cultura propia no puede determinarse *in abstracto* sino que tiene que situarse en un contexto”.<sup>41</sup>

En Colombia: “El Estado reconoce y protege la diversidad étnica y cultural de la nación colombiana” (art. 7. CP). Concretamente, en el artículo 68 del texto constitucional se reconoce que: “(...) Los integrantes de los grupos étnicos tendrán derecho a una formación que respete y desarrolle su identidad cultural (...)”. El derecho a la identidad cultural de los pueblos indígenas y grupos étnicos incluye lo histórico y espiritual. Ha dicho la Corte Constitucional:

**8. La comunidad indígena ha dejado de ser solamente una realidad fáctica y legal para pasar a ser “sujeto” de derechos fundamentales. En su caso, los intereses dignos de tutela constitucional y amparables bajo la forma de derechos fundamentales, no se reducen a los predicables de sus miembros individualmente considerados, sino que también logran radicarse en la comunidad misma que como tal aparece dotada de singularidad propia, la que justamente es el presupuesto del reconocimiento expreso que la Constitución hace a “la diversidad étnica y cultural de la nación colombiana” (CP, arts. 1 y 7). La protección que la Carta extiende a la anotada diversidad se deriva de la aceptación de**

Observación General  
Comité de Derechos  
Humanos

Jurisprudencia  
Corte Constitucional

40 Comité de Derechos Humanos, Observación General No. 23, “Los derechos de las minorías étnicas, religiosas o lingüísticas”, párr. 7. Ver además, Comité de Derechos Humanos, caso Ominayak contra Canadá comunicación 167/1984, decisión adoptada el 26 de marzo de 1990. Comité de Derechos Humanos, comunicación 511/1992 del 8 de noviembre de 1994, CCPR/C/52/D/511/1992, párr. 9.3.

41 Corte Constitucional, sentencia T-380 de 1993, M. P. Eduardo Cifuentes Muñoz.

formas diferentes de vida social cuyas manifestaciones y permanente reproducción cultural son imputables a estas comunidades como sujetos colectivos autónomos y no como simples agregados de sus miembros que, precisamente, se realizan a través del grupo y asimilan como suya la unidad de sentido que surge de las distintas vivencias comunitarias. La defensa de la diversidad no puede quedar librada a una actitud paternalista o reducirse a ser mediada por conducto de los miembros de la comunidad, cuando ésta como tal puede verse directamente menoscabada en su esfera de intereses vitales y, debe, por ello, asumir con vigor su propia reivindicación y exhibir como detrimentos suyos los perjuicios o amenazas que tengan la virtualidad de extinguirla. En este orden de ideas, no puede en verdad hablarse de protección de la diversidad étnica y cultural y de su reconocimiento, si no se otorga, en el plano constitucional, personería sustantiva a las diferentes comunidades indígenas que es lo único que les confiere estatus para gozar de los derechos fundamentales y exigir, por sí mismas, su protección cada vez que ellos les sean conculcados (CP, arts. 1, 7 y 14).<sup>42</sup>

El artículo 7 de la CP, en concordancia con los artículos 1, 2 y 8 constituye el eje transversal del reconocimiento de la identidad cultural de los pueblos indígenas y grupos étnicos. Estos mismos artículos son básicos para la comprensión integral de los artículos 10, 68, 70 y 72 de la CP.

En relación con el patrimonio arqueológico y otros bienes culturales que conforman la identidad nacional colombiana, el artículo 72 de la CP señala que están bajo la protección del Estado y son inalienables, inembargables e imprescriptibles. No obstante, se indica que: “La Ley (...) reglamentará los derechos especiales que pudieran tener los grupos étnicos asentados en territorios de riqueza arqueológica”. La Ley 397 de 1997 y sus decretos reglamentarios protegen el desarrollo del patrimonio cultural de los pueblos indígenas y grupos étnicos.

Respecto a la minoría afrocolombiana, conforme al artículo 55 transitorio de la CP, el Congreso tenía la obligación de expedir una ley en la que se establecieran los mecanismos para la protección de la identidad cultural y los derechos de las comunidades negras que han venido ocupando tierras baldías en las zonas rurales ribereñas de los ríos de la cuenca del Pacífico. Con base en esta obligación, el Congreso expidió la Ley 70 de 1993, que protege derechos territoriales y culturales para las comunidades negras de Colombia de forma colectiva. Es así

Comité de Derechos Humanos, Observación General No. 23, párr. 3.2. Ver comunicación 197/1985 (Kitok c. Suecia).

como se garantizó el derecho a los territorios colectivos y a los consejos comunitarios para las comunidades negras del país.

## 6. El derecho al medio ambiente

El derecho al medio ambiente de los pueblos indígenas y de las minorías étnicas ha sido considerado en numerosas ocasiones parte integrante del derecho a la cultura. Así, el Comité de Derechos Humanos se ha referido a cuestiones medioambientales y de explotación de los recursos naturales en relación con el derecho de las minorías a tener su propia vida cultural, reconocido en el artículo 27 del PIDCP<sup>43</sup> (véase el Capítulo XXV).

Conforme a la doctrina del Comité de Derechos Humanos (véase el Capítulo XXV numeral 2.1), el derecho al medio ambiente constituye una parte integrante de los derechos de las minorías y por ese motivo el Estado tiene la obligación de adoptar una serie de medidas jurídicas positivas tanto para su protección, como para asegurar la participación de los miembros de las comunidades minoritarias en la toma de las decisiones que les afectan (concesiones de gas, petróleo, tala de madera, entre otros).

El Convenio 169 de la OIT (art. 4.1) establece la obligación de los Estados partes de adoptar “las medidas especiales que se precisen para salvaguardar las personas, las instituciones, los bienes, el trabajo, las culturas y el medio ambiente de los pueblos interesados”. En el mismo sentido que el Comité de Derechos Humanos, estas medidas especiales deberán adoptarse previa consulta con los pueblos interesados y no podrán ser contrarias a los deseos expresados libremente por éstos.

Sobre la protección del derecho al medio ambiente de los pueblos indígenas la Corte Constitucional ha señalado:

**Es más, no sería aventurado afirmar que el reconocimiento de la diversidad étnica y cultural de la población indígena guarda armonía con los diferentes preceptos de la Constitución Nacional relativos a la conservación, preservación y restauración del ambiente y de los recursos naturales que la conforman, si se considera que las comunidades indígenas constituyen igualmente un recurso natural humano que se estima parte integral del ambiente, más aún cuando normalmente la población indígena habitualmente ocupa territorios con ecosistemas de excepciona-**

Jurisprudencia  
Corte Constitucional

43 Corte Constitucional, sentencia T-652 de 1998, M. P. Carlos Gaviria Díaz.

les características y valores ecológicos que deben conservarse como parte integrante que son del patrimonio natural y cultural de la Nación. De esta manera, la población indígena y el entorno natural se constituyen en un sistema o universo merecedor de la protección integral del Estado.<sup>44</sup>

La importancia de los conocimientos de los pueblos indígenas en la explotación de los recursos naturales y la conservación del medio ambiente ha sido reconocida en diversos convenios, declaraciones y planes de acción internacionales sobre medio ambiente:

- Convenio sobre la Diversidad Biológica (1992)

**Artículo 8. “Conservación in situ”**

Cada Parte Contratante, en la medida de lo posible y según proceda:

(...)

(b) Cuando sea necesario, elaborará directrices para la selección, el establecimiento y la ordenación de áreas protegidas o áreas donde haya que tomar medidas especiales para conservar la diversidad biológica;

(...)

(j) Con arreglo a su legislación nacional, respetará, preservará y mantendrá los conocimientos, las innovaciones y las prácticas de las comunidades indígenas y locales que entrañen estilos tradicionales de vida pertinentes para la conservación y la utilización sostenible de la diversidad biológica y promoverá su aplicación más amplia, con la aprobación y la participación de quienes posean esos conocimientos, innovaciones y prácticas, (...)

(m) Cooperará en el suministro de apoyo financiero y de otra naturaleza para la conservación *in situ* (...).

**Artículo 10: Utilización sostenible de los componentes de la diversidad biológica**

Cada Parte Contratante, en la medida de lo posible y según proceda: (...)

(c) Protegerá y alentará la utilización consuetudinaria de los recursos biológicos, de conformidad con las prácticas culturales tradicionales que sean compatibles con las exigencias de la conservación o de la utilización sostenible;

Corte Constitucional, sentencia T-380 de 1993, M. P. Eduardo Cifuentes Muñoz.

- (d) Prestará ayuda a las poblaciones locales para preparar y aplicar medidas correctivas en las zonas degradadas donde la diversidad biológica se ha reducido; y
  - (e) Fomentará la cooperación entre sus autoridades gubernamentales y su sector privado en la elaboración de métodos para la utilización sostenible de los recursos biológicos.
- Declaración de Principios jurídicamente no vinculante de la Conferencia de las Naciones Unidas sobre el medio ambiente y el desarrollo para un consenso mundial sobre el manejo, conservación y desarrollo sostenible de todos los tipos de bosques (ONU, 1992)

*Para. 5 (a):* la política forestal de cada país debería reconocer y apoyar debidamente la cultura y los intereses y respetar los derechos de las poblaciones indígenas, de sus comunidades y otras comunidades y de los habitantes de las zonas boscosas. Se deberían promover las condiciones apropiadas para estos grupos a fin de permitirles tener un interés económico en el aprovechamiento de los bosques, desarrollar actividades económicas y lograr y mantener una identidad cultural y una organización social, así como un nivel adecuado de sustentación y bienestar, lo que podría hacerse, entre otras cosas, por conducto de sistemas de tenencia de la tierra que sirvieran de incentivo para la ordenación sostenible de los bosques.

*Para. 12 (d):* habría que reconocer, respetar, registrar, desarrollar y, según procediera, introducir en la ejecución de programas la capacidad autóctona y los conocimientos locales pertinentes en materia de conservación y desarrollo sostenible de los bosques, con apoyo institucional y financiero y en colaboración con los miembros de las comunidades locales interesadas. Por consiguiente, los beneficios que se obtuvieran del aprovechamiento de los conocimientos autóctonos deberían compartirse equitativamente con esas personas.

- Declaración de Río sobre el Medio Ambiente y Desarrollo (1992)

**Principio 22:** las poblaciones indígenas y sus comunidades, así como otras comunidades locales, desempeñan un papel fundamental en la ordenación del medio ambiente y en el desarrollo debido a sus conocimientos y prácticas tradicionales. Los Estados deberán reconocer y

apoyar debidamente su identidad, cultura e intereses y hacer posible su participación efectiva en el logro del desarrollo sostenible.

- Agenda 21: Programa de acción para el desarrollo sostenible. Declaración de Río sobre desarrollo y medio ambiente. Declaración de Principios. Texto final del acuerdo firmado por los gobiernos en la Conferencia de las Naciones Unidas sobre el medio ambiente y el desarrollo, junio 1992, Río de Janeiro, Brasil

**26.1:** las poblaciones indígenas y sus comunidades han establecido una relación histórica con sus tierras y suelen ser, en general, descendientes de los habitantes originales de esas tierras. En el contexto del presente capítulo, se sobreentiende que el término “tierras” abarca el medio ambiente de las zonas que esas poblaciones ocupan tradicionalmente. Las poblaciones indígenas y sus comunidades representan un porcentaje importante de la población mundial. Durante muchas generaciones han acumulado conocimientos científicos tradicionales holísticos de sus tierras, sus recursos naturales y el medio ambiente. Las poblaciones indígenas y sus comunidades habrán de disfrutar a plenitud de los derechos humanos y las libertades fundamentales sin trabas ni discriminación. Su posibilidad de participar plenamente en las prácticas de desarrollo sostenible en sus tierras ha tendido a verse limitada como resultado de factores de índole económica, social e histórica. Habida cuenta de la relación recíproca existente entre el medio natural y su desarrollo sostenible y el bienestar cultural, social, económico y físico de las poblaciones indígenas, en las actividades nacionales e internacionales encaminadas a lograr un desarrollo ecológicamente racional y sostenible se debería reconocer, promover y fortalecer el papel de las poblaciones indígenas y sus comunidades, y darle cabida.

- Proyecto de Declaración de las Naciones Unidas sobre los derechos de las poblaciones indígenas (UNU, 1994)

**Artículo 26:** los pueblos indígenas tienen derecho a poseer, desarrollar, controlar y utilizar sus tierras y territorios, comprendido el medio ambiente total de las tierras, el aire, las aguas, los mares costeros, los hielos marinos, la flora y la fauna y los demás recursos que tradicionalmente han poseído u ocupado o utilizado de otra forma. Ello incluye el derecho al pleno reconocimiento de sus leyes, tradiciones y costum-

bres, sistemas de tenencia de la tierra e instituciones para el desarrollo y la gestión de los recursos, y el derecho a que los Estados adopten medidas eficaces para prevenir toda injerencia, usurpación o invasión en relación con estos derechos.

*Artículo 30:* los pueblos indígenas tienen derecho a determinar y elaborar las prioridades y estrategias para el desarrollo o la utilización de sus tierras, territorios y otros recursos, en particular el derecho a exigir a los Estados que obtengan su consentimiento, expresado con libertad y pleno conocimiento, antes de aprobar cualquier proyecto que afecte a sus tierras, territorios y otros recursos, particularmente en relación con el desarrollo, la utilización o la explotación de recursos minerales, hídricos o de otro tipo. Tras acuerdo con los pueblos indígenas interesados, se otorgará una indemnización justa y equitativa por esas actividades y se adoptarán medidas para mitigar sus consecuencias nocivas de orden ambiental, económico, social, cultural o espiritual.

- Convención de las Naciones Unidas de lucha contra la desertificación en los países afectados por sequía grave o desertificación

*Artículo 10:* programas de acción nacionales

2. Los programas de acción nacionales deben especificar las respectivas funciones del gobierno, las comunidades locales y los usuarios de la tierra, así como determinar los recursos disponibles y necesarios. Entre otras cosas, los programas de acción nacionales: (...)

e) promoverán políticas y reforzarán marcos institucionales para fomentar la cooperación y la coordinación, en un espíritu de asociación, entre la comunidad de donantes, los gobiernos a todos los niveles, las poblaciones locales y los grupos comunitarios, y facilitarán el acceso de las poblaciones locales a la información y tecnología adecuadas.

*Artículo 17:* investigación y desarrollo

- Las Partes se comprometen a promover, según sus capacidades respectivas y por conducto de las instituciones nacionales, subregionales, regionales e internacionales competentes, la cooperación técnica y científica en la esfera de la lucha contra la desertificación y la mitigación de

los efectos de la sequía. Con ese fin, apoyarán las actividades de investigación que: (...)

c) protejan, integren, promuevan y validen los conocimientos, la experiencia y las prácticas tradicionales y locales, velando por que, con sujeción a sus respectivas leyes y las políticas nacionales, los poseedores de esos conocimientos se beneficien directamente, en forma equitativa y en condiciones mutuamente convenidas, de cualquier uso comercial de los mismos o de cualquier adelanto tecnológico derivado de dichos conocimientos.

Con respecto a la explotación de los recursos naturales en territorios indígenas, al desarrollo sostenible de esas comunidades, así como al respeto de su derecho a su integridad étnica, cultural y social, la Corte Constitucional ha señalado:

(...)

7. La explotación de recursos naturales en territorios indígenas plantea un problema constitucional que involucra la integridad étnica, cultural, social y económica de las comunidades que sobre ellas se asientan. La tensión existente entre razón económica y razón cultural se agudiza aún más en zonas de reserva forestal, donde las características de la fauna y la flora imponen un aprovechamiento de los recursos naturales que garantice su desarrollo sostenible, su conservación, restitución o sustitución (CP, art. 80). La relación entre estos extremos debe ser, por tanto, de equilibrio.

Las externalidades del sistema económico capitalista —o por lo menos de una de sus modalidades—, en cierto modo secuelas de su particular concepción de sometimiento de la naturaleza y de explotación de los recursos naturales, quebrantan esta ecuación de equilibrio en la medida en que desconocen la fragilidad de los ecosistemas y la subsistencia de diferentes grupos étnicos que habitan en el territorio. Consciente de esta situación, el Constituyente no sólo prohibió el criterio de desarrollo económico sostenible, sino que condicionó la explotación de los recursos naturales en los territorios indígenas a que ésta se realice sin desmedro de la integridad cultural, social y económica de las comunidades indígenas (CP, art. 330). La explotación maderera indiscriminada, con o sin autorización estatal, atenta contra el ecosistema, agota los recur-

Jurisprudencia  
Corte Constitucional

esos primarios propios de una economía de subsistencia de las comunidades étnicas en las que priman los valores de uso y simbólico sobre el valor de cambio y destruye el estrecho vínculo de los indígenas con la naturaleza (...)

La cultura de las comunidades indígenas, en efecto, corresponde a una forma de vida que se condensa en un particular modo de ser y de actuar en el mundo, constituido a partir de valores, creencias, actitudes y conocimientos, que de ser cancelado o suprimido –y a ello puede llegarse si su medio ambiente sufre un deterioro severo–, induce a la desestabilización y a su eventual extinción. La prohibición de toda forma de desaparición forzada (CP art. 12) también se predica de las comunidades indígenas, quienes tienen un derecho fundamental a su integridad étnica, cultural y social.<sup>45</sup>

## 7. El derecho a la propiedad colectiva sobre los territorios indígenas

Conforme al párrafo 1 del artículo 14 del Convenio 169 de la OIT sobre pueblos indígenas y tribales en países independientes:

Artículo 14.  
Convenio 169  
de la OIT

**Deberá reconocerse a los pueblos interesados el derecho de propiedad y de posesión sobre las tierras que tradicionalmente ocupan. Además, en los casos apropiados, deberán tomarse medidas para salvaguardar el derecho de los pueblos interesados a utilizar tierras que no estén exclusivamente ocupadas por ellos, pero a las que hayan tenido tradicionalmente acceso para sus actividades tradicionales y de subsistencia. A este respecto, deberá prestarse particular atención a la situación de los pueblos nómadas y de los agricultores itinerantes.**

El primer caso referido a derechos de propiedad que la Comisión Interamericana de Derechos Humanos (CIDH) envió a la Corte Interamericana para su tratamiento, es el conocido como “Awas Tingi”<sup>46</sup> de Nicaragua, que demanda el respeto de los derechos de la comunidad indígena Mayagna (Sumo). La demanda se refiere a la supuesta violación por parte del Estado nicaragüense de los artículos 1 (Obligación de respetar los derechos), 2 (Deber de adoptar disposiciones de

45 Corte Constitucional, sentencia T-380 de 1993, M. P. Eduardo Cifuentes Muñoz.

46 Corte Interamericana de Derechos Humanos (en adelante Corte Interamericana), caso Awas Tingi, sentencia del 31 de agosto de 2001.

derecho interno), 21 (Derecho a la propiedad privada) y 25 (Protección judicial) de la Convención Americana sobre Derechos Humanos (en adelante Convención Americana), debido a la falta de demarcación y de reconocimiento oficial del territorio de dicha comunidad.

La Corte Interamericana declaró unánimemente que el Estado de Nicaragua debía delimitar, demarcar y titular el territorio propiedad de la comunidad y, hasta tanto no se realizara esta delimitación, demarcación y titulación, el Estado debía abstenerse de realizar actos que pudieran llevar a que los agentes del Estado, o terceros con su aquiescencia o tolerancia, afectaran la existencia, el valor, el uso o el goce de los bienes ubicados en la zona geográfica donde habitaban y realizaban sus actividades los miembros de la comunidad.<sup>47</sup>

Al señalar que hubo violación del derecho a la propiedad (art. 21 de la Convención Americana), la Corte Interamericana realizó algunas precisiones del concepto general de propiedad privada 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 a 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.**<sup>48</sup>

Este fallo es innovador en el sistema interamericano de derechos humanos por tres razones:

1. Porque se reconoce el derecho del pueblo Mayagna en Awas Tingi a la demarcación y titularidad de sus tierras.
2. Porque se estipula que la Convención Americana protege las particulares formas colectivas de propiedad que las comunidades indígenas mantienen, diferente de la forma de propiedad establecida por el derecho civil.

Jurisprudencia  
Corte Constitucional

Ibíd., párr. 153.

47

Ibíd., párr. 149.

48

3. Porque se reconoce la relación especial que los pueblos indígenas tienen con su hábitat y la importancia de esa relación para su supervivencia.<sup>49</sup>

Sobre este particular ha dicho la Corte Constitucional:

**El derecho de propiedad colectiva ejercido sobre los territorios indígenas reviste una importancia esencial para las culturas y valores espirituales de los pueblos aborígenes. Esta circunstancia es reconocida en convenios internacionales aprobados por el Congreso, donde se resalta la especial relación de las comunidades indígenas con los territorios que ocupan, no sólo por ser éstos su principal medio de subsistencia sino además porque constituyen un elemento integrante de la cosmovisión y la religiosidad de los pueblos aborígenes. Adicionalmente, el Constituyente resaltó la importancia fundamental del derecho al territorio de las comunidades indígenas.**

**“Sin este derecho los anteriores (derechos a la identidad cultural y a la autonomía) son sólo reconocimientos formales. El grupo étnico requiere para sobrevivir del territorio en el cual está asentado, para desarrollar su cultura. Presupone el reconocimiento al derecho de propiedad sobre los territorios tradicionales ocupados y los que configuran su hábitat”.<sup>\*\*</sup>**

**Lo anterior permite ratificar el carácter fundamental del derecho de propiedad colectiva de los grupos étnicos sobre sus territorios.<sup>50</sup>**

En general, en América Latina el concepto de “territorio indígena” parece ser inclusivo tanto para las tierras como para las otras áreas donde los pueblos indígenas tienen otros derechos de propiedad. Colombia ha establecido constitucionalmente “entidades territoriales indígenas” como parte de la subdivisión política de su territorio nacional. En el país, los indígenas representan menos de un 2% de la población y se les ha reconocido y asignado alrededor de un 12% del territorio.

- 49 Organización de los Estados Americanos (OEA), informe del Relator del Grupo de Trabajo de la OEA sobre Derechos Indígenas, Osvaldo Kreimer, OEA/Ser.K/XVI/GT/DADIN/doc.113/03 rev.1 del 20 de febrero de 2003.
- \* Ley 21 de 1991 aprobatoria del Convenio 169 sobre pueblos indígenas y tribales en países independientes, aprobado por la 76a. reunión de la Conferencia General de la OIT, Ginebra, 1989.
- \*\* Asamblea Nacional Constituyente. Ponencia. Los derechos de los grupos étnicos. Constituyente Francisco Rojas Barry. *Gaceta Constitucional* No. 67, p. 18.
- 50 Corte Constitucional, sentencia T-188 de 1993, M. P. Eduardo Cifuentes Muñoz.

Este reconocimiento territorial incluye elementos del derecho al autogobierno, teóricamente con las mismas funciones y atributos que las de otras entidades político-administrativas (como los municipios).<sup>51</sup> Concretamente, la CP reconoce en sus artículos 246, 330, 356, y 56 y 55 transitorios, el derecho a autonomía para los pueblos indígenas y grupos étnicos.

Los artículos 329, 63 y 55 transitorio de la CP garantizan los derechos territoriales de los pueblos indígenas y de los afrocolombianos. En desarrollo de los anteriores preceptos constitucionales, la legislación colombiana garantiza a las comunidades indígenas el derecho al usufructo de los recursos naturales renovables de sus territorios. Con la participación y el acuerdo de cada comunidad, desde 1987 se han nombrado inspectores indígenas de los recursos naturales de los resguardos.<sup>52</sup> La Ley 160 de 1994, en su capítulo 14, garantiza a los pueblos indígenas el derecho a la consitución, ampliación y saneamiento de los resguardos. Este capítulo es reglamentado por el Decreto 2164 de 1995, que indica el procedimiento para la realización del derecho al territorio bajo la figura de resguardo indígena. Es importante resaltar que la Ley 160 de 1994, y su Decreto reglamentario 2164, tienen estrecha relación con los artículos 13-19 de la Ley 21 de 1991, lo que hace del territorio uno de los derechos humanos fundamentales para los pueblos indígenas. Sobre el particular ha dicho la Corte Constitucional.

**Según la Constitución Política los territorios indígenas son, en orden ascendente, de tres clases: resguardos ordinarios o simplemente resguardos (art. 329), resguardos con rango de municipio para efectos fiscales (art. 357) y las entidades territoriales indígenas (art. 287).**

**Las entidades territoriales indígenas, como toda entidad territorial, gozan de plena autonomía para la administración de sus asuntos. Aquí incluso la autonomía es mayor, pues a las consideraciones generales sobre autogobierno del artículo 287 de la Carta se añaden las prerrogativas específicas en materia de costumbres de gobierno, lengua, justicia y elecciones, consagradas en los artículos 330, 10°, 246 y 171, respectivamente.**

Jurisprudencia  
Corte Constitucional

<sup>51</sup> Ibid.  
CIDH, Tercer Informe sobre la Situación de los Derechos Humanos en Colombia, Capítulo X: Los derechos de los indígenas, OEA/Ser.L/VII.102, Doc. 9 rev. 1 del 26 de febrero de 1999, párr. 28.

<sup>52</sup> Nestor Raúl Correa Henao, *El reordenamiento territorial en la nueva Constitución Política de Colombia*, Fundación Social. Santafé de Bogotá, 1992, p. 15.

51  
52

\*

El resguardo indígena está definido en el artículo 2° del Decreto número 2001 de 1988, que establece:

Es una institución legal y sociopolítica de carácter especial, conformada por una comunidad o parcialidad indígena, que con un título de propiedad comunitaria, posee su territorio y se rige para el manejo de éste y de su vida interna por una organización ajustada al fuero indígena o a sus pautas y tradiciones culturales.\*

En otras palabras un resguardo no es una entidad territorial sino una forma de propiedad colectiva de la tierra.

La propiedad colectiva que surge del resguardo es desarrollo de los artículos 13, 14, 15, 16, 17, 18 y 19 del Convenio 169 de la OIT, adoptado por Colombia mediante la Ley 21 de 1991, mediante el cual los pueblos indígenas tienen derecho a participar en la utilización, administración y conservación de los recursos naturales existentes en sus tierras.

La protección jurídica del derecho fundamental a la propiedad colectiva de las comunidades indígenas tiene, además, desarrollo legislativo explícito (Ley 135 de 1961, artículos 29 y 94; el Decreto Reglamentario 2001 de 1988 y Ley 30 de 1988 artículo 32).<sup>53</sup>

Los recursos naturales no renovables, hacen parte de la propiedad colectiva de los resguardos indígenas. Al respecto ha señalado la Corte:

**12. El reconocimiento del derecho a la propiedad colectiva de los resguardos\*\* (CP, art. 329) en favor de las comunidades indígenas comprende a la propiedad colectiva de éstas sobre los recursos naturales no renovables existentes en su territorio. Lejos de usurpar recursos de la Nación, el acto de disposición de bienes baldíos para la constitución de resguardos indígenas es compatible con el papel fundamental que estos grupos humanos desempeñan en la preservación del medio am-**

Jurisprudencia  
Corte Constitucional

\* Roque Roldán Ortega, *Fuero indígena colombiano. Normas nacionales, regionales e internacionales, jurisprudencia, conceptos administrativos y pensamiento jurídico indígena*, Presidencia de la República, Bogotá, 1990, p. 266.

53 Corte Constitucional, sentencia T-257 de 1993, M. P. Alejandro Martínez Caballero.

\*\* Corte Constitucional, sentencias T-188 de 1993 y T-257 de 1993.

biente. La prevalencia de la integridad cultural, social y económica de estas comunidades sobre la explotación de los recursos naturales en sus territorios –la que sólo es posible si media la autorización previa del Estado (CP, art. 80) y de la comunidad indígena (CP, art. 330)–, se erige en límite constitucional explícito a la actividad económica de la explotación forestal.<sup>54</sup>

Teniendo en cuenta que la explotación de recursos naturales en los territorios tradicionalmente habitados por las comunidades indígenas origina fuertes impactos en su modo de vida, la Corte Constitucional en su sentencia SU-039 de 1997 con ponencia del magistrado Antonio Barrera Carbonell unificó la doctrina constitucional relativa a la protección que debe el Estado a tales pueblos, y de manera muy especial consideró que en esos casos, su derecho a ser previamente consultados tiene carácter de fundamental.

Los recursos naturales no renovables sobre el territorio indígena tienen una particular regulación. Al respecto ha dicho la CIDH:

**29. Los derechos de los pueblos indígenas sobre sus tierras están limitados por distintos principios constitucionales, en particular respecto a los recursos del subsuelo que corresponden al patrimonio del Estado Nacional. No obstante, para su explotación debe consultarse con los pueblos indígenas, según lo establecido por el Convenio 169 de la OIT y la legislación colombiana.**

**30. Cabe recordar que la Constitución nacional consagra que “la explotación de los recursos naturales en los territorios indígenas se hará sin desmedro de la integridad cultural, social y económica de las comunidades indígenas. En las decisiones que se adopten respecto de dicha explotación, el Gobierno propiciará la participación de los representantes de las respectivas comunidades”.**\*

**31. En Colombia, los recursos minerales del subsuelo pertenecen a la Nación, pero se considera como “reserva minera indígena” el área de los Resguardos.\*\* Los indígenas pueden pactar con terceros el desarrollo de actividades de exploración y explotación de recursos minerales,**

Corte Constitucional, sentencia T-380 de 1993, M. P. Eduardo Cifuentes Muñoz.

Constitución Política de Colombia, artículo 330.

Decreto 710 de 1990, artículo 1.

y sus autoridades tienen derecho a señalar dentro de las zonas mineras indígenas lugares no explorables ni explotables por su significado social o religioso.<sup>\*55</sup>

Además, tanto en virtud del artículo 27 del PIDCP (derechos de la minorías) como del artículo 15 del Convenio 169 de la OIT (los derechos de los pueblos indígenas a los recursos existentes en sus tierra), los Estados deben adoptar medidas jurídicas positivas para asegurar la participación eficaz de los miembros de las comunidades en las decisiones que les afectan (por ejemplo: cuando se otorgan concesiones de gas, petróleo, tala de madera, se construyen presas en sus territorios, entre otros) (véase el Capítulo XXV).

Sobre este particular ha dicho la Corte Constitucional:

**La explotación de los recursos naturales en los territorios indígenas debe hacerse compatible con la protección que el Estado debe dispensar a la integridad social, cultural y económica de las comunidades indígenas, integridad que como se ha visto antes configura un derecho fundamental para la comunidad por estar ligada a su subsistencia como grupo humano y como cultura. Y precisamente, para asegurar dicha subsistencia se ha previsto, cuando se trate de realizar la explotación de recursos naturales en territorios indígenas, la participación de la comunidad en las decisiones que se adopten para autorizar dicha explotación. De este modo el derecho fundamental de la comunidad a preservar la referida integridad se garantiza y efectiviza a través del ejercicio de otro derecho que también tiene el carácter de fundamental, en los términos del artículo 40, numeral 2 de la Constitución, como es el derecho de participación de la comunidad en la adopción de las referidas decisiones.**

**3.3. La Constitución en diferentes normas alude a la participación ciudadana que ofrece diferentes modalidades (preámbulo, arts. 1, 2, 40, 79, 103, entre otros). Por tanto, la única forma de participación no es la política.**

\* Ídem., artículo 130; Tresierra, ob cit., p. 13.  
55 CIDH, Tercer Informe sobre la situación de Derechos Humanos en Colombia, Capítulo X: Los derechos de los indígenas, OEA/Ser.L/VII: 102, Doc. 9 rev. 1 del 26 de febrero de 1999, párrs. 29-31.

A juicio de la Corte, la participación de las comunidades indígenas en las decisiones que pueden afectarlas en relación con la explotación de los recursos naturales ofrece como particularidad el hecho o la circunstancia observada en el sentido de que la referida participación, a través del mecanismo de la consulta, adquiere la connotación de derecho fundamental, pues se erige en un instrumento que es básico para preservar la integridad étnica, social, económica y cultural de las comunidades de indígenas y para asegurar, por ende, su subsistencia como grupo social. De este modo la participación no se reduce meramente a una intervención en la actuación administrativa dirigida a asegurar el derecho de defensa de quienes van a resultar afectados con la autorización de la licencia ambiental (arts. 14 y 35 del CCA., 69, 70, 72 y 76 de la Ley 99 de 1993), sino que tiene una significación mayor por los altos intereses que ella busca tutelar, como son los atinentes a la definición del destino y la seguridad de la subsistencia de las referidas comunidades.

El derecho de participación de la comunidad indígena como derecho fundamental (art. 40-2, CP), tiene un reforzamiento en el Convenio número 169, aprobado por la Ley 21 de 1991, el cual está destinado a asegurar los derechos de los pueblos indígenas a su territorio y a la protección de sus valores culturales, sociales y económicos, como medio para asegurar su subsistencia como grupos humanos. De este modo, el citado Convenio, que hace parte del ordenamiento jurídico en virtud de los artículos 93 y 94 de la Constitución, integra junto con la aludida norma un bloque de constitucionalidad que tiende a asegurar y hacer efectiva dicha participación.<sup>56</sup>

En relación con los afrocolombianos, y conforme al artículo 55 transitorio de la CP, el gobierno se comprometió a expedir,

(...) previo estudio por parte de una comisión especial que el Gobierno creará para tal efecto, una ley que les reconozca a las comunidades negras que han venido ocupando tierras baldías en las zonas rurales ribereñas de los ríos de la Cuenca del Pacífico, de acuerdo con sus prácticas tradicionales de producción, el derecho a la propiedad colec-

Artículo 55. Transitorio  
Constitución Política

Corte Constitucional, sentencia SU-039 de 1997, M. P. Antonio Barrera Carbonell.

tiva sobre las áreas que habrá de demarcar la misma ley. En la comisión especial de que trata el inciso anterior tendrán participación en cada caso representantes elegidos por las comunidades involucradas (...).

Es así como en agosto de 1993 se expidió la Ley 70 de 1993 por la cual se desarrolla el artículo transitorio 55 de la CP. Esta ley ha sido reglamentada entre otras por los siguientes decretos:

- Decreto 1371 de 1994 (junio 30) por el cual se conforma la comisión consultiva de alto nivel de que trata el artículo 45 de la Ley 70 de 1993.
- Decreto 2313 de 1994 (octubre 13) por el cual se adiciona la estructura interna del ministerio de gobierno con la dirección de asuntos para las comunidades negras y se le asignan funciones.
- Decreto 804 de 1995 (mayo 18) por medio del cual se reglamenta la atención educativa para grupos étnicos.
- Decreto 1745 de 1995 (octubre 12) por el cual se reglamenta el capítulo iii de la Ley 70 de 1993, se adopta el procedimiento para el reconocimiento del derecho a la propiedad colectiva de las “tierras de las comunidades negras” y se dictan otras disposiciones.
- Decreto 2248 de 1995 (diciembre 22) por el cual se subroga el Decreto 1371 de 1994, se establecen los parámetros para el registro de organizaciones de base de las comunidades negras y se dictan otras disposiciones.
- Decreto 2249 de 1995 (diciembre 22) por el cual se conforma la comisión pedagógica de comunidades negras de que trata el artículo 42 de la Ley 79 de 1993.
- Decreto 1627 de 1996 (septiembre 10) por el cual se reglamenta el artículo 40 de la Ley 70 de 1993 y se crea el Fondo Especial de Créditos Educativos administrados por el Icetex para estudiantes de las comunidades negras de escasos recursos económicos.

Respecto a la implementación de las obligaciones que se derivan de este artículo constitucional, la Comisión Interamericana señaló en su Tercer Informe sobre la Situación de los Derechos Humanos en Colombia:

(...) 28. Con la adopción de la Constitución de 1991 y, en particular, con la aprobación del artículo 55 transitorio ya citado, el Estado colombiano avanzó positivamente en la tarea emprendida de corregir el maltrato histórico de los negros en Colombia. De manera que en 1993

el Congreso aprobó y el Ejecutivo promulgó la Ley 70/93 que estableció dentro del Plan de desarrollo nacional, el Plan de desarrollo afrocolombiano.

29. Una de las características más salientes de la Ley 70/93 incluye la creación de un distrito electoral especial para asegurar dos escaños en el Congreso a las comunidades negras. Además, la Ley reconoce el derecho a la propiedad colectiva por las comunidades negras de ciertas tierras ribereñas del Pacífico, así como los derechos al subsuelo en esas tierras y la necesidad de aportar nuevos recursos para el cumplimiento de la garantía constitucional de la educación para todos los ciudadanos.

30. Para implementar el Plan, la Ley 70/93 prevé la formación de consejos autónomos de planificación territorial y de asambleas regionales. La participación comunitaria de los segmentos afectados son ingredientes importantes del Plan. De manera que las organizaciones comunitarias tienen posibilidades de hacerse oír y de que se tengan en cuenta sus opiniones dentro de ese Plan.

31. Si bien se han formulado críticas respecto de la definición de “afrocolombiano” establecida en el Plan, lo que explicaría las discrepancias en los datos demográficos a que se hizo referencia en este capítulo, el mayor descontento deriva de la lenta implementación y de los insignificantes efectos en la vida de los beneficiarios de la Ley.<sup>57</sup>

## 8. La jurisdicción indígena

El derecho a su jurisdicción hace parte del derecho colectivo autonómico de los pueblos indígenas, en concordancia con el artículo 246 de la CP y los artículos 9 y 10 del Convenio 169 de la OIT. El artículo 246 de la CP establece la jurisdicción indígena:

CIDH, Tercer Informe sobre la situación de los Derechos Humanos en Colombia, Capítulo X: Los derechos de los indígenas, OEA/Ser.L/VII: 102, Doc. 9 rev. 1 del 26 de febrero de 1999, párrs. 28-31.

Artículo 246.  
Constitución Política

Jurisprudencia  
Corte Constitucional

Las autoridades de los pueblos indígenas podrán ejercer funciones jurisdiccionales dentro de su ámbito territorial, de conformidad con sus propias normas y procedimientos, siempre que no sean contrarios a la Constitución y leyes de la República. La Ley establecerá las formas de coordinación de esta jurisdicción especial con el sistema judicial nacional.

Sobre este artículo se ha pronunciado la Corte Constitucional de la siguiente manera:

El análisis de esta norma muestra los cuatro elementos centrales de la jurisdicción indígena en nuestro ordenamiento constitucional: la posibilidad de que existan autoridades judiciales propias de los pueblos indígenas, la potestad de éstos de establecer normas y procedimientos propios, la sujeción de dicha jurisdicción y normas a la Constitución y la ley, y la competencia del legislador para señalar la forma de coordinación de la jurisdicción indígena con el sistema judicial nacional. Los dos primeros elementos conforman el núcleo de autonomía otorgado a las comunidades indígenas –que se extiende no sólo al ámbito jurisdiccional sino también al legislativo, en cuanto incluye la posibilidad de creación de “normas y procedimientos”–, mientras que los dos segundos constituyen los mecanismos de integración de los ordenamientos jurídicos indígenas dentro del contexto del ordenamiento nacional. (...) <sup>58</sup>

La Corte Constitucional, con base en el principio de la diversidad cultural y considerando que sólo con un alto grado de autonomía es posible la supervivencia cultural, ha fijado los límites al ejercicio de las facultades jurisdiccionales conferidas de manera potestativa a las autoridades de las comunidades indígenas.

Jurisprudencia  
Corte Constitucional

(...) pues si bien la Constitución se refiere de manera general a “la Constitución y la ley” como parámetros de restricción, resulta claro que no puede tratarse de todas las normas constitucionales y legales; de lo contrario, el reconocimiento a la diversidad cultural no tendría más que un significado retórico. La determinación del texto constitucional tendrá que consultar entonces el principio de maximización de la autonomía (...)

El principio de maximización de la autonomía adquiere gran relevancia en este punto por tratarse de relaciones puramente internas, de cuya regulación depende en gran parte la subsistencia de la identidad cultural y la cohesión del grupo. Los límites a las formas en las que se ejerce este control interno deben ser, entonces, los mínimos aceptables, por lo que sólo pueden estar referidos a lo que verdaderamente resulta intolerable por atentar contra los bienes más preciados del hombre.

A juicio de la Sala, este núcleo de derechos intangibles incluiría solamente el derecho a la vida, la prohibición de la esclavitud y la prohibición de la tortura. Dos son las razones que llevan a esta conclusión: en primer lugar, el reconocimiento de que únicamente respecto de ellos puede predicarse la existencia de un verdadero consenso intercultural.<sup>\*</sup> En segundo lugar, la verificación de que este grupo de derechos se encuentra dentro del núcleo de derechos intangibles<sup>\*\*</sup> que reconocen todos los tratados de derechos humanos, derechos que no pueden ser suspendidos ni siquiera en las situaciones de conflicto armado. (...)

(...) Deben evitarse, no obstante, dos conclusiones erradas en torno a esta formulación. Por una parte, el reducir el principio de legalidad a una exigencia de previsibilidad no implica abrir el paso a la arbitrariedad absoluta, ya que las autoridades están obligadas necesariamente a actuar conforme lo han hecho en el pasado, con fundamento en las tradiciones que sirven de sustento a la cohesión social. Por otra parte, no puede extenderse este requerimiento hasta volver completamente estáticas las normas tradicionales, en tanto que toda cultura es esencialmente dinámica, así el peso de la tradición sea muy fuerte.

Estas restricciones a la autonomía de las comunidades indígenas en lo que hace a la determinación de sus instituciones jurídicas y sus formas

Abdullahi Ahmed An-na'im, "Toward a Cross Cultural Approach to Defining International Standards of Human Rights: The Meaning of Cruel, Inhuman, or Degrading Treatment or Punishment", en Abdullahi Ahmed An-na'im (comp.).

\*

*Human Rights in Cross-Cultural Perspectives*, University of Pennsylvania Press, Philadelphia, 1991; y Richard Falk, "Cultural foundations for the International Protection of Human Rights", *ibid.* La existencia de un consenso intercultural en torno a estos derechos también sería susceptible de verificación en el contexto colombiano. Por lo menos eso parecen sugerir los estudios relativos al tema, que demuestran que en las comunidades estudiadas se sanciona penalmente el homicidio y no se practican ni la esclavitud, ni la tortura por parte de las autoridades. Carlos César Perafán, *Sistemas jurídicos Paez, Kogi, Wayuu y Tule*, Instituto Colombiano de Antropología, 1995.

Frédéric Sudre, *La Convention Européenne des Droits de L'Homme*, Presses Universitaires de France, Paris, pp. 23-25.

\*\*

de juzgamiento estarían justificadas, según lo expuesto anteriormente, porque: a) se trata de medidas necesarias para proteger intereses de superior jerarquía, que en este caso serían el derecho a la vida, la prohibición de la esclavitud y la tortura y la legalidad de los procedimientos, los delitos y las penas; y b) se trata de las menores restricciones imaginables a la luz del texto constitucional.<sup>59</sup>

## 9. El derecho a la consulta<sup>60</sup>

De conformidad con el artículo 6, numeral 1, literal a) del Convenio 169 de 1989 de la OIT sobre pueblos indígenas y tribales en países independientes, ratificado por Colombia por medio de la Ley 21 de 1991, los Estados Partes tienen la obligación de consultar a los grupos étnicos que habiten en sus territorios, “mediante procedimientos apropiados y en particular a través de sus instituciones representativas, cada vez que se prevean medidas legislativas o administrativas susceptibles de afectarles directamente”. Asimismo, el artículo 7 del Convenio reconoce a tales colectividades

**(...) el derecho de decidir sus propias prioridades en lo que atañe al proceso de desarrollo, en la medida en que éste afecte sus vidas, creencias, instituciones y bienestar espiritual y a las tierras que ocupan o utilizan de alguna manera, y de controlar, en la medida de lo posible, su propio desarrollo económico, social y cultural. Además, dichos pueblos deberán participar en la formulación, aplicación y evaluación de los planes y programas de desarrollo nacional y regional susceptibles de afectarles directamente.**

De esta manera, existe, en principio, un compromiso internacional de gran amplitud, que obliga al Estado colombiano a efectuar el aludido proceso de consulta previa cada vez que se prevea una medida, legislativa o administrativa, que tenga la virtud de afectar en forma directa a las etnias que habitan en su territorio. Al mismo tiempo, el artículo 34 del mismo tratado estipula: “La naturaleza y el alcance de las medidas que se adopten para dar efecto al presente Convenio deberán determinarse con flexibilidad, tomando en cuenta las condiciones propias de cada país”. Es decir, el instrumento otorga a los Estados Partes un impor-

59 Corte Constitucional, sentencia T-349 de 1996, M. P. Carlos Gaviria Díaz.

60 A continuación se transcriben apartes de la providencia de la Corte Constitucional, sentencia C-169 de 2001, M. P. Carlos Gaviria Díaz.

tante margen de discrecionalidad para determinar las condiciones en que habrán de dar cumplimiento a los deberes internacionales que allí constan; ello, por supuesto, en la medida en que las partes hagan uso de dicha flexibilidad sin dejar de cumplir con el objeto esencial de sus obligaciones que, en este caso, consiste en asegurar la efectiva participación de los grupos étnicos en las decisiones que les conciernan: de lo contrario, se estaría dando al artículo 34 citado un alcance que riñe con las normas más elementales sobre interpretación de tratados, como la que consta en el artículo 31-1 de la Convención de Viena de 1969, según la cual “un tratado deberá interpretarse de buena fe conforme al sentido corriente que haya de atribuirse a los términos del tratado en el contexto de éstos y *teniendo en cuenta su objeto y fin*” (énfasis agregado).

Dada la configuración constitucional del Estado colombiano, los órganos indicados para determinar cuándo y cómo se habrá de cumplir con la citada obligación internacional son, en principio, el constituyente y el legislador, ya que son éstos, por excelencia, los canales de expresión de la voluntad soberana del pueblo (art. 3, CN). En consecuencia, la Corte Constitucional, al momento de determinar cuándo resulta obligatorio efectuar la consulta previa a los grupos étnicos, debe estar sujeta a los lineamientos constitucionales y legales existentes, estos últimos en la medida en que no desvirtúen el objeto y finalidad del pluricitado Convenio, ni contraríen la plena vigencia de los derechos fundamentales de tales étnias.

La Constitución sólo reconoció explícitamente la obligatoriedad de la consulta previa en el supuesto de hecho previsto por el parágrafo del artículo 330, a saber: “La explotación de los recursos naturales en los territorios indígenas se hará sin desmedro de la integridad cultural, social y económica de las comunidades indígenas. En las decisiones que se adopten respecto de dicha explotación, el Gobierno propiciará la participación de los representantes de las respectivas comunidades”.

Con base en esta disposición, la Corte, en la sentencia SU-039 de 1997 (M. P. Antonio Barrera Carbonell), determinó que “la participación de las comunidades indígenas en las decisiones que puedan afectarlas en relación con la explotación de los recursos naturales ofrece como particularidad (...) que la *referida participación, a través del mecanismo de la consulta, adquiere la connotación de derecho fundamental*, pues se erige en un instrumento que es básico para preservar la integridad étnica, social, económica y cultural de las comunidades de indígenas y para asegurar, por ende, su subsistencia como grupo social” (énfasis agregado). En otras palabras, los pueblos indígenas tienen el derecho a ser

Aprobada mediante Ley 67 de 1993.

\*

consultados en estos casos particulares, no sólo por ser la consulta una manifestación de su derecho fundamental –individual y colectivo– a la participación, sino por constituir el medio a través del cual se protegerá, en esos casos, su integridad física y cultural; en tal sentido específico, esta Corporación afirmó, en la misma oportunidad, que el Convenio 169 de la OIT conforma, junto con el artículo 40-2 Superior, un bloque de constitucionalidad, en virtud de lo dispuesto por los artículos 93 y 94 de la Carta. Pero por lo demás, no existe disposición constitucional alguna que se refiera a la consulta previa en casos diferentes al mencionado; vale decir, la Constitución guarda silencio en cuanto a las medidas, legislativas o administrativas, que se adopten en hipótesis distintas a la explotación de recursos naturales en los territorios indígenas.

El legislador, por su parte, se ocupó del tema en el artículo 76 de la Ley 99 de 1993, que reprodujo en lo esencial lo dispuesto en el párrafo del artículo 330 Superior, ampliando su alcance a los casos de proyectos en territorios de comunidades negras: “La explotación de los recursos naturales deberá hacerse sin desmedro de la integridad cultural, social y económica de las comunidades indígenas y de las negras tradicionales de acuerdo con la Ley 70 de 1993 y el artículo 330 de la Constitución Nacional, y las decisiones sobre la materia se tomarán, previa consulta a los representantes de tales comunidades”.\*

A su vez, la Ley 70 de 1993 prevé la realización de consultas a las comunidades negras en tres hipótesis: a) en la definición del plan de manejo de las áreas del Sistema de Parques Nacionales Naturales, cuando en ellos se encuentren familias o personas de comunidades negras que desarrollen prácticas tradicionales (art. 22); b) en la definición de la organización y el funcionamiento de los programas especiales de formación técnica, tecnológica y profesional para los miembros de dichas comunidades (art. 38); y c) en la conformación de la “unidad de gestión de proyectos” que tendrá que existir en los fondos estatales de inversión social, para el apoyo de las comunidades negras en los procesos de capacitación, identificación, formulación, ejecución y evaluación de proyectos (art. 58). Además, la mencionada ley establece, en su artículo 44, que “como un mecanismo de protección de la identidad cultural, las comunidades negras participarán en el diseño, elaboración y evaluación de los estudios de impacto ambiental, socioeconómico y cultural, que se realicen sobre los proyectos que se pretendan adelantar en las áreas a que se refiere esta ley”. (...)

\* La realización de la consulta previa en la hipótesis de exploración de recursos naturales en territorios étnicos, se encuentra regulada a nivel reglamentario por el Decreto 1320 de 1998.

## 10. El derecho a la educación

Conforme a la Parte VI del Convenio 169 sobre “Educación y medios de comunicación” (arts. 26 a 31), los Estados se comprometen, principalmente, a:

1. Garantizar a los miembros de los pueblos indígenas la posibilidad de adquirir una educación a todos los niveles, por lo menos en pie de igualdad con el resto de la comunidad nacional (véase el Capítulo XX).

2. Que los programas y los servicios de educación destinados a estos pueblos se desarrollen y apliquen en cooperación con éstos, con la finalidad de responder a sus necesidades particulares. La autoridad competente deberá asegurar la participación de estos pueblos en la formulación y ejecución de programas de educación, con miras a transferir progresivamente a dichos pueblos la responsabilidad de la realización de esos programas, cuando haya lugar.

3. Enseñar, siempre que sea viable, a los niños indígenas a leer y escribir en su propia lengua o en la lengua que más comúnmente se hable en el grupo a que pertenezcan.

4. Adoptar medidas educativas en todos los sectores de la comunidad nacional, y especialmente en los que estén en contacto más directo con los pueblos interesados, con el objeto de eliminar los prejuicios que pudieran tener respecto a esos pueblos. A tal fin, deberán hacerse esfuerzos por asegurar que los libros de historia y demás material didáctico ofrezcan una descripción equitativa, exacta e instructiva de las sociedades y culturas de los pueblos indígenas.

El Grupo de Trabajo sobre las Minorías de la Subcomisión de Promoción y Protección de los Derechos Humanos, en su “Comentario acerca de la Declaración sobre los derechos de las personas pertenecientes a minorías nacionales o étnicas, religiosas y lingüísticas”, señaló que la protección de las minorías se fundamenta en cuatro condiciones: la protección de su existencia, su no exclusión, su no discriminación y su no asimilación (o protección de su identidad).<sup>61</sup> Concretamente, respecto de la última de las condiciones, el Grupo de Trabajo observó que “las políticas lingüística y educativa del Estado son fundamentales a este respecto. Denegar a las minorías la posibilidad de aprender su propio idioma o de recibir la instrucción en él o excluir de su educación la transmisión de conocimientos sobre su propia cultura, historia, tradición e idioma, sería violar la obligación de proteger su identidad”.<sup>62</sup>

Naciones Unidas, E/CN.4/Sub.2/AC.5/2001/2, del 2 de abril de 2001, párr. 23.

Ibíd., párr. 28.

61

62

La CP consagra en su artículo 10 que: “(...) las lenguas y dialectos de los grupos étnicos son también oficiales en sus territorios. La enseñanza que se imparta en las comunidades con tradiciones lingüísticas propias será bilingüe”. Además, conforme al artículo 68 del texto constitucional, “los integrantes de los grupos étnicos tendrán derecho a una formación que respete y desarrolle su identidad cultural”.

La Ley 115 de 1994 y su Decreto reglamentario 804 de 1995 establecen el derecho a una educación propia y apropiada, que implica procesos curriculares, pedagógicos y metodológicos que fortalezcan y desarrollen su identidad cultural.

**La Constitución ha establecido como uno de los fines del Estado la protección de la riqueza cultural de la nación, entre cuyas manifestaciones se encuentran las diversas lenguas utilizadas en el territorio nacional. La libertad de cátedra exige del docente que, en todo caso, tenga capacidad de expresarse en el idioma oficial.**

**En las regiones del país que cuentan con una identidad lingüística propia, reconocida como oficial, se desarrollan los fines del Estado –proteger la riqueza cultural– cuando se exige al maestro que no ignore el uso de la lengua local. Ello no le impide establecer autónomamente los contenidos de su cátedra. Por el contrario, garantiza que su misión educadora sea eficaz y cumpla su propósito.**

**La caracterización de Colombia como una comunidad multicultural impone al sistema educativo el deber de garantizar la continuidad y la identidad de las manifestaciones culturales propias. Nada más lejano a este objetivo que excusar al educador de comprender el lenguaje propio de la comunidad.**

**Por otra parte, la negativa del Estado de fomentar, en el medio educativo, el uso de la lengua nativa oficial, supondría una violación a la igualdad, al discriminar, sin razón admisible, entre expresiones lingüísticas legítimas. El castellano, en su condición de lengua mayoritaria, tiene la función de cohesionar a los colombianos. Es decir, es símbolo de unidad nacional, no de su homogeneidad.**

**En definitiva, la generación de un marco democrático y de un ambiente de libre competencia y convivencia de las ideas, exige un profundo respeto por las manifestaciones lingüísticas de cada comunidad. En esta**

tarea, se repite, el educador juega un papel preponderante. El conocimiento de la lengua nativa oficial es muestra de debida consideración y respeto hacia dicha comunidad, factor decisivo para generar una cultura de paz en Colombia.<sup>63</sup>

Sobre la participación de miembros de las comunidades negras en las juntas distritales de educación la Corte Constitucional ha dicho que:

(...) el artículo 160 de la Ley 115 de 1994, al regular la composición y fines de las juntas distritales de educación, introdujo una medida de igualdad promocional general, dirigida a favorecer a la comunidad negra. Las mencionadas juntas, cuyo objeto se relaciona con las metas, planes y políticas educativas, se integran por personas y representantes de diversos sectores, entre ellos “un representante de las comunidades negras, si las hubiere”. Si la ley utiliza el criterio racial que, en principio está proscrito en la Constitución, lo hace con el único propósito de introducir una diferenciación positiva que, a juicio de la Corte, es admisible. La participación de una población, tradicionalmente marginada del poder decisorio real, en el sistema de gobierno de la educación, es definitiva para lograr la cabal integración de la sociedad y el respeto y perpetuación de su valioso aporte cultural. Un forma de asegurar que hacia el futuro la educación no sea un campo de discriminación, puede ser, como lo intenta la ley, que representantes de la población negra tomen asiento en las juntas distritales de educación, junto a los representantes de otros grupos y sectores de la sociedad y del Estado.

(...) la participación negra en el indicado organismo estimula la integración social y el pluralismo cultural, y a esos fines cabalmente apunta la ley educativa. (...) <sup>64</sup>

## 11. El derecho a la salud

Conforme al párrafo 1 del artículo 25 del Convenio 169 de la OIT sobre pueblos indígenas y tribales en países independientes, los gobiernos se comprometen a “velar por que se pogan a disposición de los pueblos interesados servi-

Jurisprudencia  
Corte Constitucional

Corte Constitucional, sentencia C-053 de 1999, M. P. Eduardo Cifuentes Muñoz.

63

Corte Constitucional, sentencia T-422 de 1996, M. P. Eduardo Cifuentes Muñoz.

64

cios de salud adecuados o proporcionar a dichos pueblos medios que les permitan organizar y prestar tales servicios bajo su propia responsabilidad y control, a fin de que puedan gozar del máximo nivel posible de salud física y mental”.

En relación con los pueblos indígenas, el Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales ha señalado que, conforme al derecho y la práctica internacionales, estos pueblos tienen derecho a “(...) medidas específicas que les permitan mejorar su acceso a los servicios de salud y a las atenciones de la salud (...)”.<sup>65</sup>

Con la anterior finalidad, los Estados deben proporcionar recursos para que los pueblos indígenas establezcan, organicen y controlen servicios de salud apropiados desde el punto de vista cultural, que tengan en cuenta los cuidados preventivos, las prácticas curativas y las medicinas tradicionales.<sup>66</sup>

Dado que en las comunidades indígenas la salud presenta una dimensión colectiva, de forma que se suele vincular la salud del individuo con la salud de la sociedad en su conjunto, el Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales:

**(...) considera que las actividades relacionadas con el desarrollo que inducen al desplazamiento de poblaciones indígenas, contra su voluntad, de sus territorios y entornos tradicionales, con la consiguiente pérdida por esas poblaciones de sus recursos alimenticios y la ruptura de su relación simbiótica con la tierra, ejercen un efecto perjudicial sobre la salud de esas poblaciones.**<sup>67</sup>

Es importante tener en cuenta que conforme al inciso iv) del apartado e) del artículo 5 de la Convención contra la discriminación racial, los Estados Partes se comprometen a prohibir y eliminar la discriminación racial en todas sus formas en relación con el derecho a la salud pública, la asistencia médica, la seguridad social y los servicios sociales.

En Colombia, el derecho al acceso y atención diferenciada en salud especialmente para los pueblos indígenas está protegido por las siguientes normas:

Observación General  
Comité de Derechos  
Humanos

65 Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, Observación General 14, “El derecho al disfrute del más alto nivel posible de salud”, párr. 27.

66 *Ibid.*

67 *Ibid.*

- Ley 100 de 1993 en el artículo 157; Ley 691 de 2001 que reglamenta la participación en el sistema de seguridad social y que se complementa con el contenido y alcance de los Decretos 1811 de 1990 y 330 de 2001. Además, mediante los acuerdos 23, 25 y 30 de 1996, y 72 y 77 de 1997 del Consejo de Seguridad Social, se garantiza el derecho a la exención de la sisbenización en los pueblos indígenas para el acceso a la atención en salud y al pago de las cuotas moderadoras.

- La Ley 691 de 2001 faculta a las comunidades y a su autoridades a definir de manera autónoma la afiliación a la EPS o ARS que presente las garantías para la atención de salud de buena calidad.

El gobierno objetó por inconstitucionales algunos artículos del proyecto de ley por medio del cual se reglamenta la participación de los pueblos indígenas en el sistema general de seguridad social por considerarlos violatorios del principio de igualdad. De una parte, porque discrimina otros sectores sociales que también se encuentran en precaria situación económica, y de otra, por cuanto las medidas implican una gran erogación del Estado para la cual no se cuenta con la apropiada disposición de recursos. Las normas demandadas otorgan a las comunidades indígenas una serie de privilegios como: 1) el acceso de todos los miembros de las comunidades indígenas al sistema subsidiado de salud exceptuando a los trabajadores, servidores públicos y pensionados; 2) la posibilidad de recibir subsidios para las madres indígenas gestantes y los niños menores de cinco (5) años; 3) la facultad concedida al Consejo Nacional de Seguridad Social en salud para fijar el valor de la UPC para los pueblos indígenas, hasta en un cincuenta por ciento por encima del valor normal de la UPC, lo que representa muchos más recursos por número de personas; 4) el establecimiento de planes en salud y urgencias para las comunidades, y 5) la exclusión a los miembros de comunidades indígenas del pago de cuotas moderadoras y copago, con lo cual se viola además del derecho a la igualdad, el principio de solidaridad.

La Corte Constitucional advirtió que el Congreso puede crear regímenes diferenciados para las comunidades indígenas y otras etnias, en virtud del reconocimiento constitucional de la diversidad étnica y cultural en nuestro país. Deben existir, sin embargo, razones suficientes para esta desigualdad de trato, que es lo que ocurre, a criterio de la Corte, respecto de las medidas demandadas en materia de salud.

La exclusión de ciertos grupos de indígenas del régimen contributivo para acceder al régimen subsidiado se comprende bajo el supuesto de que dentro de esas comunidades funciona un sistema económico ajeno al sistema capitalista, que culturalmente impide la cotización de aportes individuales al sistema de seguridad social. De tal manera que la aplicación del sistema de aportes conver-

tiría al sistema de seguridad social en algo inaccesible para los indígenas. Ahora bien, la medida es coherente al excluir del beneficio a los miembros que por sus condiciones laborales cuenten con capacidad de pago. Estas mismas razones explican que el proyecto de ley dé vía libre a la creación de ARS especiales para las comunidades indígenas, si se tiene en cuenta que la forma particular en que funcionan la mayoría de esas comunidades requiere que sean ellas mismas las que establezcan el procedimiento de escogencia de la ARS a la que se afiliarán sus miembros, pues son las que mejor conocen sus necesidades en materia de salud. Por último, la posibilidad de conceder subsidios a las madres gestantes y lactantes, también es una discriminación positiva aceptada por la Constitución, pues ella va dirigida a garantizar a minorías discriminadas su supervivencia, protegiendo a los miembros más débiles de la comunidad de la malnutrición a la que pueden verse expuestos.<sup>68</sup>

## 12. Otras normas nacionales que garantizan distintos derechos a los pueblos indígenas y grupos étnicos

- La Ley 43 de 1993 garantiza el derecho a la doble nacionalidad de los pueblos indígenas ubicados en zonas de frontera.
- La Ley 48 de 1993 exceptúa a los miembros de los pueblos de la prestación del servicio militar obligatorio en todo tiempo.

La Corte Constitucional protegió el principio que obliga el reconocimiento de la diversidad étnica y cultural al señalar que la exención de la prestación del servicio militar a los miembros de comunidades indígenas que habiten en sus territorios no vulneraba el principio de igualdad al otorgar un tratamiento diferente a los indígenas, puesto que la distinción se basa en las particularidades del entorno cultural en el que se desarrollan sus vidas y en el que adquieren su identidad. Se enfatizó en el hecho de que el beneficio es sólo para quienes viven con su comunidad en sus territorios, puesto que el propósito esencial de la norma es proteger el derecho a la supervivencia de la comunidad y no otorgar un privilegio a los individuos en razón de su pertenencia a una etnia. Esto explica la doble exigencia

establecida por la ley para eximir del servicio militar puesto que la finalidad de la misma es la de proteger al grupo indígena como tal, y por ende proteger a los indígenas que vivan con los indígenas y como los indígenas.<sup>69</sup>

- La Ley 99 de 1993 garantiza el derecho a participar en los consejos directivos de las corporaciones autónomas regionales a representantes de los pueblos indígenas y comunidades negras, quienes deben ser elegidos por sus propias instituciones y autoridades.
- La Ley 715 de 2001 garantiza a los resguardos indígenas el derecho a participar en el sistema general de participaciones de los ingresos corrientes de la nación. Este derecho no exime a las entidades territoriales de la inversión social en programas indígenas en sus respectivas jurisdicciones.

---

Corte Constitucional, sentencia C-058 de 1994, M. P. Alejandro Martínez Caballero.

## Tipología de las violaciones

### Tipologías

#### **La violación del derecho de los pueblos indígenas y de la minoría afrocolombiana a no ser discriminados se configura cuando:**

- a) El Estado no prohíbe la discriminación racial por medio de su legislación. Concretamente, los Estados deberán sancionar: la difusión de ideas basadas en la superioridad o el odio racial; la incitación al odio racial; los actos de violencia contra cualquier raza o grupo de personas de otro color y origen étnico; y la incitación de cometer tales actos.
- b) El Estado, aún prohibiendo la discriminación racial en su legislación, la tolera en la práctica.
- c) No existen recursos efectivos e idóneos ante los tribunales competentes u otras instituciones del Estado, contra actos de discriminación racial que violen los derechos reconocidos en la CP y en los tratados internacionales de los que es parte.
- d) No existen recursos efectivos para pedir a los tribunales una satisfacción justa y adecuada por todo daño de que puedan ser víctimas como consecuencia de conductas discriminatorias.

#### **La violación del derecho a la cultura de las poblaciones indígenas y de la minoría afrocolombiana se configura cuando:**

- a) El Estado no adopta las medidas jurídicas necesarias para la conservación, el desarrollo y la difusión de su ciencia y cultura.
- b) El Estado no permite el empleo de su idioma, por ejemplo, en documentos oficiales.

**La violación del derecho al territorio y a la autonomía indígena se configura cuando:**

- a) El Estado no adopta medidas jurídico-positivas para asegurar la participación eficaz de los miembros de las comunidades en las decisiones que les afectan.
- b) Existiendo estas medidas, no son tomadas en cuenta por el Estado, por ejemplo, en la explotación de recursos naturales en su territorio.

**La violación del derecho consuetudinario indígena o afrocolombiano se configura cuando:**

- a) El Estado no tiene en cuenta, al aplicar la legislación nacional, sus costumbres o su derecho consuetudinario.
- b) En la imposición de sanciones penales no se tengan en cuenta las características económicas, sociales y culturales de los pueblos indígenas y de la minoría afrocolombiana, y no se dé preferencia a otros tipos de sanción distintos al encarcelamiento.
- c) No se permita de facto que los pueblos indígenas ejerzan funciones jurisdiccionales dentro de su territorio, de conformidad con sus propias normas y procedimientos, siempre y cuando no sean contrarias a la CP y a los tratados internacionales de los que Colombia es parte.

**La violación del derecho a la educación de los pueblos indígenas y de la minoría afrocolombiana se configura cuando:**

- a) El Estado no garantice a los miembros de estos pueblos la posibilidad de adquirir una educación en todos los niveles, en pie de igualdad con el resto de la población (véase el Capítulo XX).



## Tipologías

- b) La autoridad competente no asegure la participación de estos pueblos en la formulación y ejecución de programas de educación.
- c) No se enseñe, cuando sea viable, a los niños indígenas a leer y escribir en su propia lengua o en la lengua que más comúnmente se hable en el grupo a que pertenezcan.
- d) No se adopten medidas de carácter educativo en todos los sectores de la comunidad nacional con el objeto de eliminar los prejuicios que pudieran tener respecto de estos pueblos o minoría.
- e) Se deniegue, por medio de una política lingüística, la posibilidad de aprender en su propio idioma o de recibir instrucción en él.

### **La violación del derecho a la salud de los pueblos indígenas y de la minoría afrocolombiana se configura cuando:**

- a) No se pongan a disposición de los pueblos interesados los servicios de salud adecuados.
- b) No se proporcionen a dichos pueblos medios que les permitan organizar y prestar los servicios de salud bajo su propia responsabilidad y control.

## 1. Introducción

El derecho internacional humanitario (DIH) es una rama del derecho internacional público que se inspira en el sentimiento de humanidad y que se centra en la protección de la persona en caso de guerra. En el DIH tradicionalmente se ha distinguido entre el derecho de La Haya y el derecho de Ginebra.

Mientras que en el derecho de La Haya (conocido como el derecho de la guerra) se determinan los derechos y deberes de los beligerantes en la conducción de las operaciones y se limita la elección de los medios para causar daños, el de Ginebra fue elaborado para proteger a las víctimas de la guerra.

**Si bien el objetivo fundamental del derecho de La Haya, al igual que el del derecho de Ginebra, es la protección de las víctimas, los métodos para prestar esta protección son diferentes. Los Convenios de Ginebra procuran, principalmente, proteger a la persona cuando se ha convertido en víctima, es decir, herido, náufrago, prisionero de guerra o persona civil en poder del adversario, mientras que el derecho de La Haya se propone proteger a los combatientes y a los no combatientes, restringiendo los métodos y los medios de combate. En cierto sentido, se puede considerar que el derecho de La Haya se aplica antes que el derecho de Ginebra y que hace hincapié, ante todo, en la prevención.<sup>1</sup>**

En gran medida, el derecho de La Haya y el derecho de Ginebra se unieron por medio de la aprobación, el 8 de junio de 1977, de los dos Protocolos adicionales a los Convenios de Ginebra del 12 de agosto de 1949, que actualizaron y desarrollaron no sólo las normas relativas a la protección de las víctimas de la guerra, sino también las que rigen la conducción de las hostilidades.

En definitiva, cabe señalar que tanto los Convenios de La Haya como los Convenios de Ginebra (y sus Protocolos) tienen como objetivo proteger los inte-

François Bugnion, "El derecho de Ginebra y el derecho de La Haya", *Revista Internacional de la Cruz Roja*, No. 844 del 31 de diciembre de 2001, pp. 901-922.

1

reses de las personas, amparando sus derechos humanos en tiempo de conflicto armado internacional o no internacional. Por ello resulta artificial distinguir entre ambos derechos ya que, los instrumentos incluidos bajo una u otra rúbrica, aunque con enfoques diversos y con objetivos inmediatos diferentes, se basan en los mismos principios y buscan un fin último común.

La Corte Internacional de Justicia (CIJ) llegó a la misma conclusión:

**Estas dos ramas del derecho aplicable en los conflictos armados han desarrollado vínculos tan estrechos que se considera que, en forma gradual, han formado un único sistema complejo, hoy llamado derecho internacional humanitario. Las disposiciones de los Protocolos adicionales de 1977 expresan y dan prueba de la unidad y la complejidad de ese derecho.<sup>2</sup>**

### 1.1. El derecho de La Haya o derecho de la guerra

Respecto al derecho de la guerra hay que distinguir entre: a) condiciones en que es lícito el recurso a la fuerza armada (*ius ad bellum*), y b) los límites a la violencia bélica mediante la regulación del comportamiento de los beligerantes durante las hostilidades (*ius in bello*).

#### 1.1.1. *Ius ad bellum* (condiciones en que es lícito el recurso a la fuerza armada)

Las leyes de la guerra son tan antiguas como la guerra misma, y la guerra tan antigua como la vida en la Tierra. Sin embargo, no es sino hasta el siglo XVI que se comienza a consolidar una construcción teórica sobre qué se considera una guerra justa (*iustum bellum*), que era la única que contaba con una causa justa y, por tanto, era legítima o lícita. En este sentido, el holandés Hugo Grocio, retomando una parte del pensamiento de Francisco de Vitoria, sostuvo a principios del siglo XVII que la injuria era una justa causa de la guerra e incluso, que eran justas las guerras preventivas por injurias aún no realizadas.

2 Corte Internacional de Justicia (CIJ), Opinión Consultiva sobre la "Licitud de la amenaza o del empleo de armas nucleares", del 8 de julio de 1996, p. 34.

Con el transcurso del tiempo, los juristas internacionales definieron que una guerra injusta por sus causas no dejaba de ser lícita si se hacía por un príncipe soberano y estaba precedida de una declaración de guerra. Esta concepción impregnó durante siglos el derecho internacional positivo, que sólo exigía competencia y forma.<sup>3</sup>

En el derecho internacional contemporáneo, la conmoción de la Primera y, sobre todo, la Segunda Guerra Mundial, determinó en los redactores de la Carta de las Naciones Unidas (1945) la resolución de “preservar a las generaciones venideras del flagelo de la guerra, que por dos veces durante nuestra vida ha infligido a la humanidad sufrimientos indecibles”;<sup>4</sup> y así el párrafo 4 del artículo 2 dispone que:

**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 de cualquier Estado, o en cualquier otra forma incompatible con los propósitos de las Naciones Unidas.**

Artículo 2.  
Carta de las  
Naciones Unidas

En la Carta de las Naciones Unidas son dos las excepciones a la norma general de la prohibición del uso de la fuerza (arts. 51 y 107), aunque actualmente solamente se encuentra en vigor una: la legítima defensa individual o colectiva frente a un ataque armado (art. 51).

Sin embargo, el párrafo 4 del artículo 2 de la Carta no rehusa el derecho de los Estados a utilizar la fuerza para mantener el orden público dentro de su territorio ni, en principio, para hacer frente a movimientos insurreccionales.<sup>5</sup> Además, según el párrafo 7 del artículo 2:

**Ninguna disposición de esta Carta autorizará a las Naciones Unidas a intervenir en los asuntos que son esencialmente de la jurisdicción interna de los Estados, ni obligará a los Miembros a someter dichos asuntos a procedimientos de arreglo conforme a la presente Carta; pero este principio no se opone a la aplicación de las medidas coercitivas prescritas en el Capítulo VII.**

Artículo 2.  
Carta de las  
Naciones Unidas

Ch. de Visscher, *Théories et Réalités en Droit International Public*, Paris, 1960, p. 32.

Preámbulo de la Carta de las Naciones Unidas de 1945.

Naciones Unidas, “Declaración de los principios de Derecho Internacional referentes a las relaciones de amistad y cooperación entre los Estados de conformidad con la Carta de las Naciones Unidas”, aprobada por resolución de la Asamblea General 2625 (XXV), del 24 de octubre de 1970.

3  
4  
5

Sin embargo, el principio de respeto de la soberanía nacional de los Estados Miembros y de no injerencia en sus asuntos internos lleva aparejada una excepción en los casos en que la paz y seguridad internacionales estén amenazadas. Por tanto, si la acción armada que un Estado emprende en su territorio pone en peligro la paz internacional, ya no se trata de un asunto exclusivamente interno. Por este motivo, el artículo 2, párrafo 7, puntualiza al final que el reconocimiento de la jurisdicción interna “no se opone a la aplicación de las medidas coercitivas prescritas en el capítulo VII” (relativo a la “Acción en caso de amenazas a la paz, quebrantamientos de la paz o actos de agresión” y donde se encuentra el artículo 51, que como se veía es el único que permite el uso de la fuerza).

### **1.1.2. *Ius in bello* (el comportamiento de los combatientes en las hostilidades)**

Si se examina la distinción entre el derecho de Ginebra y el derecho de La Haya, se comprueba que no existe ninguna línea divisoria claramente definida entre esas dos normativas, sino que se trata de un *continuum* de normas, agrupadas bajo dos nombres distintos.<sup>6</sup>

El derecho de La Haya o derecho de la Guerra, tradicionalmente agrupó aquellas normas que rigen la conducción de las hostilidades entre dos partes contendientes. Este derecho procede, principalmente, de los Convenios de La Haya de 1899, revisados en 1907, aunque hay que excluir las partes que pasaron en 1929 y 1949 al ámbito de Ginebra: el estatuto de los prisioneros de guerra, el de los heridos y náufragos en las hostilidades en el mar y el de las personas civiles de los territorios ocupados.

Los Protocolos adicionales de 1977 a los Convenios de Ginebra de 1949 contienen materias que hasta entonces pertenecían al derecho de La Haya ya que, en cuanto protegen a las personas contra los efectos de los combates, contienen disposiciones sobre la manera de conducir las hostilidades. De esta forma tiende a desaparecer la distinción entre el derecho de Ginebra y el de La Haya.

Sin embargo, existen todavía instrumentos que pertenecen claramente al derecho de La Haya: el Convenio de 1954 para la protección de los bienes culturales, y el Convenio sobre la prohibición o la restricción del empleo de determinadas armas convencionales de 1980.

En realidad, muchas de las normas humanitarias pertenecen tanto al derecho de Ginebra como al derecho de La Haya. Es el caso de las normas que protegen los hospitales militares o civiles, así como a la población civil, de los bombardeos aéreos: dichas normas pueden analizarse en el marco del derecho de la guerra aérea y, por consiguiente, en el del derecho de la conducción de las hostilidades, si se toma el punto de vista del aviador. Pero también se trata de normas relativas a la protección de las víctimas –y, por consiguiente, pertenecen al derecho de Ginebra–, si se tienen en cuenta los efectos en tierra de los bombardeos aéreos, así como a la protección de los hospitales militares o civiles y de la población civil. El mismo caso se presenta con las normas que obligan a los miembros de los movimientos de resistencia, de las milicias o de otros cuerpos de voluntarios, a distinguirse de la población civil mientras conducen sus operaciones militares. Indudablemente, esas normas pertenecen al derecho de la conducción de las hostilidades, ya que dan la definición de las personas autorizadas a participar en las mismas;<sup>7</sup> pero también pertenecen al derecho de Ginebra, ya que disponen la concesión del estatuto de prisionero de guerra a esos combatientes en caso de captura (III Convenio de Ginebra, artículo 4).<sup>8</sup>

## 2 El derecho internacional humanitario y el derecho internacional de los derechos humanos

El derecho internacional de los derechos humanos (DIDH) y el DIH forman parte del derecho internacional público, y tienen en común la protección de la vida, la integridad y la dignidad de las personas.

Pero mientras que el DIDH se aplica en todo tiempo y lugar, el DIH tiende a la protección de las personas y de los bienes indispensables para su supervivencia en el marco de un conflicto armado (sea de carácter internacional o no internacional), con el imperativo de proteger a la humanidad y “civilizar” o “humanizar” la guerra e impedir sufrimientos y consecuencias innecesarias, además de minimizar los horrores de las guerras en la perspectiva de la construcción de la paz, es decir, la de un conjunto de seres humanos que tienen que seguir coexistiendo superando el conflicto.<sup>9</sup>

Como se señaló, el DIDH se aplica en todo tiempo y lugar, aunque en situaciones excepcionales que pongan en peligro la vida de la nación y cuya

Convención de La Haya, Reglamento anexo sobre las leyes y costumbres de la guerra terrestre, artículo 1.

François Bugnion, *ob. cit.*

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

7  
8  
9

existencia haya sido proclamada oficialmente, es decir, en casos de graves alteraciones de orden público o de conflictos armados, se autoriza la suspensión temporal de algunas obligaciones convencionales, en la estricta medida que la situación lo exija (art. 4 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos [PIDCP] y 27 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos, en adelante Convención Americana). El DIH se aplica solamente en tiempos de conflicto armado (internacional o no internacional), y sus disposiciones complementan al DIDH, puesto que en lo que no se vincule directamente a las hostilidades, los derechos humanos siguen aplicándose de manera convergente.<sup>10</sup>

En relación con la posibilidad de suspensión de determinados derechos con base en el artículo 4 del PIDCP y 27 de la Convención Americana, el Comité de Derechos Humanos señaló que:

**(...), 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.<sup>11</sup>**

El núcleo irreductible de los derechos humanos, que son aquellos que no pueden ser objeto de suspensión, corresponde a la misma protección a la cual un individuo puede aspirar en todo tiempo. En este mismo sentido, el Protocolo del 8 de junio de 1977 adicional de los Convenios de Ginebra del 12 de agosto de 1949 relativo a la protección de las víctimas de los conflictos armados sin carácter internacional (en adelante Protocolo II) en su Título II contiene prácticamente todos los derechos irreductibles del PIDCP.<sup>12</sup> Como consecuencia:

10 Asamblea General de las Naciones Unidas, resolución No. 2675 (XXV) de 1970.

11 Comité de Derechos Humanos, Observación General No. 29, "Los estados de emergencia", párr. 9.

12 Comité Internacional de la Cruz Roja (CICR), *Comentario del Protocolo del 8 de junio de 1977 adicional a los Convenios de Ginebra del 12 de agosto de 1949 relativo a la protección de las víctimas de los conflictos armados sin carácter internacional (Protocolo II) y del artículo 3 de estos Convenios*, Bogotá, Plaza & Janes, 1998, párr. 4430.

(...) 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.<sup>13</sup>

Lo anterior se justifica, tal y como lo señaló la Corte Interamericana de Derechos Humanos (en adelante Corte Interamericana), en que:

Hay efectivamente equivalencia entre el contenido del artículo 3 común de los Convenios de Ginebra de 1949 y el de las disposiciones de la Convención Americana y de otros instrumentos internacionales acerca de los derechos humanos inderogables (tales como el derecho a la vida y el derecho a no ser sometido a torturas ni a tratos crueles, inhumanos o degradantes). Esta Corte ya ha señalado en el caso Las Palmeras (2000), que las disposiciones relevantes de los Convenios de Ginebra pueden ser tomados en cuenta como elementos de interpretación de la propia Convención Americana.<sup>14</sup>

### 3 Principios generales del derecho internacional humanitario

Son principios comunes del DIH y del DIDH ya referidos en el capítulo relativo al derecho internacional de los derechos humanos, los siguientes:

- Principio de supremacía del derecho internacional
- Principio *Pro Homine*
- Principio de “No reciprocidad”
- Obligaciones *Erga Omnes*
- Principio de “No discriminación”

El DIH, posee otros principios que le son propios dada su naturaleza (considerados generales).<sup>15</sup> Ellos son: a) de distinción; b) de proporcionalidad; c) la

Observación General  
Comité de Derechos  
Humanos

Jurisprudencia  
Corte Interamericana  
de Derechos Humanos

Comité de Derechos Humanos, Observación General No. 29, “Los estados de emergencia”, párr. 11.	13
Corte Interamericana de Derechos Humanos (en adelante Corte Interamericana), caso Bámaca Velázquez, sentencia de 25 de noviembre de 2000, párr. 209.	14
Oficina en Colombia del Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Derechos Humanos, Hoja Informativa No. 4.	15

inmunidad de la población civil; c) la protección de enfermos, heridos y personas fuera de combate; d) la protección de bienes civiles; e) la protección del personal médico, sanitario y religioso, y f) la prohibición de determinados métodos de combate y armas o la restricción de su empleo.

Estos principios representan el mínimo de humanidad aplicable en todo tiempo, lugar y circunstancia, y son válidos incluso para los Estados que no sean partes en los Convenios, dado que expresan la costumbre de los pueblos. Estos principios, a veces, se encuentran expresamente formulados en los Convenios, o figuran implícitamente en los mismos y expresan la sustancia del tema. Otras veces, incluso, se derivan de la costumbre.<sup>16</sup> La Defensoría del Pueblo ha considerado que:

**(...) son igualmente aplicables, tanto para los conflictos armados internacionales como para los no internacionales, aún cuando Colombia no las haya incorporado al derecho interno, las normas imperativas del Derecho Internacional General relativas a los conflictos armados. Al respecto los participantes en la Mesa Redonda sobre el Derecho Internacional Humanitario acerca del tema “Normas del Derecho Internacional Humanitario relativas a la conducción de las hostilidades en los conflictos armados no internacionales”, celebrada por el Instituto Internacional de Derecho Humanitario, los días 13 y 14 de septiembre de 1989, \* concluyeron que independientemente de la existencia de disposiciones convencionales expresamente aprobadas para los conflictos armados no internacionales existen normas que deben ser aplicadas en dichas situaciones, así:**

**a) En relación con la conducción de las hostilidades:**

- **La distinción entre combatientes y personas civiles.**
- **La prohibición de atacar a la población y a las personas civiles.**
- **La prohibición de causar males superfluos.**
- **La prohibición de perfidia.**
- **El respeto y protección del personal sanitario y del personal religioso, así como de las unidades y de los medios de transporte sanitario.**
- **La prohibición de atacar las viviendas y otras instalaciones que sólo sean utilizadas por la población civil.**

<sup>16</sup> Jean Pictet, *Desarrollo y principios del derecho internacional humanitario*, Instituto Henry Dunant, Comité Internacional de la Cruz Roja, 1982, p. 71.

\* *Revista Internacional de la Cruz Roja*, No. 101, septiembre-octubre de 1990, pp. 411 a 438.

- **La protección de los bienes indispensables para la supervivencia de la población civil.**
- **Las medidas de precaución en el ataque.**

**b) En relación con las prohibiciones y limitaciones del empleo de ciertas armas en los conflictos armados no internacionales:**

- **La prohibición del empleo de armas químicas y bacteriológicas.**
- **La prohibición del empleo de balas que se expanden o se aplastan fácilmente en el cuerpo humano, como las balas dum-dum.**
- **La prohibición de veneno como medio o método de combate.**
- **La prohibición de emplear armas incendiarias, minas, trampas y otros artefactos contra la población civil y las personas civiles individualmente consideradas, así como su uso indiscriminado.**<sup>17</sup>

### 3.1. El principio de distinción

El DIH parte de la distinción entre combatientes y no combatientes para exigir la protección de los segundos, así como de los combatientes enfermos, heridos o puestos fuera de combate. Así mismo, el DIH impone la noción de limitación y proporcionalidad en el uso de la fuerza y en los medios de combate, en aras de disminuir las consecuencias de las hostilidades sobre la vida, integridad y dignidad de las personas. De estas nociones se desprenden los demás principios específicos de las reglas humanitarias.

El principio de distinción consiste en la obligación de diferenciar entre combatientes y personas civiles con la finalidad de evitar los ataques indiscriminados, y se fundamenta en el hecho de que la población civil no participa en las hostilidades.

La Sala de Apelaciones del Tribunal Penal para la ex-Yugoslavia, en el caso Tadic, determinó que dos resoluciones de las Naciones Unidas, la número 2444 (Respeto de los derechos humanos en conflictos armados) y la número 2675 (Principios básicos para la protección de poblaciones civiles en conflictos armados) eran “declaratorias de los principios de derecho internacional consuetudinario relativos a la protección de poblaciones civiles y propiedad en conflictos armados de todo tipo (...)”.<sup>18</sup>

Defensoría del Pueblo, Resolución Defensorial Humanitaria No. 01 del 31 de julio de 2001, “Ataques contra la población civil”, p. 7.

17

Comisión Interamericana de Derechos Humanos (CIDH), Tercer Informe sobre la situación de derechos humanos en Colombia, Capítulo IV, “Violencia y violación del derecho internacional de los derechos humanos y del derecho internacional humanitario”, doc. OEA/Ser. L/V/II.102. Doc. 9 rev. 1, del 26 de febrero de 1999, párr. 39.

18

En materia de conflictos armados no internacionales, en vez de las expresión “no combatientes”, se utiliza la de “las personas que no participan directamente en las hostilidades”. La razón de este cambio es que esta primera expresión que se utiliza por el derecho humanitario en casos de conflictos armados internacionales, le puede generar reservas de carácter legal a los Estados al momento de aplicar el DIH a los conflictos armados no internacionales.

La “participación en hostilidades” se define como la participación en un ataque por virtud del cual la parte busca causar daño físico a personal o bienes del enemigo.<sup>19</sup> El artículo 3 común a los Convenios de Ginebra de 1949 y el artículo 4 del Protocolo II, señalan que las “personas que no participan directamente en las hostilidades”, son:

1. La población y el personal civil, entendiéndose por tal:

- Toda persona que no es miembro de las Fuerzas Armadas o de un grupo organizado de alguna de las partes en el conflicto (art. 50.1). En este sentido, “la presencia entre la población civil de personas cuya condición no responda a la definición de persona civil no priva a esa población de su calidad de civil” (art. 50.3 del Protocolo I).
- Cuando una persona civil participa directamente en las hostilidades,<sup>20</sup> individual o como miembro de un grupo, asume el papel de combatiente y, por tanto, pierde su inmunidad. Sin embargo, una vez que cesa su participación en esos actos hostiles, no puede ser atacado ya que retiene su calidad de persona civil. Deberá ser procesada y castigada por sus actos beligerantes.<sup>21</sup>

Comentario del  
Protocolo I  
Comité Internacional  
de la Cruz Roja

**De manera general, la inmunidad otorgada a los civiles está sujeta a una condición muy estricta: la de no participar directamente en las hostilidades, es decir, no transformarse en combatientes, so pena de perder su protección. Por participación directa hay que entender, pues, los actos de guerra que por su naturaleza o propósito, estén destinados a causar daños concretos al material o al personal de las fuerzas arma-**

19 CIDH, Tercer Informe sobre la situación de derechos humanos en Colombia. Capítulo IV, “Violencia y violación del derecho internacional de los derechos humanos y el derecho internacional humanitario”, OEA/Ser.L/V/II.102. Doc.9, vol. 1, del 26 de febrero de 1999, párr. 46.

20 Una persona civil participa directamente en las hostilidades cuando porta o hace uso de su arma, así como en situaciones en las que realice actos hostiles sin usar un arma.

21 CIDH, Tercer Informe sobre la situación de derechos humanos en Colombia. Capítulo IV, OEA/Ser.L/V/II. 102. Doc. 9, vol. 1, del 26 de febrero de 1999, párr. 55.

das adversas. Es solamente durante esta participación cuando el civil pierde su inmunidad y se convierte en un objeto lícito. Una vez terminada la participación el civil recobra su derecho a la protección (...) es decir, contra los efectos de las hostilidades y ya no puede ser atacado. Sin embargo, nada impide a las autoridades que lo capturasen *in situ* o que lo detuviesen ulteriormente tomar con respecto a él medidas de represión o de seguridad...<sup>22</sup>

Las personas pertenecientes a las fuerzas armadas o a grupos armados pueden ser atacadas en todo tiempo. Si un civil participa directamente en las hostilidades, no se beneficia evidentemente de ninguna protección contra los ataques mientras dure esta participación. Fuera de este periodo, al no representar peligro para el adversario, no debe ser atacado. Por lo demás, en caso de duda sobre la condición de una persona, se presume que ésta es civil. Toda persona sospechosa de haber tomado parte en las hostilidades y privada por ello de libertad se beneficiará de las disposiciones estipuladas en los artículos 4 (Garantías fundamentales), 5 (Personas privadas de libertad) y 6 (Diligencias penales).<sup>23</sup>

- De manera más precisa, la “participación directa en las hostilidades implica un efecto directo entre causa efecto, entre la actividad ejercida y los golpes asestados al enemigo en el momento y en el sitio en que esa actividad se ejerce”.<sup>24</sup>
- Las personas civiles que tan sólo apoyen el esfuerzo militar o de guerra del adversario o de otra forma sólo participen indirectamente en las hostilidades no pueden ser consideradas combatientes por esa única razón. Esto se debe a que la participación indirecta, tal como vender mercaderías a una o varias de las partes en conflicto, expresar simpatía por la causa de una de las partes o, más claro aún, no haber actuado para prevenir la incursión de una de las partes en contienda, no implica actos de violencia que constituyan una amenaza inmediata de daño a la contraparte.<sup>25</sup>
- El estatus de la policía es generalmente el de las personas civiles. Por ello, el ejercicio de funciones normales de poder por parte de miembros de una

CICR, Comentario (Protocolo I), tomo II, p. 863, párr. 1944. 22

Ibid., párr. 4789. 23

Ibid., p. 718, párr. 1679. 24

CICR, Tercer Informe sobre la situación de los derechos humanos en Colombia. Capítulo IV, OEA/Ser.L/V/II. 102. 25

Doc. 9, vol. I, del 26 de febrero de 1999, párr. 56.

policía civil durante situaciones de hostilidades internas no puede ser considerado, en principio, como actos hostiles que constituyen una amenaza inmediata de daño a los opositores armados del Estado. Si la policía hubiera de enfrentarse a la guerrilla en desarrollo de estas funciones, sus miembros tienen el derecho de defenderse, así como defender la vida y bienes de otros. Tales actos *no son* incompatibles con su estatus de civiles. Sin embargo, cuando participen directamente en las hostilidades pierden su inmunidad a ataque directo individual durante el tiempo en que participen en las operaciones militares. La situación puede ser diferente en el caso de aquellos policías que asuman el papel de combatientes de tiempo completo.<sup>26</sup>

- En caso de duda, la persona debe ser considerada civil (art. 50.1 del Protocolo I).

2. Los miembros de las fuerzas armadas de ambos bandos cuando: 1) hayan depuesto las armas; 2) hayan sido puestas fuera de combate por: enfermedad, herida, detención, o por cualquier otra causa.

- Las fuerzas armadas, para ser reconocidas como tales, deben estar vinculadas a una de las partes en conflicto (aunque esta parte esté representada por un gobierno o por una autoridad no reconocidos por una Parte adversa), deben estar organizadas, y deben operar bajo un mando responsable (art. 43 del Protocolo I).
- Se entiende por heridos y enfermos las personas, sean militares o civiles, que debido a un traumatismo, una enfermedad u otros trastornos o incapacidades de orden físico o mental, tengan necesidad de asistencia o cuidados médicos, y que se abstengan de todo acto de hostilidad. Esos términos son también aplicables a las parturientas, a los recién nacidos y a otras personas que puedan estar necesitadas de asistencia o cuidados médicos inmediatos, como los inválidos y las mujeres encinta, y que se abstengan de todo acto de hostilidad (art. 8.a) del Protocolo I).
- Capturados son aquellas personas que se encuentran privadas de libertad y bajo custodia del adversario.
- En general, se trata de situaciones en las que el combatiente ya no está en condiciones de luchar.

26 *Ibid.*, párrs. 63 y 66.

Según el párrafo del artículo 135 del Código Penal se consideran “personas protegidas” conforme al DIH, a los efectos del Título II del Libro Segundo del Código, “Delitos contra personas y bienes protegidos por el derecho internacional humanitario”:

- 1. Los integrantes de la población civil.**
- 2. Las personas que no participan en hostilidades y los civiles en poder de la parte adversa.**
- 3. Los heridos, enfermos o náufragos puestos fuera de combate.**
- 4. El personal sanitario o religioso.**
- 5. Los periodistas en misión o corresponsales de guerra acreditados.**
- 6. Los combatientes que hayan depuesto las armas por captura, rendición u otra causa análoga.**
- 7. Quienes antes del comienzo de las hostilidades fueren considerados como apátridas o refugiados.**
- 8. Cualquier otra persona que tenga aquella condición en virtud de los Convenios I, II, III y IV de Ginebra de 1949, y los Protocolos adicionales I y II de 1977 y otros que llegaren a ratificarse.**

Artículo 135.  
Código Penal

Según el artículo 3 común a los Convenios de Ginebra, y el artículo 4 del Protocolo Adicional II, las infracciones al DIH contra las “personas que no participan directamente en las hostilidades”, son:

- Atentados contra la vida.
- Tortura.
- Tratos o penas crueles, inhumanos o degradantes.
- Toma de rehenes.
- Castigos colectivos.
- Actos de terrorismo.
- Esclavitud y trata de esclavos.
- Pillaje.
- Amenazas.
- Infracciones contra los derechos de los niños.

Igualmente, constituyen infracciones de los derechos de “las personas que no participan en las hostilidades”:

- Las infracciones de los derechos de las personas privadas de libertad (art. 5 del Protocolo II).

- Las infracciones al debido proceso legal (art. 6 del Protocolo II).
- Los desplazamientos forzados de la población civil (art.17 del Protocolo II).

### 3.2. El principio de proporcionalidad

El principio de proporcionalidad surge como limitante de la finalidad de la guerra: someter al enemigo e imponerle condiciones. Esta limitación prescribe que el uso de la fuerza no debe ser desproporcionado, limitándolo a lo indispensable.

Teniendo en cuenta que en un ataque puede resultar afectada la población civil o sus bienes, las operaciones militares deberán realizarse con un cuidado constante a fin de preservar a dicha población y a sus bienes, debiéndose tomar todas las precauciones factibles en la elección de los medios y métodos de combate para evitar o, al menos, reducir todo lo posible el número de muertos y de heridos que pudieran causar incidentalmente entre la población civil, así como los daños a los bienes de carácter civil.<sup>27</sup>

Los combatientes deberán abstenerse de decidir un ataque, o deberán suspenderlo o anularlo cuando sea de prever que causará incidentalmente muertos o heridos en la población civil, daños de carácter civil, o ambas cosas, que serían excesivos en relación con la ventaja militar concreta y directa prevista. La legitimidad de un blanco militar no proporciona una licencia ilimitada para atacarlo.<sup>28</sup>

En el Comentario a los Protocolos Adicionales a los Convenios de Ginebra de 1949, elaborado por el Comité Internacional de la Cruz Roja (CICR), se afirma que “la presencia de un militar de permiso no puede evidentemente justificar la destrucción de una localidad”. Del mismo modo agrega que “si la destrucción de un puente tiene una importancia capital para la ocupación o no ocupación de una región estratégica, se comprenderá que resulten dañadas algunas casas, pero no que se arrase con una zona urbana entera”.<sup>29</sup>

El principio de proporcionalidad no sólo se predica de los daños que pueden causarse a los civiles y a sus bienes, sino también de los combatientes. “Las Partes en conflicto no causarán a su adversario males desproporcionados con respecto al

27 Protocolo adicional del 8 de junio de 1977 a los Convenios de Ginebra del 12 de agosto de 1949, relativo a la protección de las víctimas de los conflictos armados internacionales (en adelante Protocolo I), artículo 48.

28 CIDH, Tercer Informe sobre la situación de derechos humanos en Colombia. Capítulo IV, “Violencia y violación del derecho internacional de los derechos humanos y del derecho internacional humanitario”, doc. OEA/Ser. L/V/II.102. Doc. 9, rev. 1, del 26 de febrero de 1999, párrs. 77 a 80.

29 CICR, *Comentario del Protocolo del 8 de junio de 1977 adicional a los Convenios de Ginebra del 12 de agosto de 1949 relativo a la protección de las víctimas de los conflictos armados internacionales (Protocolo I)*, tomo II, Bogotá, Plaza & Janés, párrs. 2213 y 2214.

objetivo de la guerra, que es destruir o debilitar el potencial militar del enemigo”.<sup>30</sup>  
 Por consiguiente, si hay tres medios para destruir a los combatientes enemigos: matar, herir o capturar, se preferirá la captura a la herida y la herida a la muerte.

### 3.3. La inmunidad de la población civil

El artículo 13 del Protocolo II consagra el principio general de la protección de la población civil o, lo que es lo mismo, el principio de inmunidad jurídica de la población, que implica la prohibición absoluta de utilizar ciertos métodos de combate tales como:

- Los ataques directos contra la población civil y los actos de terror (art. 13.2).
- Hacer padecer hambre a la población civil (art. 14, Protección de los bienes indispensables para la supervivencia de la población civil).
- Los desplazamientos forzosos (art. 17).

El principio general de protección de la población civil contra los peligros de las hostilidades se encuentra consagrado en el artículo 13.1 del Protocolo II: “La población civil y las personas civiles gozarán de protección general contra los peligros procedentes de operaciones militares. (...)”

**La protección general cubre a todas las personas civiles sin distinción. La expresión “protección general” se utiliza por oposición a la protección particular, que tiene por objeto una protección reforzada de ciertas categorías de personas pertenecientes a la población civil (heridos, enfermos, niños, personal sanitario, etc.). La protección particular no substituye, sino que se superpone a la protección general.**<sup>31</sup>

La protección general implica:

- 1) **prohibir de manera absoluta los ataques dirigidos contra la población civil como tal o contra las personas civiles. En el párrafo 2, (...), figura mención expresa de esta prohibición;**

Comentario del  
 Protocolo II  
 Comité Internacional  
 de la Cruz Roja

Comentario del  
 Protocolo II  
 Comité Internacional  
 de la Cruz Roja

Jean Pictet, ob. cit., p. 74.  
 CICR, *Comentario del Protocolo del 8 de junio de 1977 adicional a los Convenios de Ginebra del 12 de agosto de 1949 relativo a la protección de las víctimas de los conflictos armados sin carácter internacional* (Protocolo II), Bogotá, Plaza & Janés, 1998, párr. 4767.

30  
 31

2) **limitar los efectos de las operaciones militares que puedan afectar a las personas protegidas.**<sup>32</sup>

La puesta en práctica de esta protección requiere que:

**(...) se tomen precauciones, tanto por la parte atacante en las diversas fases del ataque (concepción, decisión y ejecución) como por la parte atacada. Por ejemplo, no deberían situarse intencionadamente instalaciones militares en medio de una concentración de civiles para utilizar a éstos como escudo o hacer que la parte adversa renuncie a atacar, sin olvidar las otras medidas de precaución que no se explicitan en el Protocolo II.**<sup>33</sup>

Es importante destacar que, en lo que se refiere a estas medidas de precaución, se deben tener en cuenta los principios generales de protección de la población civil “que son válidos independientemente del carácter internacional o interno del conflicto”, entre éstos:

**(...) el principio de la limitación de los medios de dañar al enemigo, el principio de la distinción y el principio de la proporcionalidad, que sólo rigen cuando no se ha podido garantizar la inmunidad total de la población:**

- **las partes comprometidas en un conflicto no tienen un derecho ilimitado en cuanto a la elección de medios para dañar al enemigo;**
- **deberá establecerse, en todo momento, una distinción entre las personas que toman parte en las hostilidades y la población civil, de tal manera que esta última sea salvaguardada en la medida de lo posible;**
- **debe examinarse previamente la relación entre la ventaja directa prevista de un ataque y los efectos nocivos que puedan afectar a las personas y bienes protegidos.**<sup>34</sup>

La Oficina en Colombia del Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Derechos Humanos, al pronunciarse sobre las distintas infracciones al

32 *Ibid.*, párr. 4771.

33 *Ibid.*, párr. 4772. En el Protocolo I, las condiciones de ataque y las medidas de precaución son objeto de normas específicas que desarrollan el principio general de protección (arts. 48-58).

34 *Ibid.*, párr. 4772.

DIH ocurridas como consecuencia del enfrentamiento armado entre las FARC y las AUC, en el municipio de Bojayá, departamento de Chocó, a principios del mes de mayo de 2002, señaló a las FARC-EP como responsables de la infracción del artículo 3 común a los Convenios de Ginebra y del artículo 13 del Protocolo II por “la muerte violenta de más de 100 civiles, las lesiones de más de 80 personas y la destrucción de bienes civiles, causadas por el lanzamiento de pipetas (...) reconocida públicamente por la guerrilla, como un error”.<sup>35</sup> Durante el enfrentamiento, mientras los paramilitares se encontraban en el área central de Bellavista, principalmente en el área de la iglesia y la Casa de las Misioneras, donde se protegían del enfrentamiento gran número de civiles, las FARC-EP lanzaron tres pipetas, una de las cuales estalló en el altar de la iglesia, causando 119 muertos y 98 heridos, aproximadamente.

Concretamente, la Oficina en Colombia del Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Derechos Humanos señaló que:

**Estas conductas constituyen un ataque a la población civil y con ellas se ha infringido el artículo 3 común a los cuatro Convenios de Ginebra y el artículo 13 del Protocolo II Adicional a esos Convenios. Violan especialmente los principios humanitarios de distinción, limitación y proporcionalidad, así como de inmunidad de la población civil. El DIH exige a las partes en conflicto asegurar la protección de la población civil contra los peligros procedentes de operaciones militares (artículo 13.1 del Protocolo II).**<sup>36</sup>

Con base en la obligación que tienen los combatientes de “limitar los efectos de las operaciones militares que puedan afectar a las personas protegidas”, derivada del principio general de protección de la población civil (art. 13.1), las FARC-EP no solamente deberían haber tomado las precauciones necesarias antes de haber realizado el ataque, sino que deberían haberlo suspendido ya que era previsible que iba a causar incidentalmente un número de muertos o heridos excesivo entre la población civil, en relación con la ventaja militar directa y concreta que podía ser prevista por este grupo disidente.

Aún en el supuesto de que entre las personas civiles que se protegían en la iglesia cuando fue atacada se encontraran miembros de las AUC, se veía en la parte relativa a la definición de “personas que no participan en las hostilidades”

Informe  
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, Informe sobre su Misión de Observación en el Medio Atrato, ob. cit., p. 17.

Ibíd., p. 18.

35

36

(véase numeral 8.1.1), que según el artículo 50.3 del Protocolo I: “la presencia entre la población civil de personas cuya condición no responda a la definición de persona civil no priva a esa población de su calidad de civil”, y por tanto de la protección que le otorga el artículo 13 del Protocolo II.

En relación con el grupo paramilitar AUC, el informe de la Oficina en Colombia del Alto Comisionado para los Derechos Humanos señala que éste grupo

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

**(...) tiene también responsabilidad en los hechos ocurridos en Bojayá los días 1 y 2 de mayo (...), [ya que] aún cuando la muerte de esos civiles fue consecuencia directa de las pipetas lanzadas por las FARC, los paramilitares comprometen su responsabilidad en materia humanitaria al haber expuesto a la población civil a los peligros de las acciones militares. (...) En este sentido, la conducta de los paramilitares, violatoria de los principios de distinción y de inmunidad de la población civil, constituye un ataque a la población civil y, por ende, una infracción al artículo 3 común a los cuatro Convenios de Ginebra y al artículo 13 del Protocolo II.**<sup>37</sup>

Esta afirmación se fundamenta en que:

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

**(...) el Derecho Internacional Humanitario exige garantizar la protección de la población civil en toda circunstancia. En este sentido, el artículo 13 del Protocolo II determina que la población civil y las personas civiles gozarán de protección general contra los peligros procedentes de operaciones militares. Esto debe entenderse en cualquier contexto, sea ofensivo o defensivo. Según la interpretación del Comité Internacional de la Cruz Roja sobre la norma citada, el deber de protección implica para los combatientes no sólo abstenerse de atacar, sino también evitar y, en todo caso, reducir a un mínimo las pérdidas incidentales y en tomar medidas de salvaguarda.**<sup>38</sup>

El informe de la Oficina en Colombia del Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Derechos Humanos concluye en relación con la responsabilidad de las AUC en este ataque que los paramilitares:

37 Ibid., p. 20.  
38 Ibid.

(...) al participar en acciones bélicas en el seno de un poblado en el cual se encontraban presentes numerosos civiles, (...) no respetaron la obligación de proteger a las personas que no participan directamente en las hostilidades. Asimismo, esos combatientes, al ubicarse en las cercanías de los lugares y edificaciones en las que se habían refugiado los civiles, no sólo no redujeron al mínimo las pérdidas incidentales ni tomaron medidas de salvaguarda, sino que, por el contrario, incrementaron el riesgo y la exposición de esos civiles.<sup>39</sup>

El artículo 8.2.e.i) del Estatuto de la Corte Penal Internacional considera como un crimen de guerra en relación con conflictos armados no internacionales: “(...) dirigir intencionalmente ataques contra la población civil o contra civiles que no participen directamente en las hostilidades”.

Los Elementos de los Crímenes del Estatuto de la Corte Penal Internacional señalan como elementos del crimen de dirigir ataques contra la población civil (artículo 8 2) e) i) los siguientes:

1. **Que el autor haya lanzado un ataque.**
2. **Que el objeto del ataque haya sido una población civil en cuanto tal o personas civiles que no participaban directamente en las hostilidades.**
3. **Que el autor haya tenido la intención de dirigir el ataque contra la población civil en cuanto a tal o contra personas civiles que no participaban directamente en las hostilidades.**
4. **Que la conducta haya tenido lugar en el contexto de un conflicto armado que no era de índole internacional y haya estado relacionada con él.**
5. **Que el autor haya sido consciente de circunstancias de hecho que establecían la existencia de un conflicto armado.**

Es importante tener en cuenta que la prohibición de realizar ataques contra la población civil persiste incluso en el caso de que una de las partes en conflicto infrinja esta disposición, ya que el derecho humanitario se aplica sin condiciones de reciprocidad.

El Código Penal tipifica en su artículo 161 la “omisión de medidas de protección a la población civil”, de la siguiente manera: “El que con ocasión y en desarrollo de conflicto armado, estando obligado a hacerlo, omita la adopción de medidas para la protección de la población civil, incurrirá (...)”.

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

Elementos  
de los Crímenes  
Estatuto de la Corte  
Penal Internacional

La segunda parte del artículo 13.2 del Protocolo II prohíbe: “(...) los actos o amenazas de violencia cuya finalidad principal sea aterrorizar a la población civil”. Aunque todo ataque puede “aterrorizar” a la población civil, la prohibición contenida en esta disposición se refiere únicamente a los actos y amenazas cuya finalidad principal es sembrar el terror en dicha población (véase el numeral 8.1.6). Este tipo de actos se encuentran sancionados en el artículo 144 del Código Penal.

### 3.4. La protección de enfermos, heridos y personas puestas fuera de combate

Siendo la protección de la persona humana el objeto esencial del DIH, dos premisas son importantes para implementar una protección efectiva y coherente con este principio general. Primero, el hecho de que las partes en conflicto no causarán males innecesarios más allá del debilitamiento o destrucción del potencial militar de su enemigo. Segundo, y desprendiéndose de esto último, los combatientes deberán dar protección y asistencia a los heridos, enfermos, capturados y toda persona fuera de combate.

La protección de las personas enfermas, heridas y puestas fuera de combate es una exigencia derivada de la inmunidad que el derecho consagra a favor de las personas que han depuesto las armas o que están en incapacidad de resistir, en la medida en que ya no representan ningún peligro para el adversario, en concordancia con el principio de que el objeto de la guerra no puede ir más allá de doblegar al enemigo e imponer las condiciones del vencedor. En conclusión:

**(...) 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.<sup>40</sup>**

Artículo 3 Común  
Convenios de Ginebra

### 3.5. La protección de bienes civiles

En relación directa con la protección de la población civil, resulta también fundamental la distinción entre objetivos militares y bienes civiles. Las normas de conflictos armados no internacionales no definen ninguna de estas categorías. Solamente el Protocolo II señala algunos bienes especialmente protegidos, dada su naturaleza y función en la salvaguardia de la población civil. Es el caso de los bienes indispensables para su supervivencia (art. 14), de las obras e instalaciones que contienen fuerzas peligrosas (art. 15) y de los bienes culturales y lugares de culto (art. 16). El hecho de que este instrumento no establezca una protección general a los bienes de carácter civil no significa que cualquier otro bien civil no sea protegido durante conflictos armados no internacionales.

El artículo 52 del Protocolo I sobre protección general de los bienes de carácter civil establece:

1. **Los bienes de carácter civil no serán objeto de ataque o represalia. Son bienes de carácter civil todos los bienes que no son objetivos militares en el sentido del párrafo 2.**
2. **Los ataques se limitarán estrictamente a los objetivos militares. En lo que respecta a los bienes, los objetivos militares se limitan a aquellos objetos que por su naturaleza, ubicación o finalidad o utilización contribuyan eficazmente a la acción militar o cuya destrucción total o parcial, captura o neutralización ofrezca en las circunstancias del caso una ventaja militar definida.**
3. **En caso de duda acerca de si un bien que normalmente se dedica a fines civiles, tal como un lugar de culto, una casa u otra vivienda o una escuela, se utiliza para contribuir eficazmente a la acción militar, se presumirá que no se utiliza con tal fin.**

**Se deduce una primera conclusión: mientras que para los bienes civiles se ofrece una definición muy vaga y negativa, los objetivos militares son precisamente definidos y para su caracterización se establecen tres elementos esenciales: la naturaleza, la ubicación y la finalidad militar; la contribución eficaz a la acción militar; y la ventaja militar definida.\***

Artículo 52.  
Protocolo I

Doctrina  
Alejandro Valencia Villa

Ionel Cloca, "El Nuevo Código de Protección de la Población Civil y de los Bienes Civiles en los Conflictos Armados", en *Revista Internacional de la Cruz Roja* No. 42, Ginebra, noviembre - diciembre de 1980, p. 307.

\*

Sobre estos tres elementos se puede señalar lo siguiente: es primero necesario puesto que ciertos objetivos militares como las instalaciones militares o las fábricas de municiones tienen este carácter de manera inherente, mientras que el edificio de una escuela utilizado como cuartel adquiere ese carácter solamente en razón de su ubicación y de su utilización temporal. El segundo tiene su fundamento en que no es forzosamente necesario destruir un objetivo militar porque puede ser suficiente apoderarse del mismo o neutralizarlo. El tercero establece que no se requiere simplemente alguna ventaja militar sino que, de acuerdo con las circunstancias del momento, debe tratarse de una ventaja militar definida.<sup>\*41</sup>

Sobre las expresiones “naturaleza, ubicación, finalidad o utilización”, dicen los comentarios al Protocolo I:

Si se analizan los criterios empleados, el primero se refiere a los bienes que, por su *naturaleza*, contribuyen eficazmente a la acción militar. En esta categoría se clasifican todos los bienes directamente utilizados por las fuerzas armadas: armas, equipamientos, medios de transporte, fortificaciones, depósitos, construcciones, donde se albergan las fuerzas armadas, estados mayores, centros de comunicación, etc.

El segundo criterio se refiere a la *ubicación* de los bienes. Es obvio que existen bienes que, sin ser de naturaleza militar, contribuyen eficazmente, por su ubicación a la acción militar. Puede tratarse, por ejemplo, de un puente o de otra construcción (...)

El criterio de la *finalidad* se refiere al uso futuro del bien y el de la *utilización* para su función actual. Los bienes de naturaleza civil pueden convertirse, en su mayor parte, en bienes útiles para las fuerzas armadas. Así por ejemplo, una escuela o un hotel son bienes civiles, pero si se emplean para alojar tropas o estados mayores se convierten en objetivos militares. (...)<sup>42</sup>

\* Richard R. Baxter, “Los deberes de los combatientes y la conducción de las hostilidades. El derecho de La Haya”, en *Las dimensiones internacionales del derecho humanitario*, Madrid, Unesco y Editorial Tecnos, 1990, p. 315.

41 Alejandro Valencia Villa, *Derecho humanitario para Colombia*, Defensoría del Pueblo, Bogotá, 1994, p. 238.

42 CICR, *Comentario del Protocolo I adicional a los Convenios de Ginebra del 12 de agosto de 1949*, ob. cit., párrs. 2020 a 2022.

En el apartado de infracciones al derecho humanitario se analizará en detalle la protección especial que el Protocolo II otorga a los bienes indispensables para su supervivencia, a las obras e instalaciones que contienen fuerzas peligrosas y a los bienes culturales y lugares de culto.

### 3.6. La protección del personal médico, sanitario y religioso

La protección del personal médico, sanitario y religioso deviene de la protección exigida para la población civil y las personas puestas fuera de combate. Este principio tiene una función esencial a fin de hacer efectiva la protección señalada.

El principio de protección del personal médico, sanitario y religioso fue incorporado a los Convenios de Ginebra del 12 de agosto de 1949 para la mejora de la suerte que corren los militares heridos en los ejércitos en campaña. En este instrumento se consagró por vez primera la inmunidad del personal sanitario, que “no es un privilegio que se otorga, sino un corolario natural a los requerimientos de garantizar el respeto y la protección a las víctimas de los conflictos armados”.<sup>43</sup>

La categoría “personal sanitario”, civil o militar, comprende a las personas destinadas por una Parte en conflicto exclusivamente a la búsqueda, recogida, transporte, diagnóstico de los heridos, enfermos y náufragos, así como a la prevención de las enfermedades. También incluye el personal destinado a la administración de las unidades sanitarias o al funcionamiento o administración de los medios de transporte sanitarios (Protocolo I, arts. 8 y 9).

La misión médica, que también goza de la protección otorgada por el DIH, está constituida por todas las personas que realizan una actividad médica conforme a los deberes a favor de los heridos, enfermos, combatientes o no combatientes o de la población civil, cualesquiera que hubieren sido las circunstancias (Protocolo II, ar. 13). Incluye, entre otros, a los médicos, odontólogos, enfermeros, comadronas, promotores de salud, terapeutas, conductores de ambulancias y farmaceutas.<sup>44</sup>

Alma Baccino-Astrada, *Derechos y deberes del personal sanitario en los conflictos armados*, CICR, Liga de Sociedades, Ginebra, 1982, p. 31. 43

CICR, *Comentario al Protocolo II y a los Convenios de Ginebra*, ob. cit., párr. 4686. 44

### 3.7. La prohibición de determinados métodos de combate y armas, o la restricción de su empleo

El principio de prohibición de determinados métodos y armas, o la restricción de su empleo, surge de la necesidad de proteger a la población civil de los efectos de las hostilidades y de evitar a los combatientes daños superfluos o innecesarios.

La Declaración de San Petersburgo de 1868 dispuso que la única finalidad legítima de los Estados en la guerra es el debilitamiento de las fuerzas armadas del enemigo y que, en consecuencia, esta finalidad quedaría sobrepasada por el empleo de armas que agravaran inútilmente los sufrimientos de los hombres puestos fuera de combate, o bien hicieran que su muerte fuese inevitable. Este principio fue reiterado en el Protocolo I de 1977, al disponer que el derecho de las partes en conflicto a elegir los métodos o medios de hacer la guerra no es ilimitado, prohibiendo el empleo de las armas que causen males superfluos o sufrimientos innecesarios (Protocolo I, arts. 35.1 y 35.2).

La protección de la persona humana y los objetivos vinculados a la “humanización” de la guerra son el fundamento de la prohibición o restricción de determinadas armas o métodos de combate. En unos casos, por su carácter indiscriminado, mediante el cual es imposible medir sus consecuencias y, por tanto, asegurar el principio de la protección a la población civil y a los bienes protegidos; en otros, por el carácter desproporcionado que puede conllevar el empleo de algunas armas o medios de combate en situaciones concretas.

Por ejemplo, se puede afirmar que la utilización de pipetas de gas se encuentra prohibida por el DIH sobre la base de su efecto indiscriminado entre la población civil.

En el caso ocurrido el 2 de mayo de 2002 en el municipio de Bojayá, departamento de Chocó, en el que murieron más de 119 personas y heridas más de 98, como consecuencia del lanzamiento de una pipeta por las FARC-EP a la Iglesia de Bellavista, donde se protegían numerosos civiles de los enfrentamientos entre este grupo disidente y las AUC, la Oficina en Colombia del Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Derechos Humanos señaló que:

**(...), las conductas analizadas constituyen un ataque indiscriminado contra la población civil. Aunque la figura no está expresamente recogida en el artículo 3 común de los 4 Convenios de Ginebra ni en el Protocolo II, dentro de un conflicto armado sin carácter internacional puede considerarse así el que se realiza con infracción de los párrafos 1 y 2 del artículo 13 de dicho protocolo. Asimismo, y considerando que los**

principios humanitarios ya citados se aplican igualmente a los conflictos armados internos, los ataques con utilización de métodos que no pueden discriminar adecuadamente el objetivo están igualmente prohibidos en ese tipo de conflictos. Es importante señalar que ciertos medios de ataque, como los cilindros de gas, son armas difíciles de dirigir y de pobre precisión, como lo ha señalado reiteradamente la Alta Comisionada.

Debe considerarse ataque indiscriminado a aquel que “afecta indistintamente a objetivos militares y a personas civiles o bienes de carácter civil. Se trata de ataques a) que no están dirigidos contra un objetivo militar determinado; b) en los cuales se emplean métodos o medios de combate que no pueden dirigirse contra un objetivo militar concreto; c) en los cuales se emplean métodos o medios de combate cuyos efectos no sea posible limitar [art. 51 del Protocolo I].”

Como los ataques señalados han provocado la muerte de personas civiles, ellos constituyen homicidios contra personas protegidas por el DIH. En este sentido, violan específicamente el artículo 3 común de los 4 Convenios de Ginebra, en su inciso 1 literal a) y el artículo 4.2) del Protocolo II. Estas disposiciones prohíben a los combatientes atentar contra la vida, la salud y la integridad física y mental de las personas que no participen directamente en las hostilidades o que han dejado de participar en ellas. Una y otra norma ampara, en primer término, a las personas civiles.<sup>45</sup>

La Defensoría del Pueblo señaló que las acciones militares realizadas por las FARC –entre las que se destaca la utilización de carros bomba– entre el primero de mayo de 2001 y el 30 de abril de 2002 en el departamento de Meta, “fueron indiscriminadas porque atacaron objetivos militares y bienes civiles haciendo caso omiso del principio de distinción u omitiendo las debidas precauciones para excluir a la población civil de los efectos de las hostilidades”.<sup>46</sup>

Igualmente, la utilización de minas antipersonal viola:

Oficina en Colombia del Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Derechos Humanos, Informe sobre la misión de observación en el Medio Atrato (Bojayá, 9 al 12 de mayo), Bogotá, 20 de mayo de 2002, pp. 18 y 19.

Defensoría del Pueblo, Resolución Defensorial Humanitaria No. 13 del 5 de julio de 2002, “Terrorismo en el Meta”, p. 16.

45

46

- El principio de distinción, ya que las partes en un conflicto armado deben distinguir en todas las circunstancias entre las personas civiles y los combatientes. Las minas antipersonal, una vez colocadas, no distinguen entre combatientes y no combatientes, por lo que normalmente en la práctica suponen un ataque indiscriminado contra la población civil.

- El principio de limitación, ya que las partes confrontadas no tienen derecho ilimitado en la utilización de los medios de combate. Los actores armados sólo pueden utilizar aquellos medios necesarios para neutralizar un objetivo.<sup>47</sup>

Dentro de los métodos prohibidos están la perfidia, el uso indebido de emblemas reconocidos o signos de nacionalidad, la negación del cuartel y los ataques a enemigos fuera de combate.<sup>48</sup>

#### 4 El derecho internacional humanitario y su aplicación en Colombia

El DIH se encuentra contenido principalmente en los cuatro Convenios de Ginebra de 1949, de los que son parte casi todos los Estados de la comunidad internacional. Estos Convenios se completaron con otros dos tratados: los Protocolos adicionales de 1977.

Los cuatro Convenios de Ginebra se adoptaron el 12 de agosto de 1949,<sup>49</sup> tras la Conferencia de Ginebra sobre protección a las víctimas de guerra, y se aplican a conflictos armados de carácter internacional:

- El primer Convenio es el relativo a la suerte de los heridos y enfermos en campaña:
  - Según su artículo 12, los miembros de las fuerzas armadas y otras personas definidas en el artículo 13, que estén heridas o enfermas, serán protegidas y respetadas en toda circunstancia; la misma obligación se establece en el artículo 19 para los establecimientos fijos y unidades móviles de carácter médico.
  - Igualmente, esta obligación existe para el personal médico dedicado exclusivamente a la búsqueda, recogida, transporte y tratamiento de los heridos y enfermos (artículo 24), y para los miembros de las sociedades nacionales

47 Manuel Díez de Velasco, *Instituciones de derecho internacional público*, Madrid, Editorial Tecnos, 1991, p. 788.

48 *Ibid.*

49 Entraron en vigor en Colombia el 8 de mayo de 1962, en virtud de la Ley 5 de 1960.

de la Cruz Roja y otros de las sociedades de socorro voluntario debidamente reconocidas por sus gobiernos (art. 26).

- El segundo Convenio es el concerniente a la situación de heridos, enfermos y náufragos de las fuerzas armadas en el mar, y presenta una protección similar a la anterior.
- El tercer Convenio es el relativo al trato de los prisioneros de guerra:
  - En él se proclama el principio de que los prisioneros de guerra están en manos de la potencia enemiga y no de los individuos o unidades militares que los hayan capturado (art. 12).
  - Deben ser tratados siempre de manera humanitaria (art. 13).
  - Tienen derecho en todas las circunstancias a ser tratados con respeto a su persona y honor, y las mujeres con la debida consideración a su sexo (art. 14).
- Finalmente, el cuarto Convenio sobre protección a las personas civiles en tiempo de guerra las ampara en dos situaciones: a) cuando se encuentren en territorio enemigo; y b) cuando se hallen en territorio ocupado por el ejército enemigo. La Convención no protege, sin embargo, a las personas civiles contra los efectos de las armas.

Los rasgos comunes a los cuatro Convenios de Ginebra, que tienen como objetivo darles una mayor eficacia, son los siguientes:

- 1. Su aplicación se realiza no solamente en caso de guerra declarada, sino también en el de cualquier conflicto armado entre las partes, incluso si el estado de guerra no ha sido reconocido por una de ellas (art. 2 común).**
- 2. Aplicación de reglas fundamentales de carácter mínimo a los conflictos armados que no tengan carácter internacional (art. 3 común a los cuatro Convenios);**
- 3. Carácter de *ius cogens* de sus disposiciones (arts. 6 y 7 del primer Convenio; 6 y 7 del segundo Convenio; 6 y 7 del tercer Convenio; 7, 51, 52, 131, 148 del cuarto Convenio), en el sentido de que los acuerdos concluidos entre las partes no pueden afectar de manera adversa a la condición de personas protegidas, y de que los derechos de éstas son irrenunciables.**

Doctrina  
José A. Pastor Ridruejo

**4. Mecanismos de control a través de la intervención de potencias protectoras que, con el encargo de salvaguardar los intereses de las partes contendientes, cooperan y concurren a la ejecución de los Convenios (art. 8 común y concordantes).<sup>50</sup>**

Los cuatro Convenios de Ginebra del 12 de agosto de 1949 supusieron un progreso considerable en relación con el derecho existente antes de la Segunda Guerra Mundial, aunque presentaban la laguna importante de no proteger a las víctimas de los conflictos armados contra el riesgo que mayor amenaza suponía: los efectos de las armas. Por este motivo, después de una cuidada preparación a cargo del CICR, el gobierno suizo convocó para 1974 la Conferencia de Ginebra sobre la reafirmación y el desarrollo del DIH. La Conferencia culminó sus labores con la adopción, el día 8 de junio de 1977, de dos Protocolos adicionales a las Convenciones de Ginebra de 1949:

- El primero, relativo a la *protección de las víctimas de los conflictos armados internacionales*.<sup>51</sup>
- El segundo, relativo a la *protección de las víctimas de los conflictos armados sin carácter internacional*.<sup>52</sup>

Hay, asimismo, otros instrumentos que prohíben el uso de ciertas armas y tácticas militares o que protegen a ciertas categorías de personas o de bienes. Estos son:

- La Convención de La Haya de 1954 para la protección de los bienes culturales en caso de conflicto armado.<sup>53</sup>
- La Convención de 1972 sobre armas bacteriológicas.<sup>54</sup>
- La Convención de 1980 sobre ciertas armas convencionales, y sus cuatro Protocolos.<sup>55</sup>
- La Convención de 1993 sobre armas químicas.<sup>56</sup>

50 José A. Pastor Ridruejo, *Curso de derecho internacional público y organizaciones internacionales*, sexta ed., Madrid, Ed. Tecnos, pp. 677-678.

51 Entró en vigor en Colombia el 1º de marzo de 1994 en virtud de la no improbación otorgada por la Comisión Especial Legislativa del 4 de septiembre de 1991.

52 Entró en vigor en Colombia el 15 de febrero de 1996, en virtud de la Ley 171 de 1994.

53 Entró en vigor en Colombia el 18 de septiembre de 1998, en virtud de la Ley 340 de 1996.

54 Entró en vigor en Colombia el 9 de diciembre de 1983, en virtud de la Ley 10 de 1980.

55 Entró en vigor en Colombia el 6 de septiembre de 2000, en virtud de la Ley 469 de 1998.

56 Entró en vigor en Colombia el 5 de mayo de 2000, en virtud de la Ley 525 de 1999.

- El Tratado de Ottawa de 1997 sobre las minas antipersonal.<sup>57</sup>
- El Protocolo facultativo de la Convención sobre los Derechos del Niño relativo a la participación de niños en los conflictos armados, de 25 de mayo de 2000.<sup>58</sup>

Además, hoy en día se aceptan muchas disposiciones del DIH como derecho consuetudinario, es decir, como normas generales aplicables a todos los Estados.

En relación con el DIH, la Corte Constitucional, en su sentencia C-225, por la que declaró la exequibilidad del Protocolo II adicional a los Convenios de Ginebra de 1949, señaló que:

**En síntesis, los principios del derecho internacional humanitario plasmados en los Convenios de Ginebra y en sus dos Protocolos, por el hecho de constituir un catálogo ético mínimo aplicable a situaciones de conflicto nacional o internacional, ampliamente aceptado por la comunidad internacional, hacen parte del *ius cogens* o derecho consuetudinario de los pueblos. En consecuencia, su fuerza vinculante proviene de la universal aceptación y reconocimiento que la comunidad internacional de Estados en su conjunto le ha dado al adherir a esa axiología y al considerar que no admite norma o práctica en contrario. No de su eventual codificación como normas de derecho internacional, como se analizará con algún detalle más adelante. De ahí que su respeto sea independiente de la ratificación o adhesión que hayan prestado o dejado de prestar los Estados a los instrumentos internacionales que recogen dichos principios.**

**El derecho internacional humanitario es, ante todo, un catálogo axiológico cuya validez absoluta y universal no depende de su consagración en el ordenamiento positivo (...)**<sup>\*59</sup>

En materia de DIH, en Colombia se aplica actualmente el artículo 3 común a los Convenios de Ginebra de 1949 (cuyas disposiciones representan un mínimo de cumplimiento obligatorio), el Protocolo II a los anteriores Convenios

Jurisprudencia  
Corte Constitucional

Entró en vigor en Colombia el 1° de marzo de 2001, en virtud de la Ley 454 de 2000.	57
Aprobado mediante la Ley 833 de 2003.	58
Corte Constitucional, sentencia C-574 de 1992, M. P. Ciro Angarita Barón.	*
Corte Constitucional, sentencia C-225 de 1995, M. P. Alejandro Martínez Caballero.	59

que, como se señaló, trata sobre la protección de las víctimas en conflictos armados sin carácter internacional (que desarrolla el contenido y alcance del art. 3 común), y otras reglas consuetudinarias y principios que rigen en los conflictos armados internos.<sup>60</sup>

Respecto a la aplicación del DIH en Colombia, la Corte Constitucional indicó que estas normas son de cumplimiento imperativo sobre la base del artículo 214.2 de la Constitución, que consagra que las normas humanitarias se incorporan automáticamente en el derecho interno:

**10- En el caso colombiano, estas normas humanitarias tienen además especial imperatividad, por cuanto el artículo 214 numeral 2° de la Constitución dispone que “en todo caso se respetarán las reglas del derecho internacional humanitario”. Esto significa que, como ya lo señaló esta Corporación, en Colombia no sólo el derecho internacional humanitario es válido en todo tiempo sino que, además, opera una incorporación automática del mismo “al ordenamiento interno nacional, lo cual, por lo demás, es lo congruente con el carácter imperativo que, según ya fue explicado, caracteriza a los principios axiológicos que hacen que este cuerpo normativo integre el *ius cogens*.”<sup>\* 61</sup>**

Además, los tratados sobre derechos humanos y DIH prevalecen sobre el derecho interno, tal y como lo establecen los artículos 93 y 214.2 de la Constitución Política de Colombia (CP), que forman parte del bloque de constitucionalidad. Como consecuencia de lo anterior, las normas de inferior jerarquía del ordenamiento jurídico colombiano deben adaptarse a las normas del DIH:

**(...) la Corte Constitucional coincide con la Vista Fiscal en que el único sentido razonable que se puede conferir a la noción de prevalencia de los tratados de derechos humanos y de derecho internacional humanitario (CP, arts. 93 y 214 numeral 2°) es que éstos forman con el resto del texto constitucional un “bloque de constitucionalidad”, cuyo respeto se impone a la ley. En efecto, de esa manera se armoniza plenamente el principio de supremacía de la Constitución, como norma de normas**

Jurisprudencia  
Corte Constitucional

Jurisprudencia  
Corte Constitucional

60 CIDH, Tercer Informe sobre la situación de los derechos humanos en Colombia. Capítulo IV, “Violencia y violación del derecho internacional de los derechos humanos y el derecho humanitario”, doc. OEA/Sec. L/V/II. 102 Doc. 9, rev. 1, del 26 de febrero de 1999, párr. 20.

\* Corte Constitucional, sentencia C-574 de 1992, M. P. Ciro Angarita Barón.

61 Corte Constitucional, sentencia C-225 de 1995, M. P. Alejandro Martínez Caballero.

(CP, art. 4°), con la prevalencia de los tratados ratificados por Colombia, que reconocen los derechos humanos y prohíben su limitación en los estados de excepción (CP, art. 93).

Como es obvio, 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.<sup>62</sup>

El DIH se aplica, según el criterio expresado por la Corte Constitucional en esta sentencia, a los miembros de la Fuerza Pública y de los grupos armados irregulares, como destinatarios naturales de estas normas, al igual que a todos los habitantes del territorio colombiano, sobre la base de que sus normas forman parte del *ius cogens* internacional y del ordenamiento jurídico nacional:

(...) No es pues legítimo que un actor armado irregular, o una fuerza armada estatal, consideren que no tienen que respetar en conflicto armado las normas mínimas de humanidad, por no haber suscrito estos actores los convenios internacionales, puesto que la fuerza normativa del derecho internacional humanitario deriva de la universal aceptación de sus contenidos normativos por los pueblos civilizados y de la evidencia de los valores de humanidad que estos instrumentos internacionales recogen. Todos los actores armados, estatales o no estatales, están entonces obligados a respetar estas normas que consagran aquellos principios mínimos de humanidad que no pueden ser derogados ni siquiera en las peores situaciones de conflicto armado.

(...)

Por consiguiente, tanto los integrantes de los grupos armados irregulares como todos los funcionarios del Estado, y en especial todos los miembros de la Fuerza Pública quienes son destinatarios naturales de las normas humanitarias, están obligados a respetar, en todo tiempo y en todo lugar, las reglas del derecho internacional humanitario, por cuanto no sólo éstas son normas imperativas de derecho internacional (*ius cogens*) sino, además, porque ellas son reglas obligatorias per se en

Jurisprudencia  
Corte Constitucional

el ordenamiento jurídico y deben ser acatadas por todos los habitantes del territorio colombiano. Y no podía ser de otra manera, pues las normas de derecho internacional humanitario preservan aquel núcleo intangible y evidente de los derechos humanos que no puede ser en manera alguna desconocido, ni siquiera en las peores situaciones de conflicto armado. Ellos encarnan aquellas “consideraciones elementales de humanidad”, a las cuales se refirió la Corte Internacional de Justicia, en su sentencia de 1949 sobre el estrecho de Corfú. No se puede entonces excusar, ni ante la comunidad internacional, ni ante el ordenamiento jurídico colombiano, la comisión de conductas que vulneran claramente la conciencia misma de la humanidad, como los homicidios arbitrarios, las torturas, los tratos crueles, las tomas de rehenes, las desapariciones forzadas, los juicios sin garantías o la imposición de penas *ex-post facto*.<sup>63</sup>

Respecto al ámbito de *aplicación material* del Protocolo II, la Corte Constitucional concluyó que, sobre la base del artículo 214.2 de la CP, el DIH (incluyendo el Protocolo II) se aplica en todo tiempo y lugar en Colombia, sin necesidad de analizar si el enfrentamiento cumple o no con los requisitos establecidos en el párrafo 1 del artículo 1 *del Protocolo II*:

**25-** El artículo 1° regula el ámbito de aplicación material del Protocolo II, y establece unos requisitos “*ratione situationis*” más estrictos que el artículo 3° común a los Convenios de Ginebra 1949. En efecto, mientras que el artículo 3° común regula todo conflicto armado interno que desborde el marco de los disturbios interiores o las tensiones internas, el Protocolo II exige que los grupos irregulares tengan un mando responsable y un control territorial tal que les permita realizar operaciones militares concertadas y sostenidas, y aplicar las normas humanitarias.

Estas exigencias del artículo 1° podrían dar lugar a largas disquisiciones jurídicas y empíricas destinadas a establecer si el Protocolo II es aplicable o no en el caso colombiano. La Corte considera que esas discusiones pueden ser relevantes a nivel de los compromisos internacionales del Estado colombiano. Sin embargo, frente al derecho constitucional colombiano, la Corte concluye que tal discusión no es necesaria pues,

tal como lo señala el concepto del Ministerio Público, los requisitos de aplicabilidad del artículo 1° son exigencias máximas que pueden ser renunciadas por los Estados, ya que el Protocolo II es un desarrollo y complemento del artículo 3° común a los Convenios de Ginebra de 1949. Ahora bien, la Constitución colombiana establece claramente que en todo caso se respetarán las reglas del derecho internacional humanitario (CP, art. 214 numeral 2°). Esto significa entonces que, conforme al mandato constitucional, el derecho internacional humanitario, incluyendo obviamente el Protocolo II, se aplica en Colombia en todo caso, sin que sea necesario estudiar si el enfrentamiento alcanza los niveles de intensidad exigidos por el artículo 1° estudiado.<sup>64</sup>

Respecto al párrafo 2 del artículo 1 del Protocolo II, el cual indica que: “El presente Protocolo no se aplicará a las situaciones de tensiones internas y de disturbios interiores, tales como los motines, los actos esporádicos y aislados de violencia y otros actos análogos, que no son conflictos armados”, la Corte Constitucional señaló que, dado que el artículo 214.2 de la CP dispone que “en todo caso se respetarán las reglas del derecho internacional humanitario”, la restricción señalada en el Protocolo II no se aplica a Colombia. Por tanto, según el criterio de la Corte, frente a situaciones de violencia que no adquieran una connotación bélica o las características de un conflicto armado, se aplican igualmente las exigencias de tratamiento humanitario que se derivan del DIH:

**En ese mismo orden de ideas, el ordinal segundo de este artículo señala que el Protocolo II no se aplica “a las situaciones de tensiones internas y de disturbios interiores, tales como los motines, los actos esporádicos y aislados de violencia y otros actos análogos, que no son conflictos armados”. La Corte considera que éste también es un requisito de aplicabilidad en relación con los compromisos internacionales del Estado colombiano pero que, frente al derecho constitucional colombiano, prima la perentoria regla del artículo 214 ordinal 2°. Por consiguiente, frente a situaciones de violencia que no adquieran connotación bélica o las características de un conflicto armado, las exigencias de tratamiento humanitario derivadas del derecho internacional humanitario de todas formas se mantienen. Las normas humanitarias tienen así una proyección material para tales casos, pues pueden también servir**

Jurisprudencia  
Corte Constitucional

de modelo para la regulación de las situaciones de disturbios internos. Esto significa que, en el plano interno, la obligatoriedad de las reglas del derecho humanitario es permanente y constante, pues estas normas no están reservadas para guerras internacionales o guerras civiles declaradas. Los principios humanitarios deben ser respetados no sólo durante los estados de excepción sino también en todas aquellas situaciones en las cuales su aplicación sea necesaria para proteger la dignidad de la persona humana.<sup>65</sup>

Conviene tener presente que, a pesar de que en Colombia se puedan aplicar los principios del DIH en situaciones de tensiones internas y de disturbios interiores, en estos casos, igualmente, se aplicará la normativa correspondiente del derecho internacional de los derechos humanos, relativa a los estados de emergencia o de conmoción interior.

En relación con el alcance del Protocolo II, la Corte Constitucional señaló:

**El preámbulo incluye también lo que la doctrina internacional ha conocido como la Cláusula de Martens, esto es, el principio según el cual “en los casos no previstos por el derecho vigente, la persona humana queda bajo la salvaguardia de los principios de la humanidad y de las exigencias de la conciencia pública”.**

Esta cláusula indica que el Protocolo II no debe ser interpretado de manera aislada sino que debe ser constantemente relacionado con el conjunto de principios humanitarios, puesto que este tratado es simplemente un desarrollo y una concreción de tales principios a los conflictos armados no internacionales. Por consiguiente, la Corte Constitucional considera que la ausencia de una determinada regla específica en el Protocolo II relativa a la protección a la población civil o a la conducción de las hostilidades no significa, en manera alguna, que el Protocolo esté autorizando tales conductas a las partes enfrentadas. En efecto, las normas de otros convenios de derecho internacional humanitario que sean compatibles con la naturaleza de los conflictos no internacionales se deben, en general, considerar aplicables a los mismos, incluso si ellas no aparecen en el Protocolo II, expresión convencional de principios de *ius cogens* que se entienden automáticamente incorporados al derecho interno colombiano, según lo determinó esta Corporación en anteriores decisiones.

65

Ibíd.

Así, ninguna de las normas convencionales de derecho internacional humanitario expresamente aplicables a los conflictos internos –a saber, el artículo 3 común y este protocolo bajo revisión– regula en detalle los medios legítimos de combate y la forma de conducción de las hostilidades. Sin embargo, la doctrina internacional considera que estas reglas, provenientes del derecho de la guerra, son aplicables a los conflictos armados internos, puesto que esa es la única forma de verdaderamente proteger a las eventuales víctimas de tales conflagraciones.<sup>66</sup>

## 5. El artículo 3 común a los Convenios de Ginebra<sup>67</sup>

Dice el artículo 3 común a los cuatro Convenios de Ginebra:

**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;**

Artículo 3 Común  
Convenio de Ginebra

Ibid., párrs. 22 y 23.

66

Este apartado resume y reproduce literalmente algunas frases del libro: *Comentario del Protocolo del 8 de junio de 1977 adicional a los Convenios de Ginebra del 12 de agosto de 1949 relativo a la protección de las víctimas de los conflictos armados sin carácter internacional (Protocolo II) y del artículo 3 de estos convenios*, ob. cit., pp. 338 a 349.

67

d) las condenas dictadas y las ejecuciones sin previo juicio ante un tribunal legítimamente constituido, con las 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.**

De manera general se puede afirmar que los conflictos a los que se refiere el artículo 3 (conflicto armado que no sea de índole internacional) son conflictos que presentan muchos de los aspectos de una guerra internacional (caracterizados por hostilidades en las que se enfrentan dos fuerzas armadas), pero que se libran en territorio de un mismo Estado. En muchos casos, cada una de las partes está en posesión de una porción del territorio nacional y, a menudo, existe alguna forma de frente.

La referencia a “cada una de las Partes en conflicto” en el primer párrafo del artículo 3 como destinatarias de las obligaciones que se señalan a continuación, marca toda la evolución que el derecho internacional ha experimentado en algunos años. Hasta hace poco se consideraba jurídicamente irrealizable la idea de obligar mediante un Convenio internacional a una parte no signataria y, lo que es más, a una parte aún no existente, de la que ni siquiera se exige que represente a una entidad jurídica capaz de comprometerse internacionalmente.

Es importante señalar que el artículo 3 común establece expresamente que la aplicación de las disposiciones que contiene no tendrá efecto sobre el estatuto jurídico de las partes en conflicto, ya que tanto el artículo 3 común, como el Protocolo II tienen una finalidad exclusivamente humanitaria y pretenden asegurar a los individuos unas garantías fundamentales en todas las circunstancias. Su puesta en práctica no constituye, pues, un reconocimiento, ni siquiera implícito, de beligerancia y no modifica la índole jurídica de las relaciones existentes entre las partes que se enfrentan.

El artículo 3, en su párrafo primero, puntualiza de forma expresa que las disposiciones aplicables representan un mínimo obligatorio, garantizando la aplicación de normas humanitarias reconocidas como esenciales por los pueblos civilizados y dando una base legal a las intervenciones caritativas del Comité Internacional de la Cruz Roja o de cualquier otro organismo humanitario imparcial que, en el pasado, habían sido muy a menudo rehusadas como una injerencia inamistosa en los asuntos internos de un Estado.

Otro mérito del texto es el de ser aplicable automáticamente, sin condición de reciprocidad. Su observancia no está subordinada a deliberaciones preliminares sobre la índole del conflicto o de las disposiciones particulares que han de respetarse.

### 5.1. Ámbito de aplicación personal

Respecto al ámbito de aplicación personal del artículo 3 común, según su inciso primero, las disposiciones del mismo se aplicarán a *las personas que no participen directamente en las hostilidades, incluidos*:

1. Los miembros de las fuerzas armadas que hayan depuesto las armas;
2. Las personas puestas fuera de combate por enfermedad, herida, detención o por cualquier otra causa.

Como consecuencia, este artículo tiene un ámbito de aplicación sumamente amplio que abarca tanto a los miembros de las fuerzas armadas como a las personas que no toman parte en las hostilidades. Sin embargo, a quienes se aplica este artículo es ante todo a las personas civiles, es decir, a quienes no llevan armas, ya que para los miembros de las fuerzas armadas se invocará principalmente el artículo 4 del III Convenio.

Todas las personas a las que se refiere el párrafo 1 del artículo 3 tienen derecho a un trato humano, sin distinción alguna de índole desfavorable. Los criterios que podrían emplearse para tratar de manera desfavorable a una u otra categoría de personas vienen enumerados (raza, color, religión, creencias, sexo, nacimiento, fortuna o cualquier otro criterio análogo), en recuerdo de las atrocidades perpetradas durante el último conflicto mundial.

## 5.2. Trato humano

“Las personas (...), serán, en todas las circunstancias tratadas con humanidad, (...)”. Si bien el artículo 3 común establece que las personas enumeradas deben ser “tratadas con humanidad”, no define en qué consiste este tratamiento. No obstante, enumera qué se considera incompatible con este trato, al enunciar cuatro prohibiciones absolutas. La fórmula no puede ser más clara: “A este respecto, *se prohíben, en cualquier tiempo y lugar (...)*”.

**Las letras a) (los atentados contra la vida y la integridad corporal...) y c) (los atentados contra la dignidad personal,...) conciernen a los actos – cometidos frecuentemente durante la II Guerra Mundial– que repugnan de una manera más particular a la conciencia universal. ¿Es completa la enumeración de estos actos? Se pensó por un momento, en el transcurso de los debates, en agregar a ella, en particular, los “experimentos” biológicos, de siniestro recuerdo, practicados con detenidos en campos de concentración. Se renunció a ello, y con razón. Los experimentos biológicos forman parte de los actos englobados en la letra a). Además, siempre es peligroso, sobre todo en este ámbito, querer puntualizar demasiado, ya que cuanto más precisa y completa pretenda ser una enumeración, tanto más adquiere un carácter restrictivo. La fórmula aprobada es a la vez más flexible y precisa. Lo mismo sucede con la letra c).<sup>68</sup>**

En cuanto a las letras b) –toma de rehenes– y d) –condenas y ejecuciones sin juicio legítimo–, su objetivo es prohibir prácticas bastante generales en tiempo de guerra, que por corrientes que hayan sido hasta un pasado muy reciente, no dejan de repugnar a los espíritus civilizados. La toma de rehenes es contraria al sentido actual de la justicia, por cuanto se basa en la responsabilidad penal colectiva y afecta a personas inocentes del crimen que se pretende prevenir o castigar. La justicia sumaria añade más víctimas inocentes a todas las demás víctimas inocentes que causa el conflicto.

## 5.3. Asistencia a los heridos y enfermos

El artículo 3 reafirma en su segundo párrafo el principio de asistencia a los heridos y enfermos. Se trata de un imperativo que no admite restricciones, ni siquiera interpretaciones.

68 *Ibíd.*, párr. 341.

#### 5.4. El derecho de iniciativa humanitaria

El segundo apartado del artículo 3 común señala que cualquier organismo, incluso cualquier individuo, puede en cualquier momento “ofrecer sus servicios” a las partes en conflicto. De hecho, el Comité Internacional de la Cruz Roja ha ofrecido sus buenos oficios humanitarios en numerosos conflictos de carácter interno, cuando lo juzgó útil en interés de las víctimas de las hostilidades. Las partes en conflicto pueden, sin duda, declinar tal ofrecimiento si no necesitan esos servicios. Pero ya no podrán ver el ofrecimiento como un acto inamistoso, ni intentar reprochar al autor del ofrecimiento que intente socorrer a las víctimas del conflicto.

**Para que los ofrecimientos de servicio sean legítimos, y puedan ser aceptados, deben emanar de un organismo humanitario e imparcial. Y es necesario que los servicios ofrecidos y prestados tengan ese mismo carácter de humanidad e imparcialidad (...).<sup>69</sup>**

Comentario del  
Artículo 3 Común  
Comité Internacional de  
la Cruz Roja

#### 5.5. Acuerdos especiales

En un conflicto armado de carácter no internacional, las Partes en conflicto pueden comprometerse entre sí para aplicar otras disposiciones del derecho internacional humanitario. Estos acuerdos no pueden en ningún caso, contener cláusulas destinadas a disminuir o desconocer las normas imperativas del derecho internacional.

Aunque las partes, cada una por lo que le atañe, no tienen, en principio y dependiendo de las circunstancias, el deber de observar unilateralmente otra norma que el artículo 3, están obligadas a procurar una aplicación más amplia, mediante un acuerdo bilateral.

### 6. El Protocolo II adicional a los Convenios de Ginebra

El Protocolo II adicional a los Convenios de Ginebra se refiere a los conflictos armados que no tengan carácter internacional, y fue adoptado para desarrollar y complementar el artículo 3 común de las Convenciones de 1949, que contenía ciertas disposiciones mínimas aplicables a aquella categoría de conflictos, explicadas anteriormente.

Ibíd., p. 345.

69

El Protocolo está conformado por cinco Títulos relativos a:

- Título I. Ámbito del presente Protocolo
- Título II. Trato humano
- Título III. Heridos, enfermos y náufragos
- Título IV. Población civil
- Título V. Disposiciones finales

### 6.1. Ámbito de aplicación material (Título I)

Tal y como se señaló en el apartado 2 de este capítulo, el ámbito de aplicación material del Protocolo II viene definido en su artículo 1. Sin embargo, en Colombia, la Corte Constitucional señaló en su sentencia C-225 de 1995 que, sobre la base del artículo 214.2 de la CP, el DIH (incluyendo el Protocolo II),<sup>70</sup> se aplica en todo tiempo y lugar, sin necesidad de analizar si el enfrentamiento cumple o no con los requisitos establecidos en el párrafo 1 del artículo 1 del Protocolo II. Igualmente, la Corte señaló que las exigencias de tratamiento humanitario que se derivan del DIH se aplican frente a situaciones de violencia que no adquieran una connotación bélica o las características de un conflicto armado, a pesar de la restricción establecida en el párrafo 2 del artículo 1 de dicho Protocolo.

### 6.2. Ámbito de aplicación personal

Cabe destacar que el Protocolo II contempla la aplicación de sus disposiciones a “todas las personas afectadas por un conflicto armado(...)”, sin ninguna distinción de carácter desfavorable (art. 2.1), lo cual supone una ampliación del criterio establecido en el artículo 3 común que, como se señaló en el apartado 3 de este capítulo se aplica a “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”.

70

Sin embargo, para un análisis de esos requisitos de aplicación material en Colombia véase Alejandro Valencia Villa, *Derecho humanitario para Colombia*, Defensoría del Pueblo, Bogotá, 1994, pp. 122 y ss.

Se consideran personas “afectadas por un conflicto armado”.<sup>71</sup>

1. Las que no toman (o ya no toman) parte en las hostilidades;
2. las que cumplen ciertas reglas de comportamiento con el adversario y la población civil, en el sentido del Protocolo.

En definitiva, el Protocolo II se aplica a todas las personas en conflicto que residen en el país, cualquiera que sea su nacionalidad, incluidos los refugiados y los apátridas,<sup>72</sup> y en el lugar donde se encuentren dentro del territorio del Estado en conflicto, ya que su aplicabilidad depende de un criterio personal y no geográfico.

### 6.3. Trato humano (Título II)

El Título II del Protocolo II tiene por objeto proteger a las personas que: 1) no participen directamente en las hostilidades, o 2) hayan dejado de participar en ellas, estén o no privadas de la libertad, contra los abusos de poder y los tratos crueles e inhumanos que pudieran infligirles las autoridades militares o civiles en cuyo poder estén, en el entendido de que estas autoridades pueden ser “legales” o “de hecho”.<sup>73</sup>

En definitiva, las disposiciones contenidas en los artículos de este título desarrollan y completan el artículo 3 común, y se refieren a: 1) garantías fundamentales de un trato humano (art. 4); 2) condiciones mínimas de detención (art. 5) y 3) garantías judiciales (art. 6).<sup>74</sup>

Las garantías fundamentales contenidas en este título constituyen el nivel mínimo de protección al que puede aspirar toda persona en todo tiempo, y constituyen la base de los derechos humanos.<sup>75</sup> En definitiva, este título contiene todos los derechos que no pueden ser objeto de suspensión según el artículo 4, párrafo I del PIDCP incluso en “situaciones excepcionales que pongan en peligro la vida de la nación”.

CICR, <i>Comentario del Protocolo del 8 de junio de 1977 adicional a los Convenios de Ginebra del 12 de agosto de 1949</i> ,	71
ob. cit., párr. 4485.	
Ibíd., párr. 4489.	72
Ibíd., párr. 4507.	73
Ibíd., párr. 4508.	74
Ibíd., párr. 4510.	75

El artículo 6 contiene una serie de garantías judiciales, que a priori podrían considerarse no incluidas dentro de estos derechos inderogables como: 1) el derecho a la presunción de inocencia (apartado d); 2) el derecho a hallarse presente en el proceso (apartado e); y 3) el derecho a no declararse culpable (apartado f). En este punto el Comité de Derechos Humanos señaló, respecto a la interpretación y el alcance del artículo 4 del PIDCP, que:

**(...) Como ciertos elementos del derecho a un juicio imparcial están explícitamente garantizados por el derecho humanitario internacional en tiempo de conflicto armado, el Comité no encuentra ninguna justificación para suspender dichas garantías durante cualquier otra situación de excepción. A juicio del Comité, dichos principios y la disposición sobre recursos efectivos exigen que los principios fundamentales del derecho a un juicio imparcial se respeten durante un estado de excepción. Sólo un tribunal de derecho puede enjuiciar y condenar a una persona por un delito, y se debe respetar la presunción de inocencia. Con el objeto de proteger los derechos que no pueden ser objeto de suspensión, se sigue de este mismo principio que el derecho de acceso a los tribunales, para que éstos decidan sin demora sobre la legalidad de cualquier clase de detención, no debe ser afectado por la decisión del Estado Parte de suspender ciertas garantías del Pacto.<sup>76</sup>**

#### 6.4. Heridos, enfermos y náufragos (Título III)

El Título III del Protocolo II tiene por objeto desarrollar el principio fundamental de respeto y de protección de los heridos y de los enfermos, que figura en el artículo 3 común de los Convenios: “Los heridos y los enfermos serán recogidos y asistidos”. En este sentido, el artículo 7 del Protocolo II reafirma y desarrolla esta norma fundamental y constituye la clave de todo el Título, ya que los derechos y las obligaciones enunciados en los artículos 8 a 12 se derivan del principio de inmunidad de los heridos, enfermos y náufragos, enunciado en el artículo 7.

En definitiva, el Título III completa el Título II (Trato humano), ya que el derecho que tienen los heridos, enfermos o náufragos a recibir asistencia es una garantía fundamental de trato humano en una situación específica.<sup>77</sup>

76  
77

Comité de Derechos Humanos, Observación General No. 29, “Estados de emergencia”, párr. 16.  
CICR, *Comentario del Protocolo del 8 de junio de 1977 adicional a los Convenios de Ginebra del 12 de agosto de 1949*, ob. cit., párr. 4632.

Dado que el artículo 3 común no se refiere a la protección del personal sanitario y religioso militar, y de algunos miembros del personal sanitario civil, protección expresamente consagrada en los Convenios de Ginebra respecto a los conflictos de carácter internacional, el artículo 9 del Protocolo II llena esta laguna a fin de reforzar esta protección que se realizaba en la práctica y de mejorar los medios de salvaguardar a los heridos y a los enfermos. En este sentido, se enuncia el principio del respeto y de la protección del personal sanitario y religioso, garantizados por llevar el signo distintivo, tal y como se estipula en el artículo 12. Conviene precisar que “el respeto y la protección” implican que el personal que se beneficia de ello se abstenga de todo acto de hostilidad y no sea él mismo objeto de ataques.

El signo sólo puede utilizarse para proteger a las personas y los bienes mencionados en el artículo 12, es decir, al personal sanitario y religioso, y a las unidades y los medios de transporte sanitarios. Cualquier otro uso es un abuso y, por consiguiente, está prohibido (véase el numeral 8.9 de este capítulo).

### **6.5. Protección de la población civil (Título IV)**

El Título IV del Protocolo II tiene por objeto desarrollar la protección jurídica de la que debe beneficiarse la población civil. Su base se encuentra en los grandes principios del derecho de la guerra (o derecho de La Haya), ya que en un conflicto armado el objetivo es debilitar el potencial militar del adversario para conseguir una ventaja decisiva, pero respetando la vida de las personas civiles que no participen en las hostilidades. Se trata, en definitiva, de una confirmación del derecho convencional y consuetudinario a este respecto.

En lo que concierne a las situaciones de conflicto armado no internacional, el derecho de Ginebra no contenía más que la protección que otorga el artículo 3 común a la población civil cuando establece que: “Las personas que no participen directamente en las hostilidades [...] serán, en todas las circunstancias, tratadas con humanidad”.

A pesar de la brevedad de este Título (sobre todo en comparación con el Protocolo I), refuerza significativamente la protección de la población civil por el carácter fundamental de las normas que se enuncian en él.

El artículo 13 (Protección de la población civil) ratifica, en primer lugar, el principio general de la protección, es decir, la inmunidad jurídica de la población, lo que implica la prohibición absoluta de ciertos métodos de combate: los ataques directos contra la población civil y los actos de terror (art. 13, Protección de la población civil, párrafo 2), hacer padecer hambre (art. 14, Protección de los bienes indis-

pensables para la supervivencia de la población civil) y los desplazamientos forzados (art. 17, Prohibición de los desplazamientos forzados). Los bienes de carácter civil no son objeto de una protección general, pero algunos de ellos están protegidos a causa de su naturaleza y de su función, con el fin de garantizar la salvaguardia de la población civil. Se trata de los bienes indispensables para la supervivencia (art. 14, Protección de los bienes indispensables para la supervivencia de la población civil), de las obras e instalaciones que contengan fuerzas peligrosas (art. 15, Protección de las obras e instalaciones que contienen fuerzas peligrosas) y de los bienes culturales y lugares de culto (art. 16, Protección de los bienes culturales y de los lugares de culto). En fin, el artículo 18 (Sociedades de socorro y acciones de socorro) prevé la organización de acciones de socorro en el plano nacional (párrafo 1) e internacional (párrafo 2).

## 7. Legitimación activa en materia de infracciones al derecho internacional humanitario

A diferencia de las violaciones de los derechos humanos que solamente son imputables al Estado, como única entidad que puede ratificar tratados internacionales y que compromete su responsabilidad internacional cuando incumple las obligaciones asumidas en los mismos, las infracciones al DIH pueden ser cometidas por cualquiera de las partes que actúen en el marco de un conflicto armado (internacional o no internacional).

En este sentido, la referencia a “cada una de las Partes en conflicto” en el primer párrafo del artículo 3 común a los Convenios de Ginebra, como destinatarias de las obligaciones que se señalan a continuación (y que son desarrolladas en el Protocolo II), marca la evolución que el derecho internacional ha experimentado en los últimos años, ya que hasta hace poco tiempo se consideraba jurídicamente irrealizable la idea de obligar, mediante un convenio internacional, a una parte no signataria y, lo que es más, a una parte que no puede comprometerse internacionalmente. La aplicación del artículo 3 Común y del Protocolo II no constituye un reconocimiento de beligerancia y no tiene ningún efecto sobre el estatuto jurídico de las partes en conflicto.

En Colombia, las infracciones al DIH, tanto por acción como por omisión, pueden imputarse a la guerrilla, a los paramilitares y a las Fuerzas Armadas.<sup>78</sup> En este sentido, conviene señalar que las infracciones al DIH por parte de las

Fuerzas Armadas constituyen a la vez violaciones de los derechos humanos y comprometen la responsabilidad internacional del Estado.

## 8 Infracciones al derecho internacional humanitario

Dado el carácter interno del conflicto armado en Colombia, el DIH aplicable en este país se encuentra conformado por el artículo 3 común a los Convenios de Ginebra de 1949 y el Protocolo II adicional a estos Convenios, relativo a conflictos armados no internacionales. Además, y tal y como señaló la Corte Constitucional: “(...), las normas de otros convenios de derecho internacional humanitario que sean compatibles con la naturaleza de los conflictos no internacionales se deben, en general, considerar aplicables a los mismos, incluso si ellas no aparecen en el Protocolo II (...)”<sup>79</sup>

Igualmente, para determinar si existió una infracción al DIH deben tenerse en cuenta las normas derivadas del derecho consuetudinario internacional aplicables a los conflictos armados (internacionales o internos), conocidas como: a) los principios de distinción, limitación y proporcionalidad; b) el principio de inmunidad de la población civil; c) el principio de protección de enfermos, heridos y personas puestas fuera de combate; d) el principio de protección de bienes civiles; e) el principio de protección del personal médico, sanitario y religioso, y f) la prohibición del uso de determinadas armas o la restricción de su empleo. Estos principios, según la Corte Constitucional, son la expresión convencional de “principios de *ius cogens* que se entienden automáticamente incorporados al derecho interno colombiano,(...)”<sup>80</sup>

Dada la complejidad del DIH, y para una mejor sistematización y comprensión de sus infracciones, en este Manual se han clasificado en las siguientes categorías:

- Infracciones relacionadas con los derechos de las personas que no participan directamente en las hostilidades.
- Infracciones relacionadas con los derechos de las personas privadas de libertad.
- Infracciones relacionadas con el debido proceso legal.
- Infracciones relacionadas con el deber de protección y asistencia a heridos, enfermos y náufragos.

Ibíd. 79

Ibíd. 80

- Infracciones relacionadas con el deber de protección del personal sanitario y religioso.
- Infracciones relacionadas con el deber de protección de unidades y medios de transporte sanitario.
- Infracciones relacionadas con el deber de respeto y uso debido del signo del Comité Internacional de la Cruz Roja (CICR).
- Infracciones con el deber de protección de los bienes civiles.

### **8.1. Infracciones relacionadas con los derechos de las personas que no participan directamente de las hostilidades**

Según el artículo 3 común a los Convenios de Ginebra, y el artículo 4 del Protocolo Adicional II, las infracciones al DIH contra las “personas que no participan directamente en las hostilidades”, son:

- Atentados contra la vida.
- Tortura.
- Tratos o penas crueles, inhumanos o degradantes.
- Toma de rehenes.
- Castigos colectivos.
- Actos de terrorismo.
- Esclavitud y trata de esclavos.
- Pillaje.
- Amenazas.
- Infracciones contra los derechos de los niños.

Igualmente, constituyen infracciones de los derechos de “las personas que no participan en las hostilidades”:

- Las infracciones de los derechos de las personas privadas de libertad (art. 5 del Protocolo II).
- Las infracciones al debido proceso legal (art. 6 del Protocolo II).
- Los desplazamientos forzados de la población civil (art. 17 del Protocolo II).

#### **8.1.1. Atentados contra la vida**

Tanto el artículo 3 común como el inciso (a) del artículo 4.2 del Protocolo II prohíben: “los atentados contra la vida, especialmente el homicidio en todas

sus formas”, de todas las personas que no participen directamente en las hostilidades, incluidos los miembros de las fuerzas armadas que hayan depuesto las armas y los que hayan quedado fuera de combate por enfermedad, heridas, detención o por cualquier otra causa.

En el mismo sentido, el Estatuto de la Corte Penal Internacional considera que son crímenes de guerra, en relación con los conflictos armados no internacionales, las violaciones graves del artículo 3 común a los cuatro Convenios de Ginebra y, concretamente: “los *actos de violencia contra la vida, en particular el homicidio en todas sus formas*” (art. 8.2. (c) (i)).

Además, el párrafo 1º del artículo 4 del Protocolo II indica que “queda prohibido ordenar que no haya supervivientes”. Esta previsión, conocida como “la norma del cuartel”, es una de las reglas básicas de comportamiento de los combatientes, inspirada en el derecho de La Haya, y tiene por objeto proteger al combatiente cuando cae en poder del adversario, prohibiendo quitarle la vida si se rinde o si es capturado, y decidir su exterminio. Esta prohibición condiciona la aplicación de todas las normas de protección establecidas en el Protocolo II, puesto que las garantías de un trato humano, la asistencia que debe prestarse a los heridos y enfermos, así como las garantías judiciales, serían letra muerta si la lucha se condujera en función de órdenes de exterminación.<sup>81</sup> Esta misma regla se encuentra contemplada en el artículo 40 del Protocolo I y en el artículo 8.e.x del Estatuto de la Corte Penal Internacional, en relación con conflictos armados no internacionales.

En el ámbito del DIDH, el derecho a la vida es inderogable conforme a los artículos 4 del PIDCP y 27 de la Convención Americana, en situaciones excepcionales que pongan en peligro la vida de la nación (por ejemplo: conflictos armados no internacionales). En este sentido, existe equivalencia entre el DIDH y el DIH en cuanto a los derechos inderogables en cualquier situación, como el derecho a la vida y el derecho a no ser sometido a tortura o a tratos crueles, inhumanos o degradantes. Al respecto, la Corte Interamericana declaró en el caso *Bámaca Velázquez contra Guatemala*:

**La Corte ha considerado demostrado que, al momento de los hechos del presente caso, se desarrollaba en Guatemala un conflicto interno. Como ya se ha afirmado este hecho, en vez de exonerar al Estado de sus obligaciones de respetar y garantizar los derechos de las personas, lo obligaban a actuar en manera concordante con dichas obligaciones.**

Jurisprudencia  
Corte Interamericana  
de Derechos Humanos

CICR, *Comentario del Protocolo adicional a los Convenios de Ginebra del 12 de agosto de 1949 (Protocolo II)*, ob. cit., párr. 4525.

Así, y según lo establece el artículo 3 común de los Convenios de Ginebra de 12 de agosto de 1949, el Estado enfrentado a un conflicto armado de carácter no internacional debe brindar a las personas que no participen directamente en las hostilidades o que hayan quedado fuera de combate por cualquier razón, un trato humano y sin distinción alguna de índole desfavorable. En particular, el Derecho Internacional Humanitario prohíbe en cualquier tiempo y lugar los atentados a la vida y la integridad personal de las personas nombradas anteriormente.

Hay efectivamente equivalencia entre el contenido del artículo 3 común de los Convenios de Ginebra de 1949 y el de las disposiciones de la Convención Americana y de otros instrumentos internacionales acerca de los derechos humanos inderogables (tales como el derecho a la vida y el derecho a no ser sometido a torturas ni a tratos crueles, inhumanos o degradantes). Esta Corte ya ha señalado en el Caso Las Palmeras (2000), que las disposiciones relevantes de los Convenios de Ginebra pueden ser tomadas en cuenta como elementos de interpretación de la propia Convención Americana.

La Corte considera, con fundamento en el artículo 1.1 de la Convención Americana, que Guatemala está obligada a respetar los derechos y libertades reconocidos en ella y a organizar el poder público para garantizar a las personas bajo su jurisdicción el libre y pleno ejercicio de los derechos humanos. Lo anterior se impone independientemente de que los responsables de las violaciones de estos derechos sean agentes del poder público, particulares o grupos de ellos, ya que según las reglas del Derecho Internacional de los Derechos Humanos, la acción u omisión de cualquier autoridad pública constituye un hecho imputable al Estado que compromete su responsabilidad en los términos previstos en la misma Convención.<sup>82</sup>

Sobre este punto el Comité de Derechos Humanos señaló que:

El Comité observa que la guerra y otros actos de violencia masiva siguen siendo un flagelo de la humanidad que arrebatada cada año la vida de millares de seres humanos inocentes. La Carta de las Naciones Unidas prohíbe ya la amenaza o el uso de la fuerza por un Estado contra otro, salvo en ejercicio del derecho intrínseco de la defensa propia. El

Comité estima que los Estados tienen la suprema obligación de evitar las guerras, los actos de genocidio y demás actos de violencia de masas que causan la pérdida arbitraria de vidas humanas. Todos los esfuerzos que realicen para evitar el peligro de guerra, especialmente de guerra termonuclear, y para fortalecer la paz y la seguridad internacionales, constituirán la condición y garantía más importante para la protección del derecho a la vida. A este respecto, el Comité observa, en particular, que existe una vinculación entre el artículo 6 y el artículo 20, que dispone que estará prohibida por la ley toda propaganda en favor de la guerra (párr. 1), así como toda actividad que constituya incitación a la violencia (párr. 2), según se define en el artículo.<sup>83</sup>

El artículo 135 del Código Penal tipifica el homicidio en persona protegida, de modo que: “El que, con ocasión y en desarrollo de conflicto armado, ocasiona la muerte de persona protegida conforme a los convenios internacionales sobre Derecho Humanitario ratificados por Colombia, incurrirá en (...)”.

Los Elementos de los Crímenes del Estatuto de la Corte Penal Internacional señalan como elementos del crimen de guerra de homicidio (artículo 8 2) c) i)-1 los siguientes:

1. Que el autor haya dado muerte a una o más personas.
2. Que esa persona o personas hayan estado fuera de combate o hayan sido personas civiles o miembros del personal sanitario o religioso\* que no tomaban parte activa en las hostilidades.
3. Que el autor haya sido consciente de las circunstancias de hecho que establecían esa condición.
4. Que la conducta haya tenido lugar en el contexto de un conflicto armado que no era de índole internacional y haya estado relacionada con él.
5. Que el autor haya sido consciente de circunstancias de hecho que establecían la existencia de un conflicto armado.

El homicidio comprende no sólo los casos de asesinato, sino también los de omisión intencional que puedan ocasionar la muerte<sup>84</sup> (véase el Capítulo IV sobre el derecho a la vida).

Elementos de los Crímenes Estatuto de la Corte Penal Internacional

Comité de Derechos Humanos, Observación General No. 6, “El derecho a la vida”, párr. 2.  
 En la expresión “personal religioso” se incluye el personal militar no confesional y no combatiente que realiza una función análoga.  
 CICR, *Comentario del Protocolo adicional a los Convenios de Ginebra del 12 de agosto de 1949 (Protocolo II)*, ob. cit., párr. 4532.

83

\*

84

Un ejemplo de atentado contra la vida de personas protegidas en Colombia se encuentra en la Resolución Humanitaria No. 008, cuando indica que cuatro personas civiles fueron privadas de la libertad por las FARC para ser posteriormente asesinadas cuando se encontraban en completo estado de indefensión. La justificación esgrimida por las FARC para cometer la masacre fue que “las víctimas tenían vínculos con los paramilitares”. En este caso y en otros sobre los mismos hechos, la Defensoría del Pueblo ha sostenido que:

**(...) el artículo 3 común a los Cuatro Convenios de Ginebra de 1949, prohíbe, frente a las personas protegidas, los atentados contra la vida y la integridad corporal, especialmente el homicidio en todas sus formas. Esta prohibición incluye, por supuesto, los homicidios colectivos o masacres. Estas conductas son contrarias a los principios de distinción e inmunidad que inspiran el derecho de los conflictos armados.**<sup>85</sup>

### ***8.1.2. Atentados contra la integridad personal***

Tanto el artículo 3 común como el artículo 4.2.a) del Protocolo II prohíben, en todo tiempo y lugar, los atentados contra la integridad física o mental de las personas, en particular los tratos crueles, la tortura, las mutilaciones y toda forma de pena corporal.

Igualmente, los artículos 8.2.c.i) y ii) del Estatuto de la Corte Penal Internacional, señalan que son crímenes de guerra, en el caso de conflictos que no sean de índole internacional: los actos de violencia contra la persona, en particular, las mutilaciones, los tratos crueles y la tortura; los ultrajes contra la dignidad personal, en particular, los tratos humillantes y degradantes.

#### **8.1.2.1. TORTURA**

La tortura se encuentra prohibida tanto por el DIH como por el artículo 7 del PIDCP y 5 de la Convención Americana, por la Convención de las Naciones Unidas contra la tortura y otros tratos o penas crueles, inhumanos o degradantes, y por la Convención Interamericana para prevenir y sancionar la tortura (véase el Capítulo V, Derecho a la integridad personal). Conviene señalar que el dere-

85

Defensoría del Pueblo, Resolución Defensorial Humanitaria No. 008, del 16 de enero de 2002, “Retenes ilegales”; Resolución Defensorial Humanitaria No. 005, del 20 de septiembre de 2001, “Masacres”, p. 4.

cho a la integridad personal no puede derogarse bajo ninguna circunstancia, conforme a los artículos 4 y 27 del PIDCP y de la Convención Americana, respectivamente. En definitiva, y tal y como señaló el Tribunal Penal Internacional para la ex-Yugoslavia (en adelante Tribunal para la ex-Yugoslavia) en el caso Celebici Camp, “no existe ninguna duda de que la tortura está prohibida tanto por el derecho convencional como por el derecho consuetudinario internacional”.<sup>86</sup>

El artículo 7.2.e) del Estatuto de la Corte Penal Internacional, relativo a los crímenes de lesa humanidad, señala que:

**Por “tortura” se entenderá causar intencionalmente dolor o sufrimientos graves, ya sean físicos o mentales, a una persona que el acusado tenga bajo su custodia o control; sin embargo, no se entenderá por tortura el dolor o los sufrimientos que se deriven únicamente de sanciones lícitas o que sean consecuencia normal o fortuita de ellas.**

Los Elementos de los Crímenes del Estatuto de la Corte Penal Internacional, señalan como elementos del crimen de guerra de tortura (art. 82) c) i)-4) los siguientes:

1. **Que el autor haya infligido graves dolores o sufrimientos físicos o mentales a una o más personas.**
2. **Que el autor haya infligido el dolor o sufrimiento a los fines de obtener información o una confesión, como castigo, intimidación o coacción o por cualquier otra razón basada en discriminación de cualquier tipo.**
3. **Que esa persona o personas hayan estado fuera de combate o hayan sido personas civiles o miembros del personal sanitario o religioso que no tomaban parte activa en las hostilidades.**
4. **Que el autor haya sido consciente de las circunstancias de hecho que establecían esa condición.**
5. **Que la conducta haya tenido lugar en el contexto de un conflicto armado que no era de índole internacional y haya estado relacionada con él.**
6. **Que el autor haya sido consciente de circunstancias de hecho que establecían la existencia de un conflicto armado.**

En los casos que ha conocido sobre tortura, el Tribunal para la ex-Yugoslavia ha sostenido que en el ámbito del DIH se debe tener en cuenta la definición

Artículo 7.  
Estatuto de la Corte  
Penal Internacional

Elementos de los  
Crímenes  
Estatuto de la Corte  
Penal Internacional

Tribunal Penal Internacional para la ex-Yugoslavia, caso Celebici, sentencia del 16 de noviembre de 1998.

de tortura contenida en la Convención de las Naciones Unidas contra la Tortura (art. 1.1), para determinar qué se entiende por esta violación a la integridad personal, puesto que esta definición incluye aquéllas contenidas en la Declaración de las Naciones Unidas contra la Tortura y en la Convención Interamericana para prevenir y sancionar la tortura y, por tanto, refleja un consenso representativo del derecho consuetudinario internacional.<sup>87</sup>

Conforme al artículo 1.1 de la Convención contra la Tortura, para determinar si una conducta constituye o no tortura se deben tener en cuenta los siguientes elementos:

- La severidad del dolor o sufrimiento.
- La existencia de una de las finalidades prohibidas en el artículo 1.1 de la Convención.
- Que quien cometa o se encuentre involucrado en la tortura (sujeto activo) de una persona, sea un funcionario público.

En relación con la severidad del dolor o sufrimiento que se exige en la Convención para que una conducta constituya tortura (dolores o sufrimientos “graves” físicos o mentales), el Tribunal para la ex-Yugoslavia ha expresado que a pesar de que, con base en la jurisprudencia del Comité de Derechos Humanos y de la Corte Europea de Derechos Humanos, y en el Informe de 1986 del Relator Especial contra la Tortura, es difícil determinar con precisión el nivel de sufrimiento que se requiere para que un tratamiento constituya tortura,<sup>88</sup> los casos más característicos de tortura analizados conllevan a la realización de actos positivos. Sin embargo, a juicio del Tribunal para la ex-Yugoslavia, las omisiones también pueden constituir tortura, siempre y cuando el sufrimiento mental o físico alcance el nivel de severidad exigido, y el acto o la omisión sean intencionales, es decir, que el acto juzgado objetivamente sea deliberado y no accidental.<sup>89</sup> En todo caso, a juicio de este Tribunal, la existencia de un “área gris” entre las conductas que constituyen tortura y las que constituyen otras violaciones a la integridad personal no debería verse como una invitación para crear una lista exhaustiva y cerrada de los actos que constituyen tortura.<sup>90</sup>

87 *Ibid.*, párr. 459.

88 *Ibid.*, párr. 469.

89 *Ibid.*, párrs. 452-468.

90 *Ibid.*, párr. 469.

En relación con la finalidad que deben perseguir los actos de tortura, el Tribunal para la ex-Yugoslavia sostiene que el hecho de que en la Convención contra la Tortura se hayan señalado algunas finalidades que deben perseguir estos actos,<sup>91</sup> no significa que este listado sea exhaustivo, sino solamente representativo. Además, según este Tribunal, no se desprende de la Convención el requisito de que la conducta sea perpetrada únicamente con una finalidad prohibida por el artículo 1.1 de la misma. Por tanto, a juicio de este Tribunal, la finalidad perseguida por el acto debe ser simplemente parte de la motivación que se encuentra detrás de la conducta y no necesita ser el único o el predominante propósito de la misma.<sup>92</sup>

Respecto a quién comete tortura, tradicionalmente se ha requerido que el acto sea cometido por, o a instigación de, o con el consentimiento o la aquiescencia de un funcionario público o una persona que actúe en ejercicio de funciones públicas. Sin embargo, en el contexto del DIH, este requisito debe ser interpretado de forma que incluya a los oficiales de los actores no estatales en el conflicto para que la prohibición tenga la relevancia necesaria.<sup>93</sup>

Además, y en relación con la legitimación activa que se requiere en la Convención contra la Tortura para que estos actos constituyan tortura, solamente en casos muy excepcionales sería posible concluir que el hecho de infligir dolor o sufrimiento severo por un funcionario público no constituye tortura sobre la base de que ha actuado únicamente por razones privadas.<sup>94</sup>

El artículo 137 del Código Penal señala que comete tortura en persona protegida:

**(...) el que, con ocasión y en desarrollo de conflicto armado, inflija a una persona dolores o sufrimientos graves, físicos o síquicos, con el fin de obtener de ella o de un tercero información o confesión, de castigarla por un acto por ella cometido o que se sospeche que ha cometido, o de intimarla o coaccionarla por cualquier razón que comporte algún tipo de discriminación, incurrirá (...).**

Artículo 137.  
Código Penal

Art. 1.1 de la Convención contra la Tortura: "(...), con el fin de obtener de ella o de un tercero información o una confesión, castigarla por un acto que haya cometido, o se sospeche que ha cometido, o de intimidar o coaccionar a esa persona o a otras, por cualquier razón basada en cualquier tipo de discriminación (...)"	91
Tribunal Penal Internacional para la ex-Yugoslavia, caso Celebici, sentencia del 16 de noviembre de 1998, párr. 470.	92
Ibíd., párr. 473.	93
Ibíd., párr. 471.	94

8.1.2.2. LA VIOLACIÓN SEXUAL Y OTROS ACTOS DE VIOLENCIA SEXUALES

La violación sexual no se encuentra expresamente mencionada en las disposiciones de los Convenios de Ginebra que tratan sobre infracciones graves, ni en el artículo 3 común, es por este motivo que se ha clasificado como tortura y tratamiento cruel tanto por el Tribunal para la ex-Yugoslavia,<sup>95</sup> como por el Tribunal para Rwanda.<sup>96</sup> En el ámbito del DIDH, la violación sexual se ha considerado, igualmente, como una forma de tortura tanto en la jurisprudencia de la Corte Europea de Derechos Humanos,<sup>97</sup> como de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos.<sup>98</sup>

La violación sexual y otras formas de violencia sexual se encuentran expresamente prohibidas en el DIH. El artículo 27 de la IV Convención de Ginebra y el artículo 4(2) del Protocolo II explícitamente prohíben “la violación, la prostitución forzada y todo atentado contra el pudor”. Además, el Protocolo II prohíbe implícitamente la violación sexual y el asalto sexual en su artículo 4 (1), cuando indica que todas las personas que no participen directamente en las hostilidades, o que hayan dejado de participar en ellas,“(…), tienen derecho a que se respete su persona, su honor (...)”. Igualmente, el artículo 76 (1) del Protocolo adicional I, expresamente requiere que las mujeres sean protegidas contra la violación sexual y cualquier otra forma de atentado contra el pudor. También se puede encontrar una prohibición implícita de estas ofensas en el artículo 46 de la Convención de La Haya de 1907 (IV) que se refiere a la protección de los derechos y del honor de la familia. Finalmente, el artículo 5 del Estatuto del Tribunal de Nüremberg consideraba la violación sexual como un crimen en contra de la humanidad.

Por tanto se puede afirmar, sobre la base de las anteriores disposiciones, que en DIH existe una clara prohibición de cometer violaciones sexuales y atentados contra el pudor. Sin embargo, en ninguno de los anteriores instrumentos se define qué debe entenderse por violación sexual.

El Tribunal para la ex-Yugoslavia ha sostenido desde el caso Celibici Camp,<sup>99</sup> siguiendo la jurisprudencia del Tribunal para Rwanda en el caso Jean-Paul Akayesu,<sup>100</sup> que la violación sexual es una invasión física de naturaleza sexual que se realiza contra una persona en circunstancias coercitivas.

95 *Ibid.*, párr. 475.

96 Tribunal Penal Internacional para Rwanda, *Prosecutor v. Jean-Paul Akayesu*, case No. ICTR-96-4-T, Trial Chamber 1, september 2, 1998.

97 Corte Europea de Derechos Humanos, *case of Aydin v. Turkey*, 23178/94, 25 de septiembre de 1997.

98 Comisión Interamericana de Derechos Humanos, caso 10.970 (Perú), Informe 5/96 aprobado el 1º de marzo de 1996.

99 Tribunal Penal Internacional para la ex-Yugoslavia, *caso Celebici*, sentencia de 16 de noviembre de 1998, párr. 479.

100 Tribunal Penal Internacional para Rwanda, *Prosecutor v. Jean-Paul Akayesu*, case No. ICTR-96-4-T, Trial Chamber I, September 2, 1998.

Esta definición, que fue emitida por primera vez por el Tribunal para Rwanda, se basa en la concepción de la violación sexual como una forma de agresión. Consecuentemente, y dado que la Convención contra la Tortura no establece un catálogo específico de los actos que constituyen tortura en su definición sino que se refiere al marco conceptual del tipo de violencia estatal que se encuentra sancionada, tanto el Tribunal para Rwanda como para la ex-Yugoslavia han sostenido que la violación sexual y los atentados contra el pudor pueden constituir tortura siempre y cuando cumplan los elementos requeridos por el artículo 1.1 de la Convención contra la Tortura, es decir:

1. Debe existir un acto o una omisión que cause dolor o sufrimiento severo mental o físico.
2. Debe ser infligido intencionalmente.
3. Debe ser con la finalidad de obtener de ella o de un tercero información o una confesión, de castigarla por un acto que haya cometido, o se sospeche que ha cometido, o de intimidar o coaccionar a esa persona o a otras, o por cualquier razón basada en cualquier tipo de discriminación.
4. Cuando dicho acto u omisión haya sido cometido por, o a instigación de, o con el consentimiento o aquiescencia de un oficial o de otra persona en ejercicio de funciones públicas.

En relación con el primer requisito de la definición, el Tribunal para la ex-Yugoslavia señaló que la violación sexual causa dolor y sufrimiento severo, tanto físico como psicológico. El sufrimiento psicológico que causa en sí misma la violación sexual se exagera por una serie de factores sociales y culturales, y puede ser particularmente grave y duradero. Además, según el Tribunal para la ex-Yugoslavia, es difícil imaginar circunstancias en las que una violación sexual que haya sido cometida por, o a instigación de un oficial (segundo requisito de la definición), no implique, en cierto sentido, castigo, coerción, discriminación o intimidación (tercer elemento de la definición). Estas motivaciones o finalidades, para este Tribunal, son inherentes a estas conductas y, por tanto, siempre están presentes en los casos de violación sexual que ocurran en situaciones de conflicto armado.<sup>101</sup>

Por todo lo anterior, en el caso Celebici Camp, el Tribunal para la ex-Yugoslavia concluyó que cuando cualquier violación sexual u otras formas de violencia sexual cumplan con los requisitos anteriores, constituirán tortura de la misma forma que otro tipo de actos o conductas.<sup>102</sup>

Tribunal Penal Internacional para la ex-Yugoslavia, caso Celebici, sentencia del 16 de noviembre de 1998, párr. 495.  
Ibid., párr. 496.

101  
102

En el Título II del Código Penal se tipifican como delitos contra personas y bienes protegidos por el DIH, en sus artículos 138, 139 y 141: el acceso carnal violento en persona protegida, los actos sexuales violentos en persona protegida y la prostitución forzada o esclavitud sexual.

Conforme al Estatuto de la Corte Penal Internacional (art. 8.2.e.vi) se considera crimen de guerra, en relación con los conflictos armados no internacionales: “(...) cometer actos de violación, esclavitud sexual, embarazo forzoso, (...), esterilización forzada, prostitución forzada o cualquier otra forma de violencia sexual que constituya una violación grave del artículo 3 común a los Convenios de Ginebra”.

Los Elementos de los Crímenes del Estatuto de la Corte Penal Internacional señalan como elementos del crimen de guerra de violación (art. 8 2) e) vi)-1 los siguientes:

1. **Que el autor haya invadido\* el cuerpo de una persona mediante una conducta que haya ocasionado la penetración, por insignificante que fuera, de cualquier parte del cuerpo de la víctima o del autor con un órgano sexual o del orificio anal o genital de la víctima con un objeto u otra parte del cuerpo.**
2. **Que la invasión se haya cometido por la fuerza o mediante la amenaza de la fuerza o mediante coacción, como la causada por el temor a la violencia, la intimidación, la detención, la opresión psicológica o el abuso de poder, contra esa persona u otra persona o aprovechando el entorno coercitivo, o se haya realizado en condiciones en que la persona era incapaz de dar su libre consentimiento.\*\***
3. **Que la conducta haya tenido lugar en el contexto de un conflicto armado que no era de índole internacional y haya estado relacionada con él.**
4. **Que el autor haya sido consciente de circunstancias de hecho que establecían la existencia de un conflicto armado.**

Los Elementos de los Crímenes del Estatuto de la Corte Penal Internacional, señalan como elementos del crimen de guerra de prostitución forzada (art. 8 2) e) vi)-3) los siguientes:

Elementos de los  
Crímenes  
Estatuto de la Corte  
Penal Internacional

\* El concepto de “invasión” se utiliza en sentido amplio, para que resulte neutro en cuanto al género.

\*\* Se entiende que una persona es incapaz de dar su libre consentimiento si sufre una incapacidad natural, inducida o debida a la edad. Esta nota es también aplicable a los elementos correspondientes del artículo 8 2) e) vi)-3, 5 y 6.

1. **Que el autor haya hecho que una o más personas realizaran uno o más actos de naturaleza sexual por la fuerza o mediante la amenaza de la fuerza o mediante coacción, como la causada por temor a la violencia, la intimidación, la detención, la opresión psicológica o el abuso de poder, contra esa o esas personas o contra otra o aprovechando un entorno coercitivo o la incapacidad de esa o esas personas de dar su libre consentimiento.**
2. **Que el autor u otra persona hayan obtenido o esperado obtener ventajas pecuniarias o de otro tipo a cambio de los actos de naturaleza sexual o en relación con ellos.**
3. **Que la conducta haya tenido lugar en el contexto de un conflicto armado que no era de índole internacional y haya estado relacionada con él.**
4. **Que el autor haya sido consciente de circunstancias de hecho que establecían la existencia de un conflicto armado.**

Los Elementos de los Crímenes del Estatuto de la Corte Penal Internacional señalan como elementos del crimen de guerra de embarazo forzoso (art. 8 2) e) vi)-4) los siguientes:

1. **Que el autor haya confinado a una o más mujeres que hayan quedado embarazadas por la fuerza, con la intención de modificar la composición étnica de una población o de cometer otra infracción grave del derecho internacional.**
2. **Que la conducta haya tenido lugar en el contexto de un conflicto armado que no era de índole internacional y haya estado relacionada con él.**
3. **Que el autor haya sido consciente de circunstancias de hecho que establecían la existencia de un conflicto armado.**

Los Elementos de los Crímenes del Estatuto de la Corte Penal Internacional señalan como elementos del crimen de guerra de esterilización forzada (art. 8 2) e) vi)-5) los siguientes:

1. **Que el autor haya privado a una o más personas de la capacidad de reproducción biológica.\***

Elementos de los Crímenes Estatuto de la Corte Penal Internacional

Elementos de los Crímenes Estatuto de la Corte Penal Internacional

Elementos de los Crímenes Estatuto de la Corte Penal Internacional

Este acto no incluye las medidas de control de la natalidad que no tengan un efecto permanente en la práctica.

\*

2. **Que la conducta no haya tenido justificación en un tratamiento médico u hospitalario de la víctima o víctimas ni se haya llevado a cabo con su libre consentimiento.\***
3. **Que la conducta haya tenido lugar en el contexto de un conflicto armado que no era de índole internacional y haya estado relacionada con él.**
4. **Que el autor haya sido consciente de circunstancias de hecho que establecían la existencia de un conflicto armado.**

Los Elementos de los Crímenes del Estatuto de la Corte Penal Internacional señalan como elementos del crimen de guerra de violencia sexual (art. 8 2) e vi)-6) los siguientes:

1. **Que el autor haya realizado un acto de naturaleza sexual contra una o más personas o haya hecho que esa o esas personas realizaran un acto de naturaleza sexual por la fuerza o mediante la amenaza de la fuerza o mediante coacción, como la causada por el miedo a la violencia, la intimidación, la detención, la opresión psicológica o el abuso de poder, contra esa o esas personas o contra otra o aprovechando un entorno de coacción o la incapacidad de esa o esas personas de dar su libre consentimiento.**
2. **Que la conducta haya tenido una gravedad comparable a la de una infracción grave de los Convenios de Ginebra.**
3. **Que el autor haya sido consciente de las circunstancias de hecho que determinaban la gravedad de su conducta.**
4. **Que la conducta haya tenido lugar en el contexto de un conflicto armado que no era de índole internacional y haya estado relacionada con él.**
5. **Que el autor haya sido consciente de circunstancias de hecho que establecían la existencia de un conflicto armado.**

#### 8.1.2.3. TRATOS O PENAS CRUELES, INHUMANOS O DEGRADANTES

Respecto a qué tipo de trato se considera inhumano, el Tribunal para la ex-Yugoslavia señaló en el caso Dario Kordic y Mario Cerkez, que con base en el caso Celebici Camp, constituye “trato inhumano” contra una persona protegida todo acto u omisión intencional que, juzgado objetivamente, se realiza de forma

\* Se entiende que la expresión “libre consentimiento” no comprende el consentimiento obtenido mediante engaño.

deliberada y que causa un serio daño mental o corporal, o sufrimiento físico; esto constituye un serio ataque contra la dignidad humana.<sup>103</sup>

Según la opinión de este Tribunal, en el caso Celebici, el significado del término “tratamiento inhumano” en los Convenios de Ginebra confirma esta interpretación. Por tanto, se define como inhumano aquel tratamiento intencional que no se adecua al principio fundamental de humanidad. Por esta razón, los actos que se consideran en los Convenios y en los Comentarios como inhumanos, o que son inconsistentes con el principio de humanidad, constituyen ejemplos de acciones que pueden ser consideradas como tratamientos inhumanos.<sup>104</sup> En el caso Dario Kordic y Mario Cerkez, el Tribunal indicó que los daños corporales, el tratamiento inhumano de personas privadas de libertad y la utilización de personas como escudo humano, pueden ser considerados como “tratamientos inhumanos”, siempre y cuando se prueben los elementos señalados anteriormente.<sup>105</sup>

Los artículos 136, 146 y 147 del Código Penal tipifican: las lesiones en persona protegida, los tratos inhumanos y degradantes y experimentos biológicos en persona protegida, y los tratos inhumanos o degradantes por razones discriminatorias, respectivamente.

Los Elementos de los Crímenes del Estatuto de la Corte Penal Internacional señalan como elementos del crimen de guerra de tratos crueles (art. 8 2) c) i)-3) los siguientes:

1. **Que el autor haya infligido graves dolores o sufrimientos físicos o mentales a una o más personas.**
2. **Que esa persona o personas hayan estado fuera de combate o hayan sido personas civiles o miembros del personal sanitario o religioso que no tomaban parte activa en las hostilidades.**
3. **Que el autor haya sido consciente de las circunstancias de hecho que establecían esa condición.**
4. **Que la conducta haya tenido lugar en el contexto de un conflicto armado que no era de índole internacional y haya estado relacionada con él.**
5. **Que el autor haya sido consciente de circunstancias de hecho que establecían la existencia de un conflicto armado.**

Elementos de los  
Crímenes  
Estatuto de la Corte  
Penal Internacional

Tribunal Penal Internacional para la ex-Yugoslavia, caso Kordic y Cerkez, sentencia del 26 de febrero de 2001, párr. 256; caso Celebici, sentencia del 16 de noviembre de 1998, párr. 543. 103

Ibid. 104

Ibid., caso Kordic y Cerkez, sentencia del 26 de febrero de 2001, párr. 256. 105

Los Elementos de los Crímenes del Estatuto de la Corte Penal Internacional señalan como elementos del crimen de guerra de atentados contra la dignidad personal (art. 8 2) c) ii) los siguientes:

1. **Que el autor haya sometido a una o más personas a tratos humillantes o degradantes o haya atentado de cualquier otra forma contra su dignidad.\***
2. **Que el trato humillante, degradante o el atentado contra la dignidad haya sido tan grave que esté reconocido generalmente como ultraje contra la dignidad personal.**
3. **Que esa persona o personas hayan estado fuera de combate o hayan sido personas civiles o miembros del personal sanitario o religioso que no tomaban parte activa en las hostilidades.**
4. **Que el autor haya sido consciente de las circunstancias de hecho que establecían esa condición.**
5. **Que la conducta haya tenido lugar en el contexto de un conflicto armado que no era de índole internacional y haya estado relacionada con él.**
6. **Que el autor haya tenido conocimiento de circunstancias de hecho que establecían la existencia de un conflicto armado.**

### **8.1.3. La toma de rehenes**

Tanto el inciso (b) del párrafo 1 del artículo 3 común a los Convenios de Ginebra, como el artículo 4.2 (c) del Protocolo II prohíben la toma de rehenes. Igualmente, el Estatuto de la Corte Penal Internacional considera como un crimen de guerra, en caso de conflictos armados no internacionales, la toma de rehenes en su artículo 8.2.c.iii).

Por la naturaleza misma de las hostilidades los combatientes pueden ser privados de su libertad por la parte adversa. En el marco de un conflicto armado no internacional, los combatientes privados de libertad en hostilidades por la otra parte se denominan “personas privadas de libertad”, según la calificación del derecho humanitario para este tipo de conflictos armados; en relación con estas personas se exige un trato humanitario, y la protección del derecho a su vida e integridad, al haber sido puestas fuera de combate.<sup>106</sup>

\* Para los efectos de este crimen, el término “personas” puede incluir personas fallecidas. Se entiende que la víctima no tiene que ser personalmente consciente de la existencia de la humillación o degradación u otra violación. Este elemento tiene en cuenta los aspectos pertinentes de la cultura a que pertenece la víctima.

106 Oficina en Colombia del Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Derechos Humanos, Hoja Informativa No. 2.

El DIH no define la toma de rehenes, tan sólo se limita a prohibir la conducta. “(...) [L]os rehenes son personas que se encuentran, de grado o por la fuerza, en poder de una de las partes en conflicto o de uno de sus agentes y que responden con su libertad, integridad corporal o su vida, de la ejecución de órdenes dadas por personas en cuyo poder están o de los actos hostiles cometidos contra ellas.”<sup>107</sup>

En otros términos, son personas privadas de la libertad por quienes se exige una condición expresa o tácita respecto de su seguridad o su libertad. Los Elementos de los Crímenes del Estatuto de la Corte Penal Internacional señalan como elementos del crimen de guerra de toma de rehenes (art. 8 2) c) iii) los siguientes:

1. **Que el autor haya capturado, detenido o retenido como rehén a una o más personas.**
2. **Que el autor haya amenazado con matar, herir o seguir deteniendo a esa persona o personas.**
3. **Que el autor haya tenido la intención de obligar a un Estado, una organización internacional, una persona natural o jurídica o un grupo de personas a que actuaran o se abstuvieran de actuar como condición expresa o tácita de la seguridad o la puesta en libertad de esa persona o personas.**
4. **Que esa persona o personas hayan estado fuera de combate o hayan sido personas civiles o miembros del personal sanitario o religioso que no tomaban parte activa en las hostilidades.**
5. **Que el autor haya sido consciente de las circunstancias de hecho que establecían esa condición.**
6. **Que la conducta haya tenido lugar en el contexto de un conflicto armado que no era de índole internacional y haya estado relacionada con él.**
7. **Que el autor haya sido consciente de circunstancias de hecho que establecían la existencia de un conflicto armado.**<sup>108</sup>

En desarrollo de un conflicto armado interno, al tenor del artículo 5° del Protocolo II, los combatientes retenidos en combate por la otra parte se denominan “personas privadas de la libertad por motivos relacionados con el conflicto

Elementos de los  
Crímenes  
Estatuto de la Corte  
Penal Internacional

CICR, *Comentario del Protocolo adicional a los Convenios de Ginebra del 12 de agosto de 1949 (Protocolo II)*, ob. cit., párr. 4537.

En la Resolución Defensorial Humanitaria No. 02 del 27 de agosto de 2001, “Secuestros masivos”, pp. 58 y 59 se sostiene que la exigencia para liberar al rehén debe formularse a uno de los actores armados.

107

108

armado”, en tanto que el término rehenes es aplicable a la detención de personas que no participan directamente en las hostilidades, según el artículo 3° común y el literal c del numeral 2 del artículo 4° del Protocolo II. Esta figura es propia tanto de los conflictos internos como de los de carácter internacional.

Sobre el particular, la Oficina en Colombia del Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Derechos Humanos señaló que:

**La toma de rehenes, puede sin embargo cometerse, aun cuando las víctimas sean combatientes si, con el objeto de permitir la liberación de las personas privadas de libertad, se condicionara la liberación de éstas a contraprestaciones, ya se trate de acciones como de omisiones, por la otra parte.**<sup>109</sup>

La Oficina ha sido enfática en señalar, además, que “los secuestros perpetrados por los actores del conflicto armado son definidos, en el marco del derecho internacional humanitario, como toma de rehenes” y que “en su gran mayoría, las tomas de rehenes en el contexto del conflicto armado colombiano se cometen bajo la forma de secuestro extorsivo como fuente de financiación de los grupos armados”.<sup>110</sup>

Por su parte, el Código Penal colombiano, artículo 148, describe la toma de rehenes cuando, con ocasión de conflicto armado, se prive a una persona de su libertad condicionándola a la satisfacción de exigencias formuladas a la otra parte, mientras que el Código disciplinario único, artículo 48, numeral 13, señala como falta gravísima el privar de la libertad a una o varias personas y condicionar la vida, la seguridad y la libertad de ésta o éstas a la satisfacción de cualquier tipo de exigencias.

#### **8.1.4. Castigos colectivos**

La prohibición de aplicar castigos colectivos a todas aquellas personas que no participen directamente en las hostilidades, o que hayan dejado de participar en ellas (estén o no privadas de libertad), se encuentra consagrada expresamente en el artículo 4.2.b) del Protocolo II.

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

Esta prohibición hace referencia a las sanciones de todo orden infligidas a personas o grupos enteros de personas, con menosprecio de los más elementales principios de humanidad, por actos que esas personas no han cometido. La noción de castigos colectivos debe entenderse en su acepción más amplia, y concierne no sólo a las sanciones de orden judicial, sino también a las de todo orden (por ejemplo: la confiscación de los bienes de una familia). Además, al encontrarse consignada en el artículo 4 del Protocolo II relativo a garantías fundamentales prácticamente se prohíben las “represalias” en contra de las personas protegidas,<sup>111</sup> prohibiciones establecidas en el artículo 20 del Protocolo I y en el artículo 158 del Código Penal.

### 8.1.5. Actos de terrorismo

Los conceptos de terrorismo y conflicto armado son diferentes. Mientras conflicto armado es una noción utilizada por DIH para denominar las hostilidades colectivas que enfrentan las fuerzas o grupos armados organizados y dirigidos por un mando responsable, el terrorismo es una noción de ética política que ha sido definida de muy diversas maneras.

No existe un consenso sociológico y normativo en torno a su conceptualización. Tan solo el investigador Alex Schmidt recopiló ciento nueve definiciones diferentes formuladas entre 1936 y 1981.<sup>112</sup> Por ejemplo, el Tratado de Ginebra de 1937 sobre el terrorismo, auspiciado por la Sociedad de las Naciones, que nunca entró en vigor, lo definía como “los hechos criminales dirigidos contra un Estado y cuyo fin o naturaleza es provocar el terror en personas determinadas, grupo de personas o en el público”. Una resolución de la Asamblea General de las Naciones Unidas de 1994 señala como definición operativa de terrorismo a los “actos criminales con fines políticos y concebidos o planeados para provocar un estado de terror en la población en general, en un grupo de personas o personas determinadas”.

**Algunos autores establecen elementos comunes para una definición. Para Laqueur, por ejemplo son estos: a) el uso o la amenaza del uso de la fuerza; b) tal uso o amenaza es un medio de combate o elemento en**

Doctrina  
Alejandro Valencia Villa

OACNUDH, Informe del 1º de enero al 31 de diciembre de 2001, párr. 160.	110
Comité Internacional de la Cruz Roja, <i>Comentario del Protocolo II adicional a los Convenios de Ginebra del 12 de agosto de 1949 (Protocolo II)</i> , ob. cit., párr. 4536.	111
Alejandro Valencia Villa, <i>Derecho humanitario para Colombia</i> , ob. cit., p. 247.	112

una estrategia para lograr ciertos objetivos; c) el propósito es inducir un estado de miedo en las víctimas; d) la fuerza se usa sin consideración alguna o su uso no se ajusta a las normas humanitarias, y e) la publicidad de sus actos.<sup>113</sup>

Acerca del significado del término “terrorismo” la Defensoría del Pueblo ha dicho lo siguiente:

**Definir el terrorismo no ha sido tarea fácil. Consideraciones de orden político y jurídico han impedido contar con una definición universalmente aceptada. (...) El jurista Hans-Peter Gasser, señala que “en el lenguaje cotidiano el término abarca los siguientes aspectos:**

- El terrorismo es sin excepción, un delito;
- El terrorismo es el uso o la amenaza de hacer uso de la violencia, generalmente contra la vida humana;
- El terrorismo es un medio de alcanzar fines políticos que, desde el punto de vista de quienes recurren a él, no podrían conseguirse por medios ordinarios (legítimos);
- El terrorismo es una estrategia: generalmente lo aplican durante cierto espacio de tiempo grupos organizados, de acuerdo con un programa establecido;
- los actos de terrorismo se dirigen a menudo contra extraños que no tienen influencia directa ni relación alguna con lo que los terroristas tratan de lograr con frecuencia, los terroristas atacan indiscriminadamente a sus víctimas;
- el terrorismo se usa para infundir miedo, lo único que hace posible alcanzar el objetivo;
- el terrorismo es la guerra total: el fin justifica todos los medios.\*

**De acuerdo a la anterior definición, es posible afirmar que el terrorismo es el uso de la violencia dirigida a sembrar pánico en la población o en grupos determinados de ésta, con el objeto de presionar acciones u omisiones, generalmente de tipo político, a favor de los grupos que la practican.**<sup>114</sup>

113 Ibíd., p. 248.

\* Hans-Peter Gasser, “Prohibición de los actos de terrorismo en el derecho internacional humanitario”, *Revista Internacional de la Cruz Roja*, julio-agosto de 1986, número 76, Ginebra, p. 210.

114 Defensoría del Pueblo, Resolución Defensorial Humanitaria No. 013 del 5 de julio de 2002, “Terrorismo en el Meta”, p. 6.

Una noción definitiva está destinada a producir interminables discusiones pero este concepto se debe reservar para aquellas conductas absolutamente impermisibles que, con el propósito de crear miedo, utilizan o amenazan con utilizar diversas formas de violencia contra la población civil inerme.<sup>115</sup>

El artículo 144 del Código Penal colombiano tipifica los actos de terrorismo como: “El que, con ocasión y en desarrollo de conflicto armado, realice u ordene llevar a cabo ataques indiscriminados o excesivos o haga objeto a la población civil de ataques, represalias, actos o amenazas de violencia cuya finalidad principal sea aterrorizarla (...)”.

El terrorismo se puede dar dentro de un conflicto armado o sin necesidad de él. Si no existe conflicto armado y se producen actos terroristas, se debe aplicar tanto el DIDH como la legislación interna; incluso si esos actos terroristas se producen fuera de las hostilidades, se sigue aplicando el DIH en lo que atañe al conflicto armado; el terrorismo no afecta el carácter jurídico del conflicto armado. Por tanto, si conflicto armado y terrorismo son categorías distintas, esto tiene implicaciones de diferente orden.

En primer lugar, se debe diferenciar entre hostilidades y actos de terrorismo. Las hostilidades son permitidas por el DIH y los actos de terror son prohibidos por el DIH. En conflictos armados internacionales, el artículo 33 del Convenio IV de Ginebra del 12 de agosto de 1949 prohíbe toda medida de intimidación o terrorismo y el artículo 51.2 del Protocolo I prohíbe los actos o amenazas cuya finalidad sea aterrorizar a la población civil. En conflictos armados no internacionales, el artículo 4.2 del Protocolo II sobre garantías fundamentales prohíbe los actos de terrorismo, y el artículo 13.2 del mismo instrumento reitera lo establecido por el artículo 51.2 del Protocolo I y prohíbe los actos o amenazas de violencia cuya finalidad sea aterrorizar a la población civil.

En otras palabras, esta diferencia quiere decir que los hechos que son hostilidades no siempre son actos terroristas y que, por tanto, no están prohibidos por el DIH, es decir, son actos permitidos por esta normatividad. La participación directa en las hostilidades que implica actos contra combatientes u objetivos militares no necesariamente implica actos terroristas. Por tanto, no todo acto realizado por un miembro de un grupo armado organizado al margen de la ley se puede calificar de terrorista. De ahí que sea fundamental restringir esos actos a aquellos que están específicamente destinados a producir pánico o zozobra entre la población civil. Por esta misma razón es esencial diferenciar el acto del actor, el delito de la persona.

En segundo lugar, ¿los actos de terror son permitidos contra combatientes? Sí, siempre y cuando no desconozcan los principios de limitación y proporcionalidad. Como lo establecen los comentarios al artículo 51 del Protocolo I, este tipo de terror, el que intenta intimidar o provocar la rendición del enemigo, no es el que se quiere prohibir.<sup>116</sup> Hans-Peter Gasser señala que “dentro de los límites reconocidos, el terror es un arma que puede utilizarse en combate contra las fuerzas armadas de la parte adversa”.<sup>117</sup> Los límites reconocidos son los principios de limitación y proporcionalidad. Lo que sucede es que muchos actos de terror contra combatientes son ilimitados y desproporcionados frente a la ventaja militar concreta prevista, pero si se dan actos de terror proporcionados y limitados contra combatientes, tales actos estarían permitidos.

El DIH prohíbe en un conflicto armado los actos de terror contra la población civil y no contra los combatientes; dicha protección se extiende a instalaciones o bienes que puedan provocar incidentemente víctimas dentro de la población civil<sup>118</sup> y no contra objetivos militares. Téngase en cuenta que la mayoría de las definiciones de terrorismo prohíben los actos de terror contra los civiles o terceros inocentes.

En tercer lugar, ¿todo ataque es susceptible de aterrorizar a la población civil? En los conflictos armados internacionales como en los no internacionales lo que se prohíbe son los actos cuya finalidad sea aterrorizar a la población civil. De esta manera, lo que se quiere prohibir son los actos o amenazas cuyo objetivo principal sea sembrar el terror. Lo que se quiso prohibir es la “intención” de aterrorizar, tal como lo establecen los comentarios al artículo 13 del Protocolo II.<sup>119</sup> Existe pues un elemento doloso en la conducta.

Por último, los Estados tienen el deber de adoptar medidas para impedir y responder a los actos de terrorismo, pero esas medidas adoptadas se deben ajustar a las obligaciones de los Estados en virtud del DIDH. Por ejemplo, se deben respetar escrupulosamente las normas internacionales en materia de privación de la libertad, trato humano, seguridad de la persona, habeas corpus, la existencia de un tribunal competente, independiente e imparcial; las garantías fundamentales en materia de administración de justicia, el derecho a la libertad de expresión, la obligación de respetar y garantizar la no discriminación y el derecho a la protección judicial. El informe de octubre de 2002 de la CIDH hace una presentación muy completa de estas obligaciones subrayando que la falta de consenso internacional en la definición no significa que el Estado no esté some-

116 CICR, *Comentario del Protocolo I adicional a los Convenios de Ginebra del 12 de agosto de 1949*, Tomo II, ob. cit., párr. 1940.

117 Hans-Peter Gasser, ob. cit.

118 CICR, *Comentario del Protocolo II adicional a los Convenios de Ginebra del 12 de agosto de 1949*, ob. cit., párr. 4538.

119 *Ibid.*, párr. 4786.

tido a restricciones en el marco del DIDH y DIH, en la configuración de sus respuestas a esa violencia.<sup>120</sup>

### 8.1.6. La esclavitud y la trata de esclavos en todas sus formas

La esclavitud y la trata de esclavos en todas sus formas se encuentran expresamente prohibidas en el artículo 4.2. (f) del Protocolo II. Este apartado recoge el contenido del artículo 8.1 del PIDCP. Se trata de un derecho inderogable según el artículo 4.2 del PIDCP y 27.2 de la Convención Americana.

La Convención sobre Esclavitud (1926), en su artículo 1, define qué se entiende por “esclavitud y trata de esclavos en todas sus formas.” Según su numeral primero, esclavitud “(...) es el estado o condición de un individuo sobre el cual se ejercitan los atributos del derecho de propiedad o algunos de ellos”. La trata de esclavos (art. 1.2) se define como: “todo acto de captura, adquisición o cesión de un individuo para venderle o cambiarle; todo acto de cesión por venta o cambio de un esclavo, adquirido para venderle o cambiarle, y en general, todo acto de comercio o de transporte de esclavos”.

La Convención Suplementaria sobre la abolición de la esclavitud, la trata de esclavos y las instituciones y prácticas análogas a la esclavitud (1956), completa y refuerza esta prohibición. Según su artículo 1, están prohibidas algunas instituciones y prácticas análogas a la esclavitud, tales como la servidumbre por deudas, la servidumbre de la gleba, la compra de esposas y la explotación del trabajo de los niños.

El artículo 8.2.e.vi) del Estatuto de la Corte Penal Internacional considera la esclavitud sexual como un crimen de guerra en conflictos armados no internacionales. Los Elementos de los Crímenes del Estatuto de la Corte Penal Internacional señalan como elementos del crimen de guerra de esclavitud sexual\* (art. 8 2) e) vi)-2) los siguientes:

- 1. Que el autor haya ejercido uno de los atributos del derecho de propiedad sobre una o más personas, como comprarlas, venderlas, prestarlas o darlas en trueque, o imponerles algún tipo similar de privación de la libertad.\*\***

Elementos de los Crímenes  
Estatuto de la Corte Penal  
Internacional

CIDH, Terrorismo y derechos humanos, OEA/Ser.L/V/II.116, Doc. 5 rev. 1 corr. 22 octubre 2002. Habida cuenta de la complejidad de la naturaleza de este crimen, se reconoce que en su comisión podría participar más de un autor, como parte de un propósito criminal común.

Se entiende que ese tipo de privación de libertad podrá, en algunas circunstancias, incluir la exacción de trabajos forzados o reducir de otra manera a una persona a una condición servil, según se define en la Convención suplementaria sobre la abolición de la esclavitud, la trata de esclavos y las instituciones y prácticas análogas a la esclavitud, de 1956. Se entiende además que la conducta descrita en este elemento incluye el tráfico de personas, en particular de mujeres y niños.

120

\*

\*\*

2. **Que el autor haya hecho que esa persona o esas personas realizaran uno o más actos de naturaleza sexual.**
3. **Que la conducta haya tenido lugar en el contexto de un conflicto armado que no era de índole internacional y haya estado relacionada con él.**
4. **Que el autor haya sido consciente de circunstancias de hecho que establecían la existencia de un conflicto armado.**

### **8.1.7. El pillaje**

El pillaje se encuentra expresamente prohibido en el artículo 4.2.g) del Protocolo II. El pillaje consiste en la apropiación de un bien en el contexto de un conflicto armado sin el consentimiento del propietario.

Se refiere tanto al pillaje organizado como al pillaje resultante de actos individuales de indisciplina. Está prohibido tanto ordenar como autorizar el pillaje. La prohibición tiene un alcance general y se aplica a todas las categorías de bienes, sean privados o estatales.<sup>121</sup>

Según el artículo 8.e.v) del Estatuto del Corte Penal Internacional, constituye un crimen de guerra en conflictos armados internos, “el saquear una ciudad o plaza, incluso cuando es tomada por asalto”.

Los Elementos de los Crímenes del Estatuto de la Corte Penal Internacional señalan como elementos del crimen de guerra de saquear (art. 8 2) e) v) los siguientes:

1. **Que el autor se haya apropiado de un bien.**
2. **Que el autor haya tenido la intención de privar del bien a su propietario y de apropiarse de él para su uso privado o personal.\***
3. **Que la apropiación haya tenido lugar sin el consentimiento del propietario.**
4. **Que la conducta haya tenido lugar en el contexto de un conflicto armado que no era de índole internacional y haya estado relacionada con él.**
5. **Que el autor haya sido consciente de circunstancias de hecho que establecían la existencia de un conflicto armado.**

121 CICR, *Comentario del Protocolo adicional a los Convenios de Ginebra del 12 de agosto de 1949 (Protocolo II)*, ob. cit., párr. 4542.  
\* Como indica la expresión “uso privado o personal”, la apropiación justificada por necesidades militares no constituye crimen de saqueo.

El Código Penal, en su artículo 151, tipifica “el despojo en campo de batalla” como: “El que, con ocasión y en desarrollo de conflicto armado, despoje de sus efectos a un cadáver o a persona protegida, incurrirá (...)”.

### **8.1.8. Las amenazas de realizar los actos prohibidos por el artículo 4.2 del Protocolo II**

Esta infracción completa la lista de los actos prohibidos por el artículo 4.2 del Protocolo II, y aumenta su alcance. La utilización de amenazas sería, en general, un atentado contra el bienestar mental, en el sentido del apartado a).<sup>122</sup> Las amenazas prohibidas se refieren a:

- a) **los atentados contra la vida, la salud y la integridad física o mental de las personas, en particular, el homicidio y los tratos crueles tales como la tortura y las mutilaciones o toda forma de pena corporal;**
- b) **los castigos colectivos;**
- c) **la toma de rehenes;**
- d) **los actos de terrorismo;**
- e) **los atentados contra la dignidad personal, en especial, los tratos humillantes y degradantes, la violación, la prostitución forzada y cualquier forma de atentado contra el pudor;**
- f) **la esclavitud y la trata de esclavos en todas sus formas;**
- g) **el pillaje.**

Artículo 4.  
Protocolo II

### **8.1.9. Infracciones contra los derechos de los niños**

“Los niños son particularmente vulnerables y requieren un trato privilegiado en relación con la población civil”. Por eso gozan de una protección jurídica específica reflejada en el artículo 4.3 del Protocolo II. Además, según la Declaración de los Derechos del Niño: “El niño debe, en todas circunstancias, figurar entre los primeros que reciban protección y socorro”. Igualmente, el preámbulo al Protocolo facultativo de la Convención sobre los Derechos del Niño, relativo a la participación de niños en los conflictos armados, reafirma el hecho de “que los derechos del niño requieren una protección especial y que, para ello, es

Ibíd., párr. 4543.

122

necesario seguir mejorando la situación de los niños sin distinción y procurar que éstos se desarrollen y sean educados en condiciones de paz y seguridad”.

Conforme al artículo 38 de la Convención sobre los derechos del niño, los Estados se comprometen a respetar y velar por que se respeten las normas de DIH que les sean aplicables en los conflictos armados y que sean pertinentes para el niño.

El principio general de protección, enunciado al inicio del numeral 3 del artículo 4 del Protocolo II (“se proporcionarán a los niños los cuidados y la ayuda que necesiten [...]”), se ilustra mediante una lista de obligaciones que aparecen en los incisos a) a e) de este párrafo. La expresión “que se necesiten” significa que, para evaluar la asistencia requerida, deben tomarse en consideración todos los factores en función del caso.<sup>123</sup>

El apartado a) que señala que los niños “(...) recibirán una educación, incluida la religiosa o moral, conforme a los deseos de los padres o, a falta de éstos, de las personas que tengan la guarda de ellos”, tiene por objeto evitar el riesgo de que los niños a quienes el conflicto ha separado de sus familias queden desarraigados por la inclusión en una cultura, una religión o una moral que no correspondería a los deseos de sus padres, y que sean así, además, políticamente utilizados. El derecho a la educación debe entenderse en sentido amplio, de ahí la referencia a la educación religiosa y la moral.<sup>124</sup>

El apartado b) del párrafo 3 del artículo 4 señala que: “(...) se tomarán las medidas oportunas para facilitar la reunión de las familias temporalmente separadas”. La Agencia Central de Búsquedas (ACR) del CICR representa el organismo humanitario por excelencia especializado en materia de reunión de familias dispersas. Normalmente, las delegaciones del CICR tienen una sección denominada “Agencia”, cuyos delegados son secundados, cuando es necesario, por la Sociedad Nacional de la Cruz Roja o de la Media Luna Roja.

Comentario del  
Protocolo II  
Comité Internacional  
de la Cruz Roja

**La labor de esta Agencia consiste en mantener o restablecer los contactos familiares. Sus principales tareas son: la transmisión de mensajes familiares cuando los medios de comunicación están interrumpidos; la comunicación a las familias de informaciones sobre la suerte de sus miembros (dar a conocer el lugar de hospitalización y el estado de salud de los heridos y enfermos; comunicar el lugar de internamiento o detención de las personas privadas de libertad, así como su traslado o**

123 *Ibíd.*, párr. 4548.

124 *Ibíd.*, párr. 4542.

**su liberación; notificar los fallecimientos), y registrar los datos de las personas civiles, en particular los niños, en caso de evacuación.**<sup>125</sup>

El apartado c) señala que: “los niños menores de quince años no serán reclutados en las fuerzas o grupos armados y no se permitirá que participen en las hostilidades”. Según el comentario al Protocolo II del Comité Internacional de la Cruz Roja, “(...) la prohibición de utilizar a niños en operaciones militares es un elemento fundamental de su protección. Esta práctica es desafortunadamente frecuente, y los niños están muy a menudo dispuestos a seguir a los adultos sin medir las consecuencias de sus actos.”<sup>126</sup> El principio de no reclutamiento implica que los niños: 1) no pueden ser reclutados; 2) no pueden alistarse voluntariamente; 3) no pueden tomar parte en operaciones militares tales como la obtención de información, la transmisión de órdenes, el transporte de municiones y víveres o en actos de sabotaje.<sup>127</sup>

De acuerdo con el artículo 38.3 de la Convención sobre los derechos de los niños “Los Estados Partes se abstendrán de reclutar en las fuerzas armadas a las personas que no hayan cumplido los 15 años de edad. Si reclutan personas que hayan cumplido los 15 años, pero que sean menores de 18, los Estados Partes procurarán dar prioridad a los de más edad”.

Por su parte el artículo 8.2, c, vii, del Estatuto de Roma de la Corte Penal Internacional acoge las mismas prohibiciones y eleva a la categoría de crimen de guerra su desconocimiento: “Reclutar o alistar niños menores de 15 años en las fuerzas armadas o utilizarlos para participar activamente en las hostilidades”.

No obstante, la legislación colombiana dispone una regulación más garantista al establecer que la edad mínima de reclutamiento es de 18 años. En efecto, el artículo 162 del Código Penal tipifica el “Reclutamiento ilícito. El que, con ocasión y en desarrollo de conflicto armado, reclute menores de dieciocho (18) años o los obligue a participar directa o indirectamente en las hostilidades o en acciones armadas, incurrirá (...)”

Ahora bien, en consideración al interés superior del niño consagrado en el artículo 44 de la CP, se debe tener presente que la participación de los menores de 18 años en el conflicto armado colombiano constituye una vulneración de sus derechos fundamentales y una grave infracción a la norma humanitaria.

Conviene señalar, además, que el Protocolo facultativo de la convención sobre los derechos del niño relativo a la participación de los niños en los conflic-

Ibíd., párr. 4553.	125
Ibíd., párr. 4555.	126
Ibíd., párr. 4557.	127

tos armados dispone en el artículo 1 que los Estados Partes adoptarán todas las medidas posibles para que ningún miembro de sus fuerzas armadas menor de 18 años participe directamente en las hostilidades, y en su artículo 4.1 prescribe que los grupos armados distintos de las fuerzas armadas de un Estado no deben en ninguna circunstancia reclutar o utilizar en hostilidades a menores de 18 años. A continuación, en el 4.2, se establece la responsabilidad del Estado dirigida a la adopción de las medidas necesarias tendientes a impedir ese tipo de reclutamiento o el castigo a quien incurra en dicha práctica.

Es oportuno precisar, para finalizar, que lo que se prohíbe expresamente es el reclutamiento de los menores pero en el evento en que éstos participen directamente en las hostilidades pierden su condición de personas protegidas.

El apartado d) señala que en el caso de menores de 15 años que hayan sido reclutados o hayan participado en las hostilidades (en violación del apartado c), los menores continuarán beneficiándose de la protección especial de que gozan en los conflictos armados. El objetivo de esta disposición es reforzar la protección establecida para los niños en caso de que se viole el apartado anterior.<sup>128</sup>

El apartado e) del párrafo 3 establece la posibilidad de trasladar “a una zona del país más segura” a los niños, temporalmente y con carácter excepcional. El consentimiento de los padres o de las personas que tienen la guarda de los niños se requiere “siempre que sea posible”.

### ***8.1.10. Infracciones relacionadas con los derechos de las personas privadas de libertad***

El artículo 5 del Protocolo II establece las obligaciones de las partes en conflicto respecto de las personas privadas de libertad por un motivo relacionado con el mismo. En este sentido conviene señalar que a las garantías establecidas en el artículo 4 del Protocolo II (Garantías fundamentales), se añaden las garantías del artículo 5 para las personas privadas de libertad.

Sin embargo, es importante tener en cuenta que únicamente el párrafo 1 del artículo 5 contiene una serie de obligaciones absolutas, que junto con las obligaciones del artículo 4, constituyen un mínimo de derechos que deben respetarse respecto a las personas privadas de libertad por un motivo relacionado con el conflicto, sean combatientes caídos en poder de la parte adversa o civiles.<sup>129</sup>

128 *Ibíd.*, párr. 4558.

129 *Ibíd.*, párr. 4567.

La expresión “personas privadas de libertad por motivos relacionados con el conflicto armado” se refiere tanto a las personas encausadas penalmente como a las privadas de libertad por razones de seguridad sin que sean objeto de diligencias penales. No obstante, dado que la privación de libertad debe estar relacionada con la situación de conflicto, esta disposición no se refiere a los detenidos de derecho común.<sup>130</sup>

Las garantías contenidas en el artículo 5 se aplican, conforme al art. 2.2 del Protocolo II, desde el momento en que una persona es privada de su libertad hasta que la recobre, incluso si, entre tanto, han terminado las hostilidades.

Las garantías mínimas contenidas en el párrafo 1 del artículo 5 son:

- a) **los heridos y enfermos serán tratados de conformidad con el artículo 7 [serán respetados, protegidos y tratados humanamente y, en la medida de lo posible, recibirán los cuidados médicos necesarios];**
- b) **las personas a que se refiere el presente párrafo recibirán, en la misma medida que la población local, alimentos y agua potable y disfrutarán de garantías de salubridad e higiene y de protección contra los rigores del clima y los peligros del conflicto armado [los lugares de internamiento no deben situarse en los lugares próximos a las zonas de combate];**
- c) **serán autorizadas a recibir socorros individuales o colectivos; [el socorro individual se refiere al envío de un paquete determinado por un donante cualquiera a un prisionero designado con su nombre; el socorro colectivo consiste en el envío de paquetes o de mercancía a granel] [Además los detenidos deberán poder beneficiarse de las acciones de socorro a favor de la población civil, así como las previstas en el artículo 18.2];**
- d) **podrán practicar su religión y, cuando así lo soliciten y proceda, recibir la asistencia espiritual de personas que ejerzan funciones religiosas, tales como los capellanes;**
- e) **en caso de que deban trabajar, gozarán de condiciones de trabajo y garantías análogas a aquellas de que disfrute la población civil local; [se prohíbe obligar a los detenidos a trabajos insalubres, humillantes o peligrosos, teniendo en cuenta las condiciones en las que trabaja la población].**

Respecto a las garantías que se señalan en el párrafo 2 del artículo 5, éstas deben ser respetadas por las personas que tienen “de hecho” la responsabilidad

Artículo 5.  
Protocolo II

de los campos, de las prisiones o de todo otro lugar de detención, independientemente de la noción de autoridad legal reconocida.<sup>131</sup>

Las garantías que se enumeran en el párrafo 2, incisos a) a e), deben respetarse dentro de “la medida de sus posibilidades” y en el marco “de los límites de su competencia”. Por tanto, a la hora de determinar si existió o no una infracción de estas garantías habría que analizar si en función de las circunstancias del caso y de las posibilidades de las personas encargadas del centro de detención, se hubiera podido evitar esa infracción de los derechos de las personas privadas de la libertad por un motivo relacionado con el conflicto.

Estas garantías consisten en:

- a) salvo cuando hombres y mujeres de una misma familia sean alojados en común, las mujeres estarán custodiadas en locales distintos de los destinados a los hombres y se hallarán bajo la vigilancia inmediata de mujeres;
- b) dichas personas serán autorizadas para enviar y recibir cartas y tarjetas postales, si bien su número podrá ser limitado por la autoridad competente si lo considera necesario;
- 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 1 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;
- d) dichas personas serán objeto de exámenes médicos;
- e) no se pondrán en peligro su salud ni su integridad física o mental, mediante ninguna acción u omisión injustificadas. Por consiguiente, se prohíbe someter a las personas a que se refiere el presente artículo a cualquier intervención médica que no esté indicada por su estado de salud y que no esté de acuerdo con las normas médicas generalmente reconocidas que se aplicarían en análogas circunstancias médicas a las personas no privadas de libertad.

“Poner en peligro” cubre el estado previo al atentado: la salud mental de una persona puede correr peligro si se la pone en una situación de

131 Ibid., párr. 4582.

**aislamiento tal que quepa esperar que le cause trastornos psicológicos. El hecho de aislarla puede pone en peligro su salud, sin que se sepa si ésta resultará efectivamente afectada.<sup>132</sup> Por “omisión” hay que entender no sólo las omisiones voluntarias, sino también las negligencias culpables.<sup>133</sup>**

En definitiva, el objeto de este párrafo es que una persona enferma privada de libertad sea cuidada de la misma manera que un enfermo en libertad aquejado de los mismos males, es decir, debe recibir un tratamiento similar. [El texto reproduce el art.11 (Protección de la persona), párrafo 1, del Protocolo I].

En relación con las personas que no son ni internadas ni detenidas, en el sentido del párrafo 1, pero cuya libertad está restringida por motivos relacionados con el conflicto, el párrafo 3 del artículo 5, establece que se beneficiarán de las garantías del artículo 4 (Garantías fundamentales), así como de aquéllas del artículo 5 que no conciernen a las condiciones materiales de la detención, es decir, las que se refieren a: 1) asistencia a los heridos y a los enfermos; 2) el derecho a recibir socorros individuales o colectivos; 3) el derecho a practicar su religión o a recibir, en su caso, asistencia espiritual; 4) el derecho a recibir u enviar correo.

Por último, el párrafo 4 establece que si se decide liberar a personas que estén privadas de libertad, se deberán tomar las medidas necesarias para garantizar su seguridad. La “(...) liberación no debería tener lugar si resulta imposible tomar medidas para garantizar la seguridad de las personas concernidas”.<sup>134</sup>

### ***8.1.11. Infracciones relacionadas con el derecho al debido proceso legal***

El artículo 3.1.d) común a los Convenios de Ginebra prohíbe “las condenas dictadas y las ejecuciones sin previo juicio ante un tribunal legítimamente constituido, con garantías judiciales reconocidas como indispensables por los pueblos civilizados”, y desarrolladas por el artículo 6 del Protocolo II (Diligencias penales).

Conforme al artículo 8.2.c.iv) del Estatuto de la Corte Penal Internacional, se consideran como crímenes de guerra en conflictos armados internos: “(...) las condenas dictadas y las ejecuciones efectuadas sin sentencia previa pronuncia-

ibíd., párr. 4590.	132
ibíd., párr. 4592.	133
ibíd., párr. 4596.	134

da por un tribunal constituido regularmente y que haya ofrecido todas las garantías judiciales generalmente reconocidas como indispensables”.

Los Elementos de los Crímenes del Estatuto de la Corte Penal Internacional señalan como elementos del crimen de guerra de condenar o ejecutar sin garantías judiciales (art. 8 2) c) iv) los siguientes:

1. **Que el autor haya condenado o ejecutado a una o más personas.**\*
2. **Que esa persona o personas hayan estado fuera de combate o hayan sido personas civiles o miembros del personal sanitario o religioso que no tomaban parte activa en las hostilidades.**
3. **Que el autor haya sido consciente de las circunstancias de hecho que establecían esa condición.**
4. **Que no haya habido un juicio previo ante un tribunal o que el tribunal no estuviera regularmente constituido, es decir, no ofreciera las garantías esenciales de independencia e imparcialidad o no ofreciera todas las garantías judiciales generalmente reconocidas como indispensables de conformidad con el derecho internacional.**\*\*
5. **Que el autor haya sabido que no había habido un juicio previo o no se habían ofrecido las garantías correspondientes y el hecho de que eran esenciales o indispensables para un juicio imparcial.**
6. **Que la conducta haya tenido lugar en el contexto de un conflicto armado que no era de índole internacional y haya estado relacionada con él.**
7. **Que el autor haya sido consciente de circunstancias de hecho que establecían la existencia de un conflicto armado.**

Desde el punto de vista del DIDH, en situaciones excepcionales que pongan en peligro la vida de la nación y, en particular, en caso de los conflictos armados no internacionales, es posible suspender ciertas garantías constitucionales, promulgar leyes especiales y constituir jurisdicciones de excepción. Esta suspensión debe realizarse conforme a los artículos 4 del PIDCP y 27 de la Convención Americana. Sin embargo, y tal y como ha señalado el Comité de Derechos Humanos:

\* Los elementos establecidos en estos documentos no se refieren a las diferentes formas de responsabilidad penal individual que establecen los artículos 25 y 28 del Estatuto.

\*\* Con respecto a los elementos 4 y 5, la Corte debe considerar si, atendidas todas las circunstancias del caso, el efecto acumulativo de los factores con respecto a las garantías privó a la persona o a las personas de un juicio imparcial.

(...), 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 (...).<sup>135</sup>

(...) 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 inobservancia de los principios fundamentales de juicio imparcial, en particular la presunción de inocencia.<sup>136</sup>

Además, conforme al párrafo 2 del artículo 4, no puede ser suspendido en ningún caso el artículo 15 del PIDCP (principio de legalidad en materia penal), es decir, el requisito de que la responsabilidad penal y la pena tienen que estar determinadas exclusivamente por disposiciones claras y concretas de la ley en vigor y aplicable en el momento de cometerse el acto o la omisión, salvo que por ley posterior se imponga una pena más leve.

La Corte Interamericana indicó que:

(...) los principios del debido proceso legal no pueden suspenderse con motivo de las situaciones de excepción en cuanto constituyen condiciones necesarias para que los instrumentos procesales, regulados por la Convención, puedan considerarse como garantías judiciales. Esta conclusión es aún más evidente respecto del hábeas corpus y del amparo, (...).<sup>137</sup>

La misma Corte, en relación con el derecho al debido proceso legal en situaciones de conflicto armado no internacional, en el caso *Bámaca Velázquez* señaló que:

Comité de Derechos Humanos, Observación General No. 29, "Los estados de emergencia", párr. 9. 135  
Ibíd., párr.11. 136

Corte Interamericana, Opinión Consultiva OC-9/87 del 6 de octubre de 1987, "Garantías judiciales en estados de emergencia", párr. 30. 137

Observación General  
Comité de Derechos  
Humanos

Opinión Consultiva  
Corte Interamericana  
de Derechos Humanos

Este Tribunal ha establecido como probado en el caso en análisis que Efraín Bámaca Velázquez estuvo detenido por el Ejército guatemalteco en centros de detención clandestinos por lo menos durante cuatro meses, violando así el artículo 7 de la Convención. En este caso, si bien se está en presencia de la detención de un insurgente durante un conflicto interno, de todas maneras debió asegurársele al detenido las garantías propias de todo Estado de Derecho, y sometérselo a un proceso legal. Esta Corte ha señalado que si bien el Estado tiene el derecho y la obligación de garantizar su seguridad y de mantener el orden público, debe de realizar sus acciones “dentro de los límites y conforme a los procedimientos que preservan tanto la seguridad pública como los derechos fundamentales de la persona humana”.<sup>138</sup>

Por tanto, con base en lo anterior se puede afirmar que las garantías contenidas en el artículo 6 del Protocolo II constituyen garantías mínimas que “las partes en conflicto” tienen que aplicar respecto de personas civiles o de quienes participan directamente en las hostilidades de la parte adversa caídos en su poder y que pueden ser objeto de diligencias penales. Tanto el artículo 3 común como el artículo 6 del Protocolo II prohíben la justicia sumaria y las condenas sin juicio.

Las garantías que aparecen en el artículo 6.2 se refieren a las etapas de instrucción del procedimiento y el juicio, y son las siguientes:

- a) **el procedimiento dispondrá que el acusado sea informado sin demora de los detalles de la infracción que se le atribuya y garantizará al acusado, en las actuaciones que precedan al juicio y en el curso de éste, todos los derechos y medios de defensa necesarios;**
- b) **nadie podrá ser condenado por una infracción si no es sobre la base de su responsabilidad penal individual;**
- c) **nadie será condenado por actos u omisiones que en el momento de cometerse no fueran delictivos según el derecho; tampoco se impondrá pena más grave que la aplicable en el momento de cometerse la infracción; si, con posterioridad a la comisión de la infracción, la ley dispusiera la imposición de una pena más leve, el delincuente se beneficiará de ello;**

138 Corte Interamericana, caso Bámaca Velázquez, sentencia del 25 de noviembre de 2000, párr. 143.

- d) toda persona acusada de una infracción se presumirá inocente mientras no se pruebe su culpabilidad conforme a la ley;
- e) toda persona acusada de una infracción tendrá derecho a hallarse presente al ser juzgada;
- f) nadie podrá ser obligado a declarar contra sí mismo ni a confesarse culpable.

En relación con el alcance de cada uno de estos derechos véase el capítulo VIII relativo al derecho al debido proceso legal en este Manual.

El numeral 3 del artículo 6 del Protocolo II señala que: “Toda persona condenada será informada, en el momento de su condena, de sus derechos a interponer recurso judicial y de otro tipo, así como de los plazos para ejercer esos derechos”.

Respecto a la obligación del Estado de respetar esta obligación contenida en el artículo 2.3 del PIDCP, el Comité de Derechos Humanos señaló que:

**El párrafo 3 del artículo 2 del Pacto exige a los Estados Partes en el Pacto que proporcionen recursos para cualquier violación de las disposiciones del Pacto. Aunque esta cláusula no se mencione entre las disposiciones que no pueden ser objeto de suspensión enumeradas en el párrafo 2 del artículo 4, constituye una obligación inherente del Pacto en su conjunto. Incluso si los Estados Partes pueden, durante un estado de excepción y en la estricta medida que la situación exige, introducir ajustes en el funcionamiento práctico de los procedimientos relativos a los recursos judiciales o de otra índole, deben conformarse a la obligación fundamental de garantizar un recurso efectivo, en virtud del párrafo 3 del artículo 2 del Pacto.**<sup>139</sup>

El numeral 4 del artículo 6 del Protocolo II prohíbe expresamente las sentencias de pena de muerte a personas que tuvieren menos de 18 años en el momento de la infracción, de mujeres encinta y de madres de corta edad. En este sentido, y dado que el artículo 11 de la CP prohíbe la pena de muerte, las únicas partes que podrían desconocer esta disposición son los grupos irregulares (guerrilla y paramilitares).

El Código Penal en su artículo 149 tipifica la detención ilegal y la privación del debido proceso de la siguiente forma: “El que con ocasión y en desarro-

Observación General  
Comité de Derechos  
Humanos

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

139

llo de conflicto armado, prive ilegalmente de su libertad a una persona y la sustraiga de su derecho a ser juzgada de manera legítima e imparcial, (...)”.

**8.1.12. La prohibición de los desplazamientos forzados de la población civil**

Tal y como señala el comentario del Comité Internacional de la Cruz Roja al Protocolo II:

**La prohibición de los desplazamientos forzados es un elemento importante de la salvaguardia de la población civil. En efecto, con demasiada frecuencia se han considerado tales desplazamientos como medidas tomadas en el marco de operaciones militares y, demasiado a menudo, personas civiles, desalojadas de sus hogares, se han visto obligadas a vivir en condiciones difíciles o incluso inaceptables.**<sup>140</sup>

Aunque el problema se plantea con especial gravedad en las situaciones de conflicto armado no internacional, el artículo 3 común a los Convenios de Ginebra no menciona la cuestión de los desplazamientos. Sin embargo, puede considerarse englobada dentro de la prohibición de los tratos inhumanos y degradantes del artículo 3 común. Por este motivo, el artículo 17 del Protocolo II prohíbe expresamente:

- 1. 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.**
- 2. Forzar a las personas civiles a abandonar su propio territorio por razones relacionadas con el conflicto.**

La primera prohibición se refiere tanto a los desplazamientos individuales como colectivos o en grupos de la población civil dentro del territorio del Estado donde se desarrolla el conflicto armado. Sin embargo, existen dos excepciones a esta prohibición, contempladas en el artículo 17: a) la seguridad de la población civil; b) razones militares imperiosas. La necesidad militar, como motivo de suspensión de una norma, exige siempre una apreciación minuciosa de las circuns-

Comentario del Protocolo II. Comité Internacional de la Cruz Roja

Artículo 17. Protocolo II

140 *Ibid.*, párr. 4847.

tancias. En estos casos, se deben tomar “(...) todas las medidas posibles para que la población civil sea acogida en condiciones satisfactorias de alojamiento, salubridad, higiene, seguridad y alimentación”.

La segunda prohibición consiste en no obligar a las personas civiles a abandonar “su propio territorio” por motivos relacionados con el conflicto. Según el comentario del Comité Internacional de la Cruz Roja al artículo 17 del Protocolo II, la referencia a su territorio: “(...) tiene especialmente en cuenta la situación en que la parte insurrecta controle una parte extensa del territorio, en cuyo caso debería asimismo respetar la obligación prescrita y no forzar a las personas civiles a abandonar la zona que esté bajo su autoridad.”<sup>141</sup>

Igualmente, este artículo cubre los casos en los que se obliga a las personas a abandonar el país, y se refiere a las medidas tomadas contra personas civiles, ya sea individualmente o en grupos.

Debe tenerse presente que el desplazamiento forzado puede ser resultado de conductas igualmente prohibidas por el DIH, como los ataques y las amenazas a la población civil, y la destrucción de los bienes civiles.

El artículo 159 del Código Penal tipifica la “deportación, expulsión, traslado o desplazamiento forzado de la población civil, [como] el que, con ocasión y en desarrollo de conflicto armado y sin que medie justificación militar, deporte, expulse, traslade o desplace forzosamente de su sitio de asentamiento a la población civil,(...)”.

El Estatuto de la Corte Penal Internacional, en su artículo 8.2.e.viii) considera como un crimen de guerra en conflictos armados no internacionales “(...) ordenar el desplazamiento de la población civil por razones relacionadas con el conflicto, a menos que así lo exija la seguridad de los civiles de que se trate o por razones militares imperativas”.

Los Elementos de los Crímenes del Estatuto de la Corte Penal Internacional señalan como elementos del crimen de guerra de desplazar a personas civiles (art. 8 2) e) viii) los siguientes:

1. **Que el autor haya ordenado el desplazamiento de una población civil.**
2. **Que la orden no haya estado justificada por la seguridad de las personas civiles de que se trataba o por necesidades militares.**
3. **Que el autor haya estado en situación de causar ese desplazamiento mediante la orden.**
4. **Que la conducta haya tenido lugar en el contexto de un conflicto armado que no era de índole internacional y haya estado relacionada con él.**

Elementos de los  
Crímenes  
Estatuto de la Corte  
Penal Internacional

Ibíd., párr. 4859.

141

**5. Que el autor haya sido consciente de circunstancias de hecho que establecían la existencia de un conflicto armado.**

La Defensoría del Pueblo, refiriéndose al tema del desplazamiento forzado, ha dicho que:

**Excepcionalmente, por imperiosas razones militares o porque así lo exija la seguridad de las personas civiles se podrá ordenar un desplazamiento. En este caso, deberán tomarse todas las medidas posibles para que la población civil sea acogida en condiciones satisfactorias de alojamiento, salubridad, higiene, seguridad y alimentación.\***

**La seguridad de las personas civiles es una excepción a la prohibición del desplazamiento forzado, en la medida en que se busque evitar que la población corra graves peligros.\*\***

**Las imperiosas razones militares que puedan justificar un desplazamiento forzado deben ser apreciadas minuciosamente.\*\*\* Frederic de Mulinen ha definido la necesidad militar como un medio que justifica tomar medidas no prohibidas por el derecho de la guerra y que se requieren para asegurar la dominación del enemigo.\*\*\*\* En este mismo sentido, W. Downey define la necesidad militar como una urgencia que impone a un comandante militar tomar las medidas indispensables para obtener la rendición completa del enemigo lo más rápidamente posible, recurriendo a los medios de violencia controlada que no son prohibidos por el derecho de la guerra.\*\*\*\*\* 142**

**8.2. Infracciones relacionadas con el deber de protección a los heridos, enfermos y náufragos**

El artículo 7 del Protocolo II desarrolla la protección contenida en el artículo 3 común de “recoger y asistir” a los enfermos y heridos. Aunque este tema se

\* Defensoría del Pueblo, Resolución Defensorial Humanitaria No. 001, julio 31 de 2001.  
 \*\* Ver comentario al Protocolo II, párrafo 485.3  
 \*\*\* *Ibidem*.  
 \*\*\*\* Frederic Mulinen, *Handbook on the law of war for armed forces*, ICRC, Geneva, 1987, p. 82.  
 \*\*\*\*\* ICRC, *Commentaire des Protocoles additionnels du 8 juin 1977 aux Conventions de Genève du 1949*, p. 398.  
 142 Defensoría del Pueblo, Resolución Defensorial No. 025, “Sobre violaciones masivas de derechos humanos y desplazamiento forzado en la región del Bajo Atrato choacoano”, Bogotá, octubre de 2002, p. 17.

profundizará en el próximo apartado, es importante señalar que los derechos y las obligaciones enunciados en los artículos 8 a 12 del Protocolo II (búsqueda, protección del personal sanitario y religioso, protección general de la misión médica, protección de unidades y medios de transporte y signo distintivo, respectivamente), se derivan del principio de inmunidad de los heridos y de los enfermos.<sup>143</sup>

El artículo 8 del Protocolo II (búsqueda), por su parte, desarrolla y reafirma la obligación de recoger a los heridos y a los enfermos, que también figura en el artículo 3 común. En definitiva, buscar y recoger a los heridos, enfermos y náufragos es poner en práctica el principio fundamental de protección y asistencia consagrado en el artículo 7, aunque “siempre que las circunstancias lo permitan, y en particular después de un combate”.

Según el artículo 7 del Protocolo II:

- 1. Todos los heridos, enfermos y náufragos, hayan o no tomado parte en el conflicto armado, serán respetados y protegidos.**
- 2. En toda circunstancia serán tratados humanamente y recibirán, en toda la medida de lo posible y en el plazo más breve, los cuidados médicos que exija su estado. No se hará entre ellos distinción alguna que no esté basada en criterios médicos.**

Según el comentario del Comité de la Cruz Roja al párrafo 1 del artículo 7, “respetar” significa “perdonar la vida, no atacar por ningún motivo”. Consiste en una obligación de abstenerse de todo acto hostil y es completada por el deber de “proteger”, que significa “salir en defensa de alguien, prestar auxilio y apoyo”. Esta disposición implica que se deben tomar acciones

**(...) para apartar, en la medida de sus posibilidades, a los heridos, a los enfermos y a los náufragos de los combates y ponerlos a resguardo, velando porque sean efectivamente respetados, es decir, que nadie se aproveche de su situación de debilidad para maltratarlos, robarles sus efectos o perjudicarlos de cualquier modo que sea. El deber de respeto y protección se impone a todos, tanto a las fuerzas armadas o a los grupos armados, como a la población civil.**<sup>144</sup>

Artículo 7.  
Protocolo II

Comentario del  
Protocolo II  
Comité Internacional  
de la Cruz Roja

CICR, Comentario del Protocolo adicional a los Convenios de Ginebra del 12 de agosto de 1949 (Protocolo II), ob. cit., párr. 4634.

143

Ibid., párr. 4635.

144

Respecto a qué se entiende por heridos, enfermos y náufragos, a falta de una definición en el Protocolo II, el artículo 8 (terminología) del Protocolo I señala:

- a) se entiende por “heridos” y “enfermos” las personas, sean militares o civiles, que debido a un traumatismo, una enfermedad u otros trastornos o incapacidades de orden físico o mental, tengan necesidad de asistencia o cuidados médicos y que se abstengan de todo acto de hostilidad. Esos términos son también aplicables a las parturientas, a los recién nacidos y a otras personas que puedan estar necesitadas de asistencia o cuidados médicos inmediatos, como los inválidos y las mujeres encinta, y que se abstengan de todo acto de hostilidad;
- b) se entiende por “náufragos” las personas, sean militares o civiles, que se encuentren en situación de peligro en el mar o en otras aguas a consecuencia de un infortunio que las afecte o que afecte a la nave o aeronave que las transportaba, y que se abstengan de todo acto de hostilidad. Estas personas, siempre que sigan absteniéndose de todo acto de hostilidad, continuarán considerándose náufragos durante su salvamento, hasta que adquieran otro estatuto de conformidad con los Convenios o con el presente Protocolo.

La definición de los heridos y de los enfermos protegidos por el DIH, en conflictos armados no internacionales, se basa en los siguientes criterios:

1. Tener necesidad de cuidados médicos.
2. Abstenerse de todo acto de hostilidad.

Conviene tener en cuenta que cualquier sujeto que cumpla con las anteriores condiciones es asimilado a un herido o a un enfermo. Sin embargo, “(...) un herido o un enfermo que continuara combatiendo no sería considerado como tal en el sentido del Protocolo y no tendría, por consiguiente, derecho a la protección del presente artículo”, ya que la definición difiere de la acepción ordinaria de los términos “enfermo” o “herido”.<sup>145</sup> Esto se debe a que en una situación de conflicto armado no internacional solamente hay dos categorías de personas protegidas (art. 4.1):

145 *Ibid.*, párr. 4639.

1. Todas las personas que no participen directamente en las hostilidades.
2. Las personas que hayan dejado de participar en ellas.

Además, con base en el numeral 2 del artículo 7 del Protocolo II: “En toda circunstancia serán tratados humanamente y recibirán, en toda la medida de lo posible y en el plazo más breve, los cuidados médicos que exija su estado. No se hará entre ellos distinción alguna que no esté basada en criterios médicos”. El trato humano es un principio general que se deriva del respeto y de la protección, y que vale en todo tiempo y en todo lugar. En definitiva, se trata de una reafirmación respecto de los “heridos, enfermos y náufragos” del principio que figura en el artículo 4 (garantías fundamentales).<sup>146</sup>

En materia de cuidados médicos, a la hora de determinar si existió o no una infracción a este principio hay que tener en cuenta los medios y el personal disponibles. Por último, existe la obligación de no hacer entre los pacientes ninguna distinción que se base en criterios diferentes a los médicos. Solamente la urgencia y la deontología deben dictar las prioridades de los cuidados que se han de proporcionar.

Según el artículo 8.2.e.xi) del Estatuto de la Corte Penal Internacional, se considera crimen de guerra en el caso de conflictos armados no internacionales: “(...) someter a las personas que estén en poder de otra parte en el conflicto a mutilaciones físicas o experimentos médicos o científicos de cualquier tipo que no estén justificados en razón de tratamiento médico, dental u hospitalario de las personas de que se trate ni se lleven a cabo en su interés y que provoquen la muerte o pongan gravemente en peligro su salud”.

El Código Penal, en su artículo 145, tipifica los “actos de barbarie”, señalando:

**El que, con ocasión y en desarrollo de conflicto armado y fuera de los casos especialmente previstos como delitos y sancionados con pena mayor, realice actos de no dar cuartel, atacar a persona fuera de combate, de abandonar a heridos o enfermos, o realice actos dirigidos a no dejar sobrevivientes o a rematar a los heridos y enfermos u otro tipo de actos de barbarie prohibidos en tratados internacionales ratificados por Colombia, (...).**

Artículo 145.  
Código Penal

Ibíd., párr. 4644.

146

### 8.3. Infracciones relacionadas con el deber de protección del personal sanitario y religioso

Como el artículo 3 común a los Convenios de Ginebra únicamente hace referencia al principio de protección de los enfermos y heridos, pero no a la protección del personal sanitario, el artículo 9 del Protocolo II llena esta laguna.

Artículo 9.  
Protocolo II

1. **El personal sanitario y religioso será respetado y protegido. Se le proporcionará toda la ayuda disponible para el desempeño de sus funciones y no se le obligará a realizar tareas que no sean compatibles con su misión humanitaria.**
2. **No se podrá exigir que el personal sanitario, en el cumplimiento de su misión, dé prioridad al tratamiento de persona alguna salvo por razones de orden médico.**

Conforme al artículo 8.2.e.ii) del Estatuto de la Corte Penal Internacional, constituye un crimen de guerra en relación con los conflictos armados no internacionales: “Dirigir intencionalmente ataques contra edificios, material, unidades y vehículos sanitarios y contra el personal habilitado para utilizar los emblemas distintivos de los Convenios de Ginebra de conformidad con el derecho internacional”.

A falta de una definición sobre qué se entiende por “personal sanitario”, el artículo 8 (terminología) del Protocolo I indica que:

Artículo 8.  
Protocolo I

**c) (...) las personas destinadas por una Parte en conflicto exclusivamente a los fines sanitarios enumerados en el apartado e) [búsqueda, recogida, transporte, diagnóstico o tratamiento de heridos, enfermos o naufragos] o a la administración de las unidades sanitarias o al funcionamiento o administración de los medios de transporte sanitarios. El destino a tales servicios podrá tener carácter permanente o temporal. La expresión comprende:**

- i) **el personal sanitario, sea militar o civil, de una Parte en conflicto, incluido el mencionado en los Convenios I y II, así como el de los organismos de protección civil;**
- ii) **el personal sanitario de las Sociedades nacionales de la Cruz Roja (Media Luna Roja, León y Sol Rojos) y otras sociedades nacionales voluntarias de socorro debidamente reconocidas y autorizadas por una Parte en conflicto;**

iii) el personal sanitario de las unidades o los medios de transporte sanitarios mencionados en el párrafo 2 del artículo 9.

Igualmente, según el artículo 8 del Protocolo I, se entiende por “personal religioso”:

**d) (...) las personas, sean militares o civiles, tales como los capellanes, dedicadas exclusivamente al ejercicio de su ministerio y adscritas:**

- i) a las fuerzas armadas de una Parte en conflicto,**
- ii) a las unidades sanitarias o los medios de transporte sanitarios de una Parte en conflicto,**
- iii) a las unidades o medios de transporte sanitarios mencionados en el párrafo 2 del artículo 9, o**
- iv) a los organismos de protección civil de una Parte en conflicto.**

**La adscripción del personal religioso puede tener carácter permanente o temporal, y son aplicables a ese personal las disposiciones pertinentes del apartado k).**

Por tanto, la protección del Protocolo II abarca tanto al personal sanitario como religioso, sea civil o militar, destinado por una parte en conflicto exclusivamente a la “búsqueda, recogida, transporte, diagnóstico o tratamiento (incluidos los primeros auxilios) de los heridos, enfermos y náufragos, así como la prevención de las enfermedades”, tengan carácter permanente o temporal, siempre y cuando lleven el signo distintivo, conforme al artículo 12 del Protocolo II.

Según el apartado k) del artículo 8 del Protocolo I (aplicable también al personal religioso):

**(...) son permanentes el personal sanitario, las unidades sanitarias y los medios de transporte sanitarios que se destinan exclusivamente a fines sanitarios por un periodo indeterminado. Son temporales el personal sanitario, las unidades sanitarias y los medios de transporte sanitarios que se dedican exclusivamente a fines sanitarios por periodos limitados y durante la totalidad de dichos periodos. Mientras no se especifique otra cosa, las expresiones personal sanitario, unidad sanitaria y medio de transporte sanitario abarcan el personal, las unidades y los medios de transporte sanitarios tanto permanentes como temporales.**

Artículo 8.  
Protocolo I

Artículo 8.  
Protocolo I

En relación con el signo distintivo, el artículo 12 del Protocolo II indica que:

**Bajo la dirección de la autoridad competente de que se trate, el signo distintivo de la cruz roja, de la media luna roja o del león y sol rojos sobre fondo blanco será ostentado tanto por el personal sanitario y religioso como por las unidades y los medios de transporte sanitarios. Dicho signo deberá respetarse en toda circunstancia. No deberá ser utilizado indebidamente.**

El artículo 8.1) del Protocolo I señala que por “signo distintivo” se entiende “la cruz roja, la media luna roja o el león y sol rojos sobre fondo blanco, cuando se utilicen para la protección de unidades y medios de transporte sanitarios y del personal sanitario y religioso, su equipo y material”.

Como se mencionó, con base en el artículo 9 del Protocolo II se imponen el deber de “respeto y protección” del personal sanitario y religioso. No obstante, para beneficiarse de la protección consagrada en el Título III del Protocolo II, este personal debe abstenerse de todo acto de hostilidad.<sup>147</sup>

El concepto de respeto implica “no atacar”.<sup>148</sup> “La protección del personal sanitario y religioso es válida durante toda la duración de la misión, incluidos los intervalos en los que no ejerce momentáneamente su función”.<sup>149</sup> Los médicos y el personal paramédico civil que cuidan a los heridos y a los enfermos sin ser miembros del personal sanitario, en el sentido del artículo 9 del Protocolo II, se benefician de la protección del artículo 10 del Protocolo II, relativo a la protección de la misión médica.<sup>150</sup>

Además, conforme al artículo 9 el personal sanitario y religioso deberá recibir toda la ayuda disponible en el ejercicio de sus funciones y no se le obligará a realizar tareas incompatibles con su misión humanitaria. El deber de no obligar a este personal a realizar tareas incompatibles con su misión humanitaria hace referencia a la situación en que el personal sanitario o religioso cae en poder del adversario. En este caso, este personal se encuentra protegido por las garantías establecidas en el artículo 5 del Protocolo II (relativo a las personas privadas de libertad), pero además, “(...) se le concede la garantía de no obligar-

147 Ibid., párr. 4673.  
148 Ibid., párr. 4674.  
149 Ibid., párr. 4675.  
150 Ibid.

lo a realizar tareas incompatibles con su misión”. Una tarea incompatible con su misión podría consistir en obligarlos a participar en operaciones militares encubiertas en operaciones sanitarias.<sup>151</sup>

Adicionalmente, conforme al párrafo 2 del artículo 9, está prohibido obligar al personal sanitario en cumplimiento de su misión, a dar prioridad de tratamiento a una persona, salvo cuando se trate de razones de orden médico. Lo anterior significa que este personal “debe ser siempre el juez de las prioridades que han de otorgarse y que sólo debe dictárselas la urgencia médica”.<sup>152</sup> En este sentido, el párrafo 3 del artículo 12 del Convenio I (sobre heridos y enfermos de las fuerzas armadas en campaña), señala que: “Sólo razones de urgencia médica autorizarán una prioridad en el orden de asistencia”.

El artículo 10 del Protocolo II (relativo a la protección general de la misión médica) se refiere no solamente a los médicos, sino también a todas las personas que ejerzan profesionalmente una actividad médica, como personal enfermero, las comadronas, los farmacéuticos o los practicantes en medicina que no hayan obtenido aún el diploma.<sup>153</sup> No se ocupa, sin embargo, de las personas civiles sin formación que presten espontáneamente auxilio, cuyo papel es tratado en el artículo 18. 1 del Protocolo II (relativo a sociedades y acciones de socorro).

El párrafo 1 del artículo 10 garantiza el principio de neutralidad de la actividad médica y la obligación de “no castigarlos”, por parte de cualquier autoridad que se encuentre en condiciones de castigar, se trate de un gobierno o de la autoridad que controla una parte del territorio (en el caso de Colombia los grupos armados irregulares al margen de la ley).<sup>154</sup> “El verbo castigar sitúa la prohibición al nivel de la sanción y cubre las sanciones de todo orden, penal o administrativo”.<sup>155</sup>

El párrafo 2 del mencionado artículo ratifica el principio del libre ejercicio de la actividad médica, es decir, que el personal médico debe poder trabajar sin coacción, basándose sólo en la ética profesional.

Según el párrafo 3 del artículo 10 del Protocolo II: “A reserva de lo dispuesto en la legislación nacional, se respetarán las obligaciones profesionales de las personas que ejerzan una actividad médica, en cuanto a la información que puedan adquirir sobre los heridos y los enfermos por ellas asistidos”. El principio del secreto médico se encuentra íntimamente ligado con el problema

Ibíd., párr. 4676.	151
Ibíd., párr. 4677.	152
Ibíd., párr. 4686.	153
Ibíd., párr. 4690.	154
Ibíd., párr. 4691.	155

de la “no delación”, que es parte de la deontología y que confiere al médico un margen de libertad de acción según su conciencia y su juicio.

El párrafo 4 establece, salvo lo dispuesto en contrario en la legislación nacional, que: “(...) la persona que ejerza una actividad médica no podrá ser sancionada de modo alguno por el hecho de no proporcionar o negarse a proporcionar información sobre los heridos y enfermos que asista o haya asistido”. En este sentido conviene tener en cuenta que si se incoaran diligencias judiciales contra una persona que ejerce una actividad médica por no haber respetado la ley, gozará de las garantías judiciales establecidas en el artículo 6 del Protocolo II.<sup>156</sup>

En Colombia, y tal y como lo señala la Defensoría del Pueblo:

**(...) el sistema jurídico colombiano protege de manera especial el secreto médico. De esta forma, en el artículo 74 de la Constitución Política se dispone que el secreto profesional es inviolable. En el artículo 28 del Código de Procedimiento Penal se determina que nadie está obligado a denunciar las conductas punibles que haya conocido por causa o con ocasión del ejercicio de actividades que le impongan legalmente secreto profesional.**

**La Ley 23 de 1981 o Código de Ética Médica define el secreto profesional médico, como aquello que no es ético o lícito revelar sin justa causa. El médico está obligado a guardar el secreto profesional en todo aquello que por razón del ejercicio de su profesión haya visto, oído o comprendido, salvo en los siguientes casos:**

- a) al enfermo, en aquello que estrictamente le concierne y convenga; a los familiares del enfermo, si la revelación es útil al tratamiento;
- b) a los responsables del paciente, cuando se trate de menores de edad o de personas mentalmente incapaces;
- c) a las autoridades judiciales o de higiene y salud, en los casos previstos por la ley;
- d) a los interesados, cuando por defectos físicos irremediables o enfermedades graves infecto-contagiosas o hereditarias, se pongan en peligro la vida del cónyuge o de su descendencia.<sup>157</sup>

156 Ibid., párr. 4706.

157 Defensoría del Pueblo, Resolución Defensorial Humanitaria No. 14, de 5 de julio de 2002, “Ataques contra misiones médicas”, pp. 9 y 10.

#### 8.4. Infracciones relacionadas con el deber de protección a unidades y medios de transporte sanitario

De forma semejante a la protección de personal sanitario y religioso (art. 9), y a la protección de la misión médica (art. 10), la protección general de las unidades y medios de transporte sanitario, reconocida en el artículo 11 del Protocolo II, es indispensable para poner en práctica el principio de protección y respeto a los heridos y enfermos, consagrado en el artículo 3 común a los Convenios de Ginebra y desarrollado en el artículo 7 del Protocolo II. En general, el artículo 11 del Protocolo II tiene como finalidad la protección y el respeto de todos los medios de transporte sanitarios militares o civiles, ya sean terrestres, aéreos, marítimos, de pantanos o fluviales.

Conforme al artículo 8 (terminología) del Protocolo I:

(...) e) se entiende por “unidades sanitarias” los establecimientos y otras formaciones, militares o civiles, organizados con fines sanitarios, a saber: la búsqueda, recogida, transporte, diagnóstico o tratamiento (incluidos los primeros auxilios) de los heridos, enfermos y náufragos, así como la prevención de las enfermedades. La expresión comprende, entre otros, los hospitales y otras unidades similares, los centros de transfusión de sangre, los centros e institutos de medicina preventiva y los depósitos de material sanitario, así como los almacenes de material sanitario y de productos farmacéuticos de esas unidades. Las unidades sanitarias pueden ser fijas o móviles, permanentes o temporales;

- f) se entiende por “transporte sanitario” el transporte por tierra, por agua o por aire de los heridos, enfermos y náufragos, del personal sanitario o religioso o del equipo y material sanitarios protegidos por los Convenios y por el presente Protocolo;
- g) se entiende por “medio de transporte sanitario” todo medio de transporte, militar o civil, permanente o temporal, destinado exclusivamente al transporte sanitario, bajo la dirección de una autoridad competente de una Parte en conflicto;
- h) se entiende por “vehículo sanitario” todo medio de transporte sanitario por tierra;
- i) se entiende por “buque y embarcación sanitarios” todo medio de transporte sanitario por agua;
- j) se entiende por “aeronave sanitaria” todo medio de transporte sanitario por aire.

Artículo 8.  
Protocolo I

Al igual que la protección de personal sanitario y religioso, la protección de unidades y medios de transporte sanitarios se refiere tanto a unidades y medios civiles como militares, ya sean permanentes o temporales (art. 8 k) del Protocolo I).

La obligación de respeto y protección de las unidades y medios de transporte sanitarios no solamente implica la obligación de no atacar, sino también la de tomar activamente medidas para que estas unidades y medios de transporte estén en condiciones de cumplir sus funciones y de prestar asistencia en caso de necesidad.<sup>158</sup> Esta obligación persiste “en todo momento”, es decir, incluso cuando aún no haya heridos o pacientes en ellos, o ya no los haya momentáneamente, a condición claro está, de que su dedicación a fines sanitarios siga siendo exclusiva.<sup>159</sup>

El signo distintivo (art. 12 del Protocolo II) hace visible la protección, al permitir identificar la unidad o el medio de transporte sanitario. No obstante, cabe señalar que el empleo del signo distintivo (cruz roja o media luna roja) y, en general, las condiciones de utilización de las unidades y los medios de transporte sanitario deben ser reglamentados por la autoridad competente de la que dependan, para evitar los abusos y hacer aplicar las normas de protección.

**Las unidades y los medios de transporte sanitarios están obligados a observar una estricta neutralidad, es decir, a no inmiscuirse de ninguna manera en las operaciones militares. Puede suceder, sin embargo, que una unidad o un medio de transporte sanitario, ateniéndose estrictamente a su misión, sea involuntariamente una molestia o un obstáculo táctico. Esta presencia podría ser interpretada equivocadamente como un acto hostil, pero no por ello cesa la protección. Sólo cesa cuando la unidad o el medio de transporte se utilice al margen de sus tareas humanitarias.**<sup>160</sup>

La protección cesa cuando una unidad o un medio de transporte sanitario cometa un acto hostil (párrafo 2 del art. 11). Sin embargo, cesa únicamente después de una intimación que, habiendo fijado –cuando proceda– un plazo razonable, no surta efectos. El adversario conminará a la unidad o al medio de transporte

158 Comité Internacional de la Cruz Roja, *Comentario del Protocolo II adicional a los Convenios de Ginebra del 12 de agosto de 1949 (Protocolo II)*, ob. cit., párr. 4714.

159 *Ibid.*, párr. 4716.

160 *Ibid.*, párr. 4722.

a que ponga fin a su acción hostil y le dará un plazo, después del cual podrá atacar si éste no obedece la orden determinante. Como los pacientes, heridos o enfermos no son responsables de los actos ilícitos cometidos por el personal que los cuida, gozan de las garantías de humanidad (arts. 4 y 7 del Protocolo II).<sup>161</sup>

El artículo 8.2.e.ii) del Estatuto de la Corte Penal Internacional señala que es un crimen de guerra en relación con los conflictos armados internos dirigir ataques intencionales contra unidades y vehículos sanitarios.

Los Elementos de los Crímenes del Estatuto de la Corte Penal Internacional señalan como elementos del crimen de guerra de dirigir ataques contra bienes o personas que utilicen emblemas distintivos de los Convenios de Ginebra (art. 8 2) e ii) los siguientes:

1. **Que el autor haya atacado a una o más personas, edificios, unidades o medios de transporte sanitarios u otros bienes que utilizaban de conformidad con el derecho internacional un emblema distintivo u otro método de identificación que indicaba que gozaban de protección con arreglo a los Convenios de Ginebra.**
2. **Que el autor haya tenido la intención de atacar esas personas, edificios, unidades o vehículos u otros objetos que utilizaban esa identificación.**
3. **Que la conducta haya tenido lugar en el contexto de un conflicto armado que no era de índole internacional y haya estado relacionada con él.**
4. **Que el autor haya sido consciente de circunstancias de hecho que establecían la existencia de un conflicto armado.**

El artículo 155 del Código Penal tipifica la destrucción de bienes e instalaciones de carácter sanitario:

**El que, con ocasión y en desarrollo de conflicto armado, sin justificación alguna basada en imperiosas necesidades militares, y sin que haya tomado previamente las medidas de protección adecuadas y oportunas, ataque o destruya ambulancias o medios de transporte sanitarios, hospitales de campaña o fijos, depósitos de elementos de socorro, convoyes sanitarios, bienes destinados a la asistencia y socorro de las personas protegidas, zonas sanitarias y desmilitarizadas, o bienes e instalaciones de carácter sanitario debidamente señalados con los signos convencionales de la Cruz Roja o de la Media Luna Roja, (...).**

Elementos de los Crímenes Estatuto de la Corte Penal Internacional

Artículo 155. Código Penal

Ibíd., párrs. 4725, 4726 y 4727.

161

### 8.5. Infracciones relacionadas con el deber de protección del signo distintivo

Según el artículo 12 del Protocolo II: “Bajo la dirección de la autoridad competente de que se trate, el signo distintivo de la cruz roja, de la media luna roja o del león y sol rojos sobre fondo blanco será ostentado tanto por el personal sanitario y religioso como por las unidades y los medios de transporte sanitarios. Dicho signo deberá respetarse en toda circunstancia. No deberá ser utilizado indebidamente”.

La identificación del personal que asiste a los heridos, enfermos y náufragos, los lugares en que se albergan y los medios de locomoción utilizados para transportarlos, tiene como finalidad hacer que la protección contenida tanto en el artículo 3 común a los Convenios de Ginebra como en el artículo 7 del Protocolo II, de protección y asistencia a heridos, enfermos y náufragos sea efectiva.<sup>162</sup>

Según el artículo 8.1) del Protocolo I, se entiende por signo distintivo: “(...) la cruz roja, la media luna roja o el león y sol rojos sobre fondo blanco, cuando se utilicen para la protección de unidades y medios de transporte sanitarios y del personal sanitario y religioso, su equipo y material”.

Para que el signo sea respetado es indispensable que se controle su uso ya que, en caso contrario, cualquiera podría utilizarlo. Es por ello que la utilización del signo distintivo está supeditada a una autorización y a un control de la autoridad competente concernida, que puede ser civil o militar. Para los que luchan contra el gobierno legal, será la autoridad de facto en el poder.

La obligación de respetar el signo distintivo “en toda circunstancia” es absoluta y válida en todo tiempo y lugar, con la excepción introducida en el artículo 11.2 del Protocolo II, es decir, cuando una unidad o un medio de transporte sanitario cometa un acto hostil.

El artículo 143 del Código Penal define como delito de perfidia:

Artículo 143.  
Código Penal

**El que con ocasión y en desarrollo de conflicto armado y con el propósito de dañar o atacar al adversario, simule la condición de persona protegida o utilice indebidamente signos de protección como la Cruz Roja o la Media Luna Roja, la bandera de las Naciones Unidas o de otros organismos intergubernamentales, la bandera blanca de parlamento o de rendición, banderas o uniformes de países neutrales o de**

162 *Ibid.*, párr. 4729.

**destacamentos militares o policiales de las Naciones Unidas u otros signos de protección contemplados en tratados internacionales ratificados por Colombia, incurrirá (...).**

**En igual pena incurrirá quien, con la misma finalidad, utilice uniformes del adversario.**

Aunque la perfidia no sólo se predica de la utilización indebida de los signos de protección, bien vale la pena explicar en qué consiste esta figura y en qué otras ocasiones se presenta.

La perfidia se inspira en el principio general del DIH de limitación, según el cual los combatientes no tiene un derecho ilimitado en la elección de los métodos y medios de combate. El concepto de perfidia, cuyo origen se encuentra en la Edad Media, consiste en la prohibición de utilizar métodos dirigidos a engañar la buena fe del adversario.

El Protocolo I Adicional a los Convenios de Ginebra establece, en su artículo 37, la prohibición de la perfidia, definiéndola en los siguientes términos:

**1. Queda prohibido matar, herir o capturar a un adversario valiéndose de medios pérfidos. Constituirán perfidia los actos que, apelando a la buena fe de un adversario con intención de traicionarla, den a entender a éste que tiene derecho a protección, o que está obligado a concederla, de conformidad con las normas de derecho internacional aplicables en los conflictos armados. Son ejemplos de perfidia los actos siguientes:**

- a) **simular la intención de negociar bajo bandera de parlamento o de rendición;**
- b) **simular una incapacitación por heridas o enfermedad;**
- c) **simular el estatuto de personal civil, no combatiente; y**
- d) **simular que se posee un estatuto de protección, mediante el uso de signos, emblemas o uniformes de las Naciones Unidas o de Estados neutrales o de otros Estados que no sean Partes en el conflicto.**

**2. No están prohibidas las estratagemas. Son estratagemas los actos que tienen por objeto inducir a error a un adversario o hacerle cometer imprudencias, pero que no infringen ninguna norma de derecho internacional aplicable en los conflictos armados, ni son pérfidos ya que no apelan a la buena fe de un adversario con respecto a la protec-**

Artículo 37.  
Protocolo I

**ción prevista en ese derecho. Son ejemplos de estratagemas los actos siguientes: el camuflaje, las añagazas, las operaciones simuladas y las informaciones falsas.**

La Comisión Interamericana de Derechos Humanos, en su Informe Especial sobre Colombia, señaló que:

**El derecho internacional humanitario prohíbe, en todo conflicto armado, el asesinar, causar heridas o capturar al adversario por medio de actos de perfidia. Sin embargo, de tanto en tanto los grupos armados disidentes en Colombia incurren en este tipo de actos. De acuerdo con la definición que provee el artículo 37 del Protocolo I, la perfidia hace referencia a actos que invitan a la confianza del adversario, simplemente para hacerle creer que él tiene la protección bajo normas del derecho internacional, y para luego traicionar esa confianza.**<sup>163</sup>

La CIDH calificó como un “acto de perfidia especialmente horripilante” el hecho ocurrido el 18 de febrero de 1998:

**Después de una confrontación armada entre las FARC y el Ejército en Fómeque, departamento de Cundinamarca, miembros de ese grupo disidente armado ocultaron una granada en los genitales de un oficial del Ejército que había caído en combate. Después de la confrontación, el Ejército evacuó los cadáveres en un helicóptero. Cuando estaban sacando los cuerpos del helicóptero en la base militar, la granada explotó mutilando el cadáver, matando dos soldados e hiriendo cinco más.**<sup>164</sup>

El Defensor del Pueblo calificó de páfida y de ataque indiscriminado contra la población civil y el personal médico y sanitario, “(...)la acción de encubrir un artefacto explosivo en el cadáver de uno de los insurgentes muertos [en los enfrentamientos ocurridos entre miembros de las AUC y miembros de las FARC el 25 de enero de 2002, en la vereda Santa Elena, municipio de San Miguel, departamento de Santander], con el fin de que se activara al menor movimiento, como efectivamente ocurrió”, al ser removido el cuerpo con el fin

Informe  
Comisión Interamericana  
de Derechos Humanos

Informe  
Comisión Interamericana  
de Derechos Humanos

163 CIDH, Tercer Informe sobre la situación de los derechos humanos en Colombia. Capítulo IV, OEA/Ser.L/V/II.102, Doc.9, rev.1, 26 de febrero de 1999, párr. 135.

164 *Ibíd.*, párr. 138.

de trasladarlo hacia la carretera. Como consecuencia de la explosión murieron dos civiles, el conductor de la ambulancia y resultó herido de consideración otro civil.<sup>165</sup>

Según el Estatuto de la Corte Penal Internacional, en su artículo 8.2.e.ix), se considera un crimen de guerra, en el marco de conflictos armados no internacionales, “matar o herir a traición a un combatiente enemigo”.

## **8.6. Infracciones relacionadas con el deber de protección de los bienes civiles**

A continuación se tratará el deber de protección frente a los bienes civiles que de manera especial protege el Protocolo II que son los indispensables para la supervivencia de la población civil, los que contienen fuerzas peligrosas y los culturales o lugares de culto.

### ***8.6.1. Deber de protección de los bienes indispensables para la supervivencia de la población civil***

El artículo 14 del Protocolo II prohíbe, en general, hacer padecer hambre a las personas civiles como método de combate. El término “hambre” debe ser interpretado en el sentido de “hambruna”, es decir, “hambre grande, escasez generalizada de alimentos”. Esta disposición constituye una aplicación del principio general de protección de la población civil enunciado en el artículo 13.

Concretamente se prohíbe atacar, destruir, sustraer o inutilizar los bienes indispensables para la supervivencia de la población civil (artículos alimenticios y las zonas agrícolas que las producen, las cosechas, el ganado, las instalaciones y reservas de agua potable y las obras de riego), cuando tengan por finalidad hacer padecer hambre a la población civil. La lista de bienes protegidos es solamente indicativa y los actos señalados no son limitativos. Igualmente, la omisión deliberada de abastecer a una población de los bienes indispensables para su supervivencia puede convertirse en un método de combate por abstención, prohibido en este artículo. Esta norma “(...) no hace más que explicitar el artículo 3 común, el cual impone a las partes en conflicto la obligación de garantizar un

Defensoría del Pueblo, Resolución Defensorial Humanitaria No. 011, 8 de abril de 2002, “Perfidia”, p. 7.

trato humano a todas las personas que no participan en las hostilidades, prohibiendo, en particular, los atentados contra la vida” (...).<sup>166</sup>

La importancia de la protección que otorga este artículo a los bienes indispensables para la supervivencia de la población civil deriva del hecho de que el Protocolo II, a diferencia del Protocolo I (art. 52), no establece una protección general a los bienes de carácter civil.

Conviene tener presente que “(...) el bloqueo y el asedio siguen siendo métodos de combate lícitos, a condición de que estén dirigidos exclusivamente contra combatientes”.<sup>167</sup>

**(...) el bloqueo consiste en interrumpir los intercambios marítimos de un país o de una de sus provincias costeras. Asediar o poner sitio es cercar una localidad enemiga privando a los que se hallan en el interior de toda comunicación para obligarlos a rendirse. El bloqueo tiene esencialmente por objeto impedir el aprovisionamiento necesario para la lucha armada (material militar) y no está dirigido especialmente contra los civiles. Pero de hecho, estos últimos son, la mayoría de las veces, los primeros afectados, especialmente los niños. Pasa lo mismo en una situación de sitio, en la que los civiles son los primeros en sufrir las consecuencias.(...)**<sup>168</sup>

La Defensoría del Pueblo se refiere al bloqueo en los siguientes términos:

**El bloqueo, en sentido amplio, es un método de hacer la guerra que consiste en impedir total o parcialmente la circulación de personas y bienes con la finalidad de eliminar o disminuir la capacidad militar del enemigo. Se busca, de esta forma, la derrota del adversario por falta de aprovisionamientos.**

**Con el bloqueo se pretende, igualmente, obstruir el acceso al enemigo de bienes destinados a la guerra, tal es el caso de las armas y municiones. Asimismo, entorpecer el paso de bienes, que dependiendo de las circunstancias, pueden ser útiles en el esfuerzo militar, como es el caso de los alimentos. Con frecuencia se busca hacer padecer hambre al enemigo.**

166 CICR, *Comentario del Protocolo II adicional a los Convenios de Ginebra del 12 de agosto de 1949*, párr. 4794.

167 *Ibíd.*, párr. 4796.

168 *Ibíd.*, párr. 4797.

**El bloqueo como método de guerra no está prohibido por el Derecho Internacional Humanitario. Incluso, en el artículo 42 de la Carta de las Naciones Unidas se autoriza al Consejo de Seguridad para que, con el objeto de mantener o restablecer la paz y la seguridad internacionales, pueda imponer bloqueos por medio de fuerzas aéreas, navales o terrestres.**<sup>169</sup>

Como la prohibición de hacer padecer hambre a la población civil es una norma que no admite excepciones, suspensión ni menoscabo, en el artículo 18.2 del Protocolo II se prevé la organización de acciones de socorro internacionales a favor de la población civil cuando ésta padezca privaciones excesivas por la falta de abastecimientos indispensables para su supervivencia. Por tanto, en el caso de que faltaran bienes indispensables, habría que autorizar las acciones internacionales previstas en el artículo 18 (*Sociedades y acciones de socorro*), con el fin de cumplir la obligación que se deriva del artículo 14.<sup>170</sup>

Normalmente, el privar a la población civil de los bienes indispensables para su supervivencia tiene como consecuencia el desplazamiento de la población, expresamente prohibido en el artículo 17 del Protocolo II, salvo cuando “lo exijan la seguridad de las personas civiles o razones militares imperiosas”(véase el numeral 8.8.4).

El Código Penal tipifica en su artículo 160 “los atentados a la subsistencia y devastación”, sancionando a quien “con ocasión y en desarrollo de conflicto armado, ataque, inutilice, dañe, retenga o se apodere de bienes o elementos indispensables para la subsistencia de la población civil”.

### **8.6.2. Deber de protección de las obras e instalaciones que contienen fuerzas peligrosas**

El Protocolo II no establece una protección general de los bienes civiles. Sin embargo, las obras e instalaciones que contienen fuerzas peligrosas son objeto de una protección particular a causa de las graves consecuencias, e incluso la pérdida de muchas vidas humanas entre la población civil, que podría acarrear su destrucción.

Defensoría del Pueblo, Resolución Defensorial Humanitaria No. 004, de septiembre 11 de 2001, “Bloqueos”, p. 6.  
CICR, *Comentario del Protocolo II adicional a los Convenios de Ginebra del 12 de agosto de 1949*, ob. cit., párr. 4798.

169  
170

Según el artículo 15 del Protocolo II: “Las obras o instalaciones que contienen fuerzas peligrosas, a saber las presas, los diques y las centrales nucleares de energía eléctrica, no serán objeto de ataques, aunque sean objetivos militares, cuando tales ataques puedan producir la liberación de aquellas fuerzas y causar, en consecuencia, pérdidas importantes en la población civil”.

El listado de bienes que contienen fuerzas peligrosas en este artículo es limitativo pero no exhaustivo. Además, el alcance de la protección de estas obras e instalaciones se limita a los casos en que el ataque pueda acarrear muchas pérdidas entre la población civil, ya que esos bienes no están protegidos en sí mismos, sino solamente en la medida en que su destrucción pueda liberar fuerzas peligrosas para la población civil.

**Esto significa que, en la eventualidad de que alguna de esas obras o instalaciones fuera un objetivo militar, podría ser atacada si con ello no se pone seriamente en peligro a la población civil. En cambio, la protección es automática, sin tener en cuenta la utilización civil, militar o mixta de la instalación o de la obra, cuando el ataque puede provocar la liberación de fuerzas peligrosas capaces de causar pérdidas importantes entre la población civil.**<sup>171</sup>

Sobre el ataque al embalse de Chingaza (Cundinamarca), la Defensoría del Pueblo señala que los ataques a las obras e instalaciones que contienen fuerzas peligrosas no sólo están prohibidos por el Protocolo II, sino también por las siguientes razones:

**(...) - se trata de bienes civiles y por tanto no pueden ser atacados.**

**- Constituyen ataques indiscriminados porque pueden alcanzar indistintamente objetivos militares y personas civiles o bienes de carácter civil. Son ataques indiscriminados, al tenor de lo dispuesto en el art. 51 del Protocolo I Adicional a los Cuatro Convenios de Ginebra, los siguientes:**

- 1. los que están dirigidos contra un objetivo militar concreto,**
- 2. los que emplean métodos o medios de combate que no pueden dirigirse contra un objetivo militar concreto, o**

171 Ibíd., párr. 4820.

**3. los que emplean métodos o medios de combate cuyos efectos no sea posible limitar conforme a lo exigido por el Protocolo.**

**- Se trata de ataques indiscriminados, realizados como parte de una estrategia de sembrar terror en la población. En este sentido, son actos terroristas, prohibidos por el artículo 3 común a los Cuatro Convenios de Ginebra y por el Protocolo II Adicional.<sup>172</sup>**

Un ataque contra un oleoducto o un gasoducto puede considerarse una infracción al artículo 15 del Protocolo II, ya que el petróleo o el gas es una fuerza peligrosa que puede causar pérdidas importantes en la población civil. La sola contaminación del medio ambiente producida por los derrames del petróleo afecta la ecología y por tanto a los civiles.<sup>173</sup> Sobre este particular ha dicho la CIDH:

**Estos grupos también han atacado (...) oleoductos. Como se anotó anteriormente, debido a que estas instalaciones tienen un “doble uso” durante las hostilidades, puede que no siempre gocen de inmunidad como presuntos objetos civiles. Sin embargo, para poder decir que un objeto fue legítimamente atacado, el objeto en cuestión debe pasar la prueba de objeto militar en las precisas circunstancias que rodeen el momento del ataque. En otras palabras, el objeto debe hacer una contribución a la acción militar y su destrucción debe ofrecer una “ventaja militar definida”. Aún en aquellos casos en los cuales dichos objetos pueden legítimamente atacados, el derecho internacional humanitario requiere que el atacante tome precauciones para asegurarse que el daño colateral a la población civil se minimice y también que el atacante ponga fin al ataque si el daño colateral anticipado fuera excesivo en relación con la clara ventaja anticipada en la destrucción del objetivo o su neutralización.**

**Aunque la Comisión no tiene suficiente información para analizar adecuadamente todos los ataques que los grupos armados disidentes en contra de (...) oleoductos, la Comisión cree que, por su alto número, muchos de estos ataques no cumplen con las normas de derecho internacional humanitario (...). La Comisión no ha recibido información**

Informe  
Comisión Interamericana  
de Derechos Humanos

Defensoría del Pueblo, Resolución Defensorial No. 009, 19 de febrero de 2002, “Ataques contra reservas de agua”, p. 5.  
Alejandro Valencia Villa, *Derecho humanitario para Colombia*, Defensoría del Pueblo, Bogotá, 1994, p. 239.

172  
173

que permita medir qué tan afectada ha sido la población civil por cada uno de estos ataques, que presuntamente resulta en considerable contaminación de agua potable, el suelo, etc.

Sin embargo, la Comisión encuentra difícil creer que, en cada una de dichas ocasiones, los oleoductos constituirían un legítimo objetivo militar cuya destrucción habría dado, en las circunstancias específicas presentadas al momento del ataque, una “ventaja militar definida”. Dada la oposición ideológica del ELN en contra de la explotación extranjera de los recursos colombianos, la Comisión opina que el ELN frecuentemente lleva a cabo estos ataques como un gesto simbólico y/o en retaliación por el no pago de los “impuesto de guerra” por parte de estas empresas extranjeras, más que con un propósito de obtener ventaja militar. Algunos de estos ataques a los oleoductos han violado de manera evidente las normas del derecho internacional humanitario. El reciente ataque del ELN al oleoducto Central de Segovia, Antioquia, resultando en un incendio que dejó 46 muertos y 70 heridos en el caserío Machuca, es uno de estos ataques. Analizando las circunstancias del ataque, queda claro que el grupo armado disidente no había tomado las precauciones necesarias para evitar daños excesivos a la población civil.<sup>174</sup>

La Defensoría del Pueblo, en la Resolución Defensorial Humanitaria No. 007 del 5 de diciembre de 2001 consideró que:

(...) los ataques contra la infraestructura petrolera del país, constituyen un ataque sistemático de la guerrilla, que ocasiona la destrucción del medio ambiente natural; la contaminación de las fuentes de agua; la pérdida de cultivos y animales y en algunos casos la muerte de personas civiles. Sobre el particular, cabe recordar los trágicos hechos ocurridos el 18 de octubre de 1998, en el caserío de Machuca, municipio de Segovia, en el departamento de Antioquia, donde más de setenta personas civiles murieron, entre ellas 32 niños; 32 resultaron heridas y 634 viviendas fueron destruidas, como consecuencia de la voladura de un tramo del Oleoducto Central por parte del Ejército de Liberación Nacional.\*

Resolución Defensorial  
Humanitaria  
Defensoría del Pueblo

174

CIDH, Tercer Informe sobre la situación de los derechos humanos en Colombia. Capítulo IV, “Violencia y violación del derecho internacional de los derechos humanos y el derecho internacional humanitario”, OEA/Ser.L/V/II.102. Doc. 9, rev. 1, del 26 de febrero de 1999, párrs. 141 a 143.

\*

República de Colombia. Ministerio de Defensa, Informe Anual de Derechos Humanos y Derecho Internacional Humanitario, año 2000, pp. 162 a 167.

Los ataques cometidos contra los oleoductos por parte de los grupos guerrilleros son contrarios al Derecho Internacional Humanitario por las siguientes razones:

- a. Se trata de bienes civiles y por lo tanto no deben ser atacados en ninguna circunstancia.
- b. Están prohibidos los ataques indiscriminados. Como arriba se señaló, se entiende por tales, aquellos ataques cuyos efectos nocivos sobre las personas civiles o los bienes civiles sea imposible limitar. La voladura de oleoductos produce efectos sobre el medio ambiente, cuya nocividad es muy difícil de restringir.
- c. La voladura de oleoductos produce la pérdida de cosechas y ganado; atenta contra las reservas de agua potable y las obras de riego, todos estos considerados bienes civiles por el Derecho Internacional Humanitario.
- d. La liberación del petróleo o sus derivados puede causar pérdidas importantes en la población civil por tratarse de una fuerza peligrosa.
- e. La voladura de oleoductos no contribuye eficazmente a la acción militar ni ofrece en las circunstancias en las que se presenta en Colombia una ventaja militar definida (...).<sup>175</sup>

En derecho interno, el artículo 157 del Código Penal colombiano tipifica “el ataque contra obras e instalaciones que contienen fuerzas peligrosas”. En el párrafo primero del mencionado artículo se señala como conducta punible:

**El que, con ocasión y en desarrollo de conflicto armado, sin justificación alguna basada en imperiosas necesidades militares, ataque presas, diques, centrales de energía eléctrica, nucleares u otras obras o instalaciones que contengan fuerzas peligrosas, debidamente señalados con los signos convencionales, incurrirá (...).**

Por tanto, en derecho interno se amplía el nivel de protección dado por el Protocolo II a la población civil, toda vez que el ataque es punible, no solamente cuando pueda liberar fuerzas peligrosas y poner en peligro a la población civil (tal y como se indica en el art. 15 del Protocolo II y párrafo 2 del art. 157 del Código Penal), sino también cuando se realice “sin justificación alguna basada en imperiosas necesidades militares”.

Artículo 157.  
Código Penal

Defensoría del Pueblo, Resolución Defensorial Humanitaria No. 7 del 5 de diciembre de 2001, “Ataques contra oleoductos”, p. 9.

El artículo 157 del Código Penal señala, sin embargo, una restricción al indicar que los bienes protegidos deben estar debidamente señalados con signos convencionales. Se dice que se trata de una restricción porque el artículo 15 del Protocolo II no establece este requisito. En cuanto al signo convencional, según el artículo 56.7 del Protocolo I:

**(...), las Partes en conflicto podrán marcarlos con un signo especial consistente en un grupo de tres círculos de color naranja vivo a lo largo de un mismo eje, como se indica en el artículo 16 Anexo I del presente Protocolo. La ausencia de tal señalización no dispensará en modo alguno a las Partes en conflicto de las obligaciones dimanantes del presente artículo.**

Como la existencia o inexistencia del signo distintivo es facultativa, en el sentido de que su inexistencia no dispensa a las partes en conflicto del cumplimiento de las obligaciones que dimanen tanto del Protocolo I como del Protocolo II (donde no existe una referencia expresa al mismo), se puede afirmar que la existencia de un signo distintivo convencional en estos bienes no puede constituir un requisito del tipo penal colombiano, es decir, en el caso de que una de las partes en conflicto destruyera, por ejemplo, una presa que no contara con el signo distintivo (y liberara fuerzas peligrosas para la población civil), no podrá argumentar en su defensa que el bien atacado no se encontraba protegido por el tipo penal, al no encontrarse debidamente señalado.

El artículo 154 del Código Penal tipifica, además, las conductas que, (...) fuera de los casos especialmente previstos como conductas punibles sancionadas con pena mayor, destruyan (...) por medios excesivos en relación con la ventaja militar concreta prevista de los bienes protegidos por el Derecho Internacional Humanitario” (las obras e instalaciones que contienen fuerzas peligrosas pertenecen a este tipo de bienes según el art. 154.).

### ***8.6.3. Deber de protección de los bienes culturales y de los lugares de culto***

Los bienes culturales y los lugares de culto figuran entre el número reducido de bienes protegidos por el Protocolo II. Según el artículo 16 de este instrumento:

**Sin perjuicio de las disposiciones de la Convención de La Haya del 14 de mayo de 1954 para la Protección de los Bienes Culturales en caso de Conflicto Armado, queda prohibido cometer actos de hostilidad dirigidos contra los monumentos históricos, las obras de arte o los lugares de culto que constituyen el patrimonio cultural o espiritual de los pueblos, y utilizarlos en apoyo del esfuerzo militar.**

En este artículo se hace referencia a la Convención de La Haya de 1954 (aprobada bajo los auspicios de la Unesco), para evitar interpretaciones divergentes entre ambos instrumentos. La expresión “sin perjuicio de” significa que el Protocolo II no modifica las condiciones de aplicación de la Convención de La Haya, que es expresamente aplicable a las situaciones de conflicto armado no internacional (art. 19, Conflictos de carácter no internacional), siempre y cuando el Estado en el que se desarrolle el conflicto haya ratificado esta Convención, como es el caso de Colombia. En caso contrario, solamente se aplicaría el artículo 16 del Protocolo II.<sup>176</sup>

La protección de los bienes culturales y de los lugares de culto se garantiza por medio de dos prohibiciones complementarias:

- 1. La prohibición de cometer actos de hostilidad contra estos bienes. Debe entenderse por acto de hostilidad todo acto relacionado con el conflicto que cause o pueda causar daños materiales a los bienes protegidos. Se prohíben tanto las agresiones en sí como todo acto dirigido contra los bienes protegidos. Por tanto, no es necesario que se produzcan daños para que dicha disposición sea violada.**
- 2. La prohibición de utilizar los bienes protegidos en apoyo del esfuerzo militar. Se entiende por “esfuerzo militar”, todas las actividades militares destinadas a la conducción de las hostilidades. La prohibición tiene como fundamento que si estos bienes se utilizaran como apoyo del esfuerzo militar, podrían convertirse en objetivos militares si su destrucción total o parcial ofreciese al adversario una ventaja militar concreta, por lo que su protección resultaría ilusoria.<sup>177</sup>**

Artículo 16.  
Protocolo II

Comentario del  
Protocolo II  
Comité Internacional  
de la Cruz Roja

CICR, *Comentario del Protocolo II adicional a los Convenios de Ginebra del 12 de agosto de 1949*, ob. cit., párr. 4832.  
Ibíd., párrs. 4845 y 4846.

176  
177

Respecto a qué se entiende por bienes culturales (monumentos históricos y obras de arte), el artículo 1 de la Convención de La Haya de 1954, señala:

**Para los fines de la presente Convención, se considerarán bienes culturales, cualquiera que sea su origen y propietario:**

- a. Los bienes, muebles o inmuebles, que tengan una gran importancia para el patrimonio cultural de los pueblos, tales como los monumentos de arquitectura, de arte o de historia, religiosos o seculares, los campos arqueológicos, los grupos de construcciones que por su conjunto ofrezcan un gran interés histórico o artístico, las obras de arte, manuscritos, libros y otros objetos de interés histórico, artístico o arqueológico, así como las colecciones científicas y las colecciones importantes de libros, de archivos o de reproducciones de los bienes antes definidos;**
- b. Los edificios cuyo destino principal y efectivo sea conservar o exponer los bienes culturales muebles definidos en el apartado a. tales como los museos, las grandes bibliotecas, los depósitos de archivos, así como los refugios destinados a proteger en caso de conflicto armado los bienes culturales muebles definidos en el apartado a.;**
- c. Los centros que comprendan un número considerable de bienes culturales definidos en los apartados a. y b., que se denominarán “centros monumentales”.**

Por lugares de culto deben entenderse únicamente aquellos “que constituyen el patrimonio cultural o espiritual de los pueblos”. Se trata de lugares que, independientemente de su valor cultural, tienen un valor espiritual y expresan la conciencia de los pueblos.<sup>178</sup>

La protección que concede la Convención de La Haya de 1954 puede considerarse más amplia, en cierto sentido, que la otorgada por el Protocolo II, ya que prescribe, por un lado, la salvaguardia de los bienes culturales contra los efectos previsibles de un conflicto armado, lo que implica la adopción de medidas en tiempo de paz (arts. 3 y 19). Por otro lado, prescribe el respeto de dichos bienes, con la prohibición de utilizar sus sistemas de protección y sus proximidades inmediatas para fines que pudieran exponerlos a destrucción o deterioro en caso de conflicto armado, y obliga a abstenerse de todo acto de hostilidad

178 *Ibíd.*, párr. 4839.

respecto de tales bienes (art. 4, párr. 1). Además, los Estados Partes de la Convención se comprometen a prohibir, a impedir y a hacer cesar, en caso necesario, cualquier acto de robo, de pillaje, de ocultación o apropiación de bienes culturales, bajo cualquier forma que se practique, así como todos los actos de vandalismo contra dichos bienes.<sup>179</sup>

Conviene destacar que mientras la Convención prevé la posibilidad de dejar sin efecto las anteriores obligaciones en caso de necesidad militar imperativa (art. 4, párr. 2), el artículo 16 del Protocolo estipula la prohibición de cometer cualquier acto de hostilidad, sin excepción.

El Código Penal, en su artículo 156, tipifica la destrucción o utilización ilícita de bienes culturales y lugares de culto, de forma que:

**(...) el que, con ocasión y en desarrollo de conflicto armado, sin justificación alguna basada en imperiosas necesidades militares y sin que previamente haya tomado las medidas de protección adecuadas y oportunas, ataque y destruya monumentos históricos, obras de arte, instalaciones educativas o lugares de culto, que constituyan el patrimonio cultural o espiritual de los pueblos, debidamente señalados con los signos convencionales, o utilice tales bienes en apoyo de esfuerzo militar, incurrirá en (...).**

Dado que el Protocolo II establece un umbral de protección superior para estos bienes y lugares respecto de la Convención, cuando prohíbe cualquier acto de hostilidad en contra de estos bienes sin excepción alguna, no operará la excepción contemplada en el artículo 156 del Código Penal, para los casos en que exista alguna justificación basada en imperiosas necesidades militares.

Finalmente, según el artículo 154 del Código Penal, los bienes culturales y los lugares destinados al culto son bienes protegidos por el DIH y, por tanto, será sancionado el que, con ocasión y en desarrollo de conflicto armado, y fuera de los casos especialmente previstos como conductas punibles sancionadas con pena mayor, destruya o se apropie de esos bienes por medios ilegales o excesivos en relación con la ventaja militar concreta prevista.

El artículo 8.2.e.iv) del Estatuto del Corte Penal Internacional señala que es un crimen de guerra en el caso de conflictos armados no internacionales: “dirigir intencionalmente ataques contra edificios dedicados al culto religioso, la educación, las artes, las ciencias o la beneficencia, los monumentos, los hospitales, a condición de que no sean objetivos militares”.

Artículo 156.  
Código Penal

Los Elementos de los Crímenes del Estatuto de la Corte Penal internacional señalan como elementos del crimen de dirigir ataques contra objetos protegidos\* (art. 8 2) e) iv) los siguientes:

- 1 **Que el autor haya lanzado un ataque.**
- 2 **Que el ataque haya estado dirigido contra uno o más edificios dedicados a la religión, la educación, las artes, las ciencias o la beneficencia, los monumentos históricos, los hospitales o los lugares en que se agrupe a enfermos y heridos que no sean objetivos militares.**
- 3 **Que el autor haya tenido la intención de dirigir el ataque contra tales edificios dedicados a la religión, la educación, las artes, las ciencias o la beneficencia, monumentos históricos, hospitales o lugares en que se agrupa a enfermos y heridos que no sean objetivos militares.**
- 4 **Que la conducta haya tenido lugar en el contexto de un conflicto armado que no era de índole internacional y haya estado relacionada con él.**
- 5 **Que el autor haya sido consciente de circunstancias de hecho que establecían la existencia de un conflicto armado.**

\*

La presencia en la localidad de personas especialmente protegidas en virtud de los Convenios de Ginebra de 1949 o de fuerzas de policía con el único fin de mantener el orden público no la convierte en un objetivo militar.

## Tipología de las infracciones

### Infracciones relacionadas con los derechos de las personas que no participan directamente en las hostilidades

- a) Los atentados contra la vida, especialmente el homicidio en todas sus formas.
- b) La tortura, los tratos o penas crueles, inhumanos o degradantes, y las violaciones sexuales y otros actos de violencia sexual.
- c) La privación de la libertad personal exigiendo una condición expresa o tácita respecto de su seguridad o su libertad.
- d) Los castigos colectivos.
- e) Los actos de terrorismo.
- f) La esclavitud y la trata de esclavos en todas sus formas.
- g) El pillaje.
- h) Las amenazas de realizar los anteriores actos.
- i) El reclutamiento de personas menores de dieciocho años.
- j) 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.
- k) Forzar a las personas civiles a abandonar su propio territorio por razones relacionadas con el conflicto.

### Infracciones relacionadas con las personas privadas de libertad por motivos relacionados con el conflicto armado

- a) No ofrecerles alimentos y agua potable ni garantías de salubridad e higiene y de protección contra los rigores del clima y los peligros del conflicto armado.
- b) Negarles el derecho a recibir socorros individuales o colectivos.
- c) No permitirles practicar su religión, cuando así lo soliciten y proceda, ni recibir la asistencia espiritual.

- d) Impedirles, en caso de que deban trabajar, el goce de condiciones de trabajo y garantías análogas a aquellas de que disfrute la población civil local.
- e) Obligarlos a desempeñar trabajos insalubres, humillantes o peligrosos.
- f) No autorizarlos para enviar y recibir cartas y tarjetas postales.
- g) Situar los lugares de internamiento y detención en la proximidad de la zona de combate.
- h) No evacuarlos 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.
- i) No aprobarles exámenes médicos.
- j) Poner en peligro su salud o integridad física, mediante acciones u omisiones injustificadas.
- k) Someterlas a cualquier intervención médica que no esté indicada por su estado de salud y que no esté de acuerdo con las normas médicas generalmente reconocidas que se aplicarían en análogas circunstancias médicas a las personas no privadas de libertad.

### Infracciones al debido proceso legal

- a) No informar al acusado de los detalles de la infracción que se le atribuye.
- b) Informar con demora al acusado de los detalles de la infracción que se le atribuye.
- c) No garantizar al acusado, en las actuaciones que precedan al juicio y en el curso de éste, todos los derechos y medios de defensa necesarios.
- d) Condenar a una persona a una infracción con fundamentos distintos a los de la responsabilidad penal individual.

- e) Condenar a una persona por actos u omisiones que en el momento de cometerse no fueran delictivos según el derecho.
- f) Imponer al condenado una pena más grave que la aplicable en el momento de cometerse la infracción.
- g) Impedir que el condenado se beneficie de una pena más leve si, con posterioridad a la comisión de la infracción, la ley la dispusiera.
- h) No presumir la inocencia de una persona acusada o presumir su culpabilidad sin pruebas recaudadas conforme a la ley.
- i) Impedir que la persona acusada se halle presente al momento de ser juzgada.
- j) Obligar a la persona acusada a declarar contra sí misma o a confesarse culpable.

### **Infracciones relacionadas con el deber de protección y asistencia a heridos, enfermos y náufragos**

- a) Realizar actos de hostilidad contra los heridos, enfermos y náufragos.
- b) No buscar ni recoger a los heridos, enfermos y náufragos.
- c) No asistir a los heridos, enfermos y náufragos.

### **Infracciones relacionadas con el deber de protección del personal sanitario y religioso**

- a) No respetar ni proteger al personal sanitario y religioso.
- b) No proporcionar al personal sanitario y religioso ayuda disponible para el desempeño de sus funciones
- c) Obligar al personal sanitario y religioso a realizar tareas que no sean compatibles con su misión humanitaria.

- d) Exigir que el personal sanitario, en el cumplimiento de su misión, dé prioridad al tratamiento de persona alguna salvo por razones de orden médico.

### **Infracciones relacionadas con el deber de protección de unidades y medios de transporte sanitario**

- a) No proteger ni respetar las unidades y los medios de transporte sanitarios.
- b) No tomar medidas para que estas unidades y medios de transporte estén en condiciones de cumplir sus funciones y de prestar asistencia en caso de necesidad.
- c) Dirigir ataques intencionales contra unidades y vehículos sanitarios.

### **Infracciones relacionadas con el deber de respeto y uso debido del signo, emblema o uniformes de organismos humanitarios. La perfidia**

- a) No respetar los signos, emblemas o uniformes de organismos humanitarios.
- b) Utilizar indebidamente signos de protección como la Cruz Roja o la Media Luna Roja, la bandera de las Naciones Unidas o de otros organismos intergubernamentales, la bandera blanca de parlamento o de rendición, banderas o uniformes de países neutrales o de destacamentos militares o policiales de las Naciones Unidas u otros signos de protección.
- c) Utilizar métodos dirigidos a engañar la buena fe del adversario.
- d) Simular la intención de negociar bajo bandera de parlamento o de rendición.

- e) Simular una incapacitación por heridas o enfermedad.
- f) Simular el estatuto de personal civil, no combatiente.
- g) Simular que se posee un estatuto de protección, mediante el uso de signos, emblemas o uniformes de las Naciones Unidas o de Estados neutrales o de otros Estados que no sean Partes en el conflicto.

### **Infracciones relacionadas con el deber de protección de los bienes civiles**

- a) Emplear métodos o medios de combate que no pueden dirigirse contra un objetivo militar concreto.
- b) Emplear métodos o medios de combate cuyos efectos no sea posible limitar.
- c) Realizar ataques indiscriminados, realizados como parte de una estrategia de sembrar terror en la población civil.
- d) Utilizar los bienes protegidos en apoyo del esfuerzo militar.
- e) Hacer padecer hambre a las personas civiles como método de combate.
- f) Atacar, destruir, sustraer o inutilizar los bienes indispensables para la supervivencia de la población civil.
- g) Utilizar el bloqueo o el asedio como método de combate contra la población civil.
- h) Atacar las obras o instalaciones que contienen fuerzas peligrosas, a saber: las presas, los diques y las centrales nucleares y de energía eléctrica.
- i) Cometer actos de hostilidad dirigidos contra los monumentos históricos, las obras de arte o los lugares de culto que constituyen el patrimonio cultural o espiritual de los pueblos.
- j) Utilizar, en apoyo del esfuerzo militar, los monumentos históricos, las obras de arte o los lugares de culto que constituyen el patrimonio cultural o espiritual de los pueblos.



## 1. Introducción

El desplazamiento forzado puede conllevar múltiples violaciones de derechos humanos, muchas de las cuales han sido tratadas en capítulos anteriores. Sin embargo, independientemente de otras violaciones, el desplazamiento forzado siempre desconoce los derechos y la libertad de circulación y residencia. Por esa razón, antes de abordar el desplazamiento como una violación se tratará lo relativo a estos derechos.

El derecho a la libertad de circulación y residencia se encuentra reconocido en el artículo 8 de la Declaración Universal de los Derechos Humanos, en el artículo 12 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos (PIDCP), y en el artículo 22 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos (en adelante Convención Americana). Este derecho implica que toda persona que sea nacional de un Estado, o aquellos que se hallen legalmente en un Estado, tienen el derecho a circular por el mismo y a residir en él con sujeción a las disposiciones legales.

Sin embargo, tanto el PIDCP (art. 4) como la Convención Americana (art. 27) permiten la suspensión del derecho de circulación y residencia en caso de guerra, de peligro público o de otra emergencia que amenace la independencia o seguridad del Estado.<sup>1</sup> Asimismo, constituye una infracción al derecho humanitario cuando se desconoce el artículo 17 del Protocolo II Adicional a los Convenios de Ginebra (véase el Capítulo XVII, numeral 8.8.4). Además, tanto el párrafo 3 del artículo 12 del PIDCP, como los párrafos 3 y 4 del artículo 22 de la Convención Americana, prevén la posibilidad de restricción de este derecho, siempre y cuando estas limitaciones: 1) sean establecidas por la ley; 2) sean necesarias para proteger la seguridad nacional, el orden público, la salud o la moral públicas, o los derechos y las libertades de terceros, y sean compatibles con los demás derechos reconocidos en el PIDCP o en la Convención Americana.

Esta medida puede ser adoptada: 1) por un tiempo limitado; 2) siempre que tales medidas no sean incompatibles con otras obligaciones derivadas de otros tratados internacionales ratificados por el país; 3) no entrañen discriminación alguna.

1

En este sentido, el Comité de Derechos Humanos señaló que:

**11. El párrafo 3 del artículo 12 prevé circunstancias excepcionales en que los derechos que confieren los párrafos 1 y 2 pueden restringirse. La disposición autoriza al Estado a restringir esos derechos sólo para proteger la seguridad nacional, el orden público, la salud o la moral públicas y los derechos y libertades de terceros. Para ser permisibles, las restricciones deben ser previstas por la ley, deben ser necesarias en una sociedad democrática para proteger los fines mencionados y deben ser compatibles con todos los demás derechos reconocidos en el Pacto (véase el párrafo 18, *infra*).**

**12. La propia ley tiene que determinar las condiciones en que pueden limitarse esos derechos. Los informes de los Estados, por lo tanto, deben señalar específicamente las normas legales sobre las cuales se fundan las restricciones. Las restricciones no previstas en la ley o que no se ajusten a los requisitos del párrafo 3 del artículo 12 violarían los derechos garantizados en los párrafos 1 y 2.**

**13. Al aprobar leyes que prevean restricciones permitidas en virtud del párrafo 3 del artículo 12, los Estados deben guiarse siempre por el principio de que las restricciones no deben comprometer la esencia del derecho (véase el párrafo 1 del artículo 5); no se debe invertir la relación entre derecho y restricción, entre norma y excepción. Las leyes que autoricen la aplicación de restricciones deben utilizar criterios precisos y no conferir una discrecionalidad sin trabas a los encargados de su aplicación.**

**14. El párrafo 3 del artículo 12 indica claramente que no basta con que las restricciones se utilicen para conseguir fines permisibles; deben ser necesarias también para protegerlos. Las medidas restrictivas deben ajustarse al principio de proporcionalidad; deben ser adecuadas para desempeñar su función protectora; deben ser el instrumento menos perturbador de los que permitan conseguir el resultado deseado, y deben guardar proporción con el interés que debe protegerse.**

**15. El principio de proporcionalidad debe respetarse no sólo en la ley que defina las restricciones sino también por las autoridades administrativas y judiciales que la apliquen. Los Estados deben garantizar que**

todo procedimiento relativo al ejercicio o restricción de esos derechos se lleve a cabo con celeridad y que se expliquen las razones de la aplicación de medidas restrictivas.

**16. A menudo, los Estados no han conseguido demostrar que la aplicación de las disposiciones legales por las que restringen los derechos enunciados en los párrafos 1 y 2 del artículo 12 cumple con todos los requisitos mencionados en el párrafo 3 de dicho artículo. La aplicación de restricciones en cualquier caso particular debe tener un fundamento jurídico claro y cumplir con el criterio de ser necesarias y con el requisito de proporcionalidad. No se cumplirían esas condiciones, por ejemplo, si se impidiera a una persona salir del país por el simple motivo de ser depositaria de “secretos de Estado”, o si se impidiera a una persona desplazarse por el interior sin un permiso especial. En cambio, cabe que se cumplan las condiciones en caso de restricciones de acceso a zonas militares por motivos de seguridad nacional o de limitaciones para establecerse libremente en regiones habitadas por comunidades indígenas o minoritarias.**

(...)

**18. La aplicación de las restricciones permisibles en virtud del párrafo 3 del artículo 12 debe ser compatible con otros derechos consagrados en el Pacto y con los principios fundamentales de igualdad y no discriminación. Por ejemplo, el restringir los derechos consagrados en los párrafos 1 y 2 del artículo 12 haciendo distinciones de cualquier clase, como raza, color, sexo, idioma, religión, opinión política o de otra índole, origen nacional o social, posición económica, nacimiento o cualquier otra condición social constituiría una clara violación del Pacto (...).<sup>2</sup>**

La Constitución Política de Colombia (CP) en su artículo 24 consagra el derecho de “todo colombiano, con las limitaciones que establezca la ley”, a circular libremente por el territorio nacional, a entrar y salir de él, y a permanecer y residenciarse en Colombia.

En relación con el desplazamiento forzado interno de personas, el Comité de Derechos Humanos, sobre la interpretación del artículo 12 del PIDCP, señaló

Comité de Derechos Humanos, Observación General No. 27, “Libertad de circulación”, párrs. 11 a 16 y 18.

que: “Con sujeción a las disposiciones del párrafo 3 del artículo 12, el derecho a residir en el lugar escogido dentro del territorio incluye la protección contra toda forma de desplazamiento interno forzado (...)”.<sup>3</sup>

En este mismo sentido la Corte Constitucional, respecto al desplazamiento forzado que sufrió la población de la aldea Bellacruz, Cesar, señaló que:

**(...) era un derecho de esas personas a permanecer en paz en su propio hogar, en su propia tierra, algo que ha sido reconocido por las Naciones Unidas en el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, artículo 12 (...).**

**Norma que tiene su extensión en cuanto a desplazados, en la Resolución 1994/24 de las mismas Naciones Unidas, que incluye el traslado en el caso de ser difícil la permanencia, y de todas maneras permanece el derecho a regresar con seguridad y dignidad al lugar de origen.**

**Y, la Convención Americana sobre Derechos Humanos, el artículo 22, no solamente repite lo dicho por las Naciones Unidas sino que establece como única restricción:**

**El ejercicio de los derechos anteriores no puede ser restringido sino en virtud de una ley, en la medida indispensable en una sociedad democrática, para prevenir infracciones penales o para proteger la seguridad nacional, la seguridad o el orden públicos, la moral o la salud públicas o los derechos y libertades de los demás.**

**Como se aprecia, sólo el legislador puede restringir ese derecho de las personas a permanecer o a circular y la restricción sólo puede tener los objetivos allí señalados, es decir, que la ley restrictiva no puede alejarse de los parámetros fijados en el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos y en la Convención Americana sobre Derechos Humanos.**<sup>4</sup>

3 Ibid., párr. 7.

4 Corte Constitucional, sentencia T-227 de 1997, M. P. Alejandro Martínez Caballero.

## 2 Los desplazados internos

En el ámbito internacional, la prohibición de los desplazamientos forzados se deriva de los anteriores instrumentos internacionales y, en el caso de conflictos armados no internacionales, se encuentra expresamente consagrada en el artículo 17 del Protocolo II adicional a los Convenios de Ginebra de 1949:

### 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.**

Además, puede encontrarse implícita en el artículo 3 común a los cuatro Convenios de Ginebra, dentro de la prohibición de tratos inhumanos o degradantes (véase el Capítulo XVII sobre derecho internacional humanitario, numeral 8.8.4). Conforme al Estatuto de la Corte Penal Internacional (art. 8.2.e.viii)), constituye un crimen de guerra en el caso de conflictos armados no internacionales, “(...) ordenar el desplazamiento de la población civil por razones relacionadas con el conflicto, a menos que así lo exija la seguridad de los civiles de que se trate o por razones militares imperativas”.

Igualmente, el Principio 6 de los Principios Rectores de los Desplazamientos Internos<sup>5</sup> (en adelante Principios Rectores), establece la prohibición de desplazamientos arbitrarios, entre los que se incluyen los desplazamientos: “(...) b) en situaciones de conflicto armado, a menos que así lo requiera la seguridad de la población civil afectada o razones militares imperativas; (...) e) cuando se utilicen como castigo colectivo”.

En este sentido, los artículos 159 y 180 del Código Penal tipifican, respectivamente: 1) la deportación, expulsión, traslado o desplazamiento forzado de la población civil; y 2) el desplazamiento forzado.

Pese a las anteriores prohibiciones, y tal y como lo señaló la Defensoría del Pueblo:

Presentados por el Representante Especial del Secretario General para la cuestión de los desplazados internos a la Comisión de Derechos Humanos en 1998, en su Informe E/CN.4/1998/Add.2.

Artículo 17.  
Protocolo II

(...) el desplazamiento forzado de la población continúa siendo la más evidente manifestación del irrespeto sistemático de los actores armados del Derecho Internacional Humanitario. Es la combinación de las diferentes estrategias que están siendo empleadas en el país por parte de grupos guerrilleros y autodefensa, y que convierten a la población civil en el blanco de sus actuaciones. El homicidio, selectivo o colectivo, las amenazas, los bloqueos económicos, los ataques a poblados se presentan como las principales causas que generan desplazamiento y todas tiene en común el irrespeto a las normas que regulan los conflictos armados.<sup>6</sup>

En relación con el fenómeno del desplazamiento forzado interno de personas, la Corte Constitucional declaró en su sentencia SU-1150 de 2000 que este fenómeno conlleva una

(...) violación múltiple, masiva y continua de los derechos de las personas obligadas a emigrar. Por una parte, es claro que estas personas tienen que abandonar su domicilio en razón del riesgo que observan para su vida e integridad personal, peligro que se deriva de las amenazas directas que les son formuladas o de la percepción que desarrollan por los múltiples actos de violencia que tienen lugar en sus sitios de residencia.

El desplazamiento forzado comporta obviamente una vulneración del derecho de los nacionales a escoger su lugar de domicilio, al igual que su derecho al libre desarrollo de la personalidad. Asimismo, dado el ambiente intimidatorio que precede a los desplazamientos, estas personas ven conculcados sus derechos de expresión y de asociación.

De igual manera, en razón de las precarias condiciones que deben afrontar las personas que son obligadas a desplazarse se presenta un atropello de los derechos de los niños, de las mujeres cabeza de familia, de los discapacitados y de las personas de la tercera edad. Además, todas las personas forzadas a abandonar sus lugares de origen sufren un detrimento en sus ya de por sí afectados derechos económicos, sociales y culturales, y frecuentemente son sometidos a la dispersión de sus familias.

6

Defensoría del Pueblo, Resolución Defensorial Humanitaria No. 01, de abril de 2002, "Desplazamiento forzado", párr. 1.

También existe acuerdo acerca de que la vulneración de los derechos citados implica la violación de los distintos instrumentos internacionales de derechos humanos y de derecho internacional humanitario, tales como el Pacto Internacional de derechos civiles y políticos, el Pacto Internacional de derechos económicos, sociales y culturales, la Convención de los derechos del niño, la Convención sobre la eliminación de todas las formas de discriminación contra la mujer, la Convención americana sobre derechos humanos o Pacto de San José, el artículo 3 común a los Convenios de Ginebra y el Protocolo II adicional a los Convenios de Ginebra.<sup>7</sup>

En el ámbito de las Naciones Unidas, se consideran “desplazados forzados”:

**Personas o grupos de personas que se han visto forzadas u obligadas a escapar o huir de su hogar o de su lugar de residencia habitual en particular como resultado de un conflicto armado, situaciones de violencia generalizada, violaciones de derechos humanos o catástrofes naturales o provocadas por el ser humano en el mismo país.<sup>8</sup>**

Conforme al artículo 1 de la Ley 387 de 1997:

**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, 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.**

Informe  
Representante del  
Secretario General  
de las Naciones Unidas

Artículo 1.  
Ley 387 de 1997

Corte Constitucional, sentencia SU-1150 de 2002, M. P. Eduardo Cifuentes Muñoz, párrs. 31 y 32.  
Naciones Unidas, Informe analítico del Secretario General sobre desplazados forzados E/CN.4/1992/23, del 14 de febrero de 1992; estudio comprensivo preparado por el representante del Secretario General para asuntos de derechos humanos relacionados con desplazamientos forzados, E/CN.4/1993/35, anexo 21, de enero de 1993. Igualmente, los Principios Rectores de los desplazamientos internos definen en su Introducción (punto 2) qué se entiende por desplazados internos.

7  
8

La diferencia entre “refugiados” y “desplazados” consiste en que a pesar de que ambos se ven forzados a abandonar sus hogares por las mismas razones, los desplazados permanecen dentro del territorio nacional, lo cual significa que no pueden acceder al régimen de protección especial otorgado a los refugiados dentro del derecho internacional. Más aún, la presencia de los desplazados “dentro del territorio nacional implica que su propio gobierno tiene la responsabilidad primordial de satisfacer sus necesidades de protección y asistencia”.<sup>9</sup>

Conviene tener en cuenta que mientras los desplazados se ven forzados a migrar dentro del territorio nacional del Estado del que son nacionales, los refugiados se ven forzados a emigrar a otro país del que no son nacionales como consecuencia de un conflicto armado, situaciones de violencia generalizada, violaciones masivas de los derechos humanos, entre otros; los trabajadores migratorios son aquellos que se trasladan a otro Estado del que no son nacionales con la finalidad de realizar una actividad remunerada. En este sentido, mientras que los refugiados y desplazados abandonan su hogar o residencia habitual por motivos relacionados con la violencia, los trabajadores migratorios lo hacen por motivos económicos (art. 2.1. de la Convención Internacional sobre la protección de los derechos de todos los trabajadores migratorios y sus familiares).

La Ley 387 de 1997 establece en su artículo 32 que el desplazado colombiano que reúna los requisitos o se encuentre en las circunstancias señaladas en su artículo 1 deberá, además, cumplir con los siguientes requisitos para beneficiarse de la asistencia humanitaria que otorga el Estado:

1. Que haya declarado los hechos ante la Procuraduría General de la Nación, la Defensoría del Pueblo, las personerías municipales o distritales, o cualquier despacho judicial de acuerdo con el procedimiento de recepción de cada entidad (ver art. 6 del Decreto 2569 de 2000).
2. Que además, remitan para su inscripción copia de la declaración de los hechos (conforme al párrafo anterior), a la Dirección General Unidad Administrativa Especial para los Derechos Humanos del Ministerio del Interior, o a la oficina que esta entidad designe a nivel departamental, distrital o municipal.

Según el artículo 8 del Decreto 2569 de 2000, la declaración deberá presentarse: a) por la persona interesada; b) dentro del año siguiente a la concurrencia de los hechos.

9 *Los desplazados forzosos. Compilación y análisis de las normas legales. Compilación sobre desplazamiento forzado*, Oficina en Colombia del Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Derechos Humanos (OACNUDH), Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Refugiados (ACNUR), Consultoría para los Derechos Humanos de los Desplazados (CODHES), Bogotá, 2001, pág. 20, párr.10.

Sin embargo, al respecto la Corte Constitucional declaró que “(...) no se puede tener como requisito *sine qua non* para el ejercicio de los derechos fundamentales de los desplazados la certificación de ‘condición de desplazado’ del Ministerio del Interior”, que es exigida según el artículo 2 del Decreto 2569 de 2000 (Condición de desplazado).<sup>10</sup>

Asimismo, respecto a la expedición del certificado de desplazado otorgado por la Red de Solidaridad Social que se exige para que esta población goce de los beneficios que brinda el Estado colombiano a los desplazados, la Corte Constitucional declaró que:

**No es justo que si no se expide la certificación por la Red de Solidaridad, se crea que una persona no tenga la condición de desplazado. Si lo válido únicamente fuera tal certificación, los derechos fundamentales de los desplazados se estarían condicionando, en cuanto a su exigibilidad al mencionado certificado.**<sup>11</sup>

En el mismo sentido, la Corte Constitucional señaló que:

**Sea cual fuere la descripción que se adopte sobre desplazados internos, todas contienen dos elementos cruciales: la coacción que hace necesario el traslado y la permanencia dentro de las fronteras de la propia nación. Si estas dos condiciones se dan, como ocurre en el caso motivo de la tutela, no hay la menor duda de que se está ante un problema de desplazados.**

**En efecto, el carácter de desplazados internos de quienes han interpuesto la presente tutela no surge tanto de la propia certificación que el Ministerio del Interior le ha dado individualmente a cada uno de los solicitantes de la acción, mediante documentos que obran en el expediente, en cuanto a la realidad objetiva, fácilmente palpable porque está demostrado que el retiro del lugar natural que los campesinos tenían, no se debió a la propia voluntad de ellos, sino a la coacción injusta de grupos armados que no solamente amenazaron la vida de los colonos sino de la hacienda Bellaacruz, [sic] sino que les quemaron las casas y como si fuera poco ya han sido asesinados dirigentes de ese núcleo de desplazados (...).**<sup>12</sup>

Jurisprudencia  
Corte Constitucional

Jurisprudencia  
Corte Constitucional

Corte Constitucional, sentencia T- 327 de 2001, M. P. Marco Gerardo Monroy Cabra.

Ibid.

Corte Constitucional, sentencia T-227 de 1997, M. P. Alejandro Martínez Caballero.

10

11

12

La Corte Constitucional llega a las anteriores conclusiones con base en la interpretación más favorable de los derechos humanos de los desplazados, que hace necesaria la aplicación de los Principios Rectores y del artículo 17 del Protocolo II Adicional a los Convenios de Ginebra, que buscan proteger a los desplazados y no exigen la certificación del fenómeno, certificación que no se puede considerar como un requisito imprescindible para el ejercicio de los derechos fundamentales de los desplazados.<sup>13</sup>

En relación con la dificultad en la prueba de la causa del desplazamiento, la Corte Constitucional señaló que:

**En virtud de la aplicación del artículo 83 de la carta política, debe presumirse la buena fe en la actuación de los particulares. El exigir aportar nuevos documentos, sin que estos estén siquiera relacionados en un decreto, implica presunción de mala fe. Para analizar si una persona es o no desplazada basta una prueba siquiera sumaria, especialmente si tal desplazamiento se presenta dentro de una situación de temor generalizado ocasionado por la violencia existente en la respectiva región.**

**Al presumirse la buena fe, se invierte la carga de la prueba y, por ende, son las autoridades que deben probar plenamente que la persona respectiva no tiene la calidad de desplazado. (...)**

(...)

**Usualmente, las causas de un desplazamiento no se pueden concretar en un hecho puntual, sino que son resultado de numerosos detalles que van llenando de temor a las víctimas. (...) Es deber del funcionario que esté estudiando el caso reunir cuidadosa y diligentemente las piezas o pruebas dispersas que en su totalidad arrojan claridad en el hecho a probar.**

**Uno de los elementos que pueden conformar el conjunto probatorio de un desplazamiento forzado son los indicios y, especialmente, el hecho de que la persona haya abandonado sus bienes y comunidad. Es contrario al principio de celeridad y eficacia de la administración el buscar**

llegar a la certeza de la ocurrencia de los hechos, como si se tratara de la tarea de un juez dentro de un proceso, ya que al hacer esto se está persiguiendo un objetivo en muchas ocasiones imposible o en extremo complejo, como se ha expresado anteriormente, la aplicación del principio de buena fe facilita la tarea del funcionario de la administración y le permite la atención de un número mayor de desplazados.<sup>14</sup>

### 3 Derechos de los desplazados

En el ámbito del derecho internacional de los derechos humanos (DIDH) y del derecho internacional humanitario (DIH), los Principios Rectores definen los derechos y las garantías pertinentes para la protección de las personas contra el desplazamiento forzado y para su protección y asistencia durante el desplazamiento y durante el retorno o el reasentamiento o la reintegración. Los Principios Rectores son la primera recopilación internacional de normas sobre personas desplazadas. Preparados a pedido de la Comisión de Derechos Humanos y de la Asamblea General de las Naciones Unidas, y presentados por el representante del secretario general de las Naciones Unidas para los desplazados internos a dicha Comisión en el año 1998, los Principios Rectores establecen los derechos de las personas internamente desplazadas y las obligaciones de los gobiernos y otros actores que tienen responsabilidades hacia ellas.

La Comisión Interamericana de Derechos Humanos (CIDH), en su Tercer Informe sobre los derechos humanos en Colombia, señaló que los Principios Rectores “(...) en esencia reiteran en un documento único y en términos más detallados los principios generales de protección establecidos en la Convención Americana y otros tratados, y abordan las zonas grises y lagunas del derecho identificadas por el Sr. Deng”.<sup>15</sup>

Igualmente, la Corte Constitucional declaró que a pesar de que los Principios Rectores no han sido aprobados mediante un tratado internacional, por el hecho de que ellos:

Corte Constitucional, sentencia T-327 de 2001, M. P. Marco Gerardo Monroy Cabra.  
Comisión Interamericana de Derechos Humanos (CIDH), Tercer Informe sobre los derechos humanos en Colombia;  
CIDH, Capítulo VI sobre desplazamiento forzado interno, OEA/Ser.L/V/II.102. Doc. 9,  
rev.1 del 26 de febrero de 1999, párr. 8.

14  
15

Jurisprudencia  
Corte Constitucional

(...) reflejan y llenan las lagunas de lo establecido en tratados internacionales de derechos humanos y que han recibido una gran aceptación por parte de distintos organismos internacionales de derechos humanos, esta Corporación considera que deben ser tenidos como parámetros para la creación normativa y la interpretación en el campo de la regulación del desplazamiento forzado y la atención a las personas desplazadas por parte del Estado. Lo anterior, claro está, sin perjuicio de que todos sus preceptos que reiteran normas ya incluidas en tratados internacionales de derechos humanos y de derecho internacional humanitario aprobados pro Colombia gocen de rango constitucional, como lo señala el artículo 93 de la Constitución.<sup>16</sup>

Asimismo, la Defensoría del Pueblo señaló que en Colombia,

Informe  
Defensoría del Pueblo

(...) el Sistema Nacional de Atención Integral a la Población desplazada debería integrar el conjunto de obligaciones que el Estado tiene para con los desplazados y aquellas derivadas de sus compromisos con la comunidad internacional, las cuales fueron ordenadas por los Principios Rectores de los desplazamientos internos y que, de conformidad con la sentencia T-327 de 2001, hacen parte del bloque de constitucionalidad.<sup>17</sup>

### 3.1. Principio de igualdad y no discriminación de la población desplazada

El Principio I.1 de los Principios Rectores consagra el principio de igualdad y no discriminación:

Principio 1.  
Principios rectores de los desplazamientos internos

**Los desplazados internos disfrutarán en condiciones de igualdad de los mismos derechos y libertades que el derecho internacional y el derecho interno reconocen a los demás habitantes del país. No serán objeto de discriminación alguna en el disfrute de sus derechos y libertades por el mero hecho de ser desplazados internos.**

16 Corte Constitucional, sentencia SU-1150 de 2000, M. P. Eduardo Cifuentes Muñoz, párr. 38.

17 Defensoría del Pueblo, Informe Defensorial de abril de 2002, "Desplazamiento forzado", párr. 92.

El Principio Rector 29, relativo al regreso, el reasentamiento y la reintegración de los desplazados, consagra su derecho a: 1) participar de manera plena e igualitaria en los asuntos públicos a todos los niveles; 2) disponer de acceso en condiciones de igualdad a los servicios públicos, y 3) no ser objeto de discriminación alguna basada en su desplazamiento.

En Colombia, la Ley 387 de 1997 en su artículo 2.3 consagra como uno de los principios para la interpretación y aplicación de esta ley, el principio de no-discriminación: “El desplazado y/o desplazados forzados tienen derecho a no ser discriminados por su condición social de desplazados, motivo de raza, religión, opinión pública, lugar de origen o incapacidad física”.

Respecto al principio de igualdad y no discriminación de los desplazados, la Corte Constitucional indicó:

**(...) Es importante enfatizar que los desplazados son las principales víctimas de la violencia que flagela el país. El hecho del desplazamiento forzado comporta para ellos una ruptura violenta de su devenir existencial y la violación múltiple y continuada de sus derechos. Es por eso que el Estado y la sociedad misma deben prestar una atención especial. Cualquier acto de discriminación contra ellos constituye una vulneración flagrante del principio de igualdad, atacable ante los jueces de tutela. En principio, cualquier tipo de diferenciación –no positiva– que se base en la condición de desplazados debe considerarse como violatoria del derecho de igualdad contemplado en el artículo 13 de la Constitución.<sup>18</sup>**

El rechazo y la estigmatización de las comunidades desplazadas por parte de las autoridades locales, aunque no se trata de un hecho generalizado, se ha planteado en los casos de reubicación de esta población.

**(...) La sentencia T-227 de 1997 de la Corte Constitucional abordó esta problemática para el caso de las comunidades desplazadas de la Hacienda Bellacruz, Cesar, las cuales iban a ser reubicadas en Cundinamarca, y la gobernadora de este departamento pretendió impedir la reubicación de la población en un municipio del departamento. Esta situación se ha presentado también en los de Yocoto (Valle) y Pandí (Cundinamarca), lo que ha generado serios inconvenientes a los proce-**

Jurisprudencia  
Corte Constitucional

Informe  
Defensoría del Pueblo

Corte Constitucional, sentencia SU-1150 de 2000, M. P. Eduardo Cifuentes Muñoz, párr. 41.

sos de reubicación de las comunidades de Buga y Tulúa, y de la comunidad involucrada en el proceso de toma de la sede de [sic] la Cruz Roja Internacional. Tanto en Yocoto como en Pandí, la negativa y la presión de las autoridades, además de frenar temporalmente la solución para la situación de estas poblaciones, ha generado un riesgo adicional por la estigmatización local, que en el mediano plazo puede implicar la imposibilidad de su estabilización social.<sup>19</sup>

### 3.2. Obligación de aplicar los Principios Rectores y de prestar la asistencia humanitaria sin discriminación alguna

Los Principios Rectores deberán aplicarse “sin discriminación” alguna (Principio 4.1.):

Principio 4.  
Principios rectores de los desplazamientos internos

**Estos Principios se aplicarán sin distinción alguna de raza, color, sexo, idioma, religión o creencia, opinión política o de cualquier otra índole, origen nacional, étnico o social, condición jurídica o social, edad, discapacidad, posición económica, nacimiento o cualquier criterio similar.**

Además, en la aplicación de la protección y asistencia humanitaria que requieren los desplazados se deberán tener en cuenta las necesidades de los grupos más vulnerables (Principio Rector 4.2.):

Principio 4.  
Principios rectores de los desplazamientos internos

**Ciertos desplazados internos, como los niños, especialmente los menores no acompañados, las mujeres embarazadas, las madres con hijos pequeños, las mujeres cabezas de familia, las personas con discapacidades y las personas de edad, tendrán derecho a la protección y asistencia requerida por su condición y a un tratamiento que tenga en cuenta sus necesidades especiales.**

La Ley 387 de 1997, entre los objetivos del “Plan Nacional para la Atención Integral a la Población Desplazada por la Violencia” (artículo 10) establece:

19

Defensoría del Pueblo, Informe Defensorial de abril de 2002, “Desplazamiento forzado”, párr. 137.

**7. Brindar atención especial a las mujeres y los niños, preferencialmente a las viudas, mujeres cabezas de familia y huérfanos.**

**8. Garantizar atención especial a las comunidades negras e indígenas sometidas al desplazamiento en correspondencia con sus usos y costumbres, y propiciando el retorno a sus territorios.**

Sin embargo, en este artículo no se establece la especial protección y asistencia que deben gozar las personas de edad y los discapacitados.

Con la finalidad de avanzar en la igualdad entre las personas, es necesario que se tengan en cuenta sus diferencias, necesidades e intereses específicos. Por ello, conviene observar que en la asistencia y protección a los desplazados deben identificarse las necesidades específicas de cada grupo de población (mujeres, hombres, niños, ancianos y jóvenes), así como las condiciones particulares de las personas.

En el caso de las mujeres desplazadas, y teniendo en cuenta que la violencia sexual en contra de mujeres y niñas es una práctica generalizada en los conflictos armados, se requiere del Estado atención especializada que ayude a estas víctimas a superar el trauma que este hecho significa en sus vidas (Principio Rector 19.2) (véase el Capítulo XV sobre los derechos de las mujeres).

Respecto a los principios relativos a la asistencia humanitaria consagrados en los Principios Rectores (Principio 24 a 27), se deriva la obligación de las autoridades nacionales de prestar la asistencia humanitaria de conformidad con los principios de humanidad e imparcialidad y sin discriminación alguna (Principio 24.1).

### **3.3. Obligación estatal de proporcionar protección y asistencia humanitaria a los desplazados**

Los Principios 3 y 24 de los Principios Rectores consagran la obligación y la responsabilidad primaria de las autoridades nacionales, “de proporcionar protección y asistencia humanitaria a los desplazados internos que se encuentren en el ámbito de su jurisdicción”. Como consecuencia de esta obligación del Estado, los desplazados internos “tienen derecho a solicitar y recibir la protección y asistencia humanitaria de esas autoridades” y, en ningún caso, “serán perseguidos ni castigados por formular esa solicitud”.

Artículo 10.  
Ley 387 de 1997

La Corte Constitucional declaró esta obligación estatal al afirmar que:

**La persona que ha sido desplazada de su territorio a causa de la violencia ve vulnerados una larga lista de derechos fundamentales (...). Frente a tales vulneraciones el Estado colombiano, siendo consecuente con su naturaleza de Estado social de derecho, tiene la obligación de brindar atención a los desplazados para que cesen las privaciones del goce de los derechos fundamentales por este grupo poblacional. Al existir tal obligación, se genera el consecuente derecho en cabeza de los desplazados de ser atendidos con prontitud, y en condiciones que respeten su dignidad humana, por parte de las entidades del Estado competentes para prestar apoyo y protección.<sup>20</sup>**

Igualmente, la Defensoría del Pueblo señaló que: “(...) el desplazamiento forzado es consecuencia de la falla en el deber de protección por parte del Estado. Así el causante directo del desplazamiento no sea un agente del Estado, éste no puede sustraerse de su obligación de respetar, proteger y garantizar los derechos de la población desplazada” (...).<sup>21</sup>

Adicionalmente, la Resolución Defensorial indica que la condición de vulnerabilidad en la que se encuentra el desplazado, exige la respuesta del Estado y de la sociedad. “El Estado debe promover, en los términos del artículo 13 de la Constitución Política, la protección de las personas que, como los desplazados, se encuentran en condición de debilidad manifiesta, y la sociedad en su conjunto debe obrar de conformidad con su deber de actuar bajo el principio de solidaridad social previsto en el artículo 95 de la Carta.”<sup>22</sup>

El artículo 3 de la Ley 387 de 1997 consagra esta obligación, al señalar:

**Es responsabilidad del Estado colombiano formular las políticas y adoptar las medidas para la prevención del desplazamiento forzado; la atención, protección y consolidación y estabilización socioeconómica de los desplazados internos por la violencia.**

**Para efectos del inciso anterior, se tendrán en cuenta los principios de subsidiaridad, complementariedad, descentralización y concurrencia en los cuales se asienta la organización del Estado colombiano.**

20 Corte Constitucional, sentencia T-327 de 2001, M. P. Marco Gerardo Monroy Cabra.  
21 Defensoría del Pueblo, Informe Defensorial de abril de 2002, “Desplazamiento forzado”, párr. 89.  
22 *Ibid.*, párr. 90.

Sin embargo, como se indicó en la sentencia T-327, la persona desplazada, además del derecho a ser atendida por el Estado, tiene el derecho a: a) conocer la verdad acerca de quién fue el causante del desplazamiento; b) a la justicia, para que el desplazamiento como delito no quede en la impunidad; c) a la reparación de los daños sufridos.<sup>23</sup>

Adicionalmente, en la mencionada sentencia, la Corte precisó el contenido del artículo 10 de la Ley 387 de 1997 (Objetivos del Plan Nacional para la atención integral a la población desplazada por la violencia), e impuso a las autoridades involucradas en el desarrollo del Plan Nacional de Atención la obligación de establecer y ejecutar medidas efectivas para garantizar la restitución de los derechos vulnerados y la sanción de los responsables.

Además de los anteriores derechos, según el Principio Rector 16:

- 1. Los desplazados internos tienen derecho a conocer el destino y paradero de sus familiares desaparecidos.**
- 2. Las autoridades competentes tratarán de averiguar el destino y el paradero de los familiares desaparecidos (...).**
- 3. Las autoridades competentes procurarán recoger e identificar los restos mortales de los fallecidos (...) y facilitar la devolución de esos restos al pariente más próximo o darles un trato respetuoso.**
- 4. Los cementerios de los desplazados internos serán protegidos y respetados en toda circunstancia (...).**

Principio 16.  
Principios rectores de los desplazamientos internos

Como consecuencia “de la situación de desplazamiento, se derivan obligaciones del Estado para con los desplazados que van más allá del contenido de los programas previstos en la Ley 387 de 1997”.<sup>24</sup>

### 3.4. Alcance del deber de protección durante el desplazamiento

Al igual que todas las personas, los desplazados internos gozan, durante el desplazamiento, de los derechos reconocidos en los instrumentos internacionales de derechos humanos ratificados por Colombia, así como de los derechos reconocidos a la población que no participe directamente en las hostilidades conforme al DIH, cuando no intervengan o hayan dejado de intervenir en las hostilidades (véase el Capítulo XVII sobre el derecho internacional humanitario).

Corte Constitucional, sentencia T-327 de 2001, M. P. Marco Gerardo Monroy Cabra. Defensoría del Pueblo, Informe Defensorial de abril de 2002, “Desplazamiento forzado”, párr. 91.

23  
24

Particularmente, y con base en su especial condición, gozarán:

1. Del derecho a circular libremente dentro y fuera de los campamentos y de otros asentamientos (Principio 14.2).
2. Del derecho a buscar seguridad en otra parte del país y a recibir protección contra el regreso forzado o reasentamiento en cualquier lugar donde su vida, seguridad, libertad y salud se encuentren en peligro (Principio 15.a. y 15.d.).
3. Del derecho a que se respete su vida familiar y, para tal efecto, se deberá respetar la voluntad de los miembros de las familias desplazadas que deseen estar juntos (Principio 17).
4. Del derecho a un nivel de vida adecuado (Principio 18). Las autoridades competentes deberán proporcionar o asegurar el suministro, como mínimo, de: alimentos esenciales y agua potable, alojamiento y vivienda básicos, vestido adecuado, servicios médicos y de saneamientos esenciales.
5. Del derecho al reconocimiento de su personalidad jurídica (Principio 20), para lo cual, las autoridades competentes:
  - Expedirán a los desplazados todos los documentos necesarios para el disfrute y ejercicio de sus derechos legítimos (pasaportes, documentos de identidad, partidas de nacimiento y certificados de matrimonio).
  - En particular, facilitarán la expedición de nuevos documentos o la sustitución de documentos perdidos durante el desplazamiento, “sin imponer condiciones irracionales, como el regreso al lugar de residencia habitual para obtener los documentos necesarios”.
  - Los hombres y las mujeres desplazados tienen el derecho a que los documentos se expidan con su propio nombre.
6. Del derecho a no ser privado arbitrariamente de su propiedad o sus posesiones (Principio 21).
7. Del derecho a la educación.

Según la legislación colombiana, la persona que se encuentre en las circunstancias del artículo 1 de la Ley 387 de 1997, que haya realizado una declaración de los hechos que causaron el desplazamiento ante la Defensoría del Pueblo, la Procuraduría General de la Nación, la Personería Municipal del lugar donde se encuentre o ante cualquier autoridad judicial, declaración que debe ser enviada por estas entidades a la Red de Solidaridad Social para que se deter-

mine su inclusión en el registro, tiene derecho a recibir del Estado colombiano (art. 20 Decreto 2569 de 2000):

- Atención humanitaria por tres meses (alimentación básica, atención psicológica, alojamiento, transporte de emergencia, elementos de hábitat interno, salubridad pública). Esta atención se prorrogará por tres meses más en el caso de hogares incluidos en el Registro Único de Población Desplazada y que cumplan con las siguientes condiciones (art. 21 del Decreto 2569 de 2000):
  1. Hogares en los que uno de sus miembros reportados en la declaración presente discapacidad física y/o mental, parcial o total, médicamente certificada por las entidades prestadoras de salud en atención humanitaria de emergencia y que haya sido reportada en la declaración de los hechos del desplazamiento.
  2. Hogares de jefatura femenina o masculina mayor de 65 años, y que dicha situación haya sido reportada en la declaración.
  3. Hogares en los que cualquiera de sus miembros debidamente reportado y registrado presente enfermedad terminal, médicamente certificada por las entidades prestadoras de salud en atención humanitaria de emergencia.
  4. Cuando a juicio de la Red de Solidaridad Social y de manera excepcional se presente una situación cuya gravedad sea de naturaleza similar a las enunciadas en los supuestos anteriores.
- Educación.
- Salud.
- Acceso a programas de estabilización económica.

Según la Defensoría del Pueblo, la obligación estatal de brindar asistencia humanitaria a los desplazados:

**(...) no se agota con el cumplimiento de la asistencia de tres meses prevista en la ley. Esta ayuda tiene que ser complementada con la generación de condiciones que permitan objetivamente superar la situación de riesgo derivada de la emergencia producida por el desplazamiento. Debe entenderse que la situación del desplazamiento genera en este campo por lo menos dos tipos de obligaciones para el Estado: por una parte, la atención de la población; por otra, la generación de condicio-**

nes para que las personas desplazadas puedan asumir nuevamente por su cuenta su sustento. Mientras no se generen esas condiciones, la intervención del Estado opera solamente como paliativo frente a las necesidades de la población desplazada. Por supuesto, no se trata de asegurar en forma indefinida el sustento de estas personas pero sí de atender principios mínimos de humanidad que deben estar por encima del esquema establecido para administrar los recursos asignados al Sistema de Atención a la Población Desplazada. Si una familia desplazada carece de posibilidades de atender sus necesidades alimentarias, la restricción establecida en la norma entra en contravía con el sentido del Principio Rector No. 18, que señala la obligación de proporcionar o garantizar acceso a alimentos esenciales.<sup>25</sup>

Respecto al derecho de todo desplazado a no ser privado arbitrariamente de su propiedad o posesión, consagrado en el Principio 21, el artículo 19 de la Ley 387 de 1997 establece la obligación del Instituto Colombiano para la Reforma Agraria (Incora) [ahora Incoder], de llevar un registro de los predios rurales abandonados por los desplazados por la violencia, y de informar a las autoridades competentes para que procedan a impedir cualquier acción de enajenación o transferencia de títulos de propiedad de estos bienes, cuando tal acción se adelante contra la voluntad de los titulares de los derechos respectivos.

Además, en los casos de abandono de un bien “mueble o inmueble”, o de perturbación de la posesión como consecuencia de una situación de violencia, no se interrumpirá el término de la prescripción a su favor. En estos casos, el poseedor interrumpido en el ejercicio de su derecho “informará del hecho del desplazamiento a la personería municipal, Defensoría del Pueblo, Procuraduría Agraria, o a cualquier entidad del Ministerio Público, a fin de que se adelanten las acciones judiciales y/o administrativas a que haya lugar” (art. 27 de la Ley 387 de 1997).

### 3.5. El retorno, el reasentamiento y la reintegración

En relación con el retorno o el reasentamiento de los desplazados, el Principio 28 de los Principios Rectores señala que las autoridades competentes tienen la obligación y la responsabilidad primarias de establecer y proporcionar los

25 *Ibíd.*, párr. 124.

medios que permitan el regreso o reasentamiento: voluntario, seguro y digno de los desplazados.

Los desplazados deberán participar en la planificación y gestión de su regreso, reasentamiento o su reintegración, según el caso (Principio 28.2).

Conforme a la Ley 387 de 1997 (art. 16): “El gobierno nacional apoyará a la población desplazada que quiera retornar a sus lugares de origen, de acuerdo con las previsiones contenidas en esta ley en materia de protección y consolidación y estabilización socioeconómica”.

En el marco del retorno voluntario o reasentamiento en otras zonas rurales o urbanas, el gobierno nacional tiene la obligación legal de promover acciones y medidas de mediano y largo plazo con el propósito de generar condiciones de sostenibilidad económica y social para la población desplazada (art. 17 de la Ley 387 de 1997). En concreto, estas medidas deben permitir el acceso de la población desplazada a programas relacionados con:

1. Proyectos productivos.
2. Sistema nacional de reforma agraria y de desarrollo rural campesino.
3. Fomento de la microempresa.
4. Capacitación y organización social.
5. Atención social en salud, educación y vivienda urbana y rural, la niñez, la mujer y las personas de la tercera edad.
6. Planes de empleo urbano y rural de la Red de Solidaridad Social.

Sin embargo, “(...) previo al proceso de retorno deberá realizarse una evaluación sobre las condiciones de orden público existentes en las regiones o localidades hacia las cuales se pretenda retornar y, cuyo resultado se hará conocer a quien desea retornar (...)” (art. 28 del Decreto 2569 de 2000).

De acuerdo con la Defensoría del Pueblo:

**La opción de retorno es la alternativa que privilegia la política estatal. Sin embargo, la acción desplegada por las instituciones no garantiza las condiciones de seguridad para la población retornada (...) El riesgo de una comunidad retornada es un factor constante que le resta sostenibilidad a los procesos y que genera un desgaste constante a la comunidad, a los acompañantes y a las entidades involucradas.**<sup>26</sup>

Informe  
Defensoría del Pueblo

Respecto a la recuperación, en la medida de lo posible, de las propiedades o posesiones que abandonaron o de las que fueron desposeídos cuando se desplazaron, las autoridades competentes tienen la obligación y responsabilidad de prestarles asistencia. En el caso de que fuera imposible la recuperación de esas propiedades o posesiones, las autoridades competentes deberán dar a estas personas “una indemnización adecuada u otra forma de reparación justa o les prestarán asistencia para que la obtengan” (Principio Rector 29).

## Tipología de las violaciones

A pesar de que en la hoja de recepción de peticiones se deberá consignar la condición de la víctima como “desplazada”, es necesario remitirse a los capítulos correspondientes de este Manual, respecto a todas aquellas presuntas violaciones que pueden afectar al desplazado en el goce de sus derechos, en particular:

- a) El derecho a la vida.
- b) El derecho a la integridad personal.
- c) El derecho a la libertad y seguridad personales.
- d) El derecho a no ser desaparecido.
- e) El derecho a no ser atacado cuando el desplazado no participe o haya dejado de participar directamente en las hostilidades.

### Violación del derecho a ser considerado desplazado

En el caso de personas que se han tenido que trasladar o desplazar internamente como consecuencia de la coacción que han sufrido por parte de alguno de los actores armados, o de circunstancias que hayan alterado el orden público en su región, se configura la violación de su derecho a ser considerado desplazado cuando:

- a) Se le niegue injustificadamente la correspondiente certificación por parte de la Red de Solidaridad Social.
- b) No se remita por parte de la Procuraduría General de la Nación, la Defensoría del Pueblo, las personerías municipales o distritales o por un despacho judicial, la copia de la declaración de hechos del desplazado ante tal entidad para su inscripción en la Dirección General, Unidad Administrativa Especial para los Derechos Humanos del Ministerio del Interior.

- c) Se presume mala fe por parte del desplazado, al exigirle aportar nuevos documentos para reconocer su condición de desplazado, cuando la presentación de estos documentos no tenga una fundamentación legal.
- d) Se exija al desplazado aportar pruebas fehacientes que justifiquen su desplazamiento.
- e) Se le niegue la certificación por parte del Ministerio del Interior.
- f) Se le niegue su condición de desplazado por no contar con la correspondiente certificación por parte de la Red de Solidaridad Social o del Ministerio del Interior.

### **La violación del derecho de igualdad se configura cuando se discrimine al desplazado, con base en su condición:**

- a) Del goce de los derechos reconocidos en la legislación colombiana y en los tratados internacionales ratificados por Colombia, a todos los habitantes del país.
- b) Cuando no se le permita participar de manera plena e igualitaria en los asuntos públicos a todos los niveles (en el caso de su retorno, reasentamiento o reintegración).
- c) Cuando se rechace o estigmatice a las comunidades desplazadas por parte de las autoridades locales.

### **La violación del derecho a no ser discriminado en la asistencia humanitaria se configura cuando:**

- a) La asistencia humanitaria se dirige únicamente a determinados grupos o colectivos de desplazados con base en su raza, color, sexo, idioma, religión o creencia, opinión política o de cualquier otra índole.

le, origen nacional, étnico o social, condición jurídica o social, edad, discapacidad, posición económica, nacimiento o cualquier otro criterio similar.

- b) La asistencia humanitaria no tiene en cuenta la situación de especial vulnerabilidad de:
- Los niños, especialmente los menores no acompañados.
  - las mujeres embarazadas, madres con hijos pequeños, mujeres cabeza de familia.
  - Las personas con discapacidad.
  - Las personas de edad.
- c) La asistencia humanitaria no tiene en cuenta los usos y las costumbres de las comunidades negras e indígenas sometidas al desplazamiento.

**La violación del deber del Estado de proporcionar protección y asistencia humanitaria a los desplazados se configura cuando:**

- a) El Estado no toma medidas para la prevención del desplazamiento forzado.
- b) Las entidades del Estado competentes para prestar su apoyo y protección no atiendan a los desplazados con prontitud y en condiciones en que se respete su dignidad humana.
- c) El desplazamiento, entendido como delito, quede en la impunidad.
- d) El Estado no repare los daños sufridos por los desplazados.
- e) El Estado no ponga los medios a su alcance para averiguar el destino y el paradero de sus familiares desaparecidos.

### La violación del derecho de los desplazados a protección durante el desplazamiento se configura cuando:

- a) No se proteja al desplazado del reasentamiento en cualquier parte del país donde su seguridad, libertad y salud se encuentre amenazada.
- b) No se respete el derecho de los miembros de las familias a estar juntos.
- c) Se viole su derecho a un nivel de vida adecuado. Particularmente, cuando no se proporcione o asegure a los desplazados, como mínimo: alimentos esenciales y agua potable, alojamiento y vivienda básica, vestido adecuado, servicios médicos y saneamientos esenciales.
- d) Se viole su derecho al reconocimiento de su personalidad jurídica:
  - Mediante la no expedición por parte de las autoridades competentes de todos los documentos necesarios para el disfrute y ejercicio de sus derechos legítimos (pasaportes, documentos de identidad, partidas de nacimientos y certificados de matrimonio).
  - No se faciliten la expedición de nuevos documentos o la sustitución de documentos perdidos durante el desplazamiento.
  - Las autoridades impongan el regreso del desplazado al lugar de residencia habitual y desde donde se desplazó para obtener los documentos necesarios.
  - En el caso de las mujeres, cuando los documentos no se expidan en nombre propio.
- e) Cuando se viole su derecho a la educación.

**La violación del derecho de los desplazados a retornar, reasentarse o reintegrarse se configura cuando:**

- a) El retorno, reasentamiento o reintegración no es voluntario, digno o seguro.
- b) Los desplazados no han participado en la planificación y gestión de su regreso, reasentamiento o reintegración.
- c) El gobierno no genera condiciones de sostenibilidad económica y social para la población desplazada.
- d) Los programas y proyectos para generar la sostenibilidad económica y social de la población desplazada cesan antes de lograr esta sostenibilidad.
- e) No se realiza, previo al retorno de una población, un estudio sobre las condiciones de orden público de la región o las localidades hacia donde se pretenda retornar.
- f) Realizado el anterior estudio, no se dé a conocer a la población que desea retornar hacia esas regiones o localidades.
- g) No se indemnice a la población retornada cuyas propiedades o posesiones sean imposibles de recuperar.



## 1. Introducción

Frente a los derechos civiles y políticos, a menudo se considera que los derechos económicos, sociales y culturales son derechos de “segunda generación”, cuyo cumplimiento debe realizarse progresivamente por parte de los Estados. Sin embargo, y tal y como se formuló en la Declaración Universal de Derechos Humanos de 1948, “(...) la indivisibilidad e interdependencia de los derechos civiles y políticos y de los derechos económicos, sociales y culturales son principios fundamentales de la legislación internacional de los derechos humanos”.<sup>1</sup> Este punto de vista, que ha sido reafirmado en numerosas ocasiones con posterioridad a la Declaración Universal de Derechos Humanos,<sup>2</sup> se impuso a partir de la Conferencia Mundial de Derechos Humanos celebrada en Viena en 1993:

**Todos los derechos humanos son universales, indivisibles e interdependientes y están relacionados entre sí. La comunidad internacional debe tratar los derechos humanos en forma global y de manera justa y equitativa, en pie de igualdad y dándoles a todos el mismo peso. Debe tenerse en cuenta la importancia de las particularidades nacionales y regionales, así como de los diversos patrimonios históricos, culturales y religiosos, pero los Estados tienen el deber, sean cuales fueren sus sistemas políticos, económicos y culturales, de promover y proteger todos los derechos humanos y las libertades fundamentales.**<sup>3</sup>

Actualmente, los derechos económicos, sociales y culturales se encuentran ampliamente reconocidos por la comunidad internacional en los tratados internacionales sobre derechos humanos. Si bien es cierto que estos derechos han recibido históricamente una menor atención que los derechos civiles y políticos, en la actualidad son objeto de mayor consideración. “La cuestión no consiste en saber si se trata

Folleto Informativo de las Naciones Unidas No. 16 sobre el Comité de derechos económicos, sociales y culturales, 1996, Ginebra, 1996, p. 5.

Ver resolución 32/130 de la Asamblea General de las Naciones Unidas, del 16 de diciembre de 1977, párr. 1.

Naciones Unidas, Declaración de Viena, A/CONF.157/23 del 12 de julio de 1993, párr. 5.

1  
2  
3

de derechos humanos básicos, sino en saber a qué dan derecho y qué carácter jurídico tienen las obligaciones de los Estados de hacerlos efectivos”.<sup>4</sup>

Los principales instrumentos internacionales que consagran los derechos económicos, sociales y culturales son: el Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales<sup>5</sup> (PIDESC), el Protocolo adicional a la Convención Americana sobre Derechos Humanos en materia de derechos económicos, sociales y culturales<sup>6</sup> (conocido como Protocolo de San Salvador), y la Carta Social Europea.<sup>7</sup> Se destaca el hecho de que, a diferencia del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos (PIDCP), la Convención Americana sobre Derechos Humanos (en adelante Convención Americana) consagra en su Capítulo III (artículo 26), los derechos económicos, sociales y culturales.

Las disposiciones de los anteriores instrumentos tratan, principalmente, sobre los derechos: a un nivel de vida adecuado; al trabajo; a condiciones justas, equitativas y satisfactorias de trabajo; derechos sindicales; derecho a la seguridad social; derecho a la salud; derecho a un ambiente sano; derecho a la alimentación; derecho a la educación; derecho a los beneficios de la cultura; derecho a la constitución y protección de la familia; derechos de la niñez; protección de los ancianos; protección de los minusválidos; derecho al goce de los beneficios de la libertad cultural y del progreso científico.

Respecto a la distinción entre derechos civiles y políticos y derechos económicos, sociales y culturales, el juez de la Corte Interamericana de Derechos Humanos (en adelante Corte Interamericana), Rodolfo E. Piza Escalante, manifestó por medio de un voto separado que:

**(...), la distinción entre derechos civiles y políticos y derechos económicos, sociales y culturales, obedece meramente a razones históricas y no a diferencias de naturaleza jurídica de unos y otros; de manera que, en realidad, lo que importa es distinguir, con un criterio técnico jurídico, entre derechos subjetivos plenamente exigibles, valga decir, “exigibles directamente por sí mismos”, y derechos de carácter progresivo, que de hecho se comportan más bien como derechos reflejos o intereses legítimos, es decir, “exigibles indirectamente”, a través de exigencias positivas de carácter político o de presión, por un lado, y de acciones**

- 4 Folleto Informativo de las Naciones Unidas No. 16 sobre el Comité de derechos económicos, sociales y culturales, 1996, Ginebra, 1996, p. 5.
- 5 Entró en vigor en Colombia el 3 de enero de 1976, en virtud de la Ley 74 de 1976.
- 6 Entró en vigor en Colombia el 16 de noviembre de 1999, en virtud de la Ley 389 de 1996.
- 7 Entró en vigor el 26 de febrero de 1965.

**jurídicas de impugnación de lo que se les oponga o de lo que los otorgue con discriminación. Los criterios concretos para determinar en cada caso si se trata de unos o de otros derechos, son circunstanciales e históricamente condicionados, pero sí puede afirmarse, en general, que cuando quiera que se concluya que un determinado derecho fundamental no es directamente exigible por sí mismo, se está en presencia de uno al menos exigible indirectamente y de realización progresiva.(...)**<sup>8</sup>

Conviene recordar que el derecho de los tratados (véase el Capítulo I sobre el derecho internacional de los derechos humanos, numeral 3), codificado en la Convención de Viena de 1969, así como los principios específicos del Derecho Internacional de los Derechos Humanos (DIDH), se aplican igualmente a los derechos socioeconómicos reconocidos en los anteriores instrumentos internacionales. En este sentido, en el Principio 4 de los Principios de Limburgo sobre la aplicación del PIDESC,<sup>9</sup> se consagra que “(...) conforme a la Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados (Viena 1969), el Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales debería interpretarse de buena fe, teniendo en cuenta el objetivo y propósito, el sentido ordinario, el trabajo preparatorio y la práctica permanente”

La Constitución Política de Colombia de 1991 (CP) consagra en su Título II, Capítulo 2, los derechos económicos, sociales y culturales, los cuales “(...) implican una prestación por parte del Estado y por lo tanto una erogación económica que por lo general depende de una decisión política”.<sup>10</sup> Conviene tener en cuenta que la interpretación de estos derechos, al igual que la de los derechos civiles y políticos, debe realizarse conforme a los tratados internacionales sobre derechos humanos, ya que según el artículo 93 de la CP tienen prevalencia en el derecho interno.<sup>11</sup>

En relación con los derechos económicos, sociales y culturales y su aplicación en Colombia, la Comisión Interamericana de Derechos Humanos (CIDH), señaló que:

**3. En diciembre de 1997, Colombia adhirió al Protocolo Adicional a la Convención Americana sobre Derechos Humanos (la “Convención”) en materia de derechos económicos, sociales y culturales, el llamado Pro-**

Informe  
Comisión Interamericana  
de Derechos Humanos

Corte Interamericana de Derechos Humanos (en adelante Corte Interamericana), Opinión Consultiva OC-4/84, 19 de enero 1984, “Propuesta de modificación a la Constitución Política de Costa Rica relacionada con la naturalización”, párr. 6.	8
Aprobados por un grupo de expertos en derecho internacional convocados en Masstricht (Países Bajos) del 2 al 6 de junio de 1986.	9
Corte Constitucional, sentencia T-570 de 1992, M. P. Jaime Sanín Greiffentein.	10
Comisión Interamericana de Derechos Humanos (CIDH), Informe especial sobre Colombia, OEA/Ser.L/V/II.102, Doc. 9 rev.1, del 26 de febrero de 1999. Capítulo III, “Los derechos económicos, sociales y culturales”, párr. 2.	11

toloco de San Salvador. La Ley 319 del 20 de septiembre de 1996 aprobó dicho Protocolo luego de que tanto el Senado de la República como la Cámara de Representantes consideraron dicho instrumento. Posteriormente, la Corte Constitucional de Colombia, en un meduloso y extenso estudio, declaró exequible tal Protocolo por ser perfectamente compatible con la letra y espíritu de la Constitución de Colombia.\*

4.(...) El artículo 26 de la Convención Americana requiere que los Estados Partes adopten “providencias, tanto a nivel interno como mediante la cooperación internacional ...para lograr progresivamente, por vía legislativa u otros medios apropiados, la plena efectividad” de tales derechos. Como ya ha dicho anteriormente la Comisión, “si bien el artículo 26 no enumera medidas específicas de ejecución, dejando que el Estado determine las medidas administrativas, sociales, legislativas o de otro tipo que resulten más apropiadas, expresa la obligación jurídica por parte del Estado de encarar dicho proceso de determinación y de adoptar medidas progresivas en ese campo. El principio del desarrollo progresivo establece que tales medidas se adopten de manera que constante y consistentemente promuevan la plena efectividad de esos derechos”.\*\* Por otra parte, la Carta de la Organización de los Estados Americanos (OEA) en la reforma efectuada a través del Protocolo de Buenos Aires, en diferentes artículos, entre los que se destacan el 33, 44 y 48, consagra diferentes derechos económicos, sociales y culturales. Finalmente la Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre en sus artículos XI, XII, XIII, XIV, XV, XVI y XXII enumera muchos de estos derechos. Como ha dicho la Corte Interamericana de Derechos Humanos, la Declaración Americana tiene plenos efectos jurídicos y los Estados miembros de la OEA están obligados por ella.\*\*\*12

\* Corte Constitucional, sentencia C-251/97, del 28 de septiembre de 1997, M. P. Alejandro Martínez Caballero.

\*\* CIDH, Informe sobre la situación de los derechos humanos en Ecuador, OEA/Ser. L/V/II.96, Doc. 10, rev. 1, párr. 4.

\*\*\* Corte Interamericana, Opinión Consultiva OC-10/89 del 14 de junio de 1989, “Interpretación de la Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre en el marco del artículo 64 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos”.

12 CIDH, Informe Especial sobre Colombia, OEA/Ser.L/V/II.102, Doc. 9, rev. 1, del 26 de febrero de 1999. Capítulo III, “Los derechos económicos, sociales y culturales”, párrs. 3 y 4.

## 2 La índole de las obligaciones asumidas por los Estados Partes del PIDESC y del Protocolo de San Salvador

Conforme al PIDESC,

**Cada uno de los Estados Partes en el presente Pacto se compromete a adoptar medidas, tanto por separado como mediante la asistencia y la cooperación internacionales, especialmente económicas y técnicas, hasta el máximo de los recursos de que disponga, para lograr progresivamente, por todos los medios apropiados, inclusive en particular la adopción de medidas legislativas, la plena efectividad de los derechos aquí reconocidos (artículo 2.1), [sin discriminación alguna (artículo 2.2).]**

En el mismo sentido que el Pacto, el Protocolo de San Salvador consagra la obligación de los Estados Partes de:

**(...) adoptar las medidas necesarias tanto de orden interno como mediante la cooperación entre los Estados, especialmente económica y técnica, hasta el máximo de los recursos disponibles y tomando en cuenta su grado de desarrollo, a fin de lograr progresivamente, y de conformidad con la legislación interna, la plena efectividad de los derechos que se reconocen en el presente Protocolo (artículo 1), sin discriminación alguna (artículo 3).**

### 2.1. El concepto de “progresiva efectividad” del goce de los derechos

La índole de las obligaciones asumidas por los Estados al ratificar el PIDCP o la Convención Americana es, en principio, distinta de la que asumen al ratificar el PIDESC o el Protocolo de San Salvador. Tal y como se señala en el capítulo relativo al deber del Estado de respetar y garantizar los derechos humanos (véase el Capítulo III), al ratificar tanto el PIDCP como la Convención Americana se comprometen de forma inmediata a “respetar y garantizar” los derechos reconocidos en estos instrumentos, sin discriminación alguna (arts. 2 del PIDCP y 1 de la Convención Americana). Frente a esta obligación, los Estados Parte del PIDESC y del Protocolo de San Salvador tienen la obligación de: adoptar medidas, especialmente económicas y técnicas, hasta el máximo de los recursos de que disponga, para lograr progresivamente, (...) la plena efectividad de los derechos reconocidos en estos instrumentos.

Artículo 2.  
Pacto Internacional de  
Derechos Económicos,  
Sociales y Culturales

Artículo 1.  
Protocolo de  
San Salvador

Por tanto, la plena efectividad de los derechos económicos, sociales y culturales deberá lograrse de forma progresiva, teniendo en cuenta los recursos de que disponga el Estado Parte. Respecto al concepto de “progresiva efectividad”, el Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales ha indicado que:

**(...) El concepto de progresiva efectividad constituye un reconocimiento del hecho de que la plena efectividad de todos los derechos económicos, sociales y culturales en general no podrá lograrse en un breve periodo de tiempo. En este sentido, la obligación difiere de manera importante de la que figura en el artículo 2 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos que incorpora una obligación inmediata de respetar y garantizar todos los derechos pertinentes. Sin embargo, el hecho de que la efectividad a lo largo del tiempo, o en otras palabras progresivamente, se prevea en relación con el Pacto no se ha de interpretar equivocadamente como que priva a la obligación de todo contenido significativo. Por una parte, se requiere un dispositivo de flexibilidad necesaria que refleje las realidades del mundo real y las dificultades que implica para cada país el asegurar la plena efectividad de los derechos económicos, sociales y culturales. Por otra parte, la frase debe interpretarse a la luz del objetivo general, en realidad la razón de ser del Pacto, que es establecer claras obligaciones para los Estados Partes con respecto a la plena efectividad de los derechos de que se trata. Éste impone así una obligación de proceder lo más expedita y eficazmente posible con miras a lograr ese objetivo. Además, todas las medidas de carácter deliberadamente retroactivo en este aspecto requerirán la consideración más cuidadosa y deberán justificarse plenamente por referencia a la totalidad de los derechos previstos en el Pacto y en el contexto del aprovechamiento pleno del máximo de los recursos de que se disponga.<sup>13</sup>**

Luego, el compromiso que asumen los Estados de cumplir progresivamente las obligaciones que dimanan tanto del PIDESC como del Protocolo de San Salvador, implica que las medidas que deban adoptarse para el goce de estos derechos se tomen de la forma más rápida posible, pero teniendo en cuenta las dificultades y los recursos disponibles en ese Estado Parte.

Sin embargo, es importante tener en cuenta que no todos los derechos consagrados en el PIDESC son de cumplimiento progresivo, sino que existen numerosas disposiciones del Pacto que son de aplicación inmediata. Según el Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, tienen este carácter, por ejemplo:<sup>14</sup>

**[El artículo 3:] Los Estados Partes en el presente Pacto se comprometen a asegurar a los hombres y a las mujeres igual título a gozar de todos los derechos económicos, sociales y culturales enunciados en el presente Pacto.**

**[El inciso i) del apartado a) del artículo 7:] Los Estados Partes en el presente Pacto reconocen el derecho de toda persona al goce de condiciones de trabajo equitativas y satisfactorias que le aseguren en especial: i) Un salario equitativo e igual por trabajo de igual valor, sin distinciones de ninguna especie; en particular, debe asegurarse a las mujeres condiciones de trabajo no inferiores a las de los hombres, con salario igual por trabajo igual; (...).**

**El artículo 8 (Derecho a la libre sindicalización).**

**[El párrafo 3 del artículo 10:] Los Estados Partes en el presente Pacto reconocen que: (...) 3. Se deben adoptar medidas especiales de protección y asistencia en favor de todos los niños y adolescentes, sin discriminación alguna por razón de filiación o cualquier otra condición. Debe protegerse a los niños y adolescentes contra la explotación económica y social. Su empleo en trabajos nocivos para su moral y salud, o en los cuales peligre su vida o se corra el riesgo de perjudicar su desarrollo normal, será sancionado por la ley. Los Estados deben establecer también límites de edad por debajo de los cuales quede prohibido y sancionado por la ley el empleo a sueldo de mano de obra infantil.**

**[El apartado a) del párrafo 2 del artículo 13:] a) La enseñanza primaria debe ser obligatoria y asequible a todos gratuitamente.**

**[Los párrafos 3 y 4 del artículo 13:] (...) 3. Los Estados Partes en el presente Pacto se comprometen a respetar la libertad de los padres y,**

Pacto Internacional de  
Derechos Económicos,  
Sociales y Culturales

Ibíd., párr. 5 y Observación General No. 9, "La aplicación interna del Pacto", párr. 10.

en su caso, de los tutores legales, de escoger para sus hijos o pupilos escuelas distintas de las creadas por las autoridades públicas, siempre que aquéllas satisfagan las normas mínimas que el Estado prescriba o apruebe en materia de enseñanza, y de hacer que sus hijos o pupilos reciban la educación religiosa o moral que esté de acuerdo con sus propias convicciones. 4. Nada de lo dispuesto en este artículo se interpretará como una restricción de la libertad de los particulares y entidades para establecer y dirigir instituciones de enseñanza, a condición de que se respeten los principios enunciados en el párrafo 1 y de que la educación dada en esas instituciones se ajuste a las normas mínimas que prescriba el Estado.

[*El párrafo 3 del artículo 15:*] 3. Los Estados Partes en el presente Pacto se comprometen a respetar la indispensable libertad para la investigación científica y para la actividad creadora.

## 2.2. El alcance del compromiso sobre adopción de medidas

Respecto al carácter de las obligaciones asumidas por los Estados Partes del PIDESC, el Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales señaló que:

**El artículo 2 resulta especialmente importante para tener una comprensión cabal del Pacto y debe concebirse en una relación dinámica con todas las demás disposiciones del Pacto. En él se describe la índole de las obligaciones jurídicas generales contraídas por los Estados Partes en el Pacto. Estas obligaciones incluyen tanto lo que cabe denominar (siguiendo la pauta establecida por la Comisión de Derecho Internacional) obligaciones de comportamiento como obligaciones de resultado. Aunque algunas veces se ha hecho gran hincapié en las diferencias entre las formulaciones empleadas en esta disposición y las incluidas en el artículo 2 equivalente del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, no siempre se reconoce que también existen semejanzas importantes. En particular, aunque el Pacto contempla una realización paulatina y tiene en cuenta las restricciones derivadas de la limitación de los recursos con que se cuenta, también impone varias obligaciones con efecto inmediato. De éstas, dos resultan particularmente importantes para comprender la índole exacta de las obligaciones contraídas**

por los Estados Partes. Una de ellas, que se analiza en una observación general aparte, que será examinada por el Comité en su sexto periodo de sesiones, consiste en que los Estados se “comprometen a garantizar” que los derechos pertinentes se ejercerán “sin discriminación”.

La otra consiste en el compromiso contraído en virtud del párrafo 1 del artículo 2 en el sentido de “adoptar medidas”, compromiso que en sí mismo no queda condicionado ni limitado por ninguna otra consideración. El significado cabal de la oración puede medirse también observando algunas de las versiones dadas en los diferentes idiomas. En inglés el compromiso es “*to take steps*”, en francés es “*s’engage à agir*” (“actuar”) y en español es “adoptar medidas”. Así pues, si bien la plena realización de los derechos pertinentes puede lograrse de manera paulatina, las medidas tendentes a lograr este objetivo deben adoptarse dentro de un plazo razonablemente breve tras la entrada en vigor del Pacto para los Estados interesados. Tales medidas deben ser deliberadas, concretas y orientadas lo más claramente posible hacia la satisfacción de las obligaciones reconocidas en el Pacto.<sup>15</sup>

Así, de los compromisos asumidos por los Estados al ratificar el PIDESC surgen dos tipos de obligaciones: unas de carácter inmediato y otras de carácter progresivo. Entre las obligaciones de carácter inmediato se encuentran: 1) la obligación de garantizar los derechos socioeconómicos “sin discriminación” alguna; 2) la obligación de adoptar medidas deliberadas, concretas y orientadas hacia la satisfacción de las obligaciones que se derivan del PIDESC, dentro de un plazo razonablemente breve tras la entrada en vigor del Pacto.

Las medidas que deben adoptarse para dar cumplimiento a las obligaciones asumidas en el PIDESC son: 1) medidas de carácter legislativo; 2) otras medidas apropiadas, entre las que se encuentran la de ofrecer recursos judiciales en relación con los derechos que puedan considerarse justiciables, de acuerdo con el sistema jurídico nacional; 3) medidas de carácter administrativo, financiero, educacional, social, entre otras. Estas medidas variarán de un Estado a otro dependiendo de sus particularidades:

Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, Observación General No. 3, “La índole de las obligaciones de los Estados Partes”, párrs. 1 y 2.

(...) La obligación fundamental que deriva del Pacto es que los Estados Partes den efectividad a los derechos reconocidos en él. Al exigir que los gobiernos lo hagan “por todos los medios apropiados”, el Pacto adopta un planteamiento amplio y flexible que permite tener en cuenta las particularidades del sistema legal y administrativo de cada Estado, así como otras consideraciones pertinentes.<sup>16</sup>

Concretamente, el Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales ha señalado que:

3. Los medios que deben emplearse para dar cumplimiento a la obligación de adoptar medidas se definen en el párrafo 1 del artículo 2 como “todos los medios apropiados, inclusive en particular la adopción de medidas legislativas”. El Comité reconoce que en numerosos casos las medidas legislativas son muy deseables y en algunos pueden ser incluso indispensables. Por ejemplo, puede resultar difícil luchar con éxito contra la discriminación si se carece de una base legislativa sólida para las medidas necesarias. En esferas como la salud, la protección de los niños y las madres y la educación, así como en lo que respecta a las cuestiones que se abordan en los artículos 6 a 9, las medidas legislativas pueden ser asimismo un elemento indispensable a muchos efectos.

4. (...) No obstante, desea subrayar que la adopción de medidas legislativas, como se prevé concretamente en el Pacto, no agota por sí misma las obligaciones de los Estados Partes. Al contrario, se debe dar a la frase “por todos los medios apropiados” su significado pleno y natural. Si bien cada Estado Parte debe decidir por sí mismo qué medios son los más apropiados de acuerdo con las circunstancias y en relación con cada uno de los derechos contemplados, la “propiedad” de los medios elegidos no siempre resultará evidente. Por consiguiente, conviene que los Estados Partes indiquen en sus informes no sólo las medidas que han adoptado sino también en qué se basan para considerar tales medidas como las más “apropiadas” a la vista de las circunstancias. No obstante, corresponde al Comité determinar en definitiva si se han adoptado o no todas las medidas apropiadas.

5. Entre las medidas que cabría considerar apropiadas, además de las legislativas, está la de ofrecer recursos judiciales en lo que respecta a derechos que, de acuerdo con el sistema jurídico nacional, puedan considerarse justiciables. El Comité observa, por ejemplo, que el disfrute de los derechos reconocidos, sin discriminación, se fomentará a menudo de manera apropiada, en parte mediante la provisión de recursos judiciales y otros recursos efectivos. De hecho, los Estados Partes que son asimismo Partes en el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos están ya obligados (en virtud de los artículos 2 (párrs. 1 y 3), 3 y 26 de este Pacto) a garantizar que toda persona cuyos derechos o libertades (inclusive el derecho a la igualdad y a la no discriminación) reconocidos en el presente Pacto hayan sido violados, “podrá interponer un recurso efectivo” (apartado a) del párrafo 3 del artículo 2). Además, existen en el Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales varias otras disposiciones, entre ellas las de los artículos 3, 7 (inciso i) del apartado a)), 8, 10 (párr. 3), 13 del apartado a) del párrafo 2 y párrafos 3 y 4) y 15 (párr. 3), que cabría considerar de aplicación inmediata por parte de los órganos judiciales y de otra índole en numerosos sistemas legales nacionales. Parecería difícilmente sostenible sugerir que las disposiciones indicadas son intrínsecamente no autoejecutables.

6. (...) En los casos en que se ha dado el reconocimiento constitucional de derechos económicos, sociales y culturales concretos, o en los que las disposiciones del Pacto se han incorporado directamente a las leyes nacionales, el Comité desearía que se le informase hasta qué punto tales derechos se consideran justiciables (es decir, que pueden ser invocados ante los tribunales). El Comité desearía recibir información concreta sobre todo caso en que las disposiciones constitucionales vigentes en relación con los derechos económicos, sociales y culturales hayan perdido fuerza o hayan sido modificadas considerablemente.

7. Otras medidas que también cabe considerar “apropiadas” a los fines del párrafo 1 del artículo 2 incluyen, pero no agotan, las de carácter administrativo, financiero, educacional y social.<sup>17</sup>

Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, Observación General No. 3, “La índole de las obligaciones de los Estados Partes”, párrs. 3, 4, 5, 6 y 7.

### 2.2.1. Medidas legislativas

Respecto a la obligación que asumen los Estados Partes del PIDESC de adoptar medidas legislativas para adecuar su legislación interna al Pacto, conviene tener en cuenta que esta obligación se deriva no solamente del Pacto, sino también del artículo 27 de la Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados de 1969, que indica que: “Una parte no podrá invocar las disposiciones de su derecho interno como justificación del incumplimiento de un tratado” (véase el Capítulo I sobre el Derecho Internacional de los Derechos Humanos). Por ello, “(...) los Estados deben modificar el ordenamiento jurídico interno en la medida necesaria para dar efectividad a las obligaciones dimanantes de los tratados en los que sea Parte”(...).<sup>18</sup>

Sin embargo, tal y como ha sido señalado por el Comité, las obligaciones que asumen los Estados Partes por medio de la ratificación del PIDESC no son solamente de tipo legislativo, ya que dependiendo del derecho en cuestión y las circunstancias específicas de cada país pueden ser necesarias medidas de otro carácter para la efectividad del derecho. Según el criterio del Comité, las medidas legislativas son apropiadas, por ejemplo: en la lucha contra la discriminación, para la protección de los niños y las madres, la educación, para reconocer el derecho al trabajo, y trabajo en condiciones dignas y equitativas, el derecho a la libre sindicalización y el derecho a la huelga, el derecho a la seguridad social, entre otros.

### 2.2.2. Derecho a un recurso efectivo

En relación con el derecho a un recurso efectivo, el Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales ha señalado que no se puede justificar la inexistencia de recursos judiciales frente a la violación de los derechos económicos, sociales y culturales sobre la base de las diferencias que existen entre estos derechos y los derechos civiles y políticos (respecto a los que se da por supuesto que es fundamental la existencia de recursos judiciales):

**(...) Esta discrepancia no está justificada ni por la naturaleza de los derechos ni por las disposiciones pertinentes del Pacto. (...) La adopción de una clasificación rígida de los derechos económicos, sociales y culturales que los sitúe, por definición, fuera del ámbito de los tribuna-**

les sería, por lo tanto, arbitraria e incompatible con el principio de que los dos grupos de derechos son indivisibles e interdependientes. También se reduciría drásticamente la capacidad de los tribunales para proteger los derechos de los grupos más vulnerables y desfavorecidos de la sociedad.<sup>19</sup>

Respecto a qué debe entenderse por “recurso efectivo”, el Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales ha especificado que:

**El derecho a un recurso efectivo no debe interpretarse necesariamente en el sentido de que exige siempre un recurso judicial. Los recursos administrativos en muchos casos son adecuados, y quienes viven bajo la jurisdicción de un Estado parte tienen la expectativa legítima de que, sobre la base del principio de buena fe, todas las autoridades administrativas, al adoptar decisiones, tendrán en cuenta las disposiciones del Pacto. Esos recursos administrativos deben ser accesibles, no onerosos, rápidos y eficaces. También es conveniente muchas veces establecer un derecho último de apelación judicial con respecto a los procedimientos administrativos de este tipo. Por el mismo motivo, hay algunas obligaciones, como las referentes a la no discriminación\* (aunque sin limitarse de modo alguno a ellas), respecto de las cuales parecería indispensable el establecimiento de algún tipo de recurso judicial para que pudieran considerarse cumplidas las prescripciones del Pacto. En otras palabras, cuando un derecho reconocido en el Pacto no se puede ejercer plenamente sin una intervención del poder judicial, es necesario establecer recursos judiciales.**<sup>20</sup>

Además, una vez reconocidos los derechos económicos, sociales y culturales o algunos de estos derechos, constitucional o legalmente, es importante determinar si cuentan con el mismo alcance dado a estos derechos en el PIDESC, ya que en ningún caso deberán tener un alcance inferior al establecido en este instrumento y deberán poder ser invocados ante los tribunales.

Observación General  
Comité de Derechos  
Económicos, Sociales  
y Culturales

Ibíd., párr. 10.

19

De conformidad con el párrafo 2 del artículo 2 del PIDESC, los Estados “se comprometen a garantizar el ejercicio de los derechos” que se enuncian en este Pacto “sin discriminación alguna”.

\*

Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, Observación General No. 9, “La aplicación interna del Pacto”, párr. 9.

20

### 2.3. Obligaciones de carácter mínimo

En relación con las obligaciones de carácter mínimo, según el criterio del Comité de derechos económicos, sociales y culturales:

**(...) corresponde a cada Estado Parte una obligación mínima de asegurar la satisfacción de por lo menos niveles esenciales de cada uno de los derechos (...). Análogamente, se ha de advertir que toda evaluación en cuanto a si un Estado ha cumplido su obligación mínima debe tener en cuenta también las limitaciones de recursos que se aplican al país de que se trata. El párrafo 1 del artículo 2 obliga a cada Estado Parte a tomar las medidas necesarias “hasta el máximo de los recursos de que disponga” para que cada Estado Parte pueda atribuir su falta de cumplimiento de las obligaciones mínimas a una falta de recursos disponibles, debe demostrar que ha realizado todo esfuerzo para utilizar todos los recursos que están a su disposición en un esfuerzo por satisfacer, con carácter prioritario, esas obligaciones mínimas.**

**El Comité desea poner de relieve, empero, que, aunque se demuestre que los recursos disponibles son insuficientes, sigue en pie la obligación de que el Estado Parte se empeñe en asegurar el disfrute más amplio posible de los derechos pertinentes dadas las circunstancias reinantes. Más aún, de ninguna manera se eliminan, como resultado de las limitaciones de recursos, las obligaciones de vigilar la medida de la realización, o más especialmente de la no realización, de los derechos económicos, sociales y culturales y de elaborar estrategias y programas para su promoción (...).<sup>21</sup>**

Por tanto, se puede afirmar que los Estados Parte del PIDESC tienen que asegurar, como mínimo, los niveles esenciales de cada uno de los derechos reconocidos en el Pacto. Como consecuencia, en el Estado que alegue que no puede cumplir ni siquiera con estos niveles mínimos exigidos por falta de recursos, recaerá la carga de probar que realizó todos los esfuerzos a su alcance para satisfacer esas obligaciones mínimas.

21

Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, Observación General No. 3, “La índole de las obligaciones de los Estados Partes”, párrs. 10 y 11.

## 2.4. Aplicación de los derechos económicos, sociales y culturales por los tribunales nacionales

En cuanto a la aplicación que deben realizar los tribunales internos del PIDESC, el Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales indicó que:

**Dentro de los límites del ejercicio adecuado de sus funciones de examen judicial, los tribunales deben tener en cuenta los derechos reconocidos en el Pacto cuando sea necesario para garantizar que el comportamiento del Estado está en consonancia con las obligaciones dimanantes del Pacto. La omisión por los tribunales de esta responsabilidad es incompatible con el principio del imperio del derecho, que siempre ha de suponerse que incluye el respeto de las obligaciones internacionales en materia de derechos humanos.**

(...) Por eso, cuando un responsable de las decisiones internas se encuentre ante la alternativa de una interpretación de la legislación interna que pondría al Estado en conflicto con el Pacto y otra que permitiría a ese Estado dar cumplimiento al mismo, el derecho internacional exige que se opte por esta última.<sup>22</sup>

Observación General  
Comité de Derechos  
Económicos, Sociales  
y Culturales

Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, Observación General No. 9, "La aplicación interna del Pacto", párrs. 14 y 15.



## 1. Introducción

El derecho a la educación se encuentra consagrado en el artículo 26 de la Declaración Universal de los Derechos Humanos, el artículo XII de la Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre, los artículos 13 y 14 del Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales (PIDESC) y en el artículo 13 del Protocolo adicional a la Convención Americana sobre derechos humanos sobre derechos económicos, sociales y culturales (Protocolo de San Salvador). Igualmente, la Convención sobre los derechos del niño consagra en su artículo 28 “el derecho del niño a la educación”.

Conforme al PIDESC (art. 13, párrafos 2 y 3), al Protocolo de San Salvador (art. 13, párrafos 3 y 4) y a la Convención sobre los derechos del niño (art. 28), los Estados Partes de estos instrumentos internacionales se comprometen a:

1. Que la enseñanza primaria sea obligatoria y asequible a todos gratuitamente.
2. Que la enseñanza secundaria, en sus diferentes formas, incluso la enseñanza secundaria técnica y profesional, sea generalizada y accesible a todos, por cuantos medios sean apropiados, y en particular por la implantación progresiva de la enseñanza gratuita.
3. Que la enseñanza superior sea igualmente accesible a todos, sobre la base de la capacidad de cada uno, por cuantos medios sean apropiados, y en particular por la implantación progresiva de la enseñanza gratuita.
4. Fomentar o intensificar, en la medida de lo posible, la educación fundamental para aquellas personas que no hayan recibido o terminado el ciclo completo de instrucción primaria.
5. Establecer programas de enseñanza diferenciada para los minusválidos a fin de proporcionar una especial instrucción y formación a personas con impedimentos físicos o deficiencias mentales.
6. Seguir activamente el desarrollo del sistema escolar en todos los ciclos de la enseñanza, implantar un sistema adecuado de becas, y mejorar continuamente las condiciones materiales del cuerpo docente.

7. Respetar la libertad de los padres y, en su caso, de los tutores legales, de escoger para sus hijos o pupilos escuelas distintas de las creadas por las autoridades públicas, siempre que aquéllas satisfagan las normas mínimas que el Estado prescriba o apruebe en materia de enseñanza, y de hacer que sus hijos o pupilos reciban la educación religiosa o moral que esté de acuerdo con sus propias convicciones.
8. Adoptar medidas para fomentar la asistencia regular a las escuelas y reducir las tasas de deserción escolar.
9. Adoptar cuantas medidas sean adecuadas para velar por que la disciplina escolar se administre de modo compatible con la dignidad humana del niño.

Tanto el PIDESC (art. 13.4) como el Protocolo de San Salvador (art. 13.5) reconocen la libertad de los particulares y las entidades “para establecer y dirigir instituciones de enseñanza, de acuerdo con la legislación interna de los Estados Partes”.

La Constitución Política de Colombia (CP) consagra el derecho a la educación en sus artículos 27, 67 y 68:

Artículos 27, 67 y 68.  
Constitución Política

**Artículo 27.** El Estado garantiza las libertades de enseñanza, aprendizaje, investigación y cátedra.

**Artículo 67.** La educación es un derecho de la persona y un servicio público que tiene función social: con ella se busca el acceso al conocimiento, a la ciencia, a la técnica, y a los demás bienes y valores de la cultura.

La educación formará al colombiano en el respeto a los derechos humanos, a la paz y a la democracia; y la práctica del trabajo y la recreación, para el mejoramiento cultural, científico, tecnológico y para la protección del ambiente. (...)

(...) La educación será gratuita en las instituciones del Estado, sin perjuicio del cobro de derechos académicos a quienes puedan sufragarlos.  
(...)

**Artículo 68.** (...) La comunidad educativa participará en la dirección de las instituciones de educación.

**La enseñanza estará a cargo de personas de reconocida idoneidad ética y pedagógica. La ley garantiza la profesionalización y la dignificación de la actividad docente.**

**Los padres de familia tendrán derecho de escoger el tipo de educación para sus hijos menores. En los establecimientos del Estado ninguna persona podrá ser obligada a recibir educación religiosa.**

**Los integrantes de los grupos étnicos tendrán derecho a una formación que respete y desarrolle su identidad cultural.**

**La erradicación del analfabetismo y la educación de personas con limitaciones físicas o mentales, o con capacidades excepcionales, son obligaciones especiales del Estado.**

El Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, teniendo en cuenta el artículo 13 del PIDESC, señaló que:

**La educación es un derecho humano intrínseco y un medio indispensable de realizar otros derechos humanos. Como derecho del ámbito de la autonomía de la persona, la educación es el principal medio que permite a adultos y menores marginados económica y socialmente salir de la pobreza y participar plenamente en sus comunidades. La educación desempeña un papel decisivo en la emancipación de la mujer, la protección de los niños contra la explotación laboral, el trabajo peligroso y la explotación sexual, la promoción de los derechos humanos y la democracia, la protección del medio ambiente y el control del crecimiento demográfico (...).<sup>1</sup>**

Con fundamento en el artículo 4 del PIDESC, los Estados únicamente pueden “(...) someter tales derechos (...) a limitaciones determinadas por la ley, sólo en la medida compatible con la naturaleza de esos derechos y con exclusivo objeto de promover el bienestar general en una sociedad democrática”. En relación con la interpretación de las limitaciones legalmente permisibles, el Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales ha señalado que su objeto fundamental es proteger los derechos individuales,

Observación General  
Comité de Derechos  
Económicos, Sociales  
y Culturales

Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, Observación General No. 13, “El derecho a la educación”, párr. 1.

1

(...) no la indulgencia ante la imposición de limitaciones por parte del Estado. Así pues, un Estado Parte que cierre una universidad u otra institución de enseñanza por motivos como la seguridad nacional o el mantenimiento del orden público tiene la obligación de justificar esa grave medida respecto de cada uno de los elementos definidos en el artículo 4.<sup>2</sup>

En Colombia, la educación es un derecho fundamental, tal y como lo ha sostenido la jurisprudencia de la Corte Constitucional:

A pesar de que la Constitución Política no lo incorpora dentro del capítulo 1o. de su Título segundo, la educación se ha reconocido jurisprudencialmente como un derecho fundamental,<sup>\*</sup> en razón de que constituye un valor esencial de la persona humana; así lo caracteriza nuestra constitución política en relación con la persona del niño (art. 44), como también lo hace en relación con las demás personas, en cuanto su ejercicio asegura el conocimiento, que al decir del preámbulo de la Carta, constituye uno de los altos intereses reconocidos por el constituyente a los colombianos, el cual se logra, como es obvio, mediante la educación, es decir, con el derecho de la persona a buscar ‘(...) el acceso al conocimiento, a la ciencia, a la técnica y a los demás bienes y valores de la cultura’, según se consigna en el artículo 67 de la misma Carta.<sup>3</sup>

La Corte Constitucional ha reiterado que la educación participa de la naturaleza de derecho fundamental, dentro del Estado Social de Derecho, al decir que:

Desde el preámbulo enunciado en nuestra Carta Fundamental, el constituyente de 1991 destacó el valor esencial de la educación al consagrar como elementos que caracterizan el Estado Social de Derecho, la igualdad y el “conocimiento”, cuyos bienes afianzan y consolidan la estructura de un marco jurídico tendiente a garantizar la existencia de un orden político, económico y social justo, en aras de la prevalencia

2 Ibid., párr. 42.

\* Corte Constitucional, sentencia T-002 de 1992, M. P. Alejandro Martínez Caballero.

3 Corte Constitucional, sentencia SU-277 de 1993, M. P. Antonio Barrera Carbonell.

del interés general sobre el de los particulares (art. 1° CP). (...)De ahí que dentro del contexto constitucional, la educación participa de la naturaleza de derecho fundamental propio de la esencia del hombre y de su dignidad humana, amparado no solamente por la Constitución Política de Colombia sino también por los Tratados Internacionales.<sup>4</sup>

La importancia de este derecho se deriva de que:

(...) el derecho a la educación tiene una amplia proyección en ámbitos de interés social, pues comprende el desarrollo de principios y valores constitucionales, toda vez que se erige en canal de acceso a la formación ciudadana dentro de parámetros de participación en la vida económica, política, administrativa y cultural de la Nación, permite realizar los principios básicos de un Estado social de derecho, como el pluralismo, la tolerancia, el respeto a la dignidad humana y desarrollar una cultura alrededor de los valores que alimentan la democracia y, además, se instituye en un instrumento apto para formar a las colombianas y colombianos en el respeto a los derechos humanos, a la paz y a la democracia, en la práctica del trabajo y la recreación (arts. 1, 2 y 67, CP).<sup>5</sup>

Respecto al modelo de educación en Colombia y a los valores fundamentales que se erigen en el proceso educativo, la Corte ha reiterado que:

**La Constitución no impone un modelo específico y acabado de educación. Dentro del sistema mixto –público y privado– del servicio educativo, le cabe cumplir un destacado papel al pluralismo. El pluralismo y la libertad educativa deben, sin embargo, como condición esencial de fondo, respetar y promover al máximo dos valores fundamentales que se erigen en el objetivo del proceso educativo: la democracia y el libre, pleno y armónico desarrollo de la personalidad humana.**<sup>6</sup>

El derecho a la educación contenido en diferentes disposiciones constitucionales ha permitido enunciar a la Corte Constitucional la existencia del concepto de “Constitución cultural”; al respecto la Corte ha reiterado que:

Jurisprudencia  
Corte Constitucional

Jurisprudencia  
Corte Constitucional

Corte Constitucional, sentencia T-423 de 1996, M. P. Hernando Herrera Vergara.

4

Corte Constitucional, sentencias T-672 de 1998, M. P. Hernando Herrera Vergara; T-780 de 1999, M. P. Álvaro Tafur Galvis.

5

Corte Constitucional, sentencia T-337 de 1995, M. P. Eduardo Cifuentes Muñoz.

6

(...) una lectura sistemática a lo largo de la Carta permite deducir el concepto de constitución cultural, a partir de las siguientes disposiciones: se funda principalmente en el preámbulo, en los artículos 1º, 5º y 7º de la Constitución y se desarrolla en los artículos: 8º (protección de la riqueza cultural y natural de la Nación), 10 (idioma, lenguas y dialectos), 13 (igualdad), 14 (personalidad jurídica), 18 (libertad de conciencia), 20 (libertad de expresar y difundir su pensamiento y opiniones), 26 (libertad de profesión u oficio), 27 (libertad de enseñanza, aprendizaje, investigación y cátedra), 40 (derechos políticos), 41 (pedagogía constitucional), 42 (educación de los menores e impedidos), 44 (derechos fundamentales del niño), 45 (educación del adolescente), 47 (rehabilitación para los disminuidos físicos, sensoriales y síquicos), 52 (educación física), 53 (capacitación y adiestramiento de los trabajadores), 54 (la formación y habilitación profesional y técnica de los trabajadores), 61 (propiedad intelectual), 63 (protección del patrimonio arqueológico de la Nación), 67 (función social de la educación), 68 (establecimientos educativos), 69 (autonomía universitaria), 70 (promoción y fomento a la cultura), 71 (búsqueda del conocimiento y la expresión artística), 72 (patrimonio cultural de la Nación), 150-8 (leyes sobre la inspección y vigilancia), 189-21 (inspección y vigilancia de la enseñanza por el ejecutivo), 189-27 (patente temporal a los autores), 300-10 (regulación de la educación por las asambleas departamentales), 311 (el municipio y la cultura), 336 (rentas destinadas a la educación), 356 (situado fiscal con destino a la educación), 365 (servicios públicos) y 366 (la educación como objeto fundamental del Estado) (...)<sup>7</sup>

Además de su condición de derecho fundamental de la persona, la educación es también un servicio que tiene una función social. Así lo reconoce expresamente la Constitución. Ello implica no sólo que satisface una necesidad de carácter general y que, por tanto, debe estar al alcance de quienes lo requieran, sino que el Estado debe garantizar el acceso al mismo y velar porque en su prestación se cumplan los fines señalados por el ordenamiento jurídico vigente.<sup>8</sup> La educación es un servicio público con función social y, tratándose de los niños, es un derecho fundamental prevalente.

7 Corte Constitucional, sentencia T-002 de 1992, M. P. Alejandro Martínez Caballero.

8 Corte Constitucional, sentencia T-429 de 1992, M. P. Ciro Angarita Barón.

En cuanto a la labor de las instituciones que prestan el servicio, la Corte Constitucional ha destacado que:

**A las instituciones educativas, públicas o privadas, les corresponde (en razón del carácter de servicio público con función social que tiene la educación en nuestro ordenamiento) una significativa cuota de colaboración para el logro de ese gran propósito y compromiso ineludible con las generaciones presentes y futuras, con el bienestar social, material y cultural y con la dignidad humana, de crear todas las condiciones necesarias para que los niños tengan acceso efectivo a la educación.<sup>9</sup>**

Sobre los establecimientos educativos fundados por particulares, la Corte Constitucional ha dicho que éstos no pueden sustraerse al carácter de servicio público y de función social de la educación, en los siguientes términos:

**(...) cabe insistir en que, si bien la Constitución protege la actividad económica, la iniciativa privada y la libre competencia (CP, art. 333) y reconoce también el derecho de los particulares de fundar centros educativos (CP, art. 68) tales libertades no pueden anular ni disminuir el carácter de servicio público y de función social atribuido por la Constitución Política a la educación, que también y sobre todo es un derecho fundamental, por todo lo cual está sujeta a la suprema inspección y vigilancia del Estado (CP, art. 67) siendo de competencia del legislador la función de fijar las condiciones para la creación, gestión y funcionamiento de los aludidos establecimientos.<sup>10</sup>**

### 1.1. Desarrollo legal de las normas constitucionales

- Ley 30 de 1992 o Ley básica de la educación superior. Esta norma incluye: los fundamentos de la educación superior: principios, objetivos, campo de acción y programas académicos, instituciones de educación superior, títulos y exámenes de Estado, autonomía de las instituciones, fomento, inspección y vigilancia. Las normas sobre el Consejo Nacional de Educación Superior (CESU) y el Instituto Colombiano para el Fomento de la Educa-

Jurisprudencia  
Corte Constitucional

Jurisprudencia  
Corte Constitucional

Corte Constitucional, sentencias T-429 de 1992, M. P. Ciro Angarita Barón; T-064 de 1993, M. P. Ciro Angarita Barón.  
Corte Constitucional, sentencia C-560 de 1997, M. P. José Gregorio Hernández Galindo.

9  
10

ción Superior (Icfes): comités asesores, sanciones, sistemas nacionales de acreditación e información. El régimen especial de las universidades del Estado y de las otras instituciones de educación superior estatales u oficiales: naturaleza jurídica, organización y elección de directivas, personal docente y administrativo, sistema de universidades estatales u oficiales, régimen financiero, régimen de contratación y de control fiscal. El régimen de las instituciones de educación superior de carácter privado y de economía solidaria. El régimen estudiantil: de los estudiantes, del Instituto Colombiano de Crédito Educativo y Estudios Técnicos en el Exterior (Icetex), del bienestar universitario, y otras disposiciones generales, especiales y transitorias.

- Decreto 61 de 1992, institucionalizó el “Plan de universalización de la educación básica primaria.”
- Decreto 1212 de 1993. Reconocimiento de instituciones universitarias o escuelas tecnológicas.
- Decreto 1211 de 1993. Icfes-Estatuto básico.
- Decreto 2225 de 1993. Exámenes de validación: diseño de programas, requisitos y resultados.
- Ley 115 de 1994. Ley general de la educación.
- Ley 107 de 1994. Educación constitucional: requisito para bachilleres, funciones de las entidades públicas.
- Decreto 836 de 1994. Maestrías: procedimientos para creación y funcionamiento de programas.
- Ley 119 de 1994. SENA: reestructuración.
- Decreto 1743 de 1994. Educación ambiental: instituida a todos los niveles de educación.
- Decreto 1860 de 1994. Educación formal: reglamentación de aspectos pedagógicos y organizativos.
- Ley 181 de 1995. Deporte: ley de fomento.
- Decreto 2903 de 1994. Escuelas normales: reestructuración.
- Decreto 804 de 1995. Grupos étnicos: atención educativa.
- Decreto 2886 de 1994. Recursos para la educación: administración del situado fiscal.
- Decreto 1236 de 1995. Alumnos: criterios para evaluación y promoción.
- Decreto 1719 de 1995. Plan nacional de desarrollo educativo.
- Decreto 644 de 2001. Reglamenta el artículo 99 de la Ley 115 de 1994. Puntajes altos en exámenes del Estado.

## 2 Obligaciones generales de los Estados

Conforme a la doctrina del Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, al ratificar el PIDESC los Estados contraen una serie de obligaciones generales y otras específicas en relación con el derecho a la educación. Entre las obligaciones generales se destacan las de efecto inmediato y las de efecto gradual:

**43. Si bien el Pacto dispone su puesta en práctica gradual y reconoce las restricciones debidas a las limitaciones de los recursos disponibles, impone también a los Estados Partes diversas obligaciones con efecto inmediato.\* Los Estados Partes tienen obligaciones inmediatas respecto del derecho a la educación, como la “garantía” del “ejercicio de los derechos... sin discriminación alguna” (párrafo 2 del artículo 2) y la obligación de “adoptar medidas” (párrafo 1 del artículo 2) para lograr la plena aplicación del artículo 13.\*\* Estas medidas han de ser “deliberadas, concretas y orientadas lo más claramente posible” hacia el pleno ejercicio del derecho a la educación.**

**44. El ejercicio del derecho a la educación a lo largo del tiempo, es decir, “gradualmente”, no debe interpretarse como una pérdida del sentido de las obligaciones de los Estados Partes. Realización gradual quiere decir que los Estados Partes tienen la obligación concreta y permanente “de proceder lo más expedita y eficazmente posible” para la plena aplicación del artículo 13.\*\*\***

**45. La admisión de medidas regresivas adoptadas en relación con el derecho a la educación, y otros derechos enunciados en el Pacto, es objeto de grandes prevenciones. Si deliberadamente adopta alguna medida regresiva, el Estado Parte tiene la obligación de demostrar que fue implantada tras la consideración más cuidadosa de todas las alternativas y que se justifica plenamente en relación con la totalidad de los derechos previstos en**

Observación General  
Comité de Derechos  
Económicos, Sociales  
y Culturales

Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, Observación General No. 3, “La índole de las obligaciones de los Estados Partes”, párr. 1.

Ibíd., párr. 2.

Ibíd., párr. 9.

\*

\*\*

\*\*\*

**el Pacto y en el contexto del aprovechamiento pleno del máximo de los recursos de que disponga el Estado Parte.**<sup>\* 11</sup>

Concretamente, según el Comité, el derecho a la educación impone tres tipos de obligaciones a los Estados Parte:<sup>12</sup>

1. La de respetar o “no hacer”, que “exige que los Estados Partes eviten las medidas que obstaculicen o impidan el disfrute del derecho a la educación”.<sup>13</sup>
2. La de proteger, que “impone a los Estados Partes adoptar medidas que eviten que el derecho a la educación sea obstaculizado por terceros”.<sup>14</sup>
3. La de cumplir que, a su vez, se encuentra conformada por las obligaciones de facilitar y proveer. “Como regla general, los Estados Partes están obligados a dar cumplimiento a un derecho concreto del Pacto cada vez que un individuo o grupo no puede, por razones ajenas a su voluntad, poner en práctica el derecho por sí mismo con los recursos a su disposición”,<sup>15</sup> aunque esta obligación dependerá de los recursos de que disponga el Estado y de la progresiva efectividad del derecho en el mismo.

En relación con el alcance del deber de cumplimiento, el Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales ha señalado:

**48. A este respecto, es preciso insistir en dos elementos del artículo 13. En primer lugar, está claro que en el artículo 13 se considera que los Estados tienen la principal responsabilidad de la prestación directa de la educación en la mayor parte de las circunstancias; los Estados Partes reconocen, por ejemplo, que “se debe proseguir activamente el desarrollo del sistema escolar en todos los ciclos de la enseñanza” (apartado e) del párrafo 2 del artículo 13). En segundo lugar, habida cuenta de las diferencias de redacción del párrafo 2 del artículo 13 en lo que respecta a la enseñanza primaria, secundaria, superior y fundamental, los parámetros por los que se mide la obligación del Estado Parte de**

Observación General  
Comité de Derechos  
Económicos, Sociales  
y Culturales

\* Ibid.  
11 Comité de derechos Económicos, Sociales y Culturales, Observación General No. 13, “El derecho a la educación”, párrs. 43-45.  
12 Ibid., párr. 46.  
13 Ibid., párr. 47.  
14 Ibid.  
15 Ibid.

**cumplir (facilitar) no son los mismos para todos los niveles de la enseñanza. En consecuencia, a la luz del texto del Pacto, la obligación de los Estados Partes de cumplir (facilitar) se acrecienta en relación con el derecho a la educación, pero el alcance de esta obligación no es el mismo respecto de todos los niveles de educación.(...)**<sup>16</sup>

Sin embargo, conforme a la doctrina del Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, los Estados Partes del PIDESC tienen la obligación mínima de asegurar los niveles esenciales de cada derecho, incluidas “las formas más básicas de enseñanza”:

**(...) En el contexto del artículo 13, esta obligación mínima comprende: el velar por el derecho de acceso a las instituciones y programas de enseñanza públicos sin discriminación alguna; por que la enseñanza corresponda a los objetivos expuestos en el párrafo 1 del artículo 13; proporcionar enseñanza primaria a todos, de conformidad con el apartado a) del párrafo 2 del artículo 13; adoptar y aplicar una estrategia nacional de educación que abarque la enseñanza secundaria, superior y fundamental; y velar por la libre elección de la educación sin la intervención del Estado ni de terceros, a reserva de la conformidad con las normas mínimas en materia de enseñanza (párrafos 3 y 4 del artículo 13).**<sup>17</sup>

En la Constitución, el derecho a la educación es de proyección múltiple: es un derecho fundamental y, a la vez, es un derecho-deber.<sup>18</sup> La Constitución establece en forma expresa (art. 67) que la educación es un servicio público que tiene una función social. Además, estipula que el Estado, la sociedad y la familia son responsables de la educación. Su categoría como derecho fundamental ha sido reconocida plenamente en el ordenamiento jurídico superior y por la jurisprudencia de la Corte Constitucional.

Además, respecto a las obligaciones del Estado, la Corte Constitucional ha reiterado que:

Observación General  
Comité de Derechos  
Económicos, Sociales  
y Culturales

	Ibíd., párr. 48.	16
	Ibíd., párr. 57.	17
Corte Constitucional, sentencias T-002 de 1992, M. P. Alejandro Martínez Caballero; T-1032 de 2000, M. P. Alejandro Martínez Caballero.		18

(...) la educación constituye una función social (...) donde el Estado se encuentra en el deber ineludible e impostergable de garantizarla realmente como uno de los objetivos fundamentales de su actividad y como servicio público de rango constitucional, inherente a la finalidad social del Estado no solamente en lo concerniente al acceso al conocimiento, sino igualmente en cuanto respecta a su prestación de manera permanente y eficiente para todos los habitantes del territorio nacional, tanto en el sector público como en el privado.

Es la misma Constitución concebida como norma de normas (artículo 4°) la que se encarga de fijar las directrices generales de la educación y señalar sus derechos y deberes dentro de un marco jurídico axiológico.\* Dichos postulados además de consagrar el servicio público de educación como derecho fundamental le asigna a éste el efecto de aplicación inmediata, según se desprende del artículo 85 constitucional.

(...) Corresponde entonces al Estado garantizar el adecuado cubrimiento del servicio y asegurar a los estudiantes las condiciones necesarias para su acceso y permanencia en el sistema educativo.

(...) Así pues, a juicio de esta Sala, en su función de intérprete de los preceptos superiores a efectos de proteger adecuadamente, mediante el mecanismo de la acción de tutela, los derechos fundamentales constitucionales, es dable entender que dentro de los objetivos fundamentales de la actividad del Estado y las finalidades sociales inherentes a éste, encaminadas al bienestar general y al mejoramiento de la calidad de vida de la población, la salud, la educación, el saneamiento ambiental y el agua potable, constituyen servicios públicos esenciales de regulación constitucional. Por consiguiente, el mismo Estado está en la obligación de asegurar su prestación eficiente y permanente para todos los habitantes del territorio nacional, dentro del espíritu de las finalidades sociales del Estado, referenciadas en el artículo 366 de la CP,<sup>19</sup> que para

\* Corte Constitucional, sentencia T-337 de 1995, M. P. Eduardo Cifuentes Muñoz.

19 “El bienestar general y el mejoramiento de la calidad de vida de la población son finalidades del Estado. Será objetivo fundamental de su actividad la solución de las necesidades insatisfechas de salud, de educación, de saneamiento ambiental y de agua potable. Para tales efectos, en los planes y presupuestos de la nación y de las entidades territoriales, el gasto público social tendrá prioridad sobre cualquier otra asignación”.

**este caso permite la prevalencia del interés general sobre el particular por encontrarse en juego el valor del conocimiento.**<sup>20</sup>

Según el artículo 4° de la Ley 115 de 1994, el Estado deberá atender en forma permanente los factores que favorecen la calidad y el mejoramiento de la educación; especialmente velará por la cualificación y formación de los educadores, la promoción docente, los recursos y métodos educativos, la innovación e investigación educativa, la orientación educativa y profesional, y la inspección y evaluación del proceso educativo.

En resumen, la Corte Constitucional ha manifestado que:

**(...) son obligaciones del Estado en materia educativa, regular y ejercer la suprema inspección y vigilancia de la educación con el fin de velar por su calidad, por el cumplimiento de sus fines y por la mejor formación moral, intelectual y física de los educandos; garantizar el adecuado cubrimiento del servicio y asegurar a los menores las condiciones necesarias para su acceso y permanencia en el sistema educativo.**<sup>21</sup>

### 3 Características comunes a todos los niveles de educación

Conforme a la doctrina del Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, relativa al derecho a recibir educación,

**Si bien la aplicación precisa y pertinente de los requisitos dependerá de las condiciones que imperen en un determinado Estado Parte, la educación en todas sus formas y en todos los niveles debe tener las siguientes cuatro características interrelacionadas.**\*

Jurisprudencia  
Corte Constitucional

Observación General  
Comité de Derechos  
Económicos, Sociales  
y Culturales

Corte Constitucional, sentencia T-423 de 1996, M. P. Hernando Herrera Vergara.  
Corte Constitucional, sentencias SU-337 de 1999, M. P. Alejandro Martínez Caballero; T-642 de 2001, M. P. Jaime Córdoba Triviño.

20

21

\*

Este planteamiento corresponde al marco analítico general seguido a propósito de los derechos a una vivienda y una alimentación adecuadas, y a la labor de la Relatora Especial de las Naciones Unidas sobre el Derecho a la Educación. En su Observación General No. 4, el Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales se refiere a varios factores que influyen en el derecho a una vivienda de esas características: la disponibilidad, la asequibilidad, la accesibilidad y la adecuación cultural. En su Observación General No. 12, el Comité se refiere a varios elementos del derecho a una alimentación adecuada como la disponibilidad, la aceptabilidad y la accesibilidad. En su informe preliminar a la Comisión de Derechos Humanos, la Relatora Especial sobre el derecho a la educación menciona "cuatro características fundamentales que deben tener las escuelas primarias: la disponibilidad, la accesibilidad, la aceptabilidad y la adaptabilidad". Naciones Unidas, E/CN.4/1999/49, párr. 50.

- a) **Disponibilidad.** Debe haber instituciones y programas de enseñanza en cantidad suficiente en el ámbito del Estado Parte. Las condiciones para que funcionen dependen de numerosos factores, entre otros, el contexto de desarrollo en el que actúan; por ejemplo, las instituciones y los programas probablemente necesiten edificios u otra protección contra los elementos, instalaciones sanitarias para ambos sexos, agua potable, docentes calificados con salarios competitivos, materiales de enseñanza, etc.; algunos necesitarán además bibliotecas, servicios de informática, tecnología de la información, etc.
- b) **Accesibilidad.** Las instituciones y los programas de enseñanza han de ser accesibles a todos, sin discriminación, en el ámbito del Estado Parte. La accesibilidad consta de tres dimensiones que coinciden parcialmente:
  - i) **No discriminación.** La educación debe ser accesible a todos, especialmente a los grupos más vulnerables de hecho y de derecho, sin discriminación por ninguno de los motivos prohibidos (véanse los párrafos 31 a 37 sobre la no discriminación);
  - ii) **Accesibilidad material.** La educación ha de ser asequible materialmente, ya sea por su localización geográfica de acceso razonable (por ejemplo, una escuela vecinal) o por medio de la tecnología moderna (mediante el acceso a programas de educación a distancia);
  - iii) **Accesibilidad económica.** La educación ha de estar al alcance de todos. Esta dimensión de la accesibilidad está condicionada por las diferencias de redacción del párrafo 2 del artículo 13 respecto de la enseñanza primaria, secundaria y superior: mientras que la enseñanza primaria ha de ser gratuita para todos, se pide a los Estados Partes que implanten gradualmente la enseñanza secundaria y superior gratuita.
- c) **Aceptabilidad.** La forma y el fondo de la educación, comprendidos los programas de estudio y los métodos pedagógicos, han de ser aceptables (por ejemplo, pertinentes, adecuados culturalmente y de buena calidad) para los estudiantes y, cuando proceda, los padres; este punto está supeditado a los objetivos de la educación mencionados en el párrafo 1 del artículo 13 y a las normas mínimas que el Estado apruebe en materia de enseñanza (véanse los párrafos 3 y 4 del artículo 13).

- d) **Adaptabilidad.** La educación ha de tener la flexibilidad necesaria para adaptarse a las necesidades de sociedades y comunidades en transformación y responder a las necesidades de los alumnos en contextos culturales y sociales variados.

Al considerar la correcta aplicación de estas “características interrelacionadas y fundamentales”, se habrán de tener en cuenta ante todo los superiores intereses de los alumnos.<sup>22</sup>

Concretamente, los Estados tienen las obligaciones de “respetar, proteger y llevar a efecto cada una de las características fundamentales del derecho a la educación”, señaladas anteriormente:

**(...) Por ejemplo, la obligación del Estado de respetar la disponibilidad de la educación se demuestra no cerrando escuelas privadas; la de proteger la accesibilidad de la educación, velando por que terceros, incluidos padres y empleadores, no impidan que las niñas asistan a la escuela; la de llevar a efecto (facilitar) la aceptabilidad de la educación, adoptando medidas positivas para que la educación sea culturalmente aceptable para las minorías y las poblaciones indígenas, y de buena calidad para todos; la obligación de llevar a efecto (facilitar) la adaptabilidad de la educación, formulando planes de estudio y dotándolos de recursos que reflejen las necesidades contemporáneas de los estudiantes en un mundo en transformación; y la de llevar a efecto (facilitar) la disponibilidad de la educación, implantando un sistema de escuelas, entre otras cosas construyendo aulas, estableciendo programas, suministrando materiales de estudio, formando maestros y abonándoles sueldos competitivos a nivel nacional.<sup>23</sup>**

En Colombia, respecto a las características del derecho a la educación (obligatoriedad, accesibilidad, igualdad de oportunidades y permanencia en la educación), la Corte Constitucional ha señalado lo siguiente:

Observación General  
Comité de Derechos  
Económicos, Sociales  
y Culturales

Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, Observación General No. 13, “El derecho a la educación”, párrs. 6 y 7.  
Ibíd., párr. 50.

22  
23

Si el constituyente elevó la educación entre los 5 y los 15 años de edad<sup>24</sup> a la categoría de *obligación* (CP, art. 67), ello significa que correlativamente debe afirmarse la existencia de un derecho público subjetivo para exigir del Estado el *acceso* a la misma (...) si las condiciones necesarias –centros educativos, planta de personal, recursos económicos–, para prestar este servicio público (CP, art. 67) se encuentran materializadas. En caso de ausencia de cupos, como consecuencia de la alta demanda del servicio o de la limitación de la infraestructura educativa, el reconocimiento del derecho fundamental de los niños a la educación se hará teniendo en cuenta el principio de *igualdad de oportunidades*, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 13 de la Constitución.

(...) Frente a un exceso de solicitudes para acceder a un número limitado de cupos, deberá tenerse en cuenta además de los méritos o capacidades individuales, el compromiso del Estado para promover a grupos tradicionalmente marginados o discriminados y proteger a las personas que por sus condiciones económicas, físicas o mentales se encuentren bajo circunstancias de debilidad manifiesta (art. 13 inc. 2,3 CP).

Con mucha mayor razón debe afirmarse la existencia de un derecho público subjetivo frente al Estado de *permanecer* en el sistema educativo. La voluntad expresa del constituyente ha sido la de proteger la educación en su integridad. La Constitución garantiza *el acceso y la permanencia en el sistema educativo*, salvo que existan elementos razonables –incumplimiento académico o graves faltas disciplinarias del estudiante– que lleven a privar a la persona del beneficio de permanecer en una entidad educativa determinada.

El deber del Estado de asegurar a los menores las condiciones necesarias para permanecer en el sistema educativo (CP, art. 67) debe interpretarse a la luz de los artículos 44 y 13 de la Carta: el primero porque comunica o irradia el carácter de fundamental al derecho de permanencia educativa y, el segundo, porque dicha permanencia debe

ser garantizada en igualdad de condiciones, esto es, sin ningún tipo de discriminación por razones de sexo, raza, origen nacional o familiar, lengua, religión, opinión política o filosófica.

**El principio de igualdad de oportunidades juega un papel neurálgico en la tarea de mantener y promover un orden justo (CP Preámbulo, art. 2), en una sociedad que además de la pobreza se caracteriza por una inequitativa distribución de recursos. La obligación del Estado de promover las condiciones para alcanzar una igualdad real y efectiva sólo podrá verse cumplida mediante el respeto e igual consideración de todas las personas en el diseño y funcionamiento de las instituciones públicas. Tratándose de un menor de edad se espera que su permanencia en una entidad educativa sea garantizada por encima de las decisiones arbitrarias de la autoridad de turno con poder decisorio para otorgar o denegar cupos de estudio.**

**Dentro de los factores jurídicos relevantes para no reconocer el derecho de permanencia en una entidad educativa estarían el grave incumplimiento de las exigencias académicas y disciplinarias. Para evitar un trato desigual o arbitrario en su apreciación y aplicación, el Estado ha diseñado diversos mecanismos de control (...),<sup>25</sup> [que se encuentran desarrollados a través la legislación indicada arriba]. (Énfasis agregado.)**

#### 4 Características específicas de cada nivel de educación

A pesar de que la enseñanza primaria, la secundaria, la superior y la fundamental comparten una serie de características comunes, las obligaciones de los Estados Partes respecto a cada una ellas varía. Mientras que la obligación de proporcionar instrucción primaria a todos constituye un deber inmediato para los Estados Partes, éstos tienen la obligación inmediata de “adoptar medidas” para implantar la enseñanza secundaria, superior y fundamental para todos en su jurisdicción.<sup>26</sup>

En Colombia, la Ley 114 de 1994 establece, entre otras disposiciones, la estructura del sistema de educación en diferentes niveles.<sup>27</sup>

Corte Constitucional, sentencia T-402 de 1992, M. P. Eduardo Cifuentes Muñoz.	25
Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, Observación General No. 13, “El derecho a la educación”, párrs. 51 y 52.	26
Ley 114 de 1994, artículos 10, 11 (educación formal); 15, 16 (educación preescolar); 19, 20 (educación básica); 21 (ciclo primaria); 22 (ciclo de secundaria); 27, 30 (educación media); 31 (académica); 32 (técnica); 35 (educación superior); 36, 37 (educación no formal); 43 (educación informal); 45 (sistema nacional de educación masiva); Título III, Capítulo I (educación para personas	27

### 4.1. La enseñanza primaria

Según el apartado a) del párrafo 2 del artículo 13 del PIDESC: “La enseñanza primaria debe ser obligatoria y asequible a todos gratuitamente”. Igualmente, la doctrina del Comité ha señalado reiteradamente que: “(...) la enseñanza primaria tiene dos rasgos distintivos: es obligatoria y asequible a todos gratuitamente”.<sup>28</sup> Además, “la enseñanza primaria comprende los elementos de disponibilidad, accesibilidad, aceptabilidad y adaptabilidad que son comunes a la educación en todas sus formas y en todos los niveles”.<sup>29</sup>

Con respecto a este primer nivel de la enseñanza debe tenerse presente el artículo 14 del PIDESC, que establece que:

**Todo Estado Parte en el presente Pacto que, en el momento de hacerse parte en él, aún no haya podido instituir en su territorio metropolitano o en otros territorios sometidos a su jurisdicción la obligatoriedad y la gratuidad de la enseñanza primaria, se compromete a elaborar y adoptar, dentro de un plazo de dos años, un plan detallado de acción para la aplicación progresiva, dentro de un número razonable de años fijado en el plan, del principio de la enseñanza obligatoria y gratuita para todos.**

En relación con la obligatoriedad de la enseñanza primaria, el Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales señaló que:

**El elemento de obligatoriedad sirve para destacar el hecho de que ni los padres ni los tutores, ni el Estado, tienen derecho a tratar como optativa la decisión de si el niño debería tener acceso a la enseñanza primaria. Análogamente, la prohibición de la discriminación por motivo de sexo en el acceso a la educación, que se exige también en los artículos 2 y 3 del Pacto, queda puesta más de relieve por esta exigencia. Sin embargo, debería subrayarse que la obligatoriedad solamente se puede justificar si la educación ofrecida es de calidad adecuada, es pertinente para el niño y promueve la realización de otros derechos del niño.**<sup>30</sup>

con limitaciones o capacidades excepcionales); 50, 51 (educación para adultos); 55, 56 (educación para grupos étnicos); 64, 65 (educación campesina y rural); 68 (educación para la rehabilitación social).

28 Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, Observación General No. 13, “El derecho a la educación”, párr. 10.

29 *Ibid.*, párr. 8.

30 Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, Observación General No. 11, “Planes de acción para la enseñanza primaria”, párr. 6.

Artículo 14.  
Pacto Internacional de  
Derechos Económicos,  
Sociales y Culturales

Observación General  
Comité de Derechos  
Económicos, Sociales  
y Culturales

Respecto al requisito de gratuidad de esta enseñanza, igualmente el Comité indicó que:

**El carácter de este requisito es inequívoco. El derecho se formula de manera expresa para asegurar la disponibilidad de enseñanza primaria gratuita para el niño, los padres o los tutores. Los derechos de matrícula impuestos por el gobierno, las autoridades locales o la escuela, así como otros costos directos, son desincentivos del disfrute del derecho que pueden poner en peligro su realización. Con frecuencia pueden tener también efectos altamente regresivos. Su eliminación es una cuestión que debe ser tratada en el necesario plan de acción. Los gastos indirectos, tales como los derechos obligatorios cargados a los padres (que en ocasiones se presentan como voluntarios cuando de hecho no lo son) o la obligación de llevar un uniforme relativamente caro, también pueden entrar en la misma categoría. Otros gastos indirectos pueden ser permisibles, a reserva de que el Comité los examine caso por caso. Esta disposición no está en modo alguno en conflicto con el derecho reconocido en el párrafo 3 del artículo 13 del Pacto para los padres y los tutores “de escoger para sus hijos o pupilos escuelas distintas de las creadas por las autoridades públicas.”<sup>31</sup>**

Respecto al concepto de “enseñanza primaria”, el Comité de Derechos Humanos ha indicado que para su interpretación correcta se debe tener en cuenta la “Declaración mundial sobre educación para todos: satisfacción de las necesidades básicas de aprendizaje”, adoptada en 1990,<sup>32</sup> en la que se afirma:

**El principal sistema para impartir la educación básica fuera de la familia es la escuela primaria. La educación primaria debe ser universal, garantizar la satisfacción de las necesidades básicas de aprendizaje de todos los niños y tener en cuenta la cultura, las necesidades y las posibilidades de la comunidad (art. 5). La Declaración define “las necesi-**

Observación General  
Comité de Derechos  
Económicos, Sociales  
y Culturales

Observación General  
Comité de Derechos  
Económicos, Sociales  
y Culturales

Ibíd., párr. 7.

En 1990, Año Internacional de la Alfabetización, se celebró en Jomtien (Tailandia) la Conferencia mundial sobre educación para todos, en la cual cerca de 1.500 delegados de 155 países y representantes de unas 150 organizaciones no gubernamentales formularon un llamamiento a todos los países con el fin de universalizar la educación básica adecuada. La Conferencia adoptó la Declaración mundial sobre educación para todos y aprobó un marco de acción para satisfacer las necesidades básicas de aprendizaje.

dades básicas de aprendizaje” en su artículo 1. \* Si bien enseñanza primaria no es sinónimo de educación básica, hay una estrecha correlación entre ambas. A este respecto, el Comité suscribe la posición del Unicef: “la enseñanza primaria es el componente más importante de la educación básica”.<sup>33</sup>

#### 4.2. La enseñanza secundaria

Conforme al apartado b) del párrafo 2 del artículo 13 del PIDESC, “la enseñanza secundaria, en sus diferentes formas, incluso la enseñanza secundaria técnica y profesional, debe ser generalizada y hacerse accesible a todos, por cuantos medios sean apropiados, y en particular por la implantación progresiva de la enseñanza gratuita”.

Si bien la enseñanza secundaria comprende, al igual que el resto de los niveles de educación, los elementos de disponibilidad, accesibilidad, aceptabilidad y adaptabilidad, su contenido puede variar entre los Estados Partes del PIDESC,

**(...) y con el correr del tiempo, implica la conclusión de la educación básica y la consolidación de los fundamentos del desarrollo humano y del aprendizaje a lo largo de toda la vida. Prepara a los estudiantes para la enseñanza superior y profesional. El apartado b) del párrafo 2 del artículo 13 se aplica a la enseñanza secundaria “en sus diferentes formas”, reconociéndose con ello que la enseñanza secundaria exige planes de estudio flexibles y sistemas de instrucción variados que se adapten a las necesidades de los alumnos en distintos contextos sociales y culturales.**<sup>34</sup>

En relación con la exigencia del apartado b) del párrafo 2 del artículo 13, consistente en que la enseñanza secundaria debe “ser generalizada y hacerse accesible a todos, por cuantos medios sean apropiados, y en particular por la implantación progresiva de la enseñanza gratuita”, el Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales ha señalado que:

\* La Declaración define “las necesidades básicas de aprendizaje” como “herramientas esenciales para el aprendizaje (como la lectura y la escritura, la expresión oral, el cálculo, la solución de problemas) y los contenidos básicos del aprendizaje (conocimientos teóricos y prácticos, valores y aptitudes) necesarios para que los seres humanos puedan desarrollar plenamente sus capacidades, vivir y trabajar con dignidad, participar plenamente en el desarrollo, mejorar la calidad de su vida, tomar decisiones fundamentadas y continuar aprendiendo” (art. 1).

33 Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, Observación General No. 13, “El derecho a la educación”, párr. 9.

34 *Ibid.*, párr. 12.

(...) La expresión “generalizada” significa, en primer lugar, que la enseñanza secundaria no depende de la aptitud o idoneidad aparentes de un alumno y en segundo lugar, que se impartirá en todo el Estado de forma tal que todos puedan acceder a ella en igualdad de condiciones. (...) La expresión “por cuantos medios sean apropiados” refuerza el argumento de que los Estados Partes deben adoptar criterios variados e innovadores en lo que respecta a la enseñanza secundaria en distintos contextos sociales y culturales.<sup>35</sup>

Respecto a qué significa la “(...) implantación progresiva de la enseñanza gratuita”, este Comité ha aclarado que “significa que, si bien los Estados deben atender prioritariamente a la enseñanza primaria gratuita, también tienen la obligación de adoptar medidas concretas para implantar la enseñanza secundaria y superior gratuitas (...)”.<sup>36</sup>

En Colombia, el artículo 67 de su CP, en su inciso 3º manifiesta que la educación “será obligatoria entre los cinco y quince años de edad y que comprenderá como mínimo, un año de preescolar y nueve de educación básica”. Esta norma constitucional, que lleva más allá de la primaria esta protección especial, se encuentra complementada por la jurisprudencia de la Corte Constitucional al establecer que el Estado debe hacer realidad este mandato, además de establecer que la educación obligatoria sea hasta los 18 años. Concretamente, la Corte ha señalado que:

**El artículo 44 de la Constitución establece que el derecho a la educación es un derecho fundamental de los niños, e interpretando armónicamente con el mandato del artículo 67 constitucional, esta Corporación ha señalado que la prestación del servicio público de educación es obligatoria hasta los diez y ocho (18) años, edad que legalmente se considera como el tránsito de la niñez a la adultez.<sup>37</sup>**

En su inciso 4º, el artículo 67 de la CP establece: “La educación será gratuita en las instituciones del Estado, sin perjuicio del cobro de derechos académicos a quienes puedan sufragarlos. Tiene entonces la educación, un esque-

Ibid., párr. 13. 35  
Ibid., párr. 14. Véase el párrafo 7 de la Observación General No. 11 sobre el artículo 14 en lo que respecta a las observaciones generales del Comité acerca del significado de “gratuito”. 36  
Corte Constitucional, sentencia T-108 de 2001, M. P. Marta SÁCHICA Méndez. 37

ma mixto de pública y privada como servicio público que tiene una función social que se expresa en exigencias y condiciones uniformes y mínimas que impone el Estado”.<sup>38</sup>

Sobre la educación privada, la Corte Constitucional ha dicho que:

**(...) inicialmente se permitió por el constituyente como una opción que garantizara el pluralismo, es hoy más que eso, es una complementación indispensable al deber educativo que la Administración Pública no está en capacidad de cubrir, debiéndolo hacer (...) Un rasgo que diferencia a la educación pública de la privada, es que en esta última tiene presencia muy importante el carácter sinalagmático de los contratos, luego surgen obligaciones recíprocas entre el colegio y el educando y sus padres, una de las cuales es el pago de la educación por parte de éstos y por parte del colegio la continuidad en la prestación del servicio. Ambas obligaciones dependen la una de la otra, y ninguna es concebida aisladamente.**

**(...)**

**La ineficacia de la Administración para razonablemente prestar el servicio de educación ha conducido a que la justificación constitucional de la educación privada como algo opcional, ha derivado en algo necesario e indispensable para suplir las deficiencias del Estado. Por consiguiente los sectores sociales que optaron por educación privada ya no lo hacen solamente por razones de pluralismo cultural sino porque es la única forma de darle educación a sus hijos. Esto ha significado que cuando la crisis económica del país afecte a dichos sectores, el Estado debe ampliar la educación pública dotando de recursos suficientes y progresivamente superiores, y, colateralmente otorgar recursos que viabilicen créditos para la educación privada y agilicen su otorgamiento. En otras palabras, emplear todas las herramientas posibles para que haya soluciones definitivas.**

**(...)**

**[Concluye la Corte Constitucional que]: Por lo tanto al Estado le corresponde hacer realidad las normas constitucionales en la prestación del servicio de educación en los grados antes señalados, directamente a**

**través de la educación pública, sin perjuicio de la opción de los padres para escoger la educación de sus hijos en un colegio particular. Pero aclarándose que la opción de los padres no desplaza la obligación del Estado.**<sup>39</sup>

El artículo 356 de la CP es terminante al establecer que: “Los recursos del situado fiscal se destinarán a financiar la educación preescolar, primaria, secundaria y media, y la salud en los niveles que la ley señale, con especial atención a los niños”, estos niveles de educación se encuentran fijados en la Ley 115 de 1994, complementaria de la Ley 60 de 1993. Sin olvidar lo que señala el artículo 366 de la Constitución, respecto a que la educación es objetivo fundamental del Estado, cuya finalidad social es el mejoramiento de la calidad de vida de la población y el bienestar general, para lo cual en los planes y presupuestos de la nación y de las entidades territoriales, el gasto público social tendrá prioridad sobre cualquier otra asignación.

En reiterada jurisprudencia de la Corte Constitucional se ha ordenado a las autoridades para que prioritariamente consigan las partidas presupuestarias con el fin de atender los gastos que requieran para garantizar el derecho a la educación, como bien se señala en el siguiente caso:

**En estas circunstancias es procedente tutelar el derecho a la educación del demandante y demás alumnos del plantel mencionado, ordenándose en esta providencia a los accionados para que realicen las gestiones encaminadas a la provisión de cargos docentes y administrativos requeridos en el mismo, previos los trámites relacionados con la consecución de las partidas que en forma prioritaria se requieren para atender los gastos que demande el funcionamiento del citado servicio público de educación.**<sup>40</sup>

Es importante señalar entonces, que la “atención preferencial” que otorga la Constitución al derecho a la educación, deberá satisfacer el núcleo esencial; en consecuencia, el Estado debe suministrar las garantías y los medios necesarios para que cada persona tenga derecho a acceder a un establecimiento educativo y, de no ser posible, por lo menos a un sistema que le permita una adecuada formación,<sup>41</sup> así como a permanecer en el mismo.

Jurisprudencia  
Corte Constitucional

Corte Constitucional, sentencia SU-624 de 1999, M. P. Alejandro Martínez Caballero.	39
Corte Constitucional, sentencias T-423 de 1996, M. P. Hernando Herrera Vergara; T-235 de 1997, M. P. Hernando Herrera Vergara.	40
Corte Constitucional, sentencia T-534 de 1997, M. P. Jorge Arango Mejía.	41

Respecto a la existencia de condiciones para satisfacer plenamente el derecho a la educación la Corte Constitucional ha señalado que:

Jurisprudencia  
Corte Constitucional

**(...) no se puede ignorar la existencia de condicionamientos a la satisfacción plena del derecho a la educación y que pueden estar sustentados, de un lado, en las condiciones materiales del Estado colombiano, como serían “las limitaciones que surgen de las propias posibilidades operativas y de cobertura de las instituciones que la ofrecen (limitación material)” y, de otro, “por los requerimientos académicos y administrativos (limitación técnica) que éstas reclaman de quienes pretenden acceder a sus aulas”, dado que el cumplimiento de las responsabilidades académicas que les caben a los educandos, son resultado de la condición de derecho-deber que tiene el derecho a la educación.**<sup>42</sup>

Sobre la educación gratuita, el mandato constitucional del inciso 4 del artículo 67 es claro. En este sentido, hay que tener en cuenta el principio de proporcionalidad desarrollado por la Corte Constitucional

Jurisprudencia  
Corte Constitucional

**(...) [que] busca que la medida no sólo tenga fundamento legal, sino que sea aplicada de tal manera que los intereses jurídicos de otras personas o grupos no se vean afectados, o que ello suceda en grado mínimo.**<sup>43</sup>

**Es obligación del Estado garantizar a los menores el disfrute de todos sus derechos, entre ellos el de la educación. Para ello, se ha establecido que ésta, en los ciclos de primaria y media básica debe ser gratuita para permitir que los menores asistan regularmente a los centros educativos en el sistema formal de educación (...).**<sup>44</sup>

Una diferencia entre el derecho a la educación para los niveles elemental, medio básico y para adultos es que los dos primeros gozan de especial protección por parte del Estado y su prestación se considera prioritaria, lo que quiere decir que, para los menores de edad el derecho a la educación tiene un carácter fundamental, mientras que tratándose de personas adultas, este derecho adquire

42 Corte Constitucional, sentencias T-186 de 1993, M. P. Alejandro Martínez Caballero; T-373 de 1996, M. P. Antonio Barrera Carbonell; T-780 de 1999, M. P. Álvaro Tafur Galvis.

43 Corte Constitucional, sentencias C-022 de 1996, M. P. Carlos Gaviria Díaz; C-210 de 1997, M. P.(e) Carmenza Isaza Gómez.

44 Corte Constitucional, sentencia T-108 de 2001, M. P. Marta SÁCHICA Méndez.

re otra naturaleza, por cuanto “el Estado pasa a adquirir una obligación de carácter prestacional, es decir, se le obliga a crear las condiciones para lograr un acceso efectivo a este derecho, pero no se le puede reclamar su prestación directa e inmediata”.<sup>45</sup>

### 4.3. Enseñanza técnica y profesional

En relación con la enseñanza técnica y profesional, el Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales ha señalado que ésta forma parte tanto del derecho a la educación como del derecho al trabajo reconocido en el artículo 6.2 del PIDESC:

**(...) El apartado b) del párrafo 2 del artículo 13 presenta la enseñanza técnica y profesional como parte de la enseñanza secundaria, lo que refleja su importancia especial en ese nivel de la enseñanza. El párrafo 2 del artículo 6, en cambio, no menciona la enseñanza técnica y profesional en relación con un nivel específico de educación, por entender que tiene un papel más amplio, ya que permite “conseguir un desarrollo económico, social y cultural constante y la ocupación plena y productiva”. Asimismo, en la Declaración Universal de Derechos Humanos se afirma que “la instrucción técnica y profesional habrá de ser generalizada” (párrafo 1 del artículo 26). En consecuencia, el Comité considera que la enseñanza técnica y profesional constituye un elemento integral de todos los niveles de la enseñanza.**<sup>\* 46</sup>

Conforme a la Convención de la Unesco sobre la enseñanza técnica y profesional (1989),

**(...) esa enseñanza se refiere a “todas las formas y niveles del proceso de educación que incluye, además de los conocimientos generales, el estudio de las técnicas y de las disciplinas afines, la adquisición de habilidades prácticas, de conocimientos prácticos y de aptitudes, y la comprensión de los diferentes oficios en los diversos sectores de la vida**

Observación General  
Comité de Derechos  
Económicos, Sociales  
y Culturales

Observación General  
Comité de Derechos  
Económicos, Sociales  
y Culturales

Corte Constitucional, sentencias T-534 de 1997, M. P. Jorge Arango Mejía; T-108 de 2001, M. P. Marta SÁCHICA Méndez.	45
Perspectiva recogida asimismo en los Convenios de la (OIT) sobre desarrollo de los recursos humanos, 1975 (No. 142), y sobre política social (normas y objetivos básicos), 1962 (No. 117).	*
Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, Observación General No. 13, “El derecho a la educación”, párr. 15.	46

económica y social” (párrafo a) del artículo 1) Entendido de esta forma, [sic] perspectiva adaptada igualmente en determinados Convenios de la OIT), el derecho a la enseñanza técnica y profesional abarca los siguientes aspectos:

- a) Capacita a los estudiantes para adquirir conocimientos y competencias que contribuyan a su desarrollo personal, su posibilidad de valerse por sí mismos y acrecienta la productividad de sus familias y comunidades, comprendido el desarrollo social y económico del Estado Parte.
- b) Tiene en cuenta las circunstancias sociales, culturales y educativas de la población en cuestión; las competencias, los conocimientos y los niveles de calificación necesarios en los diversos sectores de la economía; y el bienestar, la higiene y la seguridad laborales.
- c) Se ocupa de reciclar a los adultos cuyos conocimientos y competencias hayan quedado atrasados a causa de las transformaciones tecnológicas, económicas, laborales, sociales, etc.
- d) Consiste en programas que den a los estudiantes, especialmente a los de los países en desarrollo, la posibilidad de recibir enseñanza técnica y profesional en otros Estados, con vistas a una transferencia y una adaptación de tecnología correctas.
- e) En el contexto de las disposiciones del Pacto relativas a la no discriminación y la igualdad, consiste en programas encaminados a promover la enseñanza destinada a las mujeres, las niñas, los jóvenes no escolarizados, los jóvenes sin empleo, los hijos de trabajadores migrantes, los refugiados, las personas con discapacidad y otros grupos desfavorecidos.<sup>47</sup>

#### 4.4. El derecho a la enseñanza superior

Conforme al apartado c) del párrafo 2 del artículo 13 del PIDESC: “La enseñanza superior debe hacerse igualmente accesible a todos, sobre la base de la capacidad de cada uno, por cuantos medios sean apropiados, y en particular por la implantación progresiva de la enseñanza gratuita”.

Según la doctrina del Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, a pesar de que la redacción de este apartado sigue la misma tónica que el

47 *Ibid.*, párr. 16.

apartado relativo a la enseñanza secundaria (apartado b) del párrafo 2 del art. 13), en lo pertinente a la enseñanza superior no se hace una referencia expresa a la educación “en todas sus formas” ni a la educación “técnica y profesional”. Sin embargo,

**(...) para que la enseñanza superior responda a las necesidades de los alumnos en distintos contextos sociales y culturales, es preciso que los planes de estudio sean flexibles y los sistemas de instrucción variados, con utilización incluso de la enseñanza a distancia; por consiguiente, en la práctica, tanto la enseñanza secundaria como superior han de estar disponibles “en diferentes formas” (...).**<sup>48</sup>

En relación con la enseñanza técnica y profesional, el Comité ha señalado que con base en los artículos 6.2 del PIDESC (relativo al derecho al trabajo) y 26.1 de la Declaración Universal de Derechos Humanos (que consagra respecto al derecho a la educación, que “la instrucción técnica y profesional habrá de ser generalizada”), “(...) la enseñanza técnica y profesional forma parte integral de todos los niveles de enseñanza, comprendida la superior”.<sup>49</sup>

La diferencia fundamental entre el derecho a la educación secundaria y la enseñanza superior radica en que, mientras la enseñanza secundaria “debe ser generalizada”, la enseñanza superior “debe hacerse igualmente accesible a todos, sobre la base de la capacidad de uno”. En este sentido, el Comité ha aclarado que “(...) la enseñanza superior ‘no debe ser generalizada’, sino sólo disponible ‘sobre la base de la capacidad’, capacidad que habrá de valorarse con respecto a los conocimientos especializados y la experiencia de cada cual”.<sup>50</sup>

En lo que se refiere a la obligación de implantar progresivamente la enseñanza superior gratuita, el Comité ha indicado que, tanto respecto a la educación secundaria como a la superior, los Estados “tienen la obligación de adoptar medidas concretas” para que sean gratuitas.<sup>51</sup>

En Colombia, el artículo 69 de su CP “(...) garantiza la autonomía universitaria. Las universidades podrán darse sus directivas y regirse por sus propios estatutos, de acuerdo con la Ley. (...) El Estado facilitará mecanismos financieros que hagan posible el acceso de todas las personas aptas a la educación superior.”

Ibíd., párr. 18. 48

Ibíd. 49

Ibíd., párr. 19. 50

Ibíd., párrs. 20 y 14. 51

Respecto a la autonomía la Corte Constitucional ha dicho que:

(...) Esta última [la ley] se hace cargo de los aspectos de interés general inherentes a la educación –particularmente de los relativos a la exigencia de unas condiciones mínimas de calidad en su prestación y de los derivados de su carácter de servicio público, así como de las limitaciones que proceden de la coexistencia de otros derechos fundamentales (CP, art. 67)–, pero siempre respetando la intangibilidad de la autonomía universitaria, la que resulta indispensable garantizar a fin de que la universidad realice cabalmente su misión (...) y la formación de profesionales, dentro de una enseñanza sometida a la crítica y al cambio (...)

(...) la autonomía universitaria es ante todo un derecho limitado y complejo. Limitado porque es una garantía para un adecuado funcionamiento institucional compatible con derechos y garantías de otras instituciones que persiguen fines sociales. Complejo, porque involucra otros derechos de personas, tales como la educación, la libertad de cátedra, la participación, que deben ser tenidos en cuenta y respetados en el desarrollo de las actividades universitarias.

(...) la importancia de una adecuada intervención del Estado que, sin vulnerar el ámbito propio y legítimo de autodeterminación universitaria, fije unas pautas mínimas para que la enseñanza responda a las expectativas y necesidades sociales. Para lograr esta conciliación entre libertad y calidad, la Ley 30 de 1992 establece los respectivos procedimientos de inspección y vigilancia (...) El Estado, por medio del ICFES, debe procurar que los deberes y derechos recíprocos de estudiantes y directivas se cumplan.<sup>52</sup>

#### 4.5. El derecho a la educación fundamental

Conforme al apartado d) del párrafo 2 del artículo 13 del PIDESC: “Debe fomentarse o intensificarse, en la medida de lo posible, la educación fundamental para aquellas personas que no hayan recibido o terminado el ciclo completo de instrucción primaria”.

Según la doctrina del Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, “la educación fundamental corresponde a la enseñanza básica”<sup>53</sup> y, dado que con base en la Declaración mundial sobre educación para todos, “todos tienen el derecho de satisfacer sus necesidades básicas de aprendizaje (...)”, el derecho a la educación fundamental se aplica a todos los que todavía no han satisfecho dichas necesidades.<sup>54</sup> En este sentido, es importante tener en cuenta que el derecho a la educación fundamental “se aplica a niños, jóvenes y adultos, incluidas las personas mayores”, y “es un componente integral de la educación de adultos y de la educación permanente”.<sup>55</sup>

Como consecuencia del razonamiento anterior, el Comité ha expresado que: “Habida cuenta de que la educación fundamental es un derecho de todos los grupos de edad, deben formularse planes de estudio y los correspondientes sistemas que sean idóneos para alumnos de todas las edades”.<sup>56</sup> Así, se establece como obligación del Estado la implementación de un sistema para la adecuada formación de todas las personas en Colombia. Al respecto la Corte Constitucional ha establecido que:

**Es innegable que el sistema educativo nacional sigue presentando deficiencias, especialmente en cuanto a su cobertura, pues se ha registrado que un porcentaje de la población, por diferentes motivos, no ingresa al sistema educativo en la edad escolar, razón por la que llegan a la edad adulta sin haber adquirido los conocimientos que se imparten en la escuela. Ello se demuestra, entre otros, en los índices de analfabetismo que registra el país, que por disposición del artículo 68 de la Constitución, el Estado está obligado a erradicar. Este tipo de insuficiencias en la educación básica y media vocacional, como lo ha planteado el propio Ministerio de Educación, se pueden disminuir mediante los programas compensatorios de educación para adultos, algunos de los cuales permiten que personas mayores de dieciocho (18) años superen sus deficiencias educativas adquiriendo un nivel formativo sino igual, similar al de un egresado de la educación media formal.**<sup>57</sup>

Jurisprudencia  
Corte Constitucional

Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, Observación General No. 13, “El derecho a la educación”, párr. 22.	53
Ibid.	54
Ibid., párr. 24.	55
Ibid.	56
Corte Constitucional, sentencia T-108 de 2001, M. P. Marta SÁCHICA Méndez.	57

## 5. La implantación de un sistema adecuado de becas y la mejora de condiciones del cuerpo docente

Conforme al apartado e) del artículo 13 del PIDESC, los Estados Partes reconocen que, con objeto de lograr el pleno ejercicio del derecho a la educación: “(...) se debe implantar un sistema adecuado de becas, y mejorar continuamente las condiciones materiales del cuerpo docente”.

En relación con “la exigencia de implantar un sistema adecuado de becas”, el Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales ha señalado que esta disposición “*debe* leerse conjuntamente con las disposiciones del Pacto relativas a la igualdad y la no discriminación”, y que además, por medio de las becas se debe “fomentar la igualdad de acceso a la educación de las personas procedentes de grupos desfavorecidos”.<sup>58</sup>

Respecto a la obligación de “mejorar continuamente las condiciones materiales del cuerpo docente”, el Comité señaló que a pesar de la existencia de esta obligación:

**(...), en la práctica las condiciones generales de trabajo de los docentes han empeorado y en muchos Estados Partes han llegado en los últimos años a niveles inaceptablemente bajos. Esta situación no sólo no se corresponde con el apartado e) del párrafo 2 del artículo 13, sino que es un grave obstáculo para la plena realización del derecho de los alumnos a la educación. El Comité observa también la relación que existe entre el apartado e) del párrafo 2 del artículo 13, el párrafo 2 del artículo 2 y los artículos 3 y 6 a 8 del Pacto, que tratan del derecho de los docentes a organizarse y negociar colectivamente, y señala a la atención de los Estados Partes la Recomendación relativa a la Situación del Personal Docente (1966) hecha conjuntamente por la Unesco y la OIT y la Recomendación relativa a la condición del personal docente de la enseñanza superior, de la Unesco (1997), y los insta a informar sobre las medidas que adopten para velar por que todo el personal docente goce de unas condiciones y una situación acordes con su función.**<sup>59</sup>

En Colombia, el Capítulo VI de la Ley 115 de 1994 se refiere a los estímulos para los docentes, que se complementa con la Ley 715 de 2001. El artículo

58  
59

Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, Observación General No. 13, “El derecho a la educación”, párr. 26.  
Ibíd., párr. 27.

192 de la primera ley trata sobre incentivos de capacitación y profesionalización, y señala que “La Nación y las entidades territoriales podrán crear incentivos de capacitación, profesionalización y otros para los docentes y directivos docentes, cuyas instituciones y educandos se destaquen en los procesos evaluativos que se convoquen para el efecto.”

Según el artículo 67 de la CP, al Estado le corresponde regular y ejercer la inspección y vigilancia de la educación, “con el fin de velar por su calidad, por el cumplimiento de sus fines y por la mejor formación moral, intelectual y física de los educandos” y, en lo relativo a la enseñanza, el artículo 68 establece que estará a cargo de personas de reconocida idoneidad ética y pedagógica, y que la ley garantiza la profesionalización y dignificación de la actividad docente. En concordancia con esta norma, el artículo 151 de la Ley 115 de 1994 señala que las secretarías departamentales y distritales de educación deben realizar los concursos para el nombramiento del personal y directivo docente del sector estatal, en coordinación con los municipios. Existe en Colombia otra normativa que establece estímulos para el cuerpo docente.<sup>60</sup>

## 6 La obligación de no discriminación e igualdad de trato

El párrafo 2 del artículo 2 del PIDESC consagra el principio de no discriminación respecto de todos los derechos consagrados en este instrumento:

**Los Estados Partes en el presente Pacto se comprometen a garantizar el ejercicio de los derechos que en él se enuncian, sin discriminación alguna por motivos de raza, color, sexo, idioma, religión, opinión política o de otra índole, origen social, posición económica, nacimiento o cualquier otra condición social.**

Artículo 2.  
Pacto Internacional de  
Derechos Económicos,  
Sociales y Culturales

Entre otras normas, se puede ver el artículo 4 de la Ley 115 de 1994, el cual establece que “Corresponde al Estado, a la sociedad y a la familia velar por la calidad de la educación y promover el acceso al servicio público educativo, y es responsabilidad de la Nación y de las entidades territoriales, garantizar su cubrimiento. El Estado deberá atender en forma permanente los factores que favorecen la calidad y el mejoramiento de la educación; especialmente velará por la cualificación y formación de los educadores, la promoción docente, los recursos y métodos educativos, la innovación e investigación educativa, la orientación educativa y profesional, la inspección y evaluación del proceso educativo.” Asimismo, el artículo 104 de la misma ley establece que “El educador es el orientador en los establecimientos educativos, de un proceso de formación, enseñanza y aprendizaje de los educandos, acorde con las expectativas sociales, culturales, éticas y morales de la familia y la sociedad. Como factor fundamental del proceso educativo: a) recibirá una capacitación y actualización profesional; b) no será discriminado por razón de sus creencias filosóficas, políticas o religiosas; c) llevará a la práctica el Proyecto Educativo Institucional, y d) mejorará permanentemente el proceso educativo mediante el aporte de ideas y sugerencias a través del Consejo Directivo, el Consejo Académico y las Juntas Educativas.”

60

Uno de los medios indispensables que tienen los Estados para luchar contra la discriminación consiste en la adopción de medidas legislativas. Sin embargo, la adopción de estas medidas no agota por sí misma las obligaciones de los Estados Partes.<sup>61</sup> “Por ejemplo, (...) el disfrute de los derechos reconocidos, sin discriminación, se fomentará a menudo de manera apropiada, en parte mediante la provisión de recursos judiciales y otros recursos efectivos”.<sup>62</sup>

Como fue señalado por el Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, la disposición de “no discriminación” contenida en el PIDESC es de aplicación inmediata.<sup>63</sup> Concretamente, en relación con el derecho a la educación el Comité ha indicado que:

**La prohibición de la discriminación, consagrada en el párrafo 2 del artículo 2 del Pacto, no está supeditada ni a una implantación gradual ni a la disponibilidad de recursos; se aplica plena e inmediatamente a todos los aspectos de la educación y abarca todos los motivos de discriminación rechazados internacionalmente. El Comité interpreta el párrafo 2 del artículo 2 y el artículo 3 a la luz de la Convención de la Unesco relativa a la lucha contra las discriminaciones en la esfera de la enseñanza y de las disposiciones pertinentes de la Convención sobre la eliminación de todas las formas de discriminación contra la mujer, la Convención sobre la Eliminación de todas las Formas de Discriminación Racial, la Convención sobre los Derechos del Niño y el Convenio de la OIT sobre poblaciones indígenas y tribales (Convenio 169) (...).**<sup>64</sup>

El principio de la no discriminación “(...) se aplica a todas las personas en edad escolar que residan en el territorio de un Estado Parte, comprendidos los no nacionales y con independencia de su situación jurídica”.<sup>65</sup> Específicamente, y con base en el artículo 3 de la Convención de la Unesco relativa a la lucha contra las discriminaciones en la esfera de la enseñanza, los Estados Partes, a fin de eliminar o prevenir cualquier discriminación en este ámbito, se comprometen a:

- 61 Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, Observación General No. 3, “La índole de las obligaciones de los Estados Partes”, párrs. 3 y 4.  
62 *Ibid.*, párr. 5.  
63 Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, Observación General No. 9, “La aplicación interna del Pacto”, párr. 10.  
64 Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, Observación General No. 13, “El derecho a la educación”, párr. 31.  
65 *Ibid.*, párr. 34.

- a) Derogar todas las disposiciones legislativas y administrativas y abandonar todas las prácticas administrativas que entrañen discriminaciones en la esfera de la enseñanza.
- b) Adoptar las medidas necesarias, inclusive disposiciones legislativas, para que no se haga discriminación alguna en la admisión de los alumnos en los establecimientos de enseñanza.
- c) No admitir, en lo concerniente a los gastos de matrícula, la adjudicación de becas o cualquier otra forma de ayuda a los alumnos, ni en la concesión de permisos y facilidades que puedan ser necesarios para la continuación de los estudios en el extranjero, ninguna diferencia de trato entre nacionales por los poderes públicos, salvo las fundadas en el mérito o las necesidades.
- d) No admitir, en la ayuda, cualquiera que sea la forma que los poderes públicos puedan prestar a los establecimientos de enseñanza, ninguna preferencia ni restricción fundadas únicamente en el hecho de que los alumnos pertenezcan a un grupo determinado.
- e) Conceder, a los súbditos extranjeros residentes en su territorio, el acceso a la enseñanza en las mismas condiciones que a sus propios nacionales.

Pueden constituir prácticas discriminatorias “las agudas disparidades de las políticas de gastos que tengan como resultado que la calidad de la educación sea distinta para las personas que residen en diferentes lugares”(…).<sup>66</sup>

Según el criterio expresado por el Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, *no constituyen prácticas discriminatorias*:

- La discriminación positiva o acciones afirmativas tendientes a “(...) lograr la igualdad de hecho entre hombres y mujeres y de los grupos desfavorecidos (...), siempre y cuando esas medidas no den lugar al mantenimiento de normas no equitativas o distintas para los diferentes grupos, y a condición de que no se mantengan una vez alcanzados los objetivos a cuyo logro estaban destinadas”.<sup>67</sup>
- La existencia de sistemas o instituciones de enseñanza separados para los grupos definidos por las categorías del párrafo 2 del artículo 2 de la Convención de la Unesco relativa a la lucha contra las discriminaciones en la esfera de la enseñanza (1960):<sup>68</sup>

Ibid., párr. 35.	66
Ibid., párr. 32.	67
Ibid., párr. 33.	68

- a) La creación o el mantenimiento de sistemas o establecimientos de enseñanza separados para los alumnos de sexo masculino y para los de sexo femenino, siempre que estos sistemas o establecimientos ofrezcan facilidades equivalentes de acceso a la enseñanza, dispongan de un personal docente igualmente calificado, así como de locales escolares y de un equipo de igual calidad y permitan seguir los mismos programas de estudio o programas equivalentes.
- b) La creación o el mantenimiento, por motivos de orden religioso o lingüístico, de sistemas o establecimientos separados que proporcionen una enseñanza conforme a los deseos de los padres o tutores legales de los alumnos, si la participación en esos sistemas o la asistencia a estos establecimientos es facultativa y si la enseñanza en ellos proporcionada se ajusta a las normas que las autoridades competentes puedan haber fijado o aprobado particularmente para la enseñanza del mismo grado.
- c) La creación o el mantenimiento de establecimientos de enseñanza privados, siempre que la finalidad de esos establecimientos no sea la de lograr la exclusión de cualquier grupo, sino la de añadir nuevas posibilidades de enseñanza a las que proporciona el poder público, y siempre que funcionen de conformidad con esa finalidad, y que la enseñanza dada corresponda a las normas que hayan podido prescribir o aprobar las autoridades competentes, particularmente para la enseñanza del mismo grado.

De otro lado, el PIDESC impone una obligación de eliminar la discriminación por motivo de discapacidad en el marco del derecho a la educación:

**La discriminación, *de jure* o *de facto*, contra las personas con discapacidad existe desde hace mucho tiempo y reviste formas diversas, que van desde la discriminación directa, como por ejemplo la negativa a conceder oportunidades educativas, a formas más “sutiles” de discriminación, como por ejemplo la segregación y el aislamiento conseguidos mediante la imposición de impedimentos físicos y sociales. A los efectos del Pacto, la “discriminación fundada en la discapacidad” puede definirse como una discriminación que incluye toda distinción, exclusión, restricción o preferencia, o negativa de alojamiento razonable sobre la base de la discapacidad, cuyo efecto es anular u obstaculizar el reconocimiento, el disfrute o el ejercicio de derechos económicos, sociales o culturales. Mediante la negligencia, la ignorancia, los prejuicios y falsas suposiciones, así como mediante la exclusión, la distinción o la**

separación, las personas con discapacidad se ven muy a menudo imposibilitadas de ejercer sus derechos económicos, sociales o culturales sobre una base de igualdad con las personas que no tienen discapacidad. Los efectos de la discriminación basada en la discapacidad han sido particularmente graves en las esferas de la educación, el empleo, la vivienda, el transporte, la vida cultural, y el acceso a lugares y servicios públicos.<sup>69</sup>

En la actualidad, los programas escolares de muchos países reconocen que la mejor manera de educar a las personas con discapacidad consiste en educarlas dentro del sistema general de educación. Por su parte, las Normas Uniformes estipulan que “los Estados deben reconocer el principio de la igualdad de oportunidades de educación en los niveles primario, secundario y superior para los niños, los jóvenes y los adultos con discapacidad en entornos integrados”. Para llevar a la práctica ese principio, los Estados deben velar por que los profesores estén adiestrados para educar a niños con discapacidad en escuelas ordinarias y se disponga del equipo y el apoyo necesarios para que las personas con discapacidad puedan alcanzar el mismo nivel de educación que las demás personas. Por ejemplo, en el caso de los niños sordos debería reconocerse al lenguaje de gestos como lenguaje al que los niños deberían tener acceso y cuya importancia debería reconocerse debidamente en su entorno social general.<sup>70</sup>

En relación con las personas discapacitadas, el artículo 6 de las Normas Uniformes de las Naciones Unidas sobre la igualdad de oportunidades para las personas con discapacidad establece: “Los Estados deben reconocer el principio de la igualdad de oportunidades de educación en los niveles primario, secundario y superior para los niños, los jóvenes y los adultos discapacitados en entornos integrados, y deben velar por que la educación de las personas discapacitadas constituya una parte integrante del sistema de enseñanza”.

Igualmente, y respecto a la prohibición de discriminación en el ámbito de la educación que se deriva de las obligaciones asumidas por los Estados Partes de la Convención sobre los derechos del niño, el Comité de los Derechos del Niño indicó que:

Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, Observación General No. 5, “Los derechos de las personas con discapacidad”, párr. 15.

Ibíd., párr. 35.

69

70

La discriminación basada en cualquiera de los motivos que figuran en el artículo 2 de la Convención, bien sea de forma manifiesta o larvada, atenta contra la dignidad humana del niño y puede debilitar, e incluso destruir, su capacidad de beneficiarse de las oportunidades de la educación. Aunque el negar a un niño el acceso a la educación es un asunto que, básicamente, guarda relación con el artículo 28 de la Convención, son muchas las formas en que la inobservancia de los principios que figuran en el párrafo 1 del artículo 29 pueden tener efectos análogos. Un caso extremo sería el de la discriminación por motivo de género reforzada por un programa de estudios incompatible con los principios de la igualdad de género, por disposiciones que limiten las ventajas que pueden obtener las niñas de las oportunidades de educación ofrecidas y por un medio peligroso u hostil que desaliente la participación de las niñas. La discriminación de los niños con discapacidad también está arraigada en muchos sistemas educativos oficiales y en muchos marcos educativos paralelos, incluso en el hogar. También los niños con VIH/SIDA son objeto de grave discriminación en los dos ámbitos. Todas estas prácticas discriminatorias están en abierta contradicción con las condiciones enunciadas en el inciso a) del párrafo 1 del artículo 29 en virtud de las cuales la enseñanza debe estar encaminada a desarrollar la personalidad, las aptitudes y la capacidad mental y física del niño hasta el máximo de sus posibilidades.<sup>71</sup>

La Convención sobre la eliminación de todas las formas de discriminación contra la mujer consagra en su artículo 10 la obligación de los Estados de adoptar todas las medidas apropiadas para eliminar la discriminación contra la mujer en la esfera de la educación.

En relación con las personas mayores de edad, el derecho a la educación reconocido en el artículo 13 del PIDESC "(...) debe contemplarse en dos direcciones distintas y complementarias: a) derecho de las personas de edad a beneficiarse de los programas educativos, y b) aprovechamiento de los conocimientos y de la experiencia de las personas mayores en favor de las generaciones más jóvenes".<sup>72</sup>

71 Comité de los Derechos del Niño, Observación General No. 1, "Propósitos de la educación", párr. 10.

72 Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, Observación General No. 6, "Los derechos económicos, sociales y culturales de las personas mayores", párr. 36.

Como la discriminación en la esfera de la educación puede basarse en motivos raciales, los Estados Partes de la Convención Internacional sobre la eliminación de todas las formas de discriminación racial “se comprometen a tomar medidas inmediatas y eficaces, especialmente en las esferas de la enseñanza, educación, la cultura y la información, para combatir los prejuicios que conduzcan a la discriminación racial y para promover la comprensión (...)”.

El artículo 13 de la CP establece que todas las personas reciben la misma protección “(...) y gozarán de los mismos derechos, libertades y oportunidades sin ninguna discriminación por razones de sexo, raza, origen nacional o familiar, lengua, religión, opinión política o filosófica.” Respecto a esta obligación de no discriminación que se relaciona directamente con la igualdad, la Corte Constitucional ha manifestado al respecto, de manera general que:

**La aplicación efectiva de la igualdad corresponde, entonces, al juicio que se hace sobre una determinada circunstancia, de tal forma que resulta indispensable tomar en consideración las condiciones que afectan o caracterizan a cada uno de los miembros de una comunidad jurídica y el entorno en el que se desenvuelven. Así, puede decirse que la vigencia del derecho a la igualdad no excluye necesariamente la posibilidad de dar un tratamiento diferente a personas y hechos que, de acuerdo con sus condiciones, hacen razonable la distinción.**<sup>73</sup>

**(...) debe afirmarse que el derecho a la igualdad en el Estado Social de Derecho, trasciende los imperativos clásicos de la igualdad ante la ley, y obliga al Estado a detenerse en las diferencias que de hecho existen entre las personas y los grupos de personas. Justamente, en consideración a las diferencias relevantes, deben diseñarse y ejecutarse políticas destinadas a alcanzar la verdadera igualdad.**<sup>74</sup>

El constituyente de 1991, por primera vez en el ordenamiento superior, reconoció expresamente que “la mujer y el hombre tienen iguales derechos y oportunidades” y que “la mujer no podrá ser sometida a ninguna clase de discriminación” (art. 43, CP).

Respecto a la igualdad de sexos establecida constitucionalmente, ésta ha sido desarrollada por el legislativo en materia de educación. En efecto, la Ley

Jurisprudencia  
Corte Constitucional

Corte Constitucional, sentencias T-172 de 1997, M. P. Vladimiro Naranjo Mesa; T-265 de 1997, M. P. Carlos Gaviria Díaz; T-667 de 2001, M. P. Clara Inés Vargas. 73

Corte Constitucional, sentencia T-288 de 1995, M. P. Eduardo Cifuentes Muñoz. 74

581 de 2000, por la cual se reglamenta la adecuada y efectiva participación de la mujer en los niveles decisorios de las diferentes ramas y órganos del poder público de conformidad con los artículos 13, 40 y 43 de la Constitución Nacional, establece en su artículo 10 lo siguiente:

Artículo 10.  
Ley 581 de 2000

**El plan deberá contener como instrumento básico, de carácter obligatorio, para alcanzar los objetivos mencionados, los siguientes: a) Educación a los colombianos en la igualdad de sexos y promoción de los valores de la mujer; b) Acciones positivas orientadas a la comprensión y superación de los obstáculos que dificultan la participación de la mujer en los niveles de decisión del sector privado; c) Capacitación especializada de la mujer en el desarrollo del liderazgo con responsabilidad social y dimensión del género; d) Disposición de canales efectivos de asistencia técnica; e) Divulgación permanente de los derechos de la mujer, mecanismos de protección e instrumentos adecuados para hacerlos efectivos. Parágrafo. Para el desarrollo de los instrumentos contemplados en los literales a) y e), el plan deberá adoptar medidas orientadas a mejorar la calidad de la educación, mediante contenidos y prácticas no sexistas, que promuevan la formación de hombres y mujeres para compartir tareas de hogar y crianza; así mismo, se dará especial atención a los programas de alfabetización dirigidos a la población femenina.**

Sobre la prohibición de discriminación de la mujer embarazada en el ámbito de la educación, la Corte Constitucional ha señalado que:

Jurisprudencia  
Corte Constitucional

**La Corte ha estimado que, bajo ninguna circunstancia, el embarazo de una estudiante puede erigirse en criterio para limitar o restringir su derecho a la educación. A este respecto, la jurisprudencia ha señalado que los manuales de convivencia de las instituciones de educación no pueden, ni explícita ni implícitamente, tipificar como falta o causal de mala conducta, el embarazo de una estudiante. La Corporación ha establecido que toda norma reglamentaria que se ocupe de regular la maternidad en el sentido antes indicado debe ser inaplicada por los jueces constitucionales, por ser contraria a la Carta Política. A la luz de la jurisprudencia constitucional estudiada más arriba, las medidas adoptadas por centros de educación frente a estudiantes en estado de gravidez se presumen inconstitucionales, salvo que el plantel educativo de que se trate logre demostrar que tales medidas obedecen a la nece-**

sidad de hacer efectivo un fin constitucional imperioso e inaplazable con mayor peso que los derechos fundamentales a la igualdad, a la intimidad, al libre desarrollo de la personalidad y a la educación de la alumna a quien se imponen.

(...) La Corte ha tenido la oportunidad de ocuparse de las disposiciones adoptadas por ciertos colegios en virtud de las cuales se somete a las alumnas embarazadas a tratamientos educativos especiales consistentes, por ejemplo, en limitar la asistencia de la estudiante a ciertos días y horas específicas en los cuales se les imparten tutorías o cursos personalizados. En estos eventos, la Corporación ha estimado que, en principio y salvo demostración en contrario, debe considerarse que tales medidas tienen carácter discriminatorio, pues someten a la estudiante embarazada a un trato distinto al de sus restantes compañeros sin una justificación objetiva y razonable a la luz del ordenamiento constitucional. Según la Corte, tales tratos, en lugar de ayudar a la alumna, tienden a estigmatizar una situación personal que sólo interesa a la futura madre, pues la maternidad es una cuestión que, en principio, no afecta derechos de terceros y que pertenece a uno de los ámbitos más íntimos de la vida personal de la mujer. Así mismo, la jurisprudencia ha considerado que, en un asunto como el embarazo, sólo la futura madre tiene capacidad para decidir qué es aquello que más conviene a su estado e intereses y, por ello, su juicio no puede ser sustituido arbitrariamente por el de sus padres o por el del plantel educativo en donde cursa sus estudios.<sup>75</sup>

De otro lado, la existencia de instituciones exclusivamente masculinas o femeninas no viola el principio de no discriminación, siempre y cuando esa exclusividad no se consagre en relación con el estudio de determinadas carreras o especializaciones:

**La existencia de instituciones exclusivamente masculinas o femeninas tiene cabida en las distintas áreas de formación siempre que subsistan, para hombres y mujeres, las posibilidades de acudir a otros centros educativos en los cuales puedan ser admitidos para acceder a los diferentes niveles académicos o para especializarse en las áreas de su predilección. Lo que resulta inadmisibles es la consagración de esa**

Jurisprudencia  
Corte Constitucional

**exclusividad tratándose de establecimientos únicos para determinada carrera o especialidad, susceptible de ser cursada tanto por hombres como por mujeres, pues en tales circunstancias el monopolio de la formación que se ofrece, unido a la aludida exigencia, bloquea de manera absoluta las posibilidades de personas pertenecientes al otro sexo, frustrando del todo sus aspiraciones.**<sup>76</sup>

Respecto al principio de permanencia de los menores en el sistema educativo y en el plantel en el que se encuentren matriculados, no se deben establecer razones discriminatorias por las autoridades de los establecimiento de educación, para no cumplir con este principio. Por ejemplo: cuando las opiniones expresadas por los padres, la disparidad de criterio sobre la política administrativa del establecimiento o la voluntad manifiesta de no recibir educación religiosa, se convierten en razón para que las directivas de la institución educativa tomen decisiones que afectan la permanencia de los menores. La Corte Constitucional ha reiterado que las instituciones educativas no pueden establecer prácticas discriminatorias que conduzcan a restringir o vulnerar el derecho de los menores a la educación, por la única razón de que sus padres disientan de las decisiones que los directivos de esas instituciones tomen.<sup>77</sup>

Al respecto ha dicho la Corte Constitucional:

**(...) De otra parte, el inciso 4° del artículo 68 de la Carta Política determina que “Los padres de familia tendrán derecho de escoger el tipo de educación para sus hijos menores”. Principio que es recogido y reconocido en la Ley 115 de 1994, al estipular en su artículo 24 el derecho a recibir educación religiosa y facultar a los establecimientos educativos para ofrecerla de acuerdo con lo establecido en el artículo 19 de la Constitución Política y de conformidad con el artículo 6 de la ley 133 de 1994.**<sup>78</sup>

Jurisprudencia  
Corte Constitucional

76 Corte Constitucional, sentencia T-624 de 1995, M. P. José Gregorio Hernández Galindo.

77 Corte Constitucional, sentencia T-500 de 1998, M. P. Carlos Gaviria Díaz.

78 Corte Constitucional, sentencia T-972 de 1999, M. P. Alvaro Tafur Galvis. El artículo 6o de la Ley 133 de 1994, según el cual: la libertad religiosa y de cultos garantizada por la Constitución comprende, con la consiguiente autonomía jurídica e inmunidad de coacción, entre otros, los derechos de toda persona: (...) h) De elegir para sí y los padres para los menores o los incapaces bajo su dependencia, dentro y fuera del ámbito escolar, la educación religiosa y moral según sus propias convicciones. Para este efecto, los establecimientos docentes ofrecerán educación religiosa y moral a los educandos de acuerdo con la enseñanza de la religión a la que pertenecen, sin perjuicio de su derecho a no ser obligados a recibirla. La voluntad de no recibir enseñanza religiosa y moral podrá ser manifestada en el acto de matrícula por el alumno mayor de edad o los padres o

La facultad que el artículo 68 de la CP concede a los padres de familia se refiere

(...) “a la selección de las mejores opciones educativas para sus hijos menores, en el sentido de excluir toda coacción externa que haga forzoso un determinado perfil, un cierto establecimiento, una ideología específica, o que niegue a los progenitores la posibilidad de diseñar, según sus propias concepciones, la orientación pedagógica y formativa que estiman deseable para su mejor porvenir”,\* de manera tal que puedan escoger el tipo de educación que más les convenga entre las distintas opciones que se ofrecen, públicas y privadas, haciendo que sus hijos reciban la educación religiosa y moral que más se ajuste a las convicciones de los padres.<sup>79</sup>

Igualmente, y respecto a la autonomía educativa de los establecimientos que prestan este servicio, frente al derecho fundamental de los menores a la educación, la Corte Constitucional se ha referido en reiteradas oportunidades al manifestar que:

(...) es claro que las disposiciones reglamentarias de los colegios no pueden transgredir ni la ley ni la Constitución (CP, art. 4º), y en especial, no pueden desconocer el núcleo irreductible de los derechos de los menores. Es más, de acuerdo con el artículo 44 de la Carta, la educación de los niños es un derecho fundamental expreso y prevalente. Por esta razón, en varias ocasiones, la jurisprudencia de la Corte Constitucional ha limitado la autonomía educativa de los colegios, en defensa de los intereses concretos de los menores. Así pues, sólo para referirse a algunos ejemplos, la Sala recuerda órdenes de reintegro al colegio de alumnos a quienes con la actuación de los centros educativos se les desconoció el debido proceso,\*\* el libre desarrollo de la personalidad,\*\* el derecho a la educación,\*\*\*\* el derecho a la igualdad de los menores.\*\*\*\*\*<sup>80</sup>

Jurisprudencia  
Corte Constitucional

Jurisprudencia  
Corte Constitucional

curadores del menor o del incapaz. De conformidad con el artículo 200 de la Ley 115 de 1994, y en desarrollo de los artículos 67 y 365 de la CP, se estableció que el Estado podrá contratar con las iglesias y confesiones religiosas que gocen de personería jurídica, la prestación del servicio de educación.

Corte Constitucional, sentencia T-409 de 1992, M. P. José Gregorio Hernández. \*

Corte Constitucional, sentencia T-662 de 1999, M. P. Alejandro Martínez Caballero. 79

Corte Constitucional, sentencia T-256 de 1993. \*\*

Corte Constitucional, sentencias T-516 de 1998; T-021 de 1999; T-179 de 1999. \*\*\*

Corte Constitucional, sentencias T-208 de 1996; T-235 de 1996; T-516 de 1996; T-452 de 1997; T-037 de 1999. \*\*\*\*

Corte Constitucional, sentencias T-290 de 1996; T-656 de 1998; T-580 de 1998; T-618 de 1998. \*\*\*\*\*

Corte Constitucional, sentencia T-620 de 1999, M. P. Alejandro Martínez Caballero. 80

Respecto al acceso a la educación de los menores discapacitados, la Corte Constitucional ha señalado que “(...)el menor discapacitado podrá solicitar la protección de su derecho a la igualdad de acceso al sistema educativo, pues la ausencia de prestación del servicio no está justificada, lo cual conlleva a una discriminación por omisión de un trato especial.”<sup>81</sup>

La CP consagró, en cabeza del Estado, la obligación de promover las condiciones para que la igualdad sea real y efectiva y para adoptar medidas en favor de grupos discriminados o marginados (art. 13 CP); en este sentido, es explícita al señalar que el Estado “(...) protegerá especialmente a aquellas personas que por su condición económica, física o mental, se encuentren en circunstancia de debilidad manifiesta (...)”, pero la Carta no se limitó a establecer, en su artículo 13, el derecho a la igualdad real de las personas con limitaciones físicas. En los artículos 47, 54 y 68, la CP consagró, de manera específica, la obligación de protección especial a los discapacitados y diseñó el marco constitucional para su desarrollo legal.<sup>82</sup> Específicamente, el artículo 68 en su último inciso establece que “(...) la educación de personas con limitaciones físicas o mentales, o con capacidades excepcionales, son obligaciones especiales del Estado.”

Estas obligaciones especiales del Estado dependen del tipo de limitación, pero en todo caso deben garantizar la formación integral de las personas con limitaciones. El artículo 12 de la Ley 361 de 1997 establece que “(...)el Gobierno Nacional deberá establecer la metodología para el diseño y ejecución de programas educativos especiales de carácter individual según el tipo de limitación, que garanticen el ambiente menos restrictivo para la formación integral de las personas con limitación.”

81 Ibíd.

82 La Ley General de Educación Ley 115 de 1994 incluye disposiciones que posibilitan la eficacia de programas de atención a personas discapacitadas; el artículo 46 integra la educación para personas con limitaciones físicas, sensoriales, psíquicas, cognitivas, emocionales o con capacidades intelectuales excepcionales. Bajo estos parámetros el parágrafo segundo del mismo artículo establece una regla de imperativo cumplimiento, a saber: “Las instituciones educativas que en la actualidad ofrecen educación para personas con limitaciones, la seguirán prestando, adecuándose y atendiendo los requerimientos de la integración social y académica, y desarrollando los programas de apoyo especializado necesarios para la adecuada atención integral de las personas con limitaciones físicas, sensoriales, psíquicas o mentales.” También la Ley 361 de 1997 registró el deber del Estado de garantizar a los discapacitados el acceso a la educación y a la capacitación dentro de una perspectiva de formación integral, ligada a un ambiente apropiado a sus necesidades especiales. También, en consonancia con la Carta, la ley proscribió toda forma de discriminación por razón de la limitación para acceder al servicio educativo. “Artículo 12. Para efectos de lo previsto en este capítulo, el Gobierno Nacional deberá establecer la metodología para el diseño y ejecución de programas educativos especiales de carácter individual según el tipo de limitación, que garanticen el ambiente menos restrictivo para la formación integral de las personas con limitación.”

## 7. Propósitos de la educación

Tanto el párrafo 1 del artículo 13 del PIDESC como el párrafo 2 del artículo 13 del Protocolo de San Salvador señalan que la educación deberá:

- Estar orientada hacia el desarrollo de la personalidad humana y del sentido de su dignidad.
- Deberá fortalecer el respeto por los derechos humanos, el pluralismo ideológico, las libertades fundamentales, la justicia y la paz.
- Capacitar a todas las personas para participar efectivamente en una sociedad democrática y pluralista, y lograr una subsistencia digna.
- Favorecer la comprensión, la tolerancia y la amistad entre todas las naciones y todos los grupos raciales, étnicos o religiosos.
- Promover las actividades a favor del mantenimiento de la paz.

Igualmente, el párrafo 1 del artículo 29 de la Convención sobre los derechos del niño establece que:

**1. Los Estados Partes convienen en que la educación del niño deberá estar encaminada a:**

- a) **Desarrollar la personalidad, las aptitudes y la capacidad mental y física del niño hasta el máximo de sus posibilidades;**
- b) **Inculcar al niño el respeto de los derechos humanos y las libertades fundamentales y de los principios consagrados en la Carta de las Naciones Unidas;**
- c) **Inculcar al niño el respeto de sus padres, de su propia identidad cultural, de su idioma y sus valores, de los valores nacionales del país en que vive, del país de que sea originario y de las civilizaciones distintas de la suya;**
- d) **Preparar al niño para asumir una vida responsable en una sociedad libre, con espíritu de comprensión, paz, tolerancia, igualdad de los sexos y amistad entre todos los pueblos, grupos étnicos, nacionales y religiosos y personas de origen indígena;**
- e) **Inculcar al niño el respeto del medio ambiente natural.**

En relación con los “propósitos y objetivos de la educación”, contenidos en el artículo 13.1 del PIDESC, el Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales ha señalado que éstos son el reflejo de los principios consagrados en los artículos 1 y 2 de la Carta de las Naciones Unidas, y en el párrafo 2 del

Artículo 29.  
Convención sobre los  
Derechos del Niño

artículo 26 de la Declaración Universal de Derechos Humanos. Sin embargo, el artículo 13.1 del PIDESC “amplía el contenido de la Declaración desde 3 puntos de vista”:

- la educación debe orientarse al desarrollo del sentido de la dignidad de la personalidad humana,
- debe capacitar a todas las personas para participar efectivamente en una sociedad libre y,
- debe favorecer la comprensión entre todos los grupos étnicos, y entre las naciones y los grupos raciales y religiosos.<sup>83</sup>

De los objetivos que aparecen tanto en la Declaración Universal de los Derechos Humanos como en el PIDESC, es criterio del Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales que “el fundamental sea el que afirma que la educación debe orientarse hacia el pleno desarrollo de la personalidad humana”.<sup>84</sup>

No obstante, a la hora de interpretar los propósitos a los que debe dirigirse la educación contenidos en el artículo 13.1 del PIDESC, se deben tener en cuenta los instrumentos internacionales que han seguido desarrollando dichos propósitos, con posterioridad al PIDESC. Entre estos instrumentos se destacan:

- La Declaración mundial sobre educación para todos (Jomtien, Tailandia, 1990) (art. 1).
- La Convención sobre los derechos del niño (párrafo 1 del artículo 29).
- La Declaración y plan de acción de Viena (parte I, párr. 33, y parte II, párr. 80).
- El Plan de acción para el decenio de las Naciones Unidas para la educación en la esfera de los derechos humanos (párr. 2).<sup>85</sup>

El Comité de los Derechos del Niño, por su parte, ha aclarado que:

**El párrafo 1 del artículo 29 de la Convención sobre los Derechos del Niño reviste una importancia trascendental. Los propósitos de la educación que en él se enuncian y que han sido acordados por todos los Estados Partes, promueven, apoyan y protegen el valor supremo de la Convención: la dignidad humana innata a todo niño y sus derechos iguales e inalienables (...)**

Observación General  
Comité de los  
Derechos del Niño

83 Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, Observación General No. 13, “El derecho a la educación”, párr. 4.

84 *Ibid.*

85 *Ibid.*, párr. 5.

El derecho del niño a la educación no sólo se refiere al acceso a ella (art. 28), sino también a su contenido. Una educación cuyo contenido tenga hondas raíces en los valores que se enumeran en el párrafo 1 del artículo 29 brinda a todo niño una herramienta indispensable para que, con su esfuerzo, logre en el transcurso de su vida una respuesta equilibrada y respetuosa de los derechos humanos a las dificultades que acompañan a un periodo de cambios fundamentales impulsados por la mundialización, las nuevas tecnologías y los fenómenos conexos.

Los valores que se enuncian en el párrafo 1 del artículo 29 son pertinentes para los niños que viven en zonas en paz, pero son aún más importantes para los que viven en situaciones de conflicto o de excepción. Como se señala en el Marco de Acción de Dakar, en el contexto de los sistemas educativos afectados por conflictos, desastres naturales e inestabilidad es importante poner en práctica los programas de educación de modo que propicien el mutuo entendimiento, la paz y la tolerancia, y contribuyan a prevenir la violencia y los conflictos. También la enseñanza sobre el derecho internacional humanitario constituye un aspecto importante, pero demasiado descuidado, de los esfuerzos destinados a poner en práctica el párrafo 1 del artículo 29.<sup>86</sup>

Respecto al distinto alcance de las obligaciones que asumen los Estados Partes por medio de los artículos 28 y 29 de la Convención sobre los derechos del niño, el Comité de los derechos del Niño ha indicado que:

(...) si en el artículo 28 se destacan las obligaciones de los Estados Partes en relación con el establecimiento de sistemas educativos y con las garantías de acceso a ellos, en el párrafo 1 del artículo 29 se subraya el derecho individual y subjetivo a una determinada calidad de la educación.(...)<sup>87</sup>

En relación con los métodos de disciplina que a veces se utilizan en las escuelas, este Comité ha señalado que dichos métodos tienen como límite el párrafo 2 del artículo 28 de la Convención,<sup>88</sup> que establece que: “Los Estados

Observación General  
Comité de los  
Derechos del Niño

Comité de los Derechos del Niño, Observación General No. 1, “Propósitos de la educación”, párrs. 1, 3 y 16. 86  
Ibíd., párr. 9. 87  
Ibíd., párr. 8. 88

Partes adoptarán cuantas medidas sean adecuadas para velar por que la disciplina escolar se administre de modo compatible con la dignidad humana del niño y de conformidad con la presente Convención”.

Concretamente, el Comité sobre los Derechos del Niño:

Observación General  
Comité de los  
Derechos del Niño

**(...) ha manifestado repetidas veces en sus observaciones finales que el castigo corporal es incompatible con el respeto a la dignidad intrínseca del niño y con los límites estrictos de la disciplina escolar. La observancia de los valores establecidos en el párrafo 1 del artículo 29 exige manifiestamente que las escuelas sean favorables a los niños, en el pleno sentido del término, y que sean compatibles con la dignidad del niño en todos los aspectos.(...)**<sup>89</sup>

Dado que para ejecutar planes nacionales integrales que tengan como finalidad cumplir los objetivos del artículo 29 de la Convención sobre los derechos del niño son necesarios “recursos humanos y financieros hasta el máximo de que se disponga” por parte de un Estado (artículo 4), “(...) el Comité considera que la limitación de recursos no justifica que un Estado Parte no adopte ninguna de las medidas necesarias, o las suficientes. (...)”<sup>90</sup>

El artículo 67 de la CP señala que con la educación se busca “(...) el acceso al conocimiento, a la ciencia, a la técnica, y a los demás bienes y valores de la cultura”; asimismo establece que “La educación formará al colombiano en el respeto a los derechos humanos, a la paz y a la democracia; y en la práctica del trabajo y la recreación, para el mejoramiento cultural, científico, tecnológico y para la protección del ambiente.”<sup>91</sup>

Al respecto la Corte Constitucional ha reiterado que:

Jurisprudencia  
Corte Constitucional

**Uno de los principales objetivos del proceso educativo es lograr que el educando, a tiempo que se desarrolla como individuo único y diferenciable, autónomo y libre, aprenda a socializar y armonizar sus comportamientos en relación con los demás, teniendo como presupuesto básico el reconocimiento y el respeto del “otro” en cuanto sujeto que detenta los mismos derechos.**

89 Ibíd.

90 Ibíd., párr. 28.

91 En el desarrollo legislativo de este precepto constitucional, la Ley 115 de 1994, en su artículo 5, señala como uno de los fines de la educación, “El pleno desarrollo de la personalidad sin más limitaciones que las que imponen los derechos de los demás y el orden jurídico (...)”.

(...) se trata desde la escuela básica de viabilizar el desarrollo del individuo como fin en sí mismo, permitiéndole el acceso al conocimiento, a las artes y en general a las distintas manifestaciones de la cultura, en la perspectiva de que pueda desarrollarse, integral y equilibradamente, en un contexto social caracterizado por la coexistencia de paradigmas de vida, no sólo diferentes, sino incluso antagónicos. Sólo así el individuo adquirirá la capacidad necesaria para ejercer su autonomía de manera racional, aceptando y respetando el derecho que asiste a los demás de hacer lo mismo; esto es, sin que ello implique vulnerar los valores, principios y derechos que para todos consagra la Constitución.<sup>92</sup>

## 8 Libertad académica

La importancia de la libertad académica se deriva de que únicamente “(...) se puede disfrutar del derecho a la educación si va acompañado de la libertad académica del cuerpo docente y de los alumnos”.<sup>93</sup>

Sobre el concepto de libertad académica, el Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales ha señalado:

**(...) La libertad académica comprende la libertad del individuo para expresar libremente sus opiniones sobre la institución o el sistema en el que trabaja, para desempeñar sus funciones sin discriminación ni miedo a la represión del Estado o cualquier otra institución, de participar en organismos académicos profesionales o representativos y de disfrutar de todos los derechos humanos reconocidos internacionalmente que se apliquen a los demás habitantes del mismo territorio.(...)**<sup>94</sup>

Sin embargo, no puede disfrutarse de libertad académica sin autonomía de las instituciones de enseñanza superior. “(...) La autonomía es el grado de autogobierno necesario para que sean eficaces las decisiones adoptadas por las instituciones de enseñanza superior con respecto a su labor académica, normas, gestión y actividades conexas”(...).<sup>95</sup> No obstante, es preciso llegar a un equili-

Observación General  
Comité de Derechos  
Económicos, Sociales  
y Culturales

Corte Constitucional, sentencias T-377 de 1995, M. P. Fabio Morón Díaz; T-476 de 1995, M. P. Fabio Morón Díaz.	92
Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, Observación General No. 13, “El derecho a la educación”, párr. 38.	93
Ibid., párr. 39.	94
Ibid., párr. 40.	95

brio correcto entre la autonomía institucional y la obligación de rendir cuentas, obligación que surge como consecuencia de las considerables inversiones públicas que son destinadas a la enseñanza superior.<sup>96</sup>

En relación con las obligaciones que impone el disfrute de la libertad académica, el Comité ha señalado que éstas incluyen “el deber de respetar la libertad académica de los demás, velar por la discusión ecuaníme de las opiniones contrarias y tratar a todos sin discriminación por ninguno de los motivos prohibidos”.<sup>97</sup>

El artículo 27 de la CP señala que “El Estado garantiza las libertades de enseñanza, aprendizaje, investigación y cátedra.” Este artículo reconoce la pluralidad de partícipes en el proceso educativo, aunque a la vez que garantiza diversas libertades, no se inclina en favor de ninguna de ellas.

Respecto a los alcances de la “libertad de cátedra” la Corte Constitucional se ha manifestado en los siguientes términos:

**(...) tiene un destinatario único y éste es el educador, cualesquiera fuese su nivel o su especialidad. El profesor, conocedor de su materia y preparado en el área, es libre de escoger el sistema que guiará el desarrollo de la materia y determinará la forma de evaluación, conforme a las disposiciones que reglamentan la actividad educativa.**

**(...) Por lo tanto, la libertad de cátedra es el derecho garantizado constitucionalmente a todas las personas que realizan una actividad docente a presentar un programa de estudio, investigación y evaluación que según su criterio, se refleja en el mejoramiento del nivel académico de los educandos. Esto no quiere decir que la libertad de cátedra sea absoluta, sus límites están dados por la Constitución y la ley, sin que en su ejercicio puedan desatenderse los fines de la educación: formar colombianos que respeten los derechos humanos, la paz y la democracia.**<sup>98</sup>

**(...) en desarrollo de la libertad de cátedra los planteles educativos –sean públicos o privados–, deben permitir que los profesores libremente determinen la forma en que consideran debe desarrollarse la materia y realizarse las evaluaciones, claro está que la decisión debe ser comunicada a las directivas con el fin de velar por la calidad, el**

96 Ibid.  
97 Ibid., párr. 39.  
98 Corte Constitucional, sentencia T-92 de 1994, M. P. Alejandro Martínez Caballero.

**cumplimiento en las labores docentes y por la mejor formación intelectual de los educandos.**<sup>99</sup>

En relación con el tema de la libertad de enseñanza, garantizada por el Estado como un derecho fundamental (art. 27, CP), que encuentra su manifestación directa en la facultad particular de fundar establecimientos educativos (art. 68, CP) y de la autonomía universitaria (art. 69, CP), la Corte Constitucional ha manifestado en diversas oportunidades que:

**La libertad de enseñanza es un derecho garantizado tanto a las personas individualmente consideradas como a las entidades educativas. Sus límites están dados por la Constitución y la ley, sin que en su ejercicio puedan desatenderse los fines de la educación [y específicamente sobre la educación sexual ha reiterado que] (...) La libertad de enseñanza resulta desconocida si a pesar de reconocerse la facultad de los colegios y educadores para impartir educación sexual a los alumnos, los profesores pueden verse expuestos a sanciones disciplinarias por el hecho de tratar el tema en clase.**<sup>100</sup>

Respecto a la libertad de aprendizaje e investigación la doctrina ha sostenido lo siguiente:

**Cuando se habla de libertad de aprendizaje, el énfasis del derecho a la educación recae en el educando. Así como la educación no puede considerarse como la simple transmisión de contenidos o información, el educando, en adelante, tampoco puede considerarse como sujeto pasivo del proceso educativo. Es necesario que los establecimientos docentes le garanticen cierto grado de autonomía, por ejemplo, en materia religiosa. De otro lado, la educación debe adecuarse a las condiciones y necesidades concretas de los estudiantes, de tal suerte que se tengan en consideración aspectos tales como la diversidad étnica o las aptitudes, las ventajas o desventajas, mentales o físicas del pupilo. La libertad de aprendizaje es también una condena del indoctrinamiento intelectual a veces encubierto bajo el ropaje de la libertad de cátedra.**

Jurisprudencia  
Corte Constitucional

Doctrina  
Manuel José Cepeda

Ibíd. 99  
Corte Constitucional, sentencia T-440 de 1992, M. P. Fabio Morón Díaz. 100

La investigación es sin duda uno de los elementos estratégicos en el desarrollo cultural y económico de un país. En el caso colombiano, diversos factores han determinado un rezago en esta materia, sobre todo, cuando se trata de investigaciones poco lucrativas o cuyos réditos son solamente perceptibles en el largo plazo. La Constitución de 1991 establece una garantía categórica en esta materia, al consagrar la libertad de investigación.

El artículo en cuestión, al consagrar una garantía en favor de los investigadores, reconoce que en la actualidad todavía existen obstáculos políticos y económicos, debido a las prioridades establecidas por quienes tienen mayor capacidad decisoria y financiera. La norma pretende que no existan áreas vedadas al conocimiento científico, pero materias tan delicadas como la investigación nuclear y genética, están sujetas a restricciones estatales cuando amenacen valores protegidos por la Constitución. Con el fin de garantizar cierta autonomía a los investigadores, la norma establece una garantía de carácter individual, de tal manera que equilibra su posición frente a la intervención directa de las universidades, inclusive en lo que se refiere a los métodos de investigación utilizables.<sup>101</sup>

101 Manuel José Cepeda, *Los derechos fundamentales en la Constitución de 1991*, Santafé de Bogotá, Consejería Presidencial para el Desarrollo de la Constitución, Ed. Temis, 1992.

## Tipología de las violaciones

**Los Estados pueden violar el derecho a la educación tanto por acción como por omisión (cuando no adoptan las medidas que exigen los instrumentos internacionales sobre derechos humanos). Algunos ejemplos de violaciones de este derecho son:**

- a) La adopción de leyes, o la omisión de revocar leyes que discriminan a individuos o grupos, por cualquiera de los motivos prohibidos, en la esfera de la educación.
- b) El no adoptar medidas que hagan frente a una discriminación de hecho en la educación.
- c) La aplicación de planes de estudio incompatibles con los objetivos de la educación expuestos en el párrafo 1 del artículo 13 del PIDESC.
- d) El no mantener un sistema transparente y eficaz de supervisión del cumplimiento del párrafo 1 del artículo 13 del PIDESC.
- e) El no implantar, con carácter prioritario, la enseñanza primaria obligatoria y gratuita para todos.
- f) El no adoptar “medidas deliberadas, concretas y orientadas” hacia la implantación gradual de la enseñanza secundaria, superior y fundamental, de conformidad con los apartados b) a d) del párrafo 2 del artículo 13 del PIDESC.
- g) La prohibición de instituciones de enseñanza privadas.
- h) El no velar porque las instituciones de enseñanza privadas cumplan con las “normas mínimas” de educación que disponen los párrafos 3 y 4 del artículo 13 del PIDESC.
- i) La negación de la libertad académica del cuerpo docente y de los alumnos.
- j) El cierre de instituciones de enseñanza en épocas de tensión política sin ajustarse a lo dispuesto por el artículo 4 del PIDESC.

**En Colombia, igualmente, el derecho a la educación puede ser violado por acciones u omisiones que impidan o limiten el acceso o la permanencia de las personas a cualesquiera de los procesos educativos, o mediante las cuales se impida u obstaculice fundar establecimientos educativos o el ejercicio de la autonomía educativa, tales como:**

- a) No regular y ejercer la suprema inspección y vigilancia de la educación con el fin de velar por su calidad.
- b) Incumplimiento de los fines de la educación de acuerdo con el artículo 67 CP, y artículo 5° de la Ley 115 de 1994.
- c) No garantizar el adecuado cubrimiento del servicio (por ejemplo, no asegurar a los menores las condiciones necesarias para su acceso y permanencia en el sistema educativo).
- d) Discriminación en el disfrute del derecho a la educación (como la falta de adopción de un diseño o de ejecución de las políticas destinadas a alcanzar la verdadera igualdad, en consideración a las diferencias de personas o hechos que hagan razonable la distinción).
- e) No impartir la enseñanza bilingüe en las comunidades con tradiciones lingüísticas.
- f) No reconocer la personalidad jurídica a establecimientos educativos que reúnan los requisitos establecidos en la ley.
- g) No garantizar las libertades de enseñanza, aprendizaje, investigación y cátedra.
- h) No implementar el estudio de la CP y la instrucción cívica.
- i) Negación a los adolescentes de participar en organismos que tengan a cargo la educación de la juventud.
- j) No prestar educación especializada a los disminuidos físicos, sensoriales y psíquicos.
- k) Negación de la educación obligatoria (como mínimo un año de pre-escolar y nueve de educación básica).

- l) No implantación de la educación gratuita en las instituciones del Estado para quienes no puedan cubrir los gastos académicos.
- m) No financiación por las entidades territoriales del servicio educativo estatal.
- n) Prohibición de fundar establecimientos educativos por particulares.
- o) Impedimento de la autonomía universitaria.
- p) Falta de mecanismos financieros para acceder a la educación superior por parte de las personas aptas.
- q) Desvío presupuestal de las rentas obtenidas del monopolio de licores.
- r) Desvío del situado fiscal a otros asuntos que no sean la educación y la salud.
- s) No velar –por parte del Estado– por la solución de las necesidades insatisfechas de la educación.



## El derecho a la salud

Observación General  
Comité de Derechos  
Económicos, Sociales  
y Culturales

### 1. Introducción

El derecho a la salud se encuentra consagrado en numerosos instrumentos internacionales tales como: la Declaración Universal de Derechos Humanos (art. 25), la Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre (Declaración Americana) (art. XI), el Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales (PIDESC, art. 12), y el Protocolo Adicional a la Convención Americana sobre Derechos Humanos en materia de Derechos Económicos, Sociales y Culturales (Protocolo de San Salvador, art. 10).

**Numerosos instrumentos de derecho internacional reconocen el derecho del ser humano a la salud. En el párrafo 1 del artículo 25 de la Declaración Universal de Derechos Humanos se afirma que “toda persona tiene derecho a un nivel de vida adecuado que le asegure, así como a su familia, la salud y en especial la alimentación, el vestido, la vivienda, la asistencia médica y los servicios sociales necesarios”. El Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales contiene el artículo más exhaustivo del derecho internacional de los derechos humanos sobre el derecho a la salud. En virtud del párrafo 1 del artículo 12 del Pacto, los Estados Partes reconocen “el derecho de toda persona al disfrute del más alto nivel posible de salud física y mental”, mientras que en el párrafo 2 del artículo 12 se indican, a título de ejemplo, diversas “medidas que deberán adoptar los Estados Partes a fin de asegurar la plena efectividad de este derecho”. Además, el derecho a la salud se reconoce, en particular, en el inciso iv) del apartado e) del artículo 5 de la Convención Internacional sobre la Eliminación de todas las Formas de Discriminación Racial, de 1965; en el apartado f) del párrafo 1 del artículo 11 y el artículo 12 de la Convención sobre la eliminación de todas las formas de discriminación contra la mujer, de 1979; así como en el artículo 24 de la Convención sobre los Derechos del Niño, de 1989. Varios instrumentos regionales de derechos humanos, como la Carta Social Europea de 1961 en su forma revisada (art. 11), la Carta Africana de Derechos Humanos y de los**

Observación General  
Comité de Derechos  
Económicos, Sociales  
y Culturales

**Pueblos, de 1981 (art. 16), y el Protocolo adicional a la Convención Americana sobre Derechos Humanos en Materia de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, de 1988 (art. 10), también reconocen el derecho a la salud. Análogamente, el derecho a la salud ha sido proclamado por la Comisión de Derechos Humanos, así como también en la Declaración y Programa de Acción de Viena de 1993 y en otros instrumentos internacionales.**<sup>1</sup>

Conforme a la doctrina del Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, el de la salud es un derecho humano “fundamental e indispensable para el ejercicio de los demás derechos humanos”.<sup>2</sup> Además, conviene tener en cuenta que el ejercicio del mismo depende de una serie de derechos como: “(...) el derecho a la alimentación, a la vivienda, al trabajo, a la educación, a la dignidad humana, a la vida, a la no discriminación, a la igualdad, a no ser sometido a torturas, a la vida privada, al acceso a la información y a la libertad de asociación, reunión y circulación. Esos y otros derechos y libertades abordan los componentes integrales del derecho a la salud”.<sup>3</sup>

Sin embargo, el derecho a la salud no debe ser entendido como el “derecho a estar sano”, sino como aquel que implica derechos y libertades:

Observación General  
Comité de Derechos  
Económicos, Sociales y  
Culturales

**(...) Entre las libertades figura el derecho a controlar su salud y su cuerpo, con inclusión de la libertad sexual y genésica, y el derecho a no padecer injerencias, como el derecho a no ser sometido a torturas ni a tratamientos y experimentos médicos no consensuales. En cambio, entre los derechos figura el relativo a un sistema de protección de la salud que brinde a las personas oportunidades iguales para disfrutar del más alto nivel posible de salud.**<sup>4</sup>

Por tanto, el derecho a la salud debe ser entendido como:

Observación General  
Comité de Derechos  
Económicos, Sociales y  
Culturales

**(...), un derecho inclusivo que no sólo abarca la atención de salud oportuna y apropiada sino también los principales factores determinantes de la salud, como el acceso al agua limpia potable y a condiciones**

- 1 Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, Observación General No. 14, “El derecho al disfrute del más alto nivel posible de salud”, párr. 2.
- 2 Ibid., párr. 1.
- 3 Ibid., párr. 3.
- 4 Ibid., párr. 8.

sanitarias adecuadas, el suministro adecuado de alimentos sanos, una nutrición adecuada, una vivienda adecuada, condiciones sanas en el trabajo y el medio ambiente, y acceso a la educación e información sobre cuestiones relacionadas con la salud, incluida la salud sexual y reproductiva.(...)<sup>5</sup>

La referencia que se hace en el párrafo 1 del artículo 12 del PIDESC al derecho a disfrutar “(...) del más alto nivel posible de salud física”, significa que se deben tener en cuenta tanto “(...) las condiciones biológicas y socioeconómicas esenciales de la persona como los recursos con los que cuenta el Estado”(...).<sup>6</sup>

En definitiva se puede concluir que “(...) el derecho a la salud debe entenderse como un derecho al disfrute de toda una gama de facilidades, bienes, servicios y condiciones necesarios para alcanzar el más alto nivel posible de salud”.<sup>7</sup>

En relación con las limitaciones permisibles sobre este derecho,<sup>8</sup> según el artículo 4 del PIDESC, el Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales ha señalado que:

**Los Estados suelen utilizar las cuestiones relacionadas con la salud pública para justificar la limitación del ejercicio de otros derechos fundamentales. El Comité desea hacer hincapié en el hecho de que la cláusula limitativa –el artículo 4– tiene más bien por objeto proteger los derechos de los particulares, y no permitir la imposición de limitaciones por parte de los Estados. Por consiguiente, un Estado Parte que, por ejemplo, restringe la circulación de personas –o encarcela a personas– con enfermedades transmisibles como el VIH/SIDA, no permite que los médicos traten a presuntos opositores de un gobierno, o se niega a vacunar a los integrantes de una comunidad contra graves enfermedades infecciosas, alegando motivos tales como la seguridad nacional o el mantenimiento del orden público, tiene la obligación de justificar esas medidas graves en relación con cada uno de los elementos enunciados en el artículo 4. Esas restricciones deberán estar en consonancia con la ley, incluidas las normas internacionales de derechos humanos, y ser compatibles con la naturaleza de los derechos amparados por el Pacto,**

Observación General  
Comité de Derechos  
Económicos, Sociales  
y Culturales

Ibid., párr. 11.

Ibid., párr. 9.

Ibid.

El Estado puede someter los derechos reconocidos en el Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales (PIDESC) únicamente a limitaciones determinadas por la ley, sólo en la medida compatible con la naturaleza de esos derechos y con el exclusivo objeto de promover el bienestar general en una sociedad democrática.

5  
6  
7  
8

en aras de los objetivos legítimos perseguidos, y ser estrictamente necesarias para promover el bienestar general en una sociedad democrática.

De conformidad con lo dispuesto en el párrafo 1 del artículo 5, esas limitaciones deberán ser proporcionales, es decir, deberán corresponder a la solución menos restrictiva de entre los tipos de limitaciones previstos. Aun cuando se permiten básicamente esas limitaciones por motivos de protección de la salud pública, su duración deberá ser limitada y estar sujeta a revisión.<sup>9</sup>

En Colombia, el artículo 49 de su Constitución Política (CP) consagra que:

**La atención de la salud y el saneamiento ambiental son servicios públicos a cargo del Estado. Se garantiza a todas las personas el acceso a los servicios de promoción, protección y recuperación de la salud (...).**

**Corresponde al Estado organizar, dirigir y reglamentar la prestación de servicios de salud a los habitantes y de saneamiento ambiental conforme a los principios de eficiencia, universalidad y solidaridad. También establecer las políticas para la prestación de servicios de salud por entidades privadas, y ejercer su vigilancia y control. Así mismo establecer las competencias de la Nación, las entidades territoriales y los particulares, y determinar los aportes a su cargo en los términos y condiciones señalados en la ley.**

**Los servicios de salud se organizarán en forma descentralizada, por niveles de atención y con participación de la comunidad. La ley señalará los términos en los cuales la atención básica para todos los habitantes será gratuita y obligatoria.**

**Toda persona tiene el deber de procurar el cuidado integral de su salud y la de su comunidad.**

9

Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, Observación General No. 14, "El derecho al disfrute del más alto nivel posible de salud", párrs. 28 y 29.

El sistema de salud en Colombia es mixto por cuanto el Estado tiene la obligación de velar por su prestación, pero también se permite a los particulares hacerlo, lo cual implica para éstos un “adecuado equilibrio financiero”. Ese sistema figura en los artículos 47, 48, 49 y 50 de la CP.

La CP trae otras disposiciones respecto al derecho a la salud, tales como:

- El artículo 13 trae una especial protección para personas “que por su condición económica, física o mental, se encuentren en circunstancia de debilidad manifiesta (...)” buscando así el aseguramiento del derecho fundamental de la vida (art. 11) y la dignidad de la persona.
- El artículo 44 señala la salud como derecho fundamental de los niños.
- El artículo 50 garantiza a todo niño menor de un año el derecho a recibir gratuitamente atención en todas las instituciones de salud que reciben aportes del Estado.
- El artículo 54 garantiza el derecho de las personas minúsvulas a un trabajo acorde con sus condiciones de salud.
- El artículo 64 consagra el deber del Estado de promover el acceso progresivo del servicio de salud a los trabajadores agrarios.
- El artículo 78 señala la responsabilidad de quienes en la producción y comercialización de bienes y servicios, atenten contra la salud.
- El artículo 95 señala el principio de acción de solidaridad social de las personas frente a situaciones que pongan en peligro la salud.
- El artículo 336 establece que la rentas obtenidas de los monopolios de suerte y azar se destinarán exclusivamente a los servicios de salud y educación (La Ley 643 de 2001, estableció el monopolio de las apuestas permanentes).
- El artículo 366 manifiesta que la solución de las necesidades insatisfechas de salud será un objetivo fundamental del Estado.
- Los artículos 298, 311, 356 y 357 asignan a las entidades territoriales, en especial a los departamentos, municipios y distritos, la ejecución de la política social.

La legislación colombiana, además, consagra el derecho a la salud en otras normas:<sup>10</sup>

Artículos 211 a 217 de la Ley 100 de 1993. El Decreto 2357 de 1995 y el acuerdo No. 23 de 1995 del Consejo Nacional de Seguridad Social en Salud (CNSSS), consagran la existencia del régimen subsidiado de salud, entendido como un conjunto de normas que rigen la vinculación de los individuos al sistema general de seguridad social en salud, cuando tal vinculación se hace por medio del pago de una cotización subsidiada, total o parcialmente, con recursos fiscales o de solidaridad. Los afiliados al sistema mediante el régimen subsidiado serán entonces las personas sin capacidad económica, la población más pobre y vulnerable del país en las áreas rural y urbana,

- La Ley 100 de 1993 (art. 4 numerales 4, 5, 9, 11, 13, 17; 6 y 14; y los artículos 27 a 37, 100, 111, 116, 117, 138 y 153), trata sobre temas relativos al sistema general de seguridad social en salud.
- La Ley 643 de 2001, establece el monopolio de las apuestas permanentes.
- La Ley 715 de 2001, organiza la prestación de los servicios de salud.
- El Decreto 2759 de 1991, reglamenta el régimen de referencia y contrarreferencia para usuarios de servicios de salud.
- El Decreto 800 de 1992, regula el funcionamiento de la medicina prepagada.
- El Decreto 412 de 1992, establece la obligatoriedad del servicio de urgencias.
- El Decreto 806 de 1998, reglamenta el sistema de seguridad social en salud.
- El Decreto 559 de 1991 se ocupa extensamente de la prevención, el control y la vigilancia de las enfermedades transmisibles, especialmente en lo relacionado con el VIH/SIDA.
- La resolución 05261 de 1994 expedida por el Ministerio de Salud, establece las actividades, intervenciones y los procedimientos del Plan Obligatorio de Salud que deben garantizar las Entidades Promotoras de Salud dentro del régimen contributivo.

La Corte Constitucional ha entendido por el derecho a la salud, sin relegar su relación directa con la vida y la calidad de la misma,

**(...) la facultad que tiene todo ser humano de mantener la normalidad orgánica funcional, tanto física como en el plano de la operatividad mental, y de restablecerse cuando se presente una perturbación en la estabilidad orgánica y funcional de su ser. Implica, por tanto, una acción de conservación y otra de restablecimiento (...).**<sup>11</sup>

La jurisprudencia de la Corte Constitucional distingue entre la salud como un servicio público que genera derechos prestacionales, y como servicio del cual se derivan derechos fundamentales.<sup>12</sup>

teniendo especial importancia dentro de este grupo las madres durante el embarazo, parto y posparto y periodo de lactancia, las madres comunitarias, las mujeres cabeza de familia, los niños menores de un año, los menores en situación irregular, los enfermos de Hansen, las personas mayores de 65 años, y los discapacitados, entre otros.

11 Corte Constitucional, sentencia T-597 de 1993, M. P. Eduardo Cifuentes Muñoz.

12 Corte Constitucional, sentencias T-484 de 1992, M. P. Fabio Morón Díaz; T-409 de 1995, M. P. Antonio Barrera Carbonell; T-530 de 1999, M. P. Vladimiro Naranjo Mesa.

La Corte ha señalado que el derecho a la salud no es fundamental salvo cuando el titular es un niño o cuando su desconocimiento pone en peligro o genera la vulneración de derechos fundamentales, caso en el cual se torna en fundamental por conexidad.

Los preceptos contenidos en el artículo 49 de la CP establecen la garantía a todas las personas al acceso a los servicios de promoción, protección y recuperación de la salud, y defieren a la ley el señalamiento de los términos en los cuales la atención básica para todos los habitantes será gratuita y obligatoria, y la forma de su satisfacción mediante su desarrollo progresivo.

La Corte ha dicho al respecto que:

**(...) los derechos económicos, sociales y culturales, y dentro de ellos el derecho a la salud, en principio son considerados como derechos prestacionales de desarrollo progresivo. La primera connotación hace referencia al hecho de que la efectividad de los mencionados derechos implica un desarrollo legal que indique las condiciones y requisitos que deben estar presentes para poderlos reclamar judicial o extrajudicialmente. Es decir no tiene efectividad directa ni aplicación inmediata, como sí la tienen de manera general los derechos fundamentales. En cuanto a la característica de su progresividad, ella significa que los Estados tienen la obligación de extender la cobertura de los servicios mediante los cuales se satisfacen tales derechos, en la medida de su mayor desarrollo económico y social.<sup>13</sup>**

La Corte Constitucional ha agrupado en dos grandes bloques los factores que, en su naturaleza jurídica, conforman el derecho a la salud:

El primer bloque identifica el derecho a la salud como fundamental cuando está relacionado con la protección a la vida; lo reconoce como un “predicado inmediato del derecho a la vida” y lo resume de la siguiente manera: “atentar contra la salud de las personas equivale a atentar contra su propia vida”.<sup>14</sup>

El segundo bloque de factores da al derecho a la salud un carácter asistencial, situado

Jurisprudencia  
Corte Constitucional

Corte Constitucional, sentencias T-130 de 1993, M. P. Fabio Morón Díaz; T-116 de 1993, M. P. Hernando Herrera Vergara; T-366 de 1993, M. P. Vladimiro Naranjo Mesa; T-13 de 1995, M. P. Vladimiro Naranjo Mesa; T-005 de 1995, M. P. Eduardo Cifuentes Muñoz; T-271 de 1995, M. P. Alejandro Martínez Caballero; T-312 de 1996, M. P. Alejandro Martínez Caballero; T-314 de 1996, M. P. Alejandro Martínez Caballero; T-530 de 1999, M. P. Vladimiro Naranjo Mesa.

13

Corte Constitucional, sentencia T-484 de 1992, M. P. Fabio Morón Díaz.

14

(...) en las referencias funcionales del denominado estado social de derecho, en razón de que su reconocimiento impone acciones concretas, en desarrollo de predicados legislativos, a fin de prestar el servicio público correspondiente, para asegurar el goce no sólo de los servicios de asistencia médica, sino también los derechos hospitalario, de laboratorio y farmacéuticos (...).<sup>15</sup>

Según la Corte Constitucional, la línea que divide el derecho a la salud entre un derecho fundamental y su carácter asistencial es imprecisa “(...)y sobre todo cambiante, según las circunstancias de cada caso”, tales circunstancias pueden ser económicas y sociales, y permiten ampliar los espacios de libertad y de los derechos inherentes a las personas; sin embargo, esta Corte afirma que el derecho a la salud es fundamental cuando se relaciona con la protección a la vida.<sup>16</sup>

La Corte Constitucional ha reiterado que: “(...) la defensa de los valores supremos del ordenamiento obliga al Estado a intervenir –dentro del marco institucional– para proteger a las personas en su dignidad humana y exigir la solidaridad social cuando ella sea indispensable para garantizar derechos fundamentales como la vida y la salud”.<sup>17</sup>

En materia de salud, el término “curación” no tiene el sólo significado de “superación del mal” sino que también significa mejoría, progreso, tratamiento necesario; esta interpretación concuerda con la esencia de la CP que establece la protección de los débiles y especialmente de los niños.<sup>18</sup>

## 2 Elementos esenciales del derecho a la salud

El derecho a la salud se caracteriza por una serie de elementos esenciales e interrelacionados, que deberán ser aplicados en mayor o menor medida dependiendo de las condiciones prevalecientes en cada Estado en concreto.<sup>19</sup> Estos elementos son:

15 Ibid.

16 Corte Constitucional, sentencias T-484 de 1992, M. P. Fabio Morón Díaz; T-177 de 1999, M. P. Carlos Gaviria Díaz.

17 Corte Constitucional, sentencia T-505 de 1992, M. P. Eduardo Cifuentes Muñoz.

18 Corte Constitucional, sentencia T-024 de 1995, M. P. Antonio Barrera Carbonell.

19 Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, Observación General No. 14, “El derecho al disfrute del más alto nivel posible de salud”, párr. 12.

A) DISPONIBILIDAD

En cada Estado Parte deberá existir un número suficiente de “(...) establecimientos, bienes y servicios públicos de salud y centros de atención de la salud, así como de programas”, cuya naturaleza dependerá de “diversos factores, en particular, el nivel de desarrollo del Estado Parte”. Esos servicios deberán incluir: 1) agua limpia potable y condiciones sanitarias adecuadas; 2) hospitales, clínicas y demás establecimientos relacionados con la salud; 3) personal médico y profesional capacitado y bien remunerado, de acuerdo con las condiciones del país; 4) medicamentos esenciales conforme al Programa de Acción sobre medicamentos esenciales de la Organización Mundial de la Salud (OMS).<sup>20</sup>

B) ACCESIBILIDAD

Se podrá acceder a los establecimientos, bienes y servicios de salud sin discriminación alguna. Ahora bien, la “accesibilidad presenta cuatro dimensiones superpuestas”:

**No discriminación**

**Los establecimientos, bienes y servicios de salud deben ser accesibles, de hecho y de derecho, a los sectores más vulnerables y marginados de la población, sin discriminación alguna por cualquiera de los motivos prohibidos.**<sup>21</sup>

**Accesibilidad física**

**[L]os establecimientos, bienes y servicios de salud deberán estar al alcance geográfico de todos los sectores de la población, en especial los grupos vulnerables o marginados, como las minorías étnicas y poblaciones indígenas, las mujeres, los niños, los adolescentes, las personas mayores, las personas con discapacidades y las personas con VIH/SIDA. La accesibilidad también implica que los servicios médicos y los factores determinantes básicos de la salud, como el agua limpia potable y los servicios sanitarios adecuados, se encuentran a una distancia geográfica razonable, incluso en lo que se refiere a las zonas rurales. Además,**

Observación General  
Comité de Derechos  
Económicos, Sociales  
y Culturales

Ibid., párr. 12. 20  
Ibid. 21

la accesibilidad comprende el acceso adecuado a los edificios para las personas con discapacidades.<sup>22</sup>

#### Accesibilidad económica

[L]os establecimientos, bienes y servicios de salud deberán estar al alcance de todos. Los pagos por servicios de atención de la salud y servicios relacionados con los factores determinantes básicos de la salud deberán basarse en el principio de la equidad, a fin de asegurar que esos servicios, sean públicos o privados, estén al alcance de todos, incluidos los grupos socialmente desfavorecidos. La equidad exige que sobre los hogares más pobres no recaiga una carga desproporcionada, en lo que se refiere a los gastos de salud, en comparación con los hogares más ricos.<sup>23</sup>

#### Acceso a la información

[E]se acceso comprende el derecho de solicitar, recibir y difundir información e ideas acerca de las cuestiones relacionadas con la salud. Con todo, el acceso a la información no debe menoscabar el derecho de que los datos personales relativos a la salud sean tratados con confidencialidad.<sup>24</sup>

#### c) ACEPTABILIDAD

Los establecimientos, bienes y servicios de salud deben ser respetuosos “(...) de la cultura de las personas, de las minorías, los pueblos y las comunidades, a la par que sensibles a los requisitos del género y el ciclo de vida”. Deben respetar la confidencialidad y tender a la mejora del estado de salud de las personas.<sup>25</sup>

22 Ibid.  
23 Ibid.  
24 Ibid.  
25 Ibid.

D) CALIDAD

La calidad se refiere a que el personal médico se encuentre capacitado, a que existan medicamentos y equipo hospitalario científicamente aprobados y en buen estado, agua limpia potable y condiciones sanitarias adecuadas, entre otras cosas.<sup>26</sup>

En Colombia, el artículo 153 de la Ley 100 de 1993 establece los fundamentos del servicio público de salud.<sup>27</sup> La jurisprudencia de la Corte Constitucional ha distinguido los siguientes principios esenciales, con los cuales el derecho a la salud se relaciona directamente:

**(...) El principio de justicia distributiva según el cual en la asignación de los recursos económicos de una sociedad se deberá tender a privilegiar a los sectores desfavorecidos sirve de fundamento al régimen im-**

Jurisprudencia  
Corte Constitucional

Ibid.

26

27

Artículo 153 de la Ley 100 de 1993. "Fundamentos del Servicio Público. Además de los principios generales consagrados en la Constitución Política, son reglas del servicio público de salud, rectoras del Sistema General de Seguridad Social en Salud las siguientes: 1. Equidad. El Sistema General de Seguridad Social en Salud proveerá gradualmente servicios de salud de igual calidad a todos los habitantes en Colombia, independientemente de su capacidad de pago. Para evitar la discriminación por capacidad de pago o riesgo, el Sistema ofrecerá financiamiento especial para aquella población más pobre y vulnerable, así como mecanismos para evitar la selección adversa. 2. Obligatoriedad. La afiliación al Sistema General de Seguridad Social en Salud es obligatoria para todos los habitantes en Colombia. En consecuencia, corresponde a todo empleador la afiliación de sus trabajadores a este Sistema y del Estado facilitar la afiliación a quienes carezcan de vínculo con algún empleador o de capacidad de pago. 3. Protección Integral. El Sistema General de Seguridad Social en Salud brindará atención en salud integral a la población en sus fases de educación, información y fomento de la salud y la prevención, diagnóstico, tratamiento y rehabilitación, en cantidad, oportunidad, calidad y eficiencia de conformidad con lo previsto en el artículo 162 respecto del Plan Obligatorio de Salud. 4. Libre escogencia. El Sistema General de Seguridad Social en Salud permitirá la participación de diferentes entidades que ofrezcan la administración y la prestación de los servicios de salud, bajo las regulaciones y vigilancia del Estado y asegurará a los usuarios libertad en la escogencia entre las Entidades Promotoras de Salud y las Instituciones Prestadoras de Servicios de Salud, cuando ello sea posible según las condiciones de oferta de servicios. Quienes atenten contra este mandato se harán acogedores a las sanciones previstas en el artículo 230 de esta ley. 5. Autonomía de instituciones. Las instituciones prestadoras de servicios de salud tendrán, a partir del tamaño y complejidad que reglamente el gobierno, personería jurídica, autonomía administrativa y patrimonio independiente, salvo los casos previstos en la presente ley. 6. Descentralización administrativa. La organización del Sistema General de Seguridad Social en Salud será descentralizada y de ella harán parte las direcciones seccionales, distritales y locales de salud. Las instituciones públicas del orden nacional que participen del sistema adoptarán una estructura organizacional, de gestión y de decisiones técnicas, administrativas y financieras que fortalezca su operación descentralizada. 7. Participación social. El Sistema General de Seguridad Social en Salud estimulará la participación de los usuarios en la organización y control de las instituciones del Sistema General de Seguridad Social en Salud y del sistema en su conjunto. El Gobierno Nacional establecerá los mecanismos de vigilancia de las comunidades sobre las entidades que conforman el sistema. Será obligatoria la participación de los representantes de las comunidades de usuarios en las juntas directivas de las entidades de carácter público. 8. Concertación. El sistema propiciará la concertación de los diversos agentes en todos los niveles y empleará como mecanismo formal para ello a los Consejos Nacional, departamentales, distritales y municipales de Seguridad Social en Salud. 9. Calidad. El sistema establecerá mecanismos de control a los servicios para garantizar a los usuarios calidad en la atención oportuna, personalizada, humanizada, integral, continua y de acuerdo con estándares aceptados en procedimientos y práctica profesional. De acuerdo con la reglamentación que expida el gobierno, las Instituciones Prestadoras deberán estar acreditadas ante las entidades de vigilancia."

**positivo, a las reglas de elaboración presupuestal, a la jerarquización del gasto y a la fijación de prioridades en materia de prestación de los servicios públicos.**<sup>28</sup>

La CP, en su artículo 350, optó por establecer el principio de prioridad del gasto público social sobre cualquier otra asignación, siendo su aplicación obligatoria en los planes y presupuestos de la nación y de las entidades territoriales. Con miras a dar solución a las necesidades insatisfechas de salud, educación, saneamiento ambiental y agua potable (art. 366), el constituyente eligió jerarquizar las diferentes prioridades del gasto público y subordinó la constitucionalidad de las respectivas leyes presupuestales a la prevalencia del gasto público social. Sobre este aspecto ha dicho la Corte:

**(...) El indigente que demuestra su condición de debilidad manifiesta (CP, art. 13-3), y solicita la solución de la necesidad básica insatisfecha de la salud, hace operante el principio de prioridad del gasto público social que, en virtud de la prevalencia de los derechos fundamentales sobre la parte orgánica de la Constitución, genera una obligación para la autoridad competente y, correlativamente, un derecho público subjetivo para el solicitante. (...) La aspiración del pueblo colombiano de alcanzar un orden político, económico y social justo (CP, Preámbulo) y los principios de universalidad, eficiencia y solidaridad en la prestación del servicio de salud (CP, art. 49), constituyen el marco axiológico-normativo que debe guiar la distribución del recurso escaso de la salud.**<sup>29</sup>

La Ley 100 de 1993 dispone que existirán dos tipos de afiliados al sistema general de seguridad social en salud: los afiliados al sistema mediante el régimen contributivo, esto es, las personas que se encuentren vinculadas por medio de contrato de trabajo, entre otros, y los afiliados al sistema mediante el régimen subsidiado, al cual pueden acceder las personas sin capacidad de pago para cubrir el monto total de la cotización.

De otra parte, la CP consagra como un deber de toda persona la contribución al financiamiento de los gastos e inversiones del Estado (art. 95-9), por ello adquiere el derecho a que los ingresos percibidos por el erario se apliquen de manera prioritaria, frente a cualquiera otra destinación, a la satisfacción de las

28 Corte Constitucional, sentencia T-505 de 1992, M. P. Eduardo Cifuentes Muñoz.

29 Ibid.

necesidades básicas de la población, para evitar que el déficit de recursos orientados, entre otros sectores a la salud, pueda alterar el orden público y exponerlo a situaciones de peligro para su vida y bienes.<sup>30</sup>

(...) el principio de la igualdad formal, o sea que la ley misma no pueda permitir que unas personas tengan más privilegios que otras, que es la igualdad ante la ley. Pero como en la práctica esa igualdad no se da porque la gente nace coja o está inválida o está viejita o es un niño desprotegido, entonces viene *el principio de solidaridad*, por el cual el Estado está obligado a proteger a todas esas personas que están en circunstancias de debilidad frente a los demás (...).<sup>31</sup> [Énfasis agregado.]

### 3 Obligaciones legales de los Estados Partes

En la parte introductoria del Capítulo XIX sobre derechos económicos, sociales y culturales se anotó que los Estados Partes –tanto del PIDESC como del Protocolo de San Salvador– se comprometen a “adoptar medidas hasta el máximo de los recursos de que dispongan para lograr progresivamente la plena efectividad de los derechos” reconocidos en estos instrumentos.

En relación con el derecho a la salud, el Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales ha señalado que los Estados Partes tienen una serie de obligaciones legales de carácter general y otras de carácter específico.

#### 3.1. Obligaciones de carácter general

Respecto a las obligaciones generales se destacan aquéllas de efecto inmediato, como la obligación de “no discriminación” o la obligación de adoptar medidas “(...) deliberadas y concretas (...) dirigidas a la plena realización del derecho a la salud”.<sup>32</sup>

Doctrina  
María Teresa  
Garcés Lloreda

Ibid. 30  
 María Teresa Garcés Lloreda, Comisión Codificadora, 31 de mayo de 1991 p. 65. Citada por Manuel José Cepeda, *Los Derechos Fundamentales en la Constitución de 1991*, Santafé de Bogotá, Temis, 1992. 31  
 Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, Observación General No. 14, “El derecho al disfrute del más alto nivel posible de salud”, párr. 30. 32

Al igual que los demás derechos de tipo económico, social o cultural, el deber de dar cumplimiento efectivo al derecho a la salud por parte de los Estados es de “tipo progresivo”. Sin embargo, este deber de cumplimiento progresivo:

**(...) no debe interpretarse en el sentido de que priva de todo contenido significativo las obligaciones de los Estados Partes. Antes al contrario, la realización progresiva significa que los Estados Partes tienen la obligación concreta y constante de avanzar lo más expedita y eficazmente posible hacia la plena realización del artículo 12.**<sup>33</sup>

Además, con base en el concepto de la “progresiva efectividad” de los derechos económicos, sociales y culturales, “no son en principio permisibles las medidas regresivas adoptadas en relación con el derecho a la salud”. Como consecuencia, al Estado que adopte deliberadamente este tipo de medidas le corresponderá demostrar “(...) que se han aplicado tras el examen más exhaustivo de todas las alternativas posibles y que esas medidas están debidamente justificadas por referencia a la totalidad de los derechos enunciados en el Pacto en relación con la plena utilización de los recursos máximos disponibles del Estado Parte”.<sup>34</sup>

El artículo 49 de la CP reconoce el derecho de todos los colombianos a recibir atención integral en materia de salud y saneamiento ambiental como servicios públicos a cargo del Estado,<sup>35</sup> y alude a la eficiencia, a la universalidad y a la solidaridad como principios rectores que aseguran su adecuada y eficaz prestación, al tiempo que comprometen al Estado, a través de sus diferentes órganos, para que:

- Establezca y desarrolle los cometidos de regulación, dirección, coordinación, vigilancia y control que permitan el adecuado funcionamiento de un régimen general en el que distintas entidades, tanto particulares como públicas, pueden concurrir para prestar los servicios requeridos.
- Garantice que todas las personas tengan acceso “a los servicios de promoción, protección y recuperación de la salud.”

La prestación del sistema de seguridad social de salud en Colombia se garantiza en una serie de normas de rango legal o reglamentario dirigidas a ase-

33 Ibid., párr. 31.

34 Ibid., párr. 32.

35 Corte Constitucional, sentencia T-946 de 2001, M. P. Manuel José Cepeda Espinosa (en esta sentencia se pueden ver con más detalle las obligaciones del Estado).

gurar integralmente el principio de universalidad, por medio del establecimiento de formas y modalidades de ingreso al sistema por parte de todas las personas:

- Los lineamientos básicos que configuran la protección se complementan con las disposiciones contenidas en la Ley 100 de 1993 que definen el Sistema de Seguridad Social Integral y los principios específicos que persigue.<sup>36</sup>
- El criterio determinante en materia de afiliación y cobertura del sistema está dado por la capacidad de pago del posible afiliado<sup>37</sup> y la necesidad de ampliar la cobertura personal del sistema<sup>38</sup> a partir de las relaciones de familia entre el usuario y quienes son vinculados como sus beneficiarios.<sup>39</sup>
- La definición de la naturaleza de los servicios prestados y de los diferentes niveles de atención que se brindan a la persona.<sup>40</sup>
- La creación de esferas de cobertura que, a la vez que cobijan las diversas patologías que aquejan a la persona –dependiendo de su nivel de impacto sobre el individuo y la urgencia con la que demandan tratamiento–, utilicen las herramientas y tecnologías con las que actualmente se cuentan con el propósito de crear un verdadero sistema de atención en todo el territorio nacional.

Ley 100 de 1993, artículos 1 (definición del sistema), 2 (principios), 152 (objeto), 153 (fundamentos del servicio público), 157 (tipos de participaciones).	36
Ver la Ley 100 de 1993 en sus artículos 6 (objetivos), 157 (regímenes de participación, subsidiado y contributivo, bajo los cuales toda persona debe estar amparada), 202 (capacidad de pago, régimen contributivo), 212 (cuando no hay capacidad de pago, la ley protege la persona por medio de un subsidio). Los dineros que ingresan al sistema por vía del régimen contributivo ayudan a financiar el régimen subsidiado, al cual no pueden pertenecer sino las personas de “la población más pobre y vulnerable del país en las áreas rural y urbana”.	37
Ley 100 de 1993, artículo 152 (creación de “condiciones de acceso de toda la población al servicio en todos los niveles de atención”).	38
Ley 100 de 1993, artículo 162 (cobertura familiar).	39
Ley 100 de 1993, artículo 153 (forma y principios de intervención del Estado en el control de la calidad de prestación del servicio de salud), 162 (alcances del Plan Obligatorio de Salud). Decreto-Ley 1298 de 1994 “Estatuto Orgánico del Sistema General de Seguridad Social en salud”, aunque dicho Decreto-Ley fue declarado inexecutable por la Corte Constitucional mediante sentencia C-255 de 1995, M. P. Jorge Arango Mejía, los efectos de tal declaración no se extendieron a los cuerpos normativos que en él se incorporaron. Adicionalmente, las disposiciones establecidas en los Decretos 1101 de 1994 (conformación del Consejo de Seguridad Social en Salud); 1919 de 1994 (objeto, participantes y características del sistema); 1156 de 1996 (normas en materia de seguridad social integral); 1938 de 1994 (junto con la Resolución 5261 de 1994 del Ministerio de Salud establece el manual de actividades, intervenciones y procedimientos dentro del Plan Obligatorio de Salud); 5261 de 1994 (reglamenta el sistema subsidiado de salud), han sido adicionadas y en algunos puntos reemplazadas por otros preceptos expedidos durante el tiempo en que ha estado funcionando el régimen general. El Decreto 806 de 1998 (reglamenta la afiliación al Régimen de Seguridad Social en Salud y la prestación del servicio público esencial de Seguridad Social en Salud).	40

- El intento de definir el campo de acción y de compromiso que se predica tanto de los centros de salud que funcionan en las pequeñas poblaciones y comunidades urbanas, pasando por los hospitales municipales –necesariamente mejor dotados y con mayor capacidad de atención–, hasta llegar a las instituciones del nivel departamental o nacional a quienes compete atender, además, cuadros clínicos más complicados y efectuar procedimientos de mayor complejidad técnica y profesional.<sup>41</sup> Intentando así la coordinación entre las ayudas terapéuticas con las que cuenta el Estado y las de las entidades particulares para desarrollar uno de los aspectos del principio de eficiencia que se predica del régimen.
- La utilización de la mejor manera de las posibilidades limitadas con las que cuenta el sistema, identificando el origen de los recursos técnicos y financieros de los que depende la prestación del servicio (prohibición de la utilización o destinación de los recursos de las instituciones de la seguridad social para fines diferentes a ella).<sup>42</sup>
- La forma de cotización por parte de los usuarios y, en general, la fuente de los recursos que aseguran la atención demandada en cada caso.<sup>43</sup>

### 3.2. Obligaciones de carácter específico

Respecto a las obligaciones legales de carácter específico, el Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales ha señalado que el derecho a la salud impone tres tipos de obligaciones a los Estados Partes, que consisten en:

- a) La obligación de respetar, “que exige que los Estados se abstengan de injerirse directa o indirectamente en el disfrute del derecho a la salud”.<sup>44</sup>

Con base en esta obligación específica, los Estados deben abstenerse de:<sup>45</sup>

41 Ley 100 de 1993, artículo 155 (entidades públicas y privadas).

42 Ley 100 de 1993, artículo 9. Corte Constitucional, sentencia C-867 de 2001, M. P. Manuel José Cepeda Espinosa.

43 Ley 100 de 1993, artículos 201 y ss. (administración y financiación del sistema. Los montos de cotizaciones y formas de pago han sido establecidos sucesivamente en otros decretos).

44 Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, Observación General No. 14, “El derecho al más alto nivel posible de salud”, párr. 33.

45 *Ibid.*, párr. 34.

- Denegar o limitar el acceso igual de todas las personas, incluidos los presos o detenidos, los representantes de las minorías, los solicitantes de asilo o los inmigrantes ilegales, a los servicios de salud preventivos, curativos y paliativos.
- Imponer prácticas discriminatorias como política de Estado.
- Imponer prácticas discriminatorias en relación con el estado de salud y las necesidades de la mujer.
- Prohibir o impedir los cuidados preventivos, las prácticas curativas y las medicinas tradicionales.
- Comercializar medicamentos peligrosos y aplicar tratamientos médicos coercitivos, salvo en casos excepcionales para el tratamiento de enfermedades mentales o la prevención de enfermedades transmisibles y la lucha contra ellas.
- Limitar el acceso a los anticonceptivos u otro medios de mantener la salud sexual y genésica.
- Censurar, ocultar o desvirtuar intencionalmente la información relacionada con la salud, incluida la educación sexual y la información al respecto.
- Impedir la participación del pueblo en los asuntos relacionados con la salud.
- Contaminar ilegalmente la atmósfera, el agua y la tierra, por ejemplo mediante los desechos industriales de las instalaciones propiedad del Estado.
- Utilizar o ensayar armas nucleares, biológicas o químicas si, como resultado de esos ensayos, se liberan sustancias nocivas para la salud del ser humano.
- Limitar el acceso a los servicios de salud como medida punitiva, por ejemplo durante conflictos armados, en violación del derecho internacional humanitario.

b) La obligación de proteger, “requiere que los Estados adopten medidas para impedir que terceros interfieran en la aplicación de las garantías previstas en el artículo 12”.<sup>46</sup>

En particular, esta obligación incluye el deber de los Estados de:<sup>47</sup>

ibid., párr. 33.	46
ibid., párr. 35.	47

- Adoptar leyes u otras medidas para velar por el acceso igual a la atención de la salud y los servicios relacionados con la salud proporcionados por terceros.
- Velar porque la privatización del sector de la salud no represente una amenaza para la disponibilidad, accesibilidad, aceptabilidad y calidad de los servicios de atención de la salud.
- Controlar la comercialización de equipo médico y medicamentos por terceros.
- Asegurar que los facultativos y otros profesionales de la salud reúnan las condiciones necesarias de educación, experiencia y deontología.
- Velar porque las prácticas sociales o tradicionales nocivas no afecten el acceso a la atención anterior y posterior al parto ni a la planificación de la familia.
- Impedir que terceros induzcan a la mujer a someterse a prácticas tradicionales, por ejemplo, a la mutilación de los órganos genitales femeninos.
- Adoptar medidas para proteger a todos los grupos vulnerables o marginados de la sociedad, en particular las mujeres, los niños, los adolescentes y las personas mayores, teniendo en cuenta los actos de violencia desde la perspectiva de género.
- Velar porque terceros no limiten el acceso de las personas a la información y los servicios relacionados con la salud.

c) La obligación de cumplir, “requiere que los Estados adopten medidas apropiadas de carácter legislativo, administrativo, presupuestario, judicial o de otra índole para dar plena efectividad al derecho a la salud”.<sup>48</sup>

Concretamente, esta obligación implica que los Estados Partes deben:<sup>49</sup>

- Reconocer el derecho a la salud en sus sistemas políticos y ordenamientos jurídicos nacionales, de preferencia mediante la aplicación de leyes, y adoptar una política nacional de salud acompañada de un plan detallado para el ejercicio del derecho a la salud.
- Garantizar la atención de la salud, en particular estableciendo programas de inmunización contra las principales enfermedades infecciosas, y velar por el acceso igual de todos a los factores determinantes básicos de la sa-

48 Ibid., párr. 33.

49 Ibid., párr. 36.

lud, como alimentos nutritivos sanos y agua potable, servicios básicos de saneamiento y vivienda, y condiciones de vida adecuadas.

- Crear una infraestructura de sanidad pública que proporcione servicios de salud sexual y genésica, incluida la maternidad segura, sobre todo en las zonas rurales.
- Velar por la apropiada formación de facultativos y demás personal médico, la existencia de un número suficiente de hospitales, clínicas y otros centros de salud, así como por la promoción y el apoyo a la creación de instituciones que prestan asesoramiento y servicios de salud mental, teniendo debidamente en cuenta su distribución equitativa a lo largo del país.
- Establecer un sistema de seguro de salud público, privado o mixto que sea asequible a todos, y fomentar las investigaciones médicas y la educación en materia de salud, así como la organización de campañas de información, en particular por lo que se refiere al VIH/SIDA, la salud sexual y genésica, las prácticas tradicionales, la violencia en el hogar, y el uso indebido de alcohol, tabaco, estupefacientes y otras sustancias nocivas.
- Adoptar medidas contra los peligros que para la salud representan la contaminación del medio ambiente y las enfermedades profesionales, así como también contra cualquier otra amenaza que se determine mediante datos epidemiológicos. Con tal fin, los Estados deben formular y aplicar políticas nacionales con miras a reducir y suprimir la contaminación del aire, el agua y el suelo, incluida la contaminación causada por metales pesados tales como el plomo procedente de la gasolina.
- Formular, aplicar y revisar periódicamente una política nacional coherente destinada a reducir al mínimo los riesgos de accidentes laborales y enfermedades profesionales, así como formular una política nacional coherente en materia de seguridad en el empleo y servicios de salud.

#### 4 Obligaciones mínimas que deben cumplir los Estados

Tal y como se señaló en el Capítulo XIX, “corresponde a cada Estado Parte una obligación mínima de asegurar la satisfacción de por lo menos los niveles esenciales de cada uno de los derechos”.<sup>50</sup>

Concretamente en relación con el derecho a la salud, el Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales ha señalado que estas obligaciones básicas o mínimas son las siguientes:

- 1) **Garantizar el derecho de acceso a los centros, bienes y servicios de salud sobre una base no discriminatoria, en especial por lo que respecta a los grupos vulnerables o marginados.**
- 2) **Asegurar el acceso a una alimentación esencial mínima que sea nutritiva, adecuada y segura, y garantice que nadie padezca hambre.**
- 3) **Garantizar el acceso a un hogar, una vivienda y unas condiciones sanitarias básicos, así como a un suministro adecuado de agua limpia potable.**
- 4) **Facilitar medicamentos esenciales, según las definiciones periódicas que figuran en el Programa de Acción sobre Medicamentos Esenciales de la Organización Mundial de la Salud (OMS).**
- 5) **Velar por una distribución equitativa de todas las instalaciones, bienes y servicios de salud.**
- 6) **Adoptar y aplicar, sobre la base de las pruebas epidemiológicas, una estrategia y un plan de acción nacionales de salud pública para hacer frente a las preocupaciones en materia de salud de toda la población; la estrategia y el plan de acción deberán ser elaborados, y periódicamente revisados, sobre la base de un proceso participativo y transparente; esa estrategia y ese plan deberán prever métodos, como el derecho a indicadores y bases de referencia de la salud que permitan vigilar estrechamente los progresos realizados; el proceso mediante el cual se concibe la estrategia y el plan de acción, así como el contenido de ambos, deberá prestar especial atención a todos los grupos vulnerables o marginados.**
- 7) **Velar por la atención de la salud genésica, materna (prenatal y posnatal) e infantil.**
- 8) **Proporcionar inmunización contra las principales enfermedades infecciosas que tienen lugar en la comunidad.**
- 9) **Adoptar medidas para prevenir, tratar y combatir las enfermedades epidémicas y endémicas.**
- 10) **Impartir educación y proporcionar acceso a la información relativa a los principales problemas de salud en la comunidad, con inclusión de los métodos para prevenir y combatir esas enfermedades.**
- 11) **Proporcionar capacitación adecuada al personal del sector de la salud, incluida la educación en materia de salud y derechos humanos.<sup>51</sup>**

Respecto al amparo mínimo<sup>52</sup> que se tiene en Colombia en materia de salud, la Corte Constitucional ha dicho que:

**Siempre será necesario que el juez de tutela al que se le solicita la protección del derecho a la vida digna, como consecuencia de la garantía del derecho a la salud, considere con rigor los hechos que estructuran el caso y tenga en cuenta todas las variables en juego, procurando al menos: (a) otorgar amparo prioritario a grupos que por sus condiciones sociales o económicas no cuentan con recursos para velar por sus propios intereses v. gr. Niños [arts. 44 y 50, CP], personas de la tercera edad [art. 46, CP], desvalidos [art. 48, CP], etc.-; y (b) aplicar criterios razonables y técnicos que propendan por la rápida recuperación de la salud”\* [además,] (...)no es aceptable para esta Corte la interrupción de los servicios de asistencia médica durante los días de vacancia.**<sup>53</sup>

Jurisprudencia  
Corte Constitucional

## 5. El principio de no discriminación e igualdad de trato

Con base en la cláusula general de “no discriminación” contenida en los artículos 2 (párrafo 2) y 3 del PIDESC, los Estados Partes se comprometen a garantizar el ejercicio del derecho a la salud sin discriminación alguna:

**En virtud de lo dispuesto en el párrafo 2 del artículo 2 y en el artículo 3, el Pacto prohíbe toda discriminación en lo referente al acceso a la atención de la salud y los factores determinantes básicos de la salud, así como a los medios y derechos para conseguirlo, por motivos de raza, color, sexo, idioma, religión, opinión política o de otra índole, origen nacional o posición social, situación económica, lugar de nacimiento, impedimentos físicos o mentales, estado de salud (incluidos el VIH/**

Observación General  
Comité de Derechos  
Económicos, Sociales  
y Culturales

Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, Observación General No. 14, “El derecho al disfrute del más alto nivel posible de salud”, párrs. 43 y 44.

51

Ley 100 de 1993, artículos 154, 165, 166.

52

Corte Constitucional, sentencias T-487 de 1992, M. P. Alejandro Martínez Caballero; T-499 de 1992, M. P. Eduardo Cifuentes Muñoz; T-505 de 1992, M. P. Eduardo Cifuentes Muñoz ; T-111 de 1993, M. P. José Gregorio Hernández Galindo; T-116 de 1993, M. P. Fabio Morón Díaz; T-049 de 1995, M. P. Alejandro Martínez Caballero; T-158 de 1995, M. P. Hernando Herrera Vergara; SU-480 de 1997, M. P. Eduardo Cifuentes Muñoz ; T-304 de 1998, M. P. Fabio Morón Díaz; T-607 de 1998, M. P. José Gregorio Hernández Galindo.

\*

Corte Constitucional, sentencia T-271 de 2001, M. P. Manuel José Cepeda Espinosa.

53

**SIDA), orientación sexual y situación política, social o de otra índole que tengan por objeto o por resultado la invalidación o el menoscabo de la igualdad de goce o el ejercicio del derecho a la salud.(...)<sup>54</sup>**

El Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales ha señalado que los Estados pueden aplicar muchas medidas destinadas a eliminar la discriminación en el ámbito de la salud “(...) con consecuencias financieras mínimas merced a la promulgación, modificación o revocación de leyes o a la difusión de información”(...).<sup>55</sup>

Además, incluso en el supuesto en el que un Estado Parte del PIDESC se encuentre en una situación grave de recursos persiste su obligación de “proteger a los miembros vulnerables de la sociedad mediante la aprobación de programas especiales de relativo bajo costo”.<sup>56</sup> Igualmente, los Estados tienen la obligación de “proporcionar seguro médico y los centros de atención de la salud necesarios a quienes carezcan de medios suficientes y, al garantizar la atención de la salud y proporcionar servicios de salud, impedir toda discriminación (...)”.<sup>57</sup>

Entre las medidas que pueden dar lugar a una discriminación no manifiesta, se encuentra “(...) una asignación inadecuada de recursos para la salud (...) Por ejemplo, las inversiones no deben favorecer desproporcionadamente a los servicios curativos caros que suelen ser accesibles únicamente a una pequeña fracción privilegiada de la población, en detrimento de la atención primaria y preventiva de salud en beneficio de una parte mayor de la población”.<sup>58</sup>

Sobre el principio de no discriminación la Corte Constitucional ha reiterado lo siguiente:

**Se discrimina cuando se hace una distinción infundada de casos semejantes. Por lo general, cada ordenamiento jurídico enumera una serie de razones para establecer diferencias consideradas discriminatorias (...)**

**Los textos internacionales, así como la Constitución Colombiana en su artículo 13, tienen un propósito enunciativo y no taxativo. Esta interpretación es, además, la única compatible con el postulado de la efec-**

Jurisprudencia  
Corte Constitucional

54 Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, Observación General No. 14, “El derecho al disfrute del más alto nivel posible de salud”, párr. 18  
55 Ibid.  
56 Ibid.  
57 Ibid., párr. 19.  
58 Ibid.

**tividad de los derechos consagrados en la constitución política (...) se prohíbe la discriminación por razones de color, raza, sexo, idioma, religión opinión, (...) y por cualquier otra condición.**

**(...) La voluntad legislativa queda subsumida dentro de un referente superior: la constitución. La ley se convierte así en un medio normativo a través del cual los postulados esenciales del Estado se realizan.**

**(...) De lo afirmado anteriormente, se deduce que el principio de igualdad no le impide al legislador reconocer entre las personas, distinciones legítimas, sino que inadmite tratos desiguales que sean irracionales, esto es, que no contengan una justificación objetiva y razonable, o que no guarden proporcionalidad entre los hechos que le sirven de causa a la norma y los fines que ésta persigue.<sup>59</sup>**

Específicamente el artículo 153 de la Ley 100 de 1993, cuando habla del fundamento de equidad con que se proveerá el servicio de salud de igual calidad a todas las personas manifiesta que: “(...) para evitar la discriminación por capacidad de pago o riesgo, el Sistema ofrecerá financiamiento especial para aquella población más pobre y vulnerable, así como mecanismos para evitar la selección adversa.”<sup>60</sup>

■ LA MUJER Y EL DERECHO A LA SALUD

Con la finalidad de suprimir la discriminación contra la mujer en este ámbito, los Estados deben elaborar y aplicar una estrategia nacional “(...) con miras a la prevención y el tratamiento de las enfermedades que afectan a la mujer, así como políticas encaminadas a proporcionar a la mujer acceso a una gama completa de atenciones de la salud de alta calidad y al alcance de ella, incluidos los servicios en materia sexual y reproductiva”(…).<sup>61</sup> Esta estrategia

Corte Constitucional, sentencias T-230 de 1994, M. P. Eduardo Cifuentes Muñoz; C-339 de 1996, M. P. Julio César Ortiz Gutiérrez. 59

El artículo 154 de la Ley 100 de 1993 permite la intervención del Estado en el servicio de seguridad social para “(...)a. Garantizar la observancia de los principios consagrados en la Constitución y en los artículos 2 y 153 de esta ley.” Además el artículo 156, dentro de las características del sistema de salud estipula el ingreso de toda la población “(...)j. Con el objeto de asegurar el ingreso de toda la población al Sistema en condiciones equitativas, existirá un régimen subsidiado para los más pobres y vulnerables que se financiará con aportes fiscales de la Nación, de los departamentos, los distritos y los municipios, el Fondo de Solidaridad y Garantía y recursos de los afiliados en la medida de su capacidad.” 60

Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, Observación General No. 14, “El derecho al disfrute del más alto nivel posible de salud”, párr. 21. 61

deberá prever, además, la reducción de las tasas de mortalidad materna y la protección de la mujer contra la violencia en el hogar.<sup>62</sup>

Es importante tener en cuenta que conforme al artículo 12 de la Convención sobre la eliminación de todas las formas de discriminación contra la mujer,<sup>63</sup> los Estados Partes se comprometen, concretamente, a eliminar la discriminación contra la mujer en lo que respecta a su acceso a los servicios de atención médica durante todo su ciclo vital, en particular en relación con la planificación de la familia, el embarazo, el parto y el periodo posterior al parto.

Según la doctrina del Comité para la Eliminación de todas las formas de Discriminación contra la Mujer, es necesario que además de prestar una atención especial a la mujer en relación con el hombre con base en sus diferencias biológicas, se preste una:

**(...) especial atención a las necesidades y los derechos en materia de salud de las mujeres pertenecientes a grupos vulnerables y desfavorecidos como los de las emigrantes, las refugiadas y las desplazadas internas, las niñas y las ancianas, las mujeres que trabajan en la prostitución, las mujeres autóctonas y las mujeres con discapacidad física o mental.**<sup>64</sup>

Concretamente, y en relación con las mujeres que se encuentran en situaciones de conflicto armado y las refugiadas, los Estados Partes tienen la obligación de velar porque “(...) reciban suficiente protección y servicios de salud, incluidos el tratamiento de los traumas y la orientación pertinente”.<sup>65</sup>

Los Estados no solamente tienen la obligación de garantizar a la mujer el acceso a servicios de atención médica de calidad, sino que tienen que lograr que estos servicios sean aceptables. En este sentido, el Comité para la Eliminación de todas las Formas de Discriminación contra la Mujer ha señalado que:

**Son aceptables los servicios que se prestan si se garantiza el consentimiento previo de la mujer con pleno conocimiento de causa, se respeta su dignidad, se garantiza su intimidad y se tienen en cuenta sus necesidades y perspectivas. Los Estados Partes no deben permitir formas de coerción, tales como la esterilización sin consentimiento o las pruebas obligatorias de enfermedades venéreas o de embarazo como**

Recomendación General  
Comité para la  
Eliminación de  
todas las formas  
de Discriminación  
contra la Mujer

Recomendación General  
Comité para la  
Eliminación de  
todas las formas  
de Discriminación  
contra la Mujer

62 Ibid.

63 Entró en vigor en Colombia el 19 de febrero de 1982, en virtud de la Ley 51 de 1981.

64 Comité para la Eliminación de todas las formas de Discriminación contra la Mujer, Recomendación General No. 24, “La mujer y la salud”, párr. 6.

65 Ibid., párr. 16.

condición para el empleo, que violan el derecho de la mujer a la dignidad y dar su consentimiento con conocimiento de causa.<sup>66</sup>

[En general,] La obligación de proteger los derechos relativos a la salud de la mujer exige que los Estados Partes, sus agentes y sus funcionarios adopten medidas para impedir la violación de esos derechos por parte de los particulares y organizaciones, e imponga sanciones a quienes cometan esas violaciones. Puesto que la violencia por motivos de género es una cuestión relativa a la salud de importancia crítica para la mujer, los Estados Partes deben garantizar:

- a) La promulgación y aplicación eficaz de leyes y la formulación de políticas, incluidos los protocolos sanitarios y procedimientos hospitalarios, que aborden la violencia contra la mujer y los abusos deshonestos de las niñas, y la prestación de los servicios sanitarios apropiados;
- b) La capacitación de los trabajadores de la salud sobre cuestiones relacionadas con el género de manera que puedan detectar y tratar las consecuencias que tiene para la salud la violencia basada en el género;
- c) Los procedimientos justos y seguros para atender las denuncias e imponer las sanciones correspondientes a los profesionales de la salud culpables de haber cometido abusos sexuales contra las pacientes;
- d) La promulgación y aplicación eficaz de leyes que prohíben la mutilación genital de la mujer y el matrimonio precoz.<sup>67</sup>

En relación con el derecho de la mujer a servicios de maternidad sin riesgos y a servicios obstétricos de emergencia, los Estados Partes de la Convención sobre la eliminación de todas las formas de discriminación contra la mujer tienen la obligación de garantizarlos de forma gratuita, asignando a esos servicios el máximo de recursos disponibles.<sup>68</sup>

Los Estados que hayan transferido o delegado en organismos privados funciones estatales en materia de salud, no quedan exentos de su responsabilidad en estos ámbitos.<sup>69</sup>

En Colombia el derecho a la salud requiere, para que sea eficiente, del despliegue de políticas públicas; por tanto, el Estado debe hacer uso de todos los

Ibid., párr. 22. 66  
 Ibid., párr. 15. 67  
 Ibid., párr. 27. 68  
 Ibid., párr. 17. 69

mecanismos institucionales que estén a su alcance para realizar ese derecho, fundamentalmente en beneficio de aquellos grupos sociales que se encuentran desprotegidos. Este derecho es exigible en las condiciones indicadas en la ley (sistema de seguridad social en salud, Ley 100 de 1993), teniendo en cuenta la necesidad de adecuar sus limitados recursos a su amplia cobertura.

La CP establece el criterio de igualdad entre hombres y mujeres, y prohíbe cualquier discriminación contra la mujer; también estipula la protección a la maternidad como un deber estatal, logrando erigirla como un derecho de la mujer cuya garantía exige la acción positiva del Estado por encima de su simple respeto pasivo. Al respecto el artículo 43 de la CP dice:

Artículo 43.  
Constitución Política

**La mujer y el hombre tienen iguales derechos y oportunidades. La mujer no podrá ser sometida a ninguna clase de discriminación. Durante el embarazo y después del parto gozará de especial asistencia y protección del Estado, y recibirá de éste subsidio alimentario si entonces estuviere desempleada o desamparada.**

Sobre el tema citado, la jurisprudencia de la Corte Constitucional ha expresado lo siguiente:

Jurisprudencia  
Corte Constitucional

**(...) la Constitución de 1991 fundamenta la protección a la maternidad desde una doble perspectiva interna: i) el deber especial de protección a que conmina el Estado social de derecho a la mujer embarazada, prohibiendo su discriminación por razón de su estado (arts. 13, 43 y 53, CP), y ii) la garantía constitucional a los derechos fundamentales de los niños (art. 44, CP).<sup>70</sup>**

Al respecto, tanto el ordenamiento positivo como la jurisprudencia:

Jurisprudencia  
Corte Constitucional

**(...) han entendido el derecho a la maternidad como aquel referente a las prerrogativas de que goza la mujer, bien en razón de su estado de embarazo, o por haber, recientemente, dado a luz a su criatura. (...) Cabe recordar que los convenios internacionales en materia de derechos humanos ratificados por Colombia han entendido el tema de los derechos reproductivos de la mujer como un asunto que implica la posibilidad femenina de determinar libremente el número de sus hijos, acceder a una adecuada [orientación] sobre planificación familiar, etc.<sup>71</sup>**

70

Corte Constitucional, sentencia T-1104 de 2000, M. P. Vladimiro Naranjo Mesa.

71

Ibid.

El alcance de la garantía constitucional consagrada en el artículo 43 sólo se extiende más allá del parto y después de éste en los casos de desamparo y falta del mínimo vital considerados en la misma norma. Al respecto, el artículo 157 de la Ley 100 de 1993 establece que, dentro de la población pobre y vulnerable beneficiaria del régimen subsidiado, tienen particular importancia “las madres durante el embarazo, parto y posparto y periodo de lactancia, las madres comunitarias, las mujeres cabeza de familia (...).”

**(...) el constituyente no quiso dejar desamparada a la madre ni a su hijo; es por eso que estableció protección especial al menor, cuyo derecho a la seguridad social ha sido catalogado como fundamental, y a la madre en el momento posterior al parto, más aún siendo ésta cabeza de familia (...).**<sup>72</sup>

En el caso de la mujer embarazada que trabaja, ésta tiene derecho a las prestaciones que aparecen en el Capítulo V del Código Sustantivo del Trabajo.<sup>73</sup> Cuando la mujer embarazada se encuentra “desempleada o desamparada”, el Estado tiene la obligación a asistirle y protegerla y, además, prestarle el subsidio alimentario. Respecto a los términos “desempleada” o “desamparada”, la Corte Constitucional ha dicho lo siguiente:

- a) **Desempleo**, es decir que al momento de la solicitud de protección y asistencia no se encuentre trabajando. Lo anterior también debe aplicarse a la mujer que trabaja en forma independiente, pero que su sustento es muy precario y no alcanza para sufragar los gastos adicionales al embarazo.
- b) **Desamparo**, es decir que la mujer no cuente con el apoyo de su esposo, compañero o padre de la criatura y que no posea ningún tipo de seguridad social.<sup>74</sup>

■ LOS NIÑOS Y ADOLESCENTES

Conforme al apartado a) del párrafo 2 del artículo 12 del PIDESC, los Estados deben adoptar medidas para reducir la mortinatalidad y la mortalidad infan-

Jurisprudencia  
Corte Constitucional

Jurisprudencia  
Corte Constitucional

Corte Constitucional, sentencia T-231 de 2001, M. P. Alejandro Martínez Caballero. 72  
 Ver por ejemplo los artículos 236, 237, 238 (descanso remunerado en la época del parto, en caso de aborto y durante la lactancia, respectivamente); 239 (prohibición de despido); 243 (trabajos prohibidos), entre otros. 73  
 Corte Constitucional, sentencia T-179 de 1993, M. P. Alejandro Martínez Caballero. 74

til y promover el sano desarrollo de los niños. Además del PIDESC, el artículo 24.1 de la Convención sobre los derechos del niño consagra el derecho de este colectivo al disfrute del más alto nivel posible de salud y al acceso a centros de tratamiento de enfermedades.

**(...) La aplicación del principio de no discriminación requiere que tanto las niñas como los niños tengan igual acceso a una alimentación adecuada, un entorno seguro y servicios de salud física y mental. Es preciso adoptar medidas eficaces y apropiadas para dar al traste con las perniciosas prácticas tradicionales que afectan a la salud de los niños, en especial de las niñas, entre las que figuran el matrimonio precoz, las mutilaciones sexuales femeninas y la alimentación y el cuidado preferentes de los niños varones. Es preciso dar a los niños con discapacidades la oportunidad de disfrutar de una vida satisfactoria y decente y participar en las actividades de su comunidad.**<sup>75</sup>

Tal y como se desprende de la Convención sobre los derechos del niño, “La consideración primordial en todos los programas y políticas con miras a garantizar el derecho a la salud del niño y el adolescente será el interés superior del niño y el adolescente”.<sup>76</sup>

La niñez tiene un trato preferencial en la CP. Así, la Carta establece que “los derechos de los niños prevalecen sobre los derechos de los demás” (art. 44, CP). Al respecto, la Corte Constitucional ha señalado que:

**En el Estado social de Derecho, la comunidad política debe un trato preferencial a quienes se encuentran en circunstancias de debilidad manifiesta y están impedidos para participar, en igualdad de condiciones, en la adopción de las políticas públicas que les resultan aplicables. En este sentido, es evidente que los niños son acreedores de ese trato preferencial, a cargo de todas las autoridades públicas, de la comunidad y del propio núcleo familiar al cual pertenecen. Pero la protección especial de los derechos fundamentales del menor no se explica exclusivamente por la fragilidad en la que se encuentra frente a un mundo que no conoce y que no está en capacidad de afrontar por sí solo. La**

75 Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, Observación General No. 14, “El derecho al disfrute del más alto nivel posible de salud”, párr. 22.

76 Ibid., párr. 24.

Carta pretende promover un orden basado en los valores que orientan cualquier Estado civilizado: la libertad, la igualdad, la tolerancia y la solidaridad.

(...) Del artículo 44 se deriva claramente que, la Constitución, respetuosa del principio democrático, no permite, sin embargo, que la satisfacción de las necesidades básicas de los niños quede, integralmente, sometida a las mayorías políticas eventuales. Por esta razón, la mencionada norma dispone que los derechos allí consagrados son derechos fundamentales [incluido el derecho a la salud], vale decir, verdaderos poderes en cabeza de los menores, que pueden ser gestionados en su defensa por cualquier persona, contra las acciones u omisiones de las autoridades públicas y de los particulares. No obstante, la armonización de esta norma con el principio democrático –que dispone que los órganos políticos son los encargados de definir las políticas tributarias y presupuestales– exige que sólo la parte del derecho que tiende a la satisfacción de las necesidades básicas del menor –lo que se ha denominado su núcleo esencial–, pueda ser directamente aplicada por el juez, mientras que es el legislador quien debe definir su completo alcance. Se trata entonces de derechos que tienen un contenido esencial de aplicación inmediata que limita la discrecionalidad de los órganos políticos y que cuenta con un mecanismo judicial reforzado para su protección: la acción de tutela. La razón que justifica la aplicación preferente del principio democrático a la hora de adscribir derechos prestacionales, resulta impertinente en tratándose de derechos fundamentales de los menores.<sup>77</sup>

Según la Corte Constitucional, el principio de subsidiariedad respecto a la salud de la niñez impone y establece la responsabilidad y obligación del Estado de satisfacer ese derecho cuando la familia no se encuentra en capacidad de atenderlo:

**El principio de subsidiariedad de la asistencia estatal, impone al legislador, en primer término, la obligación de regular la responsabilidad de las personas que, en principio, deben atender los derechos sociales fundamentales del menor: la familia y la sociedad, cuando a ello haya**

Jurisprudencia  
Corte Constitucional

lugar. Por su parte, la administración, los órganos de control y los jueces de la república, deben ser en extremo diligentes para hacer efectivas las obligaciones de los mencionados sujetos. No obstante, si el núcleo familiar no está en capacidad fáctica de satisfacer las carencias más elementales de los niños a su cuidado, compete al Estado, subsidiariamente, asumir la respectiva obligación [y] (...) el Estado sólo podría liberarse si demuestra que, (...) pese a todos los esfuerzos razonables, le resulta imposible atenderlos sin descuidar la protección básica de otros derechos de igual categoría.<sup>78</sup>

En otras palabras, la Corte Constitucional ha reiterado que:

(...) la autoridad pública comprometida, para liberarse de la respectiva responsabilidad, deberá demostrar (1) que, pese a lo que se alega, la atención que se solicita no tiende a la satisfacción de una necesidad básica de los menores; (2) que la familia tiene la obligación y la capacidad fáctica de asumir la respectiva responsabilidad y que las autoridades administrativas tienen la competencia y están dispuestas a hacerla cumplir; (3) que, pese a haber desplegado todos los esfuerzos exigibles, el Estado no se encuentra en la posibilidad real de satisfacer la necesidad básica insatisfecha.<sup>79</sup>

El artículo 50 de la CP establece el derecho de los niños menores de un año a recibir atención gratuita, la cual se prestará aun por instituciones de salud privadas, siempre que reciban aportes del Estado. En interpretación de la Corte Constitucional esta norma no restringe el derecho fundamental a la salud de “todos los niños” y no lo deja sólo exclusivamente para los menores de un año:

(...) Mutar el propósito loable de la norma –que complementa lo prescrito por el artículo 44 de la Carta–, y, en su lugar, interpretarla como limitante absoluta de los derechos de los niños mayores de un año, negando que forme parte del núcleo esencial de su derecho a la vida y a la salud (...) desconoce de manera radical la justicia constitucional que la Carta contempla con carácter general para todos los niños.<sup>80</sup>

Jurisprudencia  
Corte Constitucional

Jurisprudencia  
Corte Constitucional

78 Ibid.  
79 Ibid.  
80 Ibid.

■ PERSONAS MAYORES

Respecto a las personas mayores, el Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales ha señalado la importancia de:

**(...) un enfoque integrado de la salud que abarque la prevención, la curación y la rehabilitación. Esas medidas deben basarse en reconocimientos periódicos para ambos sexos; medidas de rehabilitación física y psicológica destinadas a mantener la funcionalidad y la autonomía de las personas mayores; y la prestación de atenciones y cuidados a los enfermos crónicos y en fase terminal, ahorrándoles dolores evitables y permitiéndoles morir con dignidad.**<sup>81</sup>

El derecho a la salud de los adultos mayores, consagrado en el artículo 46 de la CP, ha sido desarrollado por la Corte Constitucional como un derecho fundamental autónomo, dadas las características de especial vulnerabilidad de este grupo poblacional y su particular conexidad con el derecho a la vida y a la dignidad humana:

**(...) las personas de la tercera edad ocupan un lugar privilegiado en la escala de protección del Estado. Las características particulares de este grupo social permiten elevar a categoría fundamental el derecho a la salud, dada su conexidad con derechos de rango superior tales como la vida y la dignidad humana. Puede decirse también que por sus generales condiciones de debilidad manifiesta, el Estado se encuentra obligado a brindarle una protección especial a las personas de la tercera edad, según lo establece el artículo 13 superior.**<sup>82</sup>

**(...) quienes pertenecen a la tercera edad, gozan de lo que se ha denominado un derecho de trato o protección especial. El mencionado derecho apareja, entre otras cosas, la facultad de las personas beneficiadas de solicitar la procedencia inmediata de la acción de tutela cuando, pese a la existencia de otros mecanismos de defensa judicial, queda demostrada una lesión a sus derechos fundamentales que compromete las condiciones de posibilidad de una vida digna.**<sup>83</sup>

Observación General  
Comité de Derechos  
Económicos, Sociales  
y Culturales

Jurisprudencia  
Corte Constitucional

Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, Observación General No. 14, “El derecho al disfrute del más alto nivel posible de salud”, párr. 25. Véase también la Observación General No. 6, “Los derechos económicos, sociales y culturales de las personas mayores”, párrs. 34 y 35.

Corte Constitucional, sentencias T-801 de 1998, M. P. Eduardo Cifuentes Muñoz; T-1081 de 2001, M. P. Marco Gerardo Monroy Cabra.

Corte Constitucional, sentencia T-036 de 1995, M. P. Carlos Gaviria Díaz.

81

82

83

■ PERSONAS CON DISCAPACIDADES

Conforme a las Normas Uniformes sobre la igualdad de oportunidades para las personas con discapacidad,<sup>84</sup> “Los Estados deben velar por que las personas con discapacidad, en particular lactantes y niños, reciban atención médica de igual calidad y dentro del mismo sistema que los demás miembros de la sociedad” (Normas Uniformes, art. 2, párr. 3).

De acuerdo con la doctrina del Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, el derecho a la salud física y mental implica, en el caso de las personas discapacitadas, el derecho a tener acceso no solamente a los servicios médicos y sociales sino también a aparatos ortopédicos, para que las personas pertenecientes a este colectivo puedan ser autónomas, y se pueda promover su integración social.<sup>85</sup>

Además, las personas discapacitadas deben tener “a su disposición servicios de rehabilitación a fin de que logren alcanzar y mantener un nivel óptimo de autonomía y movilidad” (Normas Uniformes, art. 3).

Tal y como ha sido señalado por el Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, es necesario “(...) velar por que no sólo el sector de la salud pública, sino también los establecimientos privados que proporcionan servicios de salud, cumplan el principio de no discriminación en el caso de las personas con discapacidades”.<sup>86</sup>

Respecto a las personas con disminución física, sensorial o psíquica, el artículo 47 de la CP establece el derecho a una protección especial de parte del Estado, y a “la atención especializada que requieran” dentro de la política de previsión, rehabilitación e integración social para estas personas.

El artículo 38 de la Ley 100 de 1993 define quiénes se consideran personas inválidas: “para los efectos del presente capítulo se considera inválida la persona que por cualquier causa de origen no profesional, no provocada intencionalmente, hubiere perdido el 50% o más de su capacidad laboral.”

En el caso de una persona con discapacidad desde su nacimiento, la Corte Constitucional expresó lo siguiente:

84 Anexo de la resolución 48/96 de la Asamblea General de las Naciones Unidas, del 20 de diciembre de 1993. Véase Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, Observación General No. 14, “El derecho al disfrute del más alto nivel posible de salud”, párr. 26.

85 Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, Observación General No. 5, “El derecho de las personas con discapacidad”, párr. 34. Véase párrafo 6 de la Declaración de los Derechos de los Impedidos (resolución 3447 (XXX) de la Asamblea General, de 9 de diciembre de 1975), y los párrafos 95 a 107 del Programa de Acción Mundial para los Impedidos.

86 Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, Observación General No. 14, “El derecho al disfrute del más alto nivel posible de salud”, párr. 26.

**(...) la Corte encuentra que en el caso particular debe resaltarse que se trata de una persona que no se puede valer por sí misma debido a sus condiciones síquicas, y que en aplicación del artículo 13 y 47 de la Constitución Política, el Estado debe otorgar especial tratamiento y protección a los disminuidos físicos y síquicos.**<sup>87</sup>

La precisión consagrada en el artículo 47 de la CP sobre el trato especial, deja abierta la posibilidad para que éste sea de acuerdo con las circunstancias y condiciones de cada persona en cada caso “(...) el Estado adelantará una política de previsión, rehabilitación e integración social para los disminuidos físicos, sensoriales y psíquicos, a quienes se prestará la atención especializada que requieran.”

■ PUEBLOS INDÍGENAS

En relación con los pueblos indígenas, el Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales ha señalado que conforme al derecho y la práctica internacionales, estos pueblos tienen derecho a “(...) medidas específicas que les permitan mejorar su acceso a los servicios de salud y a las atenciones de la salud”(…).<sup>88</sup>

Con la anterior finalidad, los Estados deben proporcionar recursos para que los pueblos indígenas establezcan, organicen y controlen servicios de salud apropiados desde el punto de vista cultural, que tengan en cuenta los cuidados preventivos, las prácticas curativas y las medicinas tradicionales.<sup>89</sup>

Dado que en las comunidades indígenas la salud presenta una dimensión colectiva, de forma que la salud del individuo se suele vincular con la de la sociedad en su conjunto, el Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales

**(...) considera que las actividades relacionadas con el desarrollo que inducen al desplazamiento de poblaciones indígenas, contra su voluntad, de sus territorios y entornos tradicionales, con la consiguiente pérdida por esas poblaciones de sus recursos alimenticios y la ruptura de su relación simbiótica con la tierra, ejercen un efecto perjudicial sobre la salud de esas poblaciones.**<sup>90</sup>

Jurisprudencia  
Corte Constitucional

Observación General  
Comité de Derechos  
Económicos, Sociales  
y Culturales

Corte Constitucional, sentencia T-676 de 2000, M. P. José Gregorio Hernández Galindo. 87  
 Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, Observación General No. 14, “El derecho al disfrute del más alto nivel posible de salud”, párr. 27. 88  
 Ibid. 89  
 Ibid. 90

De otro lado, conforme al inciso iv) del apartado e) del artículo 5 de la Convención Internacional sobre la eliminación de todas las formas de discriminación racial,<sup>91</sup> los Estados Partes se comprometen a prohibir y eliminar la discriminación racial en todas sus formas en relación con el derecho a la salud pública, la asistencia médica, la seguridad social y los servicios sociales.

El artículo 157 de la Ley 100 de 1993, en su numeral 2º establece un listado de personas que pueden afiliarse al sistema de salud:

Artículo 157.  
Ley 100 de 1993

**(...) mediante el régimen subsidiado de que trata el artículo 211 de la presente ley son las personas sin capacidad de pago para cubrir el monto total de la cotización. Serán subsidiadas en el sistema de seguridad social en salud la población más pobre y vulnerable del país en las áreas rural y urbana. Tendrán particular importancia, dentro de este grupo, personas tales como (...), [entre otras] (...) las comunidades indígenas.**

La Corte Constitucional ha reiterado que no cabe duda sobre el reconocimiento del derecho a la salud en cabeza de las comunidades indígenas al manifestar que:

Jurisprudencia  
Corte Constitucional

**La ausencia de definición, en la ley acusada [Ley 100 de 1993], de la expresión “comunidades indígenas”, no vulnera el derecho a la salud de las personas que las conforman, pues la misma norma acusada las enuncia como sujetos del régimen subsidiado de salud, y por tanto, beneficiarias de los servicios correspondientes.**<sup>92</sup>

Con base en los anteriores argumentos, en la sentencia T-652 la mencionada Corte ordenó:

Jurisprudencia  
Corte Constitucional

**(...) a la Alcaldía de Tierralta que, si aún no lo ha hecho, proceda a inscribir a los miembros del pueblo Embera-Katío de ese municipio en el Sistema General de Seguridad Social en Salud, y vele porque no sólo se les atienda como corresponde, sino que se les entreguen de manera gratuita las medicinas que el médico tratante les recete.”**<sup>93</sup>

91 Entró en vigor en Colombia el 2 de octubre de 1981, en virtud de la Ley 22 de 1981.

92 Corte Constitucional, sentencia C-282 de 1995, M. P. Carlos Gaviria Díaz.

93 Corte Constitucional, sentencia T-652 de 1998, M. P. Carlos Gaviria Díaz.

## 6. Algunas medidas que deben adoptar los Estados para hacer efectivo el derecho a la salud

Conforme al artículo 12.2 del PIDESC y 10.2 del Protocolo de San Salvador, los Estados Partes de estos instrumentos reconocen el derecho de toda persona al disfrute del más alto nivel posible de salud física, mental y social. Además, establecen una serie de medidas concretas que los Estados deben adoptar para garantizar la efectividad de estos derechos. En este sentido, en su Observación General No. 14, el Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales clarificó el alcance de algunas de estas obligaciones.

### 6.1. Reducción de la mortinatalidad y de la mortalidad infantil (art. 12.2.a) PIDESC)

Esta obligación consiste en que los Estados deben “adoptar medidas para mejorar la salud infantil y materna, los servicios de salud sexuales y genésicos, incluido el acceso a la planificación de la familia, la atención anterior y posterior al parto,<sup>\*</sup> los servicios obstétricos de urgencia y el acceso a la información, así como a los recursos necesarios para actuar con arreglo a esa información.”<sup>\*\*94</sup>

El artículo 44 de la CP establece en forma general que la obligación de asistir y proteger a la niñez corresponde en primer lugar a la familia, luego a la sociedad y finalmente al Estado. En el desarrollo de este precepto, el artículo 3° del Código del menor dispone que el Estado asume, “con criterio de subsidiariedad”, la protección del menor en virtud de las circunstancias de debilidad manifiesta en que se encuentra (CP, art. 13).

El término “prenatal” significa existente o presente antes del nacimiento (en las estadísticas médicas, el período comienza con la terminación de las 28 semanas de gestación y termina, según las distintas definiciones, entre una y cuatro semanas antes del nacimiento); por el contrario, el término “neonatal” abarca el período correspondiente a las cuatro primeras semanas después del nacimiento; mientras que el término “posnatal” se refiere a un acontecimiento posterior al nacimiento. En esta observación general se utilizan exclusivamente los términos prenatal y posnatal, que son más genéricos.

La salud genésica significa que la mujer y el hombre están en libertad para decidir si desean reproducirse y en qué momento, y tienen el derecho a estar informados y tener acceso a métodos de planificación familiar seguros, eficaces, asequibles y aceptables, así como el derecho de acceso a los pertinentes servicios de atención de la salud que, por ejemplo, permitirán a la mujer pasar sin peligros las etapas de embarazo y parto.

Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, Observación General No. 14, “El derecho al disfrute del más alto nivel posible de salud”, párr. 14.

\*

\*\*

94

El artículo 3° del Decreto 2737 de 1989, por el cual se establece el Código del Menor,<sup>95</sup> consagra expresamente los derechos a la asistencia para el adecuado desarrollo físico, mental, moral y social del que está por nacer.

De acuerdo con la Corte Constitucional, lo anterior significa que el niño es un sujeto privilegiado; así explicó este aspecto:

**La consideración del niño como *sujeto privilegiado* de la sociedad produce efectos en distintos planos. La condición física y mental del menor convoca la protección especial del Estado y le concede validez a las acciones y medidas ordenadas a mitigar su situación de debilidad que, de otro modo, serían violatorias del principio de igualdad (CP, art. 13). Dentro del gasto público social, las asignaciones dirigidas a atender los derechos prestacionales en favor de los niños deben tener prioridad sobre cualesquiera otras (CP, art. 350). Todas las personas gozan de legitimidad para exigir el cumplimiento de los derechos de los niños y la sanción de los infractores (CP, art. 44). La coordinación de derechos y la regulación de los conflictos que entre éstos se presenten en el caso de que se vea comprometido el de un menor, debe resolverse según la regla *pro infans* (CP, art. 44).<sup>96</sup>**

La Corte Constitucional también ha dicho que la protección al menor debe ser íntegra y real pues, “no puede haber una simple graduación en la protección, sino que debe ser una protección real, de carácter vinculante absoluto. A *contrario sensu*, una protección precaria viola los derechos constitucionales fundamentales del menor.”<sup>97</sup>

## 6.2. El mejoramiento de todos los aspectos de la higiene ambiental e industrial (art. 12.2.b) PIDESC)

Esta disposición consiste en que los Estados deben adoptar:

- 95 Artículo 3°. “Todo menor tiene derecho a la protección, al cuidado y a la asistencia necesaria para lograr un adecuado desarrollo físico, mental, moral y social; estos derechos se reconocen desde la concepción. Cuando los padres o las demás personas legalmente obligadas a dispensar estos cuidados no estén en capacidad de hacerlo, los asumirá el Estado con criterio de subsidiariedad.”
- 96 Corte Constitucional, sentencia T-283 de 1994, M. P. Eduardo Cifuentes Muñoz, citada también en la sentencia T-1158 de 2001, M. P. Marco Gerardo Monroy Cabra.
- 97 Corte Constitucional, sentencia T-715 de 1999, M. P. Alejandro Martínez Caballero.

**(...) medidas preventivas en lo que respecta a los accidentes laborales y enfermedades profesionales; la necesidad de velar por el suministro adecuado de agua limpia potable y la creación de condiciones sanitarias básicas; la prevención y reducción de la exposición de la población a sustancias nocivas tales como radiaciones y sustancias químicas nocivas u otros factores ambientales perjudiciales que afectan directa o indirectamente a la salud de los seres humanos.\* Además, la higiene industrial aspira a reducir al mínimo, en la medida en que ello sea razonablemente viable, las causas de los peligros para la salud resultantes del medio ambiente laboral.\*\* Además, el apartado b) del párrafo 2 del artículo 12 abarca la cuestión relativa a la vivienda adecuada y las condiciones de trabajo higiénicas y seguras, el suministro adecuado de alimentos y una nutrición apropiada, y disuade el uso indebido de alcohol y tabaco y el consumo de estupefacientes y otras sustancias nocivas.<sup>98</sup>**

Aunque a la fecha Colombia no ha ratificado el Convenio 148 de la Organización Internacional del Trabajo (OIT), relativo a la protección de los trabajadores contra los riesgos profesionales debido a la contaminación del aire, el ruido y las vibraciones en el lugar de trabajo, sería conveniente tenerlo en cuenta en este ámbito, una vez se realice tal ratificación.

El Constituyente de 1991 quiso establecer un marco jurídico adecuado para la debida atención del derecho al medio ambiente sano sin desligarlo de la salud de las personas; por ello señaló como una responsabilidad del Estado, la de atender estos servicios públicos, conforme a los principios de eficiencia, universalidad y solidaridad (art. 49, CP). Se puede decir entonces, que las obligaciones del Estado en relación con la preservación, conservación y protección de estos servicios públicos, apuntan a una misma finalidad, la cual es el mejoramiento de la calidad de vida de la población y el aseguramiento del bienestar

A este respecto, el Comité toma nota del principio 1 de la Declaración de Estocolmo de 1972, en el que se afirma que “el hombre tiene el derecho fundamental a la libertad, la igualdad y el disfrute de condiciones de vida adecuadas en un medio de calidad tal que le permita llevar una vida digna y gozar de bienestar”, así como de la evolución reciente del derecho internacional, en particular la resolución 45/94 de la Asamblea General sobre la necesidad de asegurar un medio ambiente sano para el bienestar de las personas; del principio 1 de la Declaración de Río de Janeiro; de los instrumentos regionales de derechos humanos y del artículo 10 del Protocolo de San Salvador a la Convención Americana sobre Derechos Humanos.

Párrafo 2 del artículo 4 del Convenio 155 de la OIT.

Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, Observación General No. 14, “El derecho al disfrute del más alto nivel posible de salud”, párr. 15.

\*

\*\*

98

general (art. 366). El artículo 79 estatuye que todas las personas tienen derecho a gozar de un ambiente sano, y que es deber del Estado proteger la diversidad e integridad del ambiente, mientras que, de conformidad con el artículo 80, le corresponde prevenir y controlar los factores de deterioro ambiental, imponer las sanciones legales y exigir la reparación de los daños causados.

Al respecto la Corte Constitucional ha dicho que:

**El derecho al medio ambiente no se puede desligar del derecho a la vida y a la salud de las personas. De hecho, los factores perturbadores del medio ambiente causan daños irreparables en los seres humanos y si ello es así habrá que decirse que el medio ambiente es un derecho fundamental para la existencia de la humanidad. A esta conclusión se ha llegado cuando esta Corte ha evaluado la incidencia del medio ambiente en la vida de los hombres (...).<sup>99</sup>**

### **6.3. La prevención y el tratamiento de las enfermedades epidémicas, endémicas, profesionales y de otra índole, y la lucha contra ellas (art. 12.2.c) PIDESC)**

**[Esta medida exige que los Estados] establezcan programas de prevención y educación para hacer frente a las preocupaciones de salud que guardan relación con el comportamiento, como las enfermedades de transmisión sexual, en particular el VIH/SIDA, y las que afectan de forma adversa a la salud sexual y genésica, y se promuevan los factores sociales determinantes de la buena salud, como la seguridad ambiental, la educación, el desarrollo económico y la igualdad de género. El derecho a tratamiento comprende la creación de un sistema de atención médica urgente en los casos de accidentes, epidemias y peligros análogos para la salud, así como la prestación de socorro en casos de desastre y de ayuda humanitaria en situaciones de emergencia. La lucha contra las enfermedades tiene que ver con los esfuerzos individuales y colectivos de los Estados para facilitar, entre otras cosas, las tecnologías pertinentes, el empleo y la mejora de la vigilancia epidemiológica y la reunión de datos desglosados, la ejecución o ampliación de progra-**

Jurisprudencia  
Corte Constitucional

Observación General  
Comité de Derechos  
Económicos, Sociales  
y Culturales

mas de vacunación y otras estrategias de lucha contra las enfermedades infecciosas.<sup>100</sup>

En relación con las prestaciones en caso de accidentes de trabajo y enfermedades profesionales, sería importante tener en cuenta el Convenio 121 de la OIT, cuando éste sea ratificado por Colombia.

La CP justifica la prestación gratuita del servicio de salud, dependiendo de la finalidad o de los objetivos buscados cuando, entre otros casos, se trata de evitar un riesgo mayor, por ejemplo la presencia de un evento epidemiológico, y se hace indispensable destinar recursos sin posibilidad de una contraprestación. La Corte ha dicho al respecto que:

**La atención integral y gratuita hace parte de la protección especial a cargo del Estado, cuando la ausencia de medios económicos le impide a la persona aminorar el sufrimiento, la discriminación y el riesgo social que le implica sufrir una enfermedad terminal, transmisible, incurable y mortal. El derecho fundamental a la igualdad, en su modalidad de protección especial a las personas que se encuentran en circunstancias de debilidad manifiesta, es un derecho de aplicación inmediata. [Por ejemplo,] (...) el SIDA, como enfermedad mortal, atenta contra la vida misma. La prestación del servicio de salud al enfermo de SIDA es un imperativo que surge de la naturaleza solidaria y respetuosa de la dignidad humana que proclama y busca hacer efectivo nuestro régimen jurídico (...),<sup>101</sup> [cuando esta solidaridad sea indispensable para garantizar derechos fundamentales como la vida y la salud].**

#### **6.4. La creación de condiciones que aseguren a todos asistencia médica y servicios médicos en caso de enfermedad física o mental (art. 12.2.d) del PIDESC)**

**[Esta medida consiste en que se dé] “acceso igual y oportuno a los servicios de salud básicos preventivos, curativos y de rehabilitación, así como a la educación en materia de salud; programas de reconocimientos periódicos; tratamiento apropiado de enfermedades, afecciones,**

Jurisprudencia  
Corte Constitucional

Observación General  
Comité de Derechos  
Económicos, Sociales  
y Culturales

Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, Observación General No. 14, “El derecho al disfrute del más alto nivel posible de salud”, párr. 16.

Corte Constitucional, sentencia T-505 de 1992, M. P. Eduardo Cifuentes Muñoz.

100

101

lesiones y discapacidades frecuentes, preferiblemente en la propia comunidad; el suministro de medicamentos esenciales, y el tratamiento y atención apropiados de la salud mental. Otro aspecto importante es la mejora y el fomento de la participación de la población en la prestación de servicios médicos preventivos y curativos, como la organización del sector de la salud, el sistema de seguros y, en particular, la participación en las decisiones políticas relativas al derecho a la salud, adoptadas en los planos comunitario y nacional”.<sup>102</sup>

En el caso de quienes padecen trastorno mental, la noción general de la salud implica la prosecución de los objetivos generales de bienestar y estabilidad orgánica y funcional, y contiene además “la autodeterminación y la posibilidad de gozar de una existencia adecuada (...) que no les pueden ser negadas, y ellas son las que resulten más [convenientes] y ajustadas a su disminuida condición física y mental.”<sup>103</sup>

La salud constitucionalmente protegida comprende, además de la integridad física, todos aquellos componentes propios del bienestar psicológico, mental y psicosomático de la persona. Se trata sin duda de una garantía que está enraizada en el fundamento mismo del Estado social de derecho, y que se concreta de diversas formas en los casos de quienes padecen dolencias particularmente gravosas. Al respecto la Corte Constitucional ha dicho que:

**(... ) En casos de personas que se encuentran en estado de debilidad manifiesta, habida cuenta de los problemas sociales, económicos o de salud que las afectan –v.g. enfermos mentales–, estos valores fundados en la mutua colaboración entre los miembros de la colectividad, gozan de una dimensión bien concreta, pues se trata de un postulado fundacional de la estructura del Estado Social de Derecho. Los entes oficiales y los particulares tiene[n] una obligación irrenunciable de favorecer especialmente a las personas que por su condición económica, física o mental, se encuentren en circunstancias de debilidad manifiesta, tal y como lo consagra el artículo 13 de la Constitución, y propender por su integración social, más aún cuando [como se ha dicho], el reconocimiento de la dignidad humana se refuerza y se integra al garantizar las condiciones mínimas de subsistencia de las personas.**<sup>104</sup>

102 Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, Observación General No. 14, “El derecho al disfrute del más alto nivel posible de salud”, párr. 17.

103 Corte Constitucional, sentencia T-209 de 1999, M. P. Carlos Gaviria Díaz.

104 Ibid.

## Tipología de las violaciones

### Tipologías

Teniendo en cuenta que los Estados pueden violar el derecho a la salud tanto por acción como por omisión, es necesario, en primer lugar, analizar si la presunta violación se produjo debido a la incapacidad del Estado de cumplir con las obligaciones que dimanarían de los artículos 12 del PIDESC y 10 del Protocolo de San Salvador, o si se debió a la renuencia del Estado a cumplir con esas obligaciones.<sup>1</sup> En el segundo supuesto se estaría ante una violación del derecho.

En el supuesto de que el incumplimiento se haya producido como consecuencia de los escasos recursos con los que cuenta el Estado, no se configurará violación únicamente cuando el Estado justifique "(...) que se ha hecho todo lo posible por utilizar todos los recursos de que dispone para satisfacer, como cuestión de prioridad" las anteriores obligaciones, con la excepción de que "(...) un Estado Parte no puede nunca ni en ninguna circunstancia justificar el incumplimiento de las obligaciones básicas (...), que son inderogables"<sup>2</sup> (véase el numeral 4 de este Capítulo).

**Violaciones por acción:** "Las violaciones del derecho a la salud pueden producirse mediante la acción directa de los Estados o de otras entidades que no estén suficientemente reglamentadas por los Estados".<sup>3</sup> Algunas de las violaciones se producen cuando:<sup>4</sup>

- a) Los Estados adoptan medidas regresivas que son incompatibles con las "obligaciones básicas" en materia de salud (véase el numeral 4 de este Capítulo).

Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, Observación General No. 14, "El derecho al disfrute del más alto nivel posible de salud", párr. 47.	1
Ibíd.	2
Ibíd., párr. 48.	3
Ibíd.	4

- b) Se revoca o suspende formalmente la legislación necesaria para el continuo disfrute del derecho a la salud.
- c) Se promulga legislación o se adoptan políticas manifiestamente incompatibles con las obligaciones legales nacionales o internacionales relativas al derecho a la salud.

**Violaciones por omisión:** se producen cuando los Estados no adopten "(...) las medidas necesarias dimanantes de las obligaciones legales".<sup>5</sup> Por ejemplo cuando:<sup>6</sup>

- a) No se adopten las medidas apropiadas para dar plena efectividad al derecho universal a disfrutar del más alto nivel posible de salud física y mental.
- b) No se cuente con una política nacional sobre la seguridad y la salud en el empleo o servicios de salud en el empleo.
- c) No se hacen cumplir las leyes pertinentes.

**Violaciones de la obligación de respetar:**<sup>7</sup> "(...) son las acciones, políticas o leyes de los Estados que contravienen las normas establecidas en el artículo 12 del Pacto y que son susceptibles de producir lesiones corporales, una morbosidad innecesaria y una mortalidad evitable". Como ejemplos de ello cabe mencionar:

- a) La denegación de acceso a los establecimientos, bienes y servicios de salud a determinadas personas o grupos de personas como resultado de la discriminación *de iure* o *de facto*.

5 Ibid., párr. 49.

6 Ibid.

7 Ibid., párr. 50.

- b) La ocultación o tergiversación deliberadas de la información que reviste importancia fundamental para la protección de la salud o para el tratamiento.
- c) La suspensión de la legislación o la promulgación de leyes o adopción de políticas que afectan desfavorablemente al disfrute de cualquiera de los componentes del derecho a la salud.
- d) El hecho de que el Estado no tenga en cuenta sus obligaciones legales con respecto al derecho a la salud al concertar acuerdos bilaterales o multilaterales con otros Estados, organizaciones internacionales u otras entidades como, por ejemplo, las empresas multinacionales.

**Violaciones de las obligaciones de proteger:**<sup>8</sup> “Las violaciones de las obligaciones de proteger dimanan del hecho de que un Estado no adopte todas las medidas necesarias para proteger, dentro de su jurisdicción, a las personas contra las violaciones del derecho a la salud por terceros”. Por ejemplo cuando:

- a) No se regulen las actividades de *particulares*, grupos o empresas con objeto de impedir que violen el derecho a la salud de los demás.
- b) No se proteja a los consumidores y los trabajadores contra las prácticas perjudiciales para la salud, como ocurre en el caso de algunos empleadores y fabricantes de medicamentos o alimentos.
- c) No se disuada la producción, la comercialización y el consumo de tabaco, estupefacientes y otras sustancias nocivas.
- d) No se proteja a las mujeres contra la violencia, y no se procese a los autores de la misma.
- e) No se disuada la observancia continua de prácticas médicas o culturales perjudiciales.

- f) No se promulguen o no se hagan cumplir las leyes que tengan por objeto impedir la contaminación del agua, el aire y el suelo por las industrias extractivas y manufactureras.

**Violaciones de la obligación de cumplir:**<sup>9</sup> “(...) se producen cuando los Estados Partes no adoptan todas las medidas necesarias para dar efectividad al derecho a la salud”. Por ejemplo cuando:

- a) No se adopte o aplique una política nacional de salud con miras a garantizar el derecho a la salud de todos.
- b) Debido a una asignación inadecuada de recursos públicos se impide el disfrute del derecho a la salud a los particulares o grupos, específicamente a las personas vulnerables o marginadas.
- c) No se vigila el ejercicio del derecho a la salud en el plano nacional, por ejemplo mediante la elaboración y aplicación de indicadores y bases de referencia.
- d) No se adoptan medidas para reducir la distribución no equitativa de los establecimientos, bienes y servicios de salud.
- e) No se adopte un enfoque de la salud basado en la perspectiva de género.
- f) No se reduzcan las tasas de mortalidad infantil y materna.

En Colombia, la Corte Constitucional ha indicado que el Estado vulnera el derecho a la salud por medio de su facultad de legislar, cuando el sistema de salud diseñado por la ley desconoce principios constitucionales como el de universalidad, eficiencia y solidaridad, o si desconoce otros mandatos superiores.<sup>10</sup> Esta conducta violatoria por parte del Esta-

9 Ibid., párr. 52.

10 Corte Constitucional, sentencia C-1489 de 2000, M. P. Alejandro Martínez Caballero: “(...) la ley puede vulnerar la dignidad e igualdad de las personas en caso de que desconozca o no desarrolle adecuadamente los derechos sociales prestacionales como es el derecho a la salud”.

do se puede concretar debido a omisiones o a actuaciones insuficientes, tales como:

- a) El incumplimiento en la dirección, coordinación, reglamentación y vigilancia de la prestación del servicio de salud ya sea por entidades oficiales del Estado o por particulares.
- b) El incumplimiento en determinar las partidas presupuestales necesarias para el efecto, y en asignar y transferir los recursos del sistema de seguridad social en salud.
- c) El incumplimiento en utilizar adecuadamente los recursos para la prestación eficiente del servicio de salud (por ejemplo, que los recursos sean utilizados para otros fines).
- d) El incumplimiento en diseñar o implementar un plan ordenado que establezca prioridades y recursos para la prestación del servicio a la salud.
- e) La negación u obstaculización de la garantía a todas las personas del acceso a los servicios de promoción, protección y recuperación de la salud.
- f) La omisión por parte del Estado en la protección especial que debe a los menores.<sup>11</sup>
- g) La violación de medidas sanitarias adoptadas para impedir la introducción o propagación de una epidemia.
- h) La negación de una existencia en condiciones dignas, por medio de la prolongación de dolencias físicas, la generación de nuevos males-

Corte Constitucional, sentencias SU-225 de 1998, M. P. Eduardo Cifuentes Muñoz; SU-819 de 1999, M. P. Álvaro Tafur Galvis: "(...)cuando el Estado, pudiendo evitar la afectación a la Salud, deja de hacerlo, generando una circunstancia de riesgo que de ninguna manera puede ser evitada o conjurada por el menor y que amenaza seriamente su vida, sus capacidades físicas o psíquicas o su proceso de aprendizaje o socialización".

tares y el mantenimiento de un estado de enfermedad, cuando es perfectamente posible mejorarla en aras de obtener una óptima calidad de vida.<sup>12</sup>

- i) La mora u omisión del empleador en trasladar a las EPS y demás entidades de seguridad social los aportes correspondientes y la de cancelar sus propios aportes con idéntico destino.<sup>13</sup>
- j) El no otorgamiento de amparo prioritario a grupos que por sus condiciones sociales o económicas no cuentan con recursos para velar por sus propios intereses.
- k) La discriminación en la prestación del servicio contra grupos sociales que se encuentran desprotegidos, la cual es exigible en las condiciones establecidas en el sistema de seguridad social en salud (niñez, mujeres, adultos mayores, personas disminuidas, comunidades indígenas).

12 Corte Constitucional, sentencia T-260 de 1998, M. P. Fabio Morón Díaz.

13 Corte Constitucional, sentencia T-382 de 1998, M. P. José Gregorio Hernández Galindo.

## El derecho a la seguridad social

### 1. Introducción

El derecho a la seguridad social se encuentra consagrado en el artículo 22 de la Declaración Universal de los Derechos Humanos, en el artículo 16 de la Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre (Declaración Americana), en el artículo 9 del Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales (PIDESC), y en el artículo 9 del Protocolo Adicional a la Convención Americana sobre Derechos Humanos en materia de derechos económicos, sociales y culturales (Protocolo de San Salvador).

Igualmente, este derecho se encuentra reconocido en la Convención sobre los derechos del niño (art. 26), en la Convención sobre la eliminación de la discriminación racial (art. 5.e.iv)), en el Convenio 169 de la OIT sobre pueblos indígenas y tribales en países independientes (art. 24,) y en la Convención sobre la eliminación de todas las formas de discriminación contra la mujer (art. 11.1e)). Asimismo, las Normas Uniformes de las Naciones Unidas sobre la igualdad de oportunidades de los discapacitados señalan en su artículo 8 la responsabilidad de los Estados respecto a las prestaciones de seguridad social y mantenimiento del ingreso para las personas discapacitadas.

A pesar de que numerosos instrumentos internacionales consagran el derecho a la seguridad social, casi ninguno define en qué consiste. El artículo 9 del Protocolo de San Salvador es el que desarrolla en mayor medida este derecho al indicar que:

1. **Toda persona tiene derecho a la seguridad social que la proteja contra las consecuencias de la vejez y de la incapacidad que la imposibilite física o mentalmente para obtener los medios para llevar una vida digna y decorosa. En caso de muerte del beneficiario, las prestaciones de seguridad social serán aplicadas a sus dependientes.**
2. **Cuando se trate de personas que se encuentran trabajando, el derecho a la seguridad social cubrirá al menos la atención médica y el subsidio o jubilación en casos de accidentes de trabajo o de enfermedad profesional y, cuando se trate de mujeres, licencia retribuida por maternidad antes y después del parto.**

Artículo 9.  
Protocolo de  
San Salvador

En materia de seguridad social es necesario referirse al Convenio 102 de la OIT sobre normas mínimas de seguridad social, y a los anteriores instrumentos internacionales. Este Convenio, que consta de 15 partes, puede ser ratificado por los Estados parcialmente, tal y como se establece en su artículo 2. Las prestaciones a que se refiere el Convenio 102 son las relativas a:

- Parte II. Asistencia médica.
- Parte III. Prestaciones monetarias de enfermedad.
- Parte IV. Prestaciones de desempleo.
- Parte V. Prestaciones de vejez.
- Parte VI. Prestaciones en caso de accidente de trabajo y enfermedad profesional.
- Parte VII. Prestaciones familiares.
- Parte VIII. Prestaciones de maternidad.
- Parte IX. Prestaciones de invalidez.
- Parte X. Prestaciones de sobrevivientes.
- Parte XI. Cálculo de los pagos periódicos.
- Parte XII. Igualdad de trato a los residentes no nacionales.

La importancia de esta Convención y de su contenido se refleja, por ejemplo, en el artículo 12 de la Carta Social Europea de 1961 (instrumento homólogo al Protocolo de San Salvador en el sistema interamericano), que no solamente reconoce el derecho a la seguridad social de los ciudadanos europeos al menos al mismo nivel que el garantizado por el Convenio 102 de la OIT (art. 12.2 Carta Social Europea), sino que además exige que los Estado Partes aumenten este mínimo (art. 12.3 Carta Social Europea). Según este artículo:

Para garantizar el ejercicio efectivo al derecho a la Seguridad Social, las partes contratantes se comprometen:

1. A establecer o mantener un régimen de Seguridad Social.
2. A mantener el régimen de Seguridad Social en un nivel satisfactorio, equivalente, por lo menos, al exigido para la ratificación del Convenio Internacional del Trabajo (número 102) sobre normas mínimas de Seguridad Social.
3. A esforzarse por elevar progresivamente el nivel del régimen de Seguridad Social (...).

Sin embargo, a la fecha, Colombia no ha ratificado el Convenio 102 de la OIT sobre normas mínimas de seguridad social, ni la mayor parte de los Convenios de la OIT sobre prestaciones sociales, a pesar de que la Constitución Política (CP) de 1991 establece el modelo de un Estado social de derecho.

Conforme al artículo 48 de la CP:

**La Seguridad Social es un servicio público de carácter obligatorio que se prestará bajo la dirección, coordinación y control del Estado, en sujeción a los principios de eficiencia, universalidad y solidaridad, en los términos que establezca la Ley.**

**Se garantiza a todos los habitantes el derecho irrenunciable a la Seguridad Social.**

**El Estado, con la participación de los particulares, ampliará progresivamente la cobertura de la Seguridad Social que comprenderá la prestación de los servicios en la forma que determine la Ley.**

**La Seguridad Social podrá ser prestada por entidades públicas o privadas, de conformidad con la ley.**

**No se podrán destinar ni utilizar los recursos de las instituciones de la Seguridad Social para fines diferentes a ella.**

**La ley definirá los medios para que los recursos destinados a pensiones mantengan su poder adquisitivo constante.**

En Colombia, la seguridad social constituye un principio fundamental y rector de la política social y económica del Estado y, como lo ha sostenido la Corte Constitucional:

**(...) por tanto, como un derecho programático y de desarrollo legal, pero también goza de carácter fundamental al ser conexo y paralelo a la vida, al trabajo y la salud**

**(...) Ahora bien, la seguridad social constituye un servicio público obligatorio dirigido, controlado y coordinado por el Estado para salvaguardar la vida, la dignidad humana, la integridad física o moral, contra toda clase de adversidades que pongan en peligro el desenvolvimiento de la vida individual y social, por cuanto su gran misión es combatir las penurias económicas y sociales y las desventajas de diversos sectores, grupos o personas de la colectividad, prestándoles asistencia y protección.**

Artículo 48.  
Constitución Política

Jurisprudencia  
Corte Constitucional

(...) Una de las manifestaciones contemporáneas de expresión del derecho a la seguridad social es el derecho a la pensión de invalidez, que busca compensar la situación de infortunio derivada de la pérdida de la capacidad laboral, mediante el otorgamiento de unas prestaciones económicas y de salud, cuya característica fundamental es su condición de esenciales e irrenunciables.

(...) La Carta fundamental se expidió precisamente con el fin de asegurar el derecho a la seguridad social, dentro de un marco económico y social justo previsto en el preámbulo de la Constitución y desarrollado legislativamente con la Ley 100 de 1993 y algunas otras disposiciones complementarias y adicionales.<sup>1</sup>

En relación con los niños, es importante tener en cuenta que conforme se establece en el artículo 26 de la Convención sobre los Derechos del Niño:

1. Los Estados Partes reconocerán a todos los niños el derecho a beneficiarse de la seguridad social, incluso del seguro social, y adoptarán las medidas necesarias para lograr la plena realización de este derecho de conformidad con su legislación nacional.
2. Las prestaciones deberían concederse, cuando corresponda, teniendo en cuenta los recursos y la situación del niño y de las personas que sean responsables del mantenimiento del niño, así como cualquier otra consideración pertinente a una solicitud de prestaciones hecha por el niño o en su nombre.

En este sentido, el artículo 44 de la CP consagra el derecho de los niños a la seguridad social como un derecho fundamental.

Igualmente adquiere ese carácter cuando se trata de personas “de la tercera edad”, en especial cuando “(...) se hace efectivo a través del pago de las correspondientes mesadas y pensiones y la prestación de los servicios médicos asistenciales”, ya que asegura “el mínimo vital de los ancianos, quienes se encuentran excluidos del mercado laboral o hallan serias dificultades de acceder a un empleo, y dependen por entero de los recursos que perciben por concepto de pensiones”.<sup>2</sup>

1 Corte Constitucional, sentencia T-292 de 1995, M. P. Fabio Morón Díaz.

2 Corte Constitucional, sentencias T-076 de 1996, M. P. Jorge Arango Mejía; T-607 y T-608 de 1996, M. P. Eduardo Cifuentes Muñoz; T-323 de 1996, M. P. Eduardo Cifuentes Muñoz; T-528 de 1997, M. P. Hernando Herrera Vergara; T-031 de 1998, M. P. Alejandro Martínez Caballero; T-169 de 1998, M. P. Fabio Morón Díaz; T-299 de 1997, M. P. Eduardo Cifuentes Muñoz; T-330 de 1998, M. P. Fabio Morón Díaz.

En Colombia, la legislación que desarrolla y complementa el artículo 48 de la CP es la siguiente:

- La Ley 100 de 1993, que crea el sistema de seguridad social integral.
- La Ley 776 de 2002, que contiene normas sobre la organización, administración y prestaciones del sistema general de riesgos profesionales.
- La Ley 789 de 2002, que establece normas para promover el empleo y desarrollar la protección social.
- La Ley 797 de 2003, en la que se define el sistema de protección social, se prevén algunos programas contra el riesgo de desempleo, se reforman algunas disposiciones del sistema general de pensiones previsto en la Ley 100 de 1993, y se adoptan disposiciones sobre los regímenes pensionales exceptuados y especiales.

## 2 Alcance y contenido del derecho a la seguridad social

Tal como se encuentra consignado en la CP y en las leyes, también la Corte Constitucional:

**(...) considera en principio el derecho a la seguridad social como un derecho asistencial o prestacional que la Carta sitúa en su capítulo 2o. del título II, de los derechos sociales, económicos y culturales (...) no permite su eficacia con la sola existencia de la persona titular, sino que, requiere una reglamentación que lo organice y una agencia pública o privada autorizada que le suministre los bienes y servicios que lo hacen realidad<sup>3</sup> [de acuerdo con la capacidad fiscal o financiera del Estado o del ente autorizado por este, encargado de la asistencia o prestación].**

De acuerdo con el artículo 48 de la CP, el derecho a la seguridad social es de carácter obligatorio e irrenunciable para todos los colombianos, y está en cabeza del Estado su prestación como un servicio público con una cobertura progresiva, tal y como lo ha reiterado la Corte Constitucional:

**En efecto, el ordenamiento constitucional en vigor consagra la seguridad social como un servicio público de carácter obligatorio, sometido a la dirección, coordinación y control del Estado, con sujeción a los principios**

Jurisprudencia  
Corte Constitucional

Jurisprudencia  
Corte Constitucional

Corte Constitucional, sentencia C-408 de 1994, M. P. Fabio Morón Díaz.

de eficiencia, universalidad y solidaridad en los términos que establezca la ley (...) que correlativamente se estructura en la forma de un derecho absolutamente irrenunciable, cuya prestación corre a cargo del Estado, con la intervención de los particulares, y del cual son titulares todos los ciudadanos, permitiéndoles obtener el amparo necesario para cubrir los riesgos que pueden llegar a minar su capacidad económica y afectar su salud, con especial énfasis en aquellos sectores de la población más desprotegidos, en la intención de conservar una comunidad sana y productiva, gracias a la ampliación gradual de la cobertura que en forma progresiva debe producirse, según los parámetros que señale el legislador.<sup>4</sup>

La seguridad social como servicio público se proyecta, a su vez, en el artículo 365 de la CP, cuando establece que: “Los servicios públicos son inherentes a la finalidad social del Estado. Es deber del Estado asegurar su prestación eficiente a todos los habitantes del territorio nacional”.

La Corte Constitucional se ha referido en diferentes oportunidades respecto al contenido de este derecho en el siguiente sentido:

**El concepto de seguridad social hace referencia pues, al conjunto de medios de protección institucionales frente a los riesgos que atentan contra la capacidad y oportunidad de los individuos y sus familias para generar los ingresos suficientes en orden a una subsistencia digna.**

**Tales riesgos abarcan una amplia gama que va desde la invalidez, vejez y muerte, hasta la atención a la salud de sus afiliados, y cuya cobertura se ampliará progresivamente.**<sup>5</sup>

### 2.1. Exigibilidad del derecho a la seguridad social

La seguridad social, como un derecho prestacional, es a la vez un mecanismo de ahorro forzoso de la población laboralmente activa que para su efectividad depende de la cantidad de recursos con que cuenta el sistema en el momento, por tanto su exigibilidad como derecho prestacional subjetivo se sujeta a algunos requisitos específicos, con los cuales se busca garantizar que toda la población tenga acceso a él.

4 Corte Constitucional, sentencia SU-039 de 1998, M. P. Hernando Herrera Vergara.

5 Corte Constitucional, sentencias T-116 de 1993, M. P. Hernando Herrera Vergara; SU-039 de 1998, M. P. Hernando Herrera Vergara.

La Corte Constitucional precisó así el ámbito de su exigibilidad:

**[La seguridad social] (...) está necesariamente ligada a unos medios operativos y económicos que posibiliten su aplicación como son su reconocimiento y regulación legislativa, su incorporación como un programa dentro del respectivo plan de desarrollo, la asignación específica de recursos y una instrumentación organizativa y técnica, porque tratándose de derechos de prestación, su vigencia no resulta de la consagración superior sino de su instrumentación legislativa, fáctica y operativa.<sup>6</sup>**

**(...) en este orden de ideas, se convierten en programas de acción estatal que comportan prestaciones de orden económico y social, que configuran derechos prestacionales en favor de los habitantes del territorio nacional, a cargo del Estado y exigibles al mismo en cuanto a su calidad de derechos subjetivos, permitiendo reclamar de las autoridades y de los particulares una determinada actividad constitucionalmente señalada y para cuya efectividad precisan el desarrollo legal, el arbitrio de los recursos y la provisión de la pertinente estructura que los actualice.<sup>7</sup>**

En la CP se establece que el servicio estará sujeto “(...) a los principios de eficiencia, universalidad y solidaridad”, de lo que se desprende que su prestación es indispensable por medio de la regulación mediante un proceso legislativo que es intransferible. Al respecto, en un pronunciamiento de la Corte Constitucional sobre la posibilidad de que el Congreso delegara en las universidades públicas el diseño de sus regímenes autónomos de seguridad social en salud, los términos utilizados por la Corte acerca de la razón de ser de la competencia legislativa en cuanto a la regulación del servicio, fueron los siguientes:

**Sobre este supuesto, podría sostenerse incluso que la competencia asignada al Congreso en el campo de lo social, comporta en realidad un deber jurídico de origen constitucional, ineludible e intransferible, que persigue hacer realidad, en forma armónica y coherente, la aplicación material de los principios que gobiernan la regulación del sistema de seguridad social en salud; armonía y coherencia que no estarían del todo garantizadas, si se delega en las universidades públicas la facultad**

Jurisprudencia  
Corte Constitucional

Jurisprudencia  
Corte Constitucional

Corte Constitucional, sentencia T-102 de 1998, M. P. Antonio Barrera Carbonell.  
Corte Constitucional, sentencia T-271 de 1995, M. P. Alejandro Martínez Caballero.

6  
7

**para crear sus propios regímenes de seguridad social en salud, sin que al menos el legislador haya definido previamente los términos y condiciones que deben regir su operatividad y ejecución.<sup>8</sup>**

Respecto al principio constitucional de universalidad que rige la seguridad social, ha dicho la Corte Constitucional que: “(...) se relaciona con la garantía de protección a todas las personas, sin discriminación alguna (...) como en efecto ocurre en el sistema de seguridad social contenido en la Ley 100 de 1993, que ampara a todos los habitantes del país tengan o no capacidad de pago.”<sup>9</sup>

El principio de la eficiencia incluye la continuidad en el servicio, tal y como lo ha sostenido la Corte Constitucional “(...) es decir que no debe interrumpirse la prestación salvo cuando exista una causa legal que se ajuste a los principios constitucionales.”<sup>10</sup>

En relación con el principio de la continuidad en el servicio público de salud de los trabajadores dependientes, la Corte ha señalado que:

**(...) no puede ser afectado ni siquiera cuando se incurre en mora superior a los seis meses, en el pago de los aportes, porque la disposición que permite suspenderle el servicio a quienes estén en esta circunstancia es una regla de organización dentro de la seguridad social establecida en la ley 100 de 1993 que no se puede extender a la “garantía de la seguridad social” establecida como principio mínimo fundamental en el artículo 53 de la CP. (...) Es decir, el principio de la continuidad (como proyección de la eficacia) debe orientar las decisiones de las entidades encargadas de prestar la seguridad social en salud.<sup>11</sup>**

## 2.2. Cobertura del derecho a la seguridad social

Existe una relación directa entre la cobertura integral de la prestación del servicio a la seguridad social y las posibilidades económicas del Estado; en este sentido, los usuarios no pueden demandar prestaciones más allá de su capacidad, así lo ha sostenido la Corte Constitucional al señalar que:

- 8 Corte Constitucional, sentencia T-1752 de 2000, M. P.(e) Cristina Pardo Schlesinger; también se puede ver la C-714 de 1998, M. P. Fabio Morón Díaz.
- 9 Corte Constitucional, sentencia C-112 de 1998, M. P. Carlos Gaviria Díaz.
- 10 Corte Constitucional, sentencia T-730 de 1999, M. P. Alejandro Martínez Caballero.
- 11 Corte Constitucional, sentencia SU-562 de 1999, M. P. Alejandro Martínez Caballero.

(...) resulta innegable el hecho de que la cobertura e integralidad de la seguridad social, esto es, el cubrimiento de todas las contingencias negativas que afectan la salud y las condiciones y el logro de una especial calidad de vida de la población, necesariamente deben guardar proporcionalidad con las posibilidades económicas del Estado que reduce su actividad a un proceso gradual, al desarrollo de un programa instrumentado por el Estado social de derecho, como se deduce de la normatividad constitucional. Obviamente, el criterio estrictamente económico, no puede esgrimirse como obstáculo para extender la seguridad social a los espacios queridos por el constituyente al diseñar el Estado social de derecho; por consiguiente, lo ideal es que el Estado realice de manera gradual pero sin pausa, los esfuerzos económicos, técnicos y administrativos que se requieren para lograr el principio de la integralidad del sistema (...) pero ello no significa que el derecho a la seguridad social, pueda ser exigido por los usuarios del sistema más allá de las posibilidades económicas propias de su organización y funcionamiento, esto es, que puedan demandarse prestaciones que excedan su capacidad y que naturalmente no estén amparadas en las cotizaciones que se les exigen a los beneficiarios.<sup>12</sup>

Además, la obligación del Estado de promover el acceso al sistema de seguridad social es diferente a ofrecer a cada persona la atención particular que requiera. Al respecto la Corte Constitucional ha señalado que:

**El Estado debe promover las condiciones que le permitan a los habitantes acceder a los servicios de la seguridad social, en las condiciones reguladas por el sistema, lo cual no supone que en todos los casos aquél esté obligado necesariamente a ofrecerle a cada uno la atención que requiera su situación personal proveyendo todos los medios técnicos y científicos que con tal fin se requieran.**<sup>13</sup>

Corte Constitucional, sentencia T-287 de 1994, M. P. Antonio Barrera Carbonell.

12

Corte Constitucional, sentencia T-102 de 1998, M. P. Antonio Barrera Carbonell.

13

### 3 Obligaciones en la prestación del servicio

#### 3.1. Obligación del Estado

El Estado debe cumplir el precepto constitucional que lo obliga a ampliar progresivamente, con la participación de los particulares, la cobertura de la seguridad social (art. 48), y acatar el no menos perentorio mandato de organizar, dirigir y reglamentar la prestación de servicios de salud y de saneamiento ambiental conforme a los principios de eficiencia, universalidad y solidaridad (art. 49, CP). Estas obligaciones se complementan con las contempladas en los artículos 365 y 366 de la CP.

Sobre las obligaciones de las entidades encargadas de decretar las pensiones la Corte Constitucional ha reiterado que:

**(...) se deben respetar los derechos adquiridos, uno de ellos es el reconocido desde hace años de que se adquiere el estatus de jubilado cuando se llega a la edad requerida –la general o la de regímenes especiales– y cuando se cumplen los años de servicio o semanas cotizadas. O, si se trata de pensión de sobrevivientes o “pensiones post-mortem” con igual razón debe actuarse con celeridad y buscando siempre el derecho material no el formal, teniendo en cuenta el principio de favorabilidad y dentro de éste el respeto a los derechos de los menores que en muchas ocasiones son los más necesitados de esas pensiones de sobrevivientes o “post-mortem”. Esto no debiera tener discusión, máxime en un Estado Social de Derecho que protege los derechos sociales.**

**Los derechos a algo que tienen las personas frente al Estado implica que estos Fondos que tramitan las pensiones sean eficaces (...) En conclusión, se afectan derechos fundamentales (especialmente el de dignidad, mínimo vital, seguridad social, derechos adquiridos) cuando la demora en la tramitación impide el acceso a una pensión.<sup>14</sup>**

El legislador desarrolló la normativa constitucional por medio de la Ley 100 de 1993, al crear el sistema de seguridad social integral, el cual en su artículo 1 establece su objeto, que consiste en:

14

Corte Constitucional, sentencia T-1091 de 2000, M. P. Alejandro Martínez Caballero.

(...) garantizar los derechos irrenunciables de la persona y la comunidad para obtener la calidad de vida acorde con la dignidad humana, mediante la protección de las contingencias que la afecten, [la cual comprende] (...) las obligaciones del Estado y la sociedad, las instituciones y los recursos destinados a garantizar la cobertura de las prestaciones de carácter económico, de salud y servicios complementarios, materia de esta ley, u otras que se incorporen normativamente en el futuro.

Y el artículo 8 de la misma ley señala que el sistema de seguridad social integral está conformado por las entidades públicas y privadas, las normas y los procedimientos expedidos sobre la materia, y los regímenes generales vigentes en materia de pensiones, salud, riesgos profesionales y servicios sociales complementarios.

### 3.2. Obligación del empleador

La Corte Constitucional ha reiterado que cuando el patrono se abstiene de cancelar las debidas cotizaciones a las entidades de salud incurre en grave omisión, amenaza derechos fundamentales y afecta recursos parafiscales: “(...) cuando esas cotizaciones patronales no se efectúan o cuando lo descontado al trabajador no se traslada de inmediato a la entidad de seguridad social, el patrono asume en forma directa e íntegra los costos de la atención de salud que demanden sus empleados, y las familias de éstos.”<sup>15</sup>

Además, el artículo 210 de la Ley 100 de 1993, que consagra esta obligación para todos los empleadores, del sector público o privado, establece sanciones para quienes no cumplan con este deber.

La Corte Constitucional, en un caso en que el municipio de Colón, Génova, no tenía afiliado al servicio de seguridad social a un empleado, entre otras actuaciones decidió que:

**Como el municipio, durante el tiempo de vinculación laboral del actor, no lo ha afiliado a ninguna entidad de seguridad social ni ha cotizado lo correspondiente para pensión de jubilación, debe asumir el pago de**

Artículo 1.  
Ley 100 de 1993

Jurisprudencia  
Corte Constitucional

Corte Constitucional, sentencias T-102 de 1998, M. P. Antonio Barrera Carbonell ;T-411 de 1998, M. P. Hernando Herrera Vergara; T-1583 de 2000, M. P. Fabio Morón Díaz.

esa prestación, a no ser que para la fecha de esta providencia haya corregido su actitud. Dentro de las cuarenta y ocho (48) horas siguientes a la notificación del presente fallo, el Alcalde municipal iniciará los trámites orientados a su liquidación y reconocimiento, observando los requisitos legales correspondientes (...) Si, efectuada la liquidación y hecho el reconocimiento de la pensión, no hubiere partida presupuestal suficiente para ordenar el pago de las mesadas respectivas, el Alcalde municipal deberá iniciar los trámites indispensables para la adición presupuestal que permita cancelar su pensión al accionante.<sup>16</sup>

En otro caso, la Corte Constitucional señala que el empleador puede ser sometido a sanciones penales cuando retiene los recursos para aportes de salud y pensiones, y no los traslada a la entidad pertinente:

Jurisprudencia  
Corte Constitucional

(...) De otro lado, si los descuentos se efectuaron y no fueron trasladados oportunamente a la entidad de seguridad social, debe darse traslado a la justicia penal, para que se investigue y sancione lo relativo a la disposición de recursos parafiscales. (...) pues los recursos retenidos por el empleador y descontados al trabajador por concepto de aportes a salud y pensiones, son recursos de carácter parafiscal que deben ser trasladados inmediatamente a la entidad encargada de la seguridad social del trabajador.<sup>17</sup>

### 3.3. Obligación de no discriminación y relación con la promoción de igualdad

Jurisprudencia  
Corte Constitucional

La prohibición constitucional de discriminar se vincula estrechamente a la noción sustancial de igualdad, formulada de manera más precisa en el segundo inciso del artículo 13, que encarga al Estado de promover “las condiciones para que la igualdad sea real y efectiva” y de adoptar “medidas en favor de grupos discriminados o marginados”.<sup>18</sup>

16 Corte Constitucional, sentencia T-075 de 1998, M. P. José Gregorio Hernández Galindo.

17 Corte Constitucional, sentencia T-1583 de 2000, M. P. Fabio Morón Díaz.

18 Corte Constitucional, sentencia C-410 de 1994, M. P. Carlos Gaviria Díaz.

Corresponde al Estado, no sólo la simple obligación de abstenerse de discriminar, sino que tiene también la obligación de promover una igualdad real y efectiva, adoptando medidas dirigidas a favorecer ciertos grupos de la sociedad que tradicionalmente han sido discriminados o marginados:

**(...) por ejemplo a causa de su raza, su sexo, sus creencias o su condición social, de tal forma que ese tratamiento especial tienda a remediar la situación desventajosa en que se encuentran, promueva el surgimiento de nuevos valores que impidan que en el futuro se les continúe discriminando y garantice su acceso a determinados foros de decisión, lugares de capacitación o, en general, a aquellos beneficios que en condiciones ordinarias no estarían a su alcance.**<sup>19</sup>

En síntesis, la Corte Constitucional ha dicho al respecto que: “(...) la igualdad consiste en la proporcionalidad equivalente entre dos o más realidades, es justo que el Estado mengüe al máximo la desigualdad en que se hallan las personas más débiles, de manera que la intervención de aquél sea adecuada, con el fin de lograr la igualdad real y efectiva que ordena el artículo 13 superior.”<sup>20</sup>

A la luz de lo previsto en la Ley 100 de 1993, que reglamenta las pensiones y dejó sin efecto las normas que le eran contrarias, entre ellas, un artículo del decreto que reglamentó la carrera diplomática y que establece equivalencias para efectos de la pensión, la Corte Constitucional expresó su criterio sobre un caso, así:

**(...) se afecta ostensiblemente la igualdad si a todos los trabajadores se les liquida la pensión según el salario devengado y por el contrario a unos servidores del Estado se les computa con base en el salario de otros funcionarios que reciben sumas muy inferiores a la que percibe el aspirante a pensionado (...) el Ministerio de Relaciones Exteriores envió para efectos de la pensión de vejez del exembajador en Tokio no el sueldo de éste sino el de Secretario General del Ministerio, cargo que el peticionario de la pensión nunca desempeñó. Al hacerlo el Ministerio de Relaciones Exteriores se basó en una norma inconstitucional y que para el momento en que el señor Valencia López inició sus funciones como embajador el 26 de febrero de 1996 estaba tácitamente derogada por las disposiciones de la Ley 100 de 1993. Esta actitud constituye una violación al derecho a la seguridad social del accionante.**<sup>21</sup>

Jurisprudencia  
Corte Constitucional

Jurisprudencia  
Corte Constitucional

Corte Constitucional, sentencia T-410 de 1994, M. P. Carlos Gaviria Díaz.

Corte Constitucional, sentencia T-290 de 1994, M. P. Vladimiro Naranjo Mesa.

Corte Constitucional, sentencia T-1016 de 2000, M. P. Alejandro Martínez Caballero.

19

20

21

### 3.3.1. Situación de debilidad manifiesta

La CP ha reconocido la situación especial en la cual se encuentran las personas discapacitadas y, por tal razón, ha creado un trato diferenciado para ellas, pues como lo ha sostenido la Corte Constitucional: “(...) los disminuidos físicos o mentales, en cierta medida, por su falta de autonomía, están inexorablemente supeditados a los demás, y si la sociedad no responde a su muda convocatoria de solidaridad, se ven abocados a su destrucción o a los padecimientos más crueles.”<sup>22</sup>

En los casos en que el empleador no haya realizado los aportes necesarios para gozar de la pensión de jubilación, y la persona haya cumplido los requisitos establecidos en la ley, la Corte Constitucional ha manifestado una protección especial para quienes se encuentren en condiciones de debilidad manifiesta:

**Como lo tiene establecido la jurisprudencia, en ningún caso, pero menos todavía cuando se trata de personas en condiciones de debilidad manifiesta, podría sostenerse como compatible con los postulados constitucionales, la conclusión según la cual una persona que cumpla los requisitos señalados por el legislador para obtener su pensión pueda quedar despojada de la misma, de manera absoluta e inapelable por culpa de la negligencia o incumplimiento de otro.**<sup>23</sup>

En el caso de una mujer cabeza de familia que fue despedida de su trabajo después de estar sufriendo una enfermedad que la mantenía incapacitada, y donde la empresa no había pagado todos los aportes para su seguridad social, la Corte Constitucional se manifestó de la siguiente manera:

**La empresa demandada ignoró la situación de debilidad manifiesta en que se encuentra la actora y, al dar por terminado su contrato de trabajo de la manera en que lo hizo, [de forma unilateral] (...) a plena ciencia y conciencia de que ella no está en condiciones de conseguir un nuevo trabajo, ni podrá renovar su vinculación como aportante al sistema de seguridad social, ni atender a las obligaciones que le corresponden como madre cabeza de familia con un hijo menor a cargo (...)**

Jurisprudencia  
Corte Constitucional

Jurisprudencia  
Corte Constitucional

22 Corte Constitucional, sentencias T-298 de 1994, M. P. Eduardo Cifuentes Muñoz; T-478 de 1995, M. P. Alejandro Martínez Caballero.  
23 Corte Constitucional, sentencias T-865 de 1999, M. P. Vladimiro Naranjo Mesa; T-671 de 2000, M. P. Alejandro Martínez Caballero.

se ordenará al Instituto de Seguros Sociales que de manera inmediata y preferente tramite (...) pensión por invalidez.\*

(...) y que proceda también de inmediato, e independientemente de las sanciones que legalmente puedan haber, a reclamar de la firma Resonancia Magnética de Colombia Ltda., los aportes correspondientes al periodo comprendido entre el 3 de junio de 1997 y el 2 de febrero de 1998, con los recargos que sean del caso, a fin de que la antigüedad de la actora como cotizante no se vea afectada por el incumplimiento de su empleador.<sup>24</sup>

### 3.3.2. La protección especial respecto a las personas de la tercera edad

Aunque la Corte Constitucional ha señalado que el derecho a la seguridad social no reviste el carácter de fundamental, también ha reiterado que puede tener tal calidad cuando el titular del derecho es una persona de la tercera edad que requiere una protección especial. Por ejemplo, ha dispuesto que:

(...) respecto de las personas de la tercera edad (CP, artículo 46, inciso 2o.), adquiere el carácter de fundamental cuando, según las circunstancias del caso, su no reconocimiento tiene la potencialidad de poner en peligro otros derechos y principios fundamentales como la vida (CP, artículo 11), la dignidad humana (CP, artículo 1o.), la integridad física y moral (CP, artículo 12) o el libre desarrollo de la personalidad (CP, artículo 16) de las personas de la tercera edad (CP, artículo 46).<sup>25</sup>

**En síntesis, la Corte ha entendido que el derecho a la seguridad social y en especial el derecho a la pensión de jubilación o vejez, en los términos definidos por la ley, constituye un derecho de aplicación inmediata**

Ley 100 de 1993, artículo 39: "Requisitos para obtener la pensión de invalidez. Tendrán derecho a la pensión de invalidez, los afiliados que conforme a lo dispuesto en el artículo anterior sean declarados inválidos y cumplan algunos de los siguientes requisitos: a) Que el afiliado se encuentre cotizando al régimen y hubiere cotizado por lo menos veintiséis (26) semanas, al momento de producirse el estado de invalidez. b) Que habiendo dejado de cotizar al sistema, hubiere efectuado aporte durante veintiséis (26) semanas del año inmediatamente anterior al momento en que se produzca el estado de invalidez."

Corte Constitucional, sentencia T-943 de 1999, M. P. Carlos Gaviria Díaz.

Corte Constitucional, sentencias T-426 de 1992, M. P. Eduardo Cifuentes Muñoz; T-453 de 1992, M. P. Jaime Sanín Greiffenstein; T-977 de 2001, M. P. Jaime Córdoba Triviño.

en aquellos eventos en los cuales está destinado a suplir el mínimo vital básico de las personas de la tercera edad. Lo anterior, no sólo por su estrecha relación con el derecho al trabajo, sino porque en tratándose de personas cuya edad hace incierta una virtual vinculación laboral, su transgresión compromete la dignidad de su titular, como quiera que depende de la pensión para satisfacer sus necesidades básicas.<sup>26</sup>

En casos tan complejos como los de los bonos pensionales, la Corte Constitucional ha ordenado en reiteradas oportunidades que la entidad obligada a emitir el bono lo haga en un término de 48 horas, y ponga a disposición del fondo de pensiones correspondiente el dinero necesario al bono pensional requerido para el trámite de la pensión de jubilación de quien interpuso la acción de tutela.<sup>27</sup>

### 3.3.3. *La seguridad social del niño*

En la CP se ha señalado de manera expresa el caso de los niños. El artículo 44 de la Carta enuncia este derecho, en el que se reconoce a los niños con carácter prevalente. Al respecto la Corte Constitucional ha reiterado que:

[el] derecho a la seguridad social es fundamental y susceptible, por tanto, de ser reclamado, mediante el ejercicio de la acción de tutela, de manera inmediata aunque no incondicional. El trato especial otorgado por el Ordenamiento a los menores tiene el alcance de una preeminencia o primacía, que debe su razón de ser a las condiciones de debilidad e indefensión que los caracteriza, dada la crucial etapa de formación física y mental por la que atraviesan, y a la promesa que su sana supervivencia representa para la sociedad del futuro.<sup>28</sup>

### 3.3.4. *La seguridad social del servicio doméstico*

Las personas que se desempeñen como trabajadoras del servicio doméstico no pueden ser excluidas de la seguridad social. La Corte Constitucional lo ha reiterado en diversas oportunidades:

26 Corte Constitucional, sentencias T-299 de 1997, M. P. Eduardo Cifuentes Muñoz; T-977 de 2001, M. P. Jaime Córdoba Triviño.  
27 Corte Constitucional, sentencias T-577 de 1999, M. P. Carlos Gaviria Díaz; T-538 de 2000, M. P. Antonio Barrera Carbonell.  
28 Corte Constitucional, sentencia T-001 de 1995, M. P. José Gregorio Hernández Galindo.

Estas normas, desde el año de 1988,<sup>\*</sup> imponen al empleador el deber de afiliar al servicio doméstico al régimen de pensiones, obligación que se ha mantenido en las disposiciones de la Ley 50 de 1990 y de la Ley 100 de 1993, y cuyo incumplimiento hace responsables a los empleadores, quienes pueden verse obligados a pensionar por su cuenta a los trabajadores no afiliados oportunamente, o a pagar la denominada por la ley “pensión sanción”.<sup>29</sup>

En el caso concreto de una trabajadora del servicio doméstico embarazada, la Corte Constitucional expresó:

Es importante resaltar que la igualdad es para todas las modalidades del trabajo, luego no queda excluido el servicio doméstico y por consiguiente quienes desempeñen tal labor tienen derecho a la seguridad social. (...) Es decir, las decisiones de la Resolución 000145 de 1999 proferida por el ISS, donde en primer lugar se excluyó de la seguridad social a una trabajadora del servicio doméstico que estaba embarazada, y en segundo lugar se anularon las cotizaciones recibidas, es una actuación contraria a los derechos fundamentales consagrados en la Constitución Política.<sup>30</sup>

Jurisprudencia  
Corte Constitucional

Jurisprudencia  
Corte Constitucional

Ley 11 de 1988, artículo 1º.  
Corte Constitucional, sentencia SU-062 de 1999, M. P. Vladimiro Naranjo Mesa.  
Corte Constitucional, sentencia T-730 de 1999, M. P. Alejandro Martínez Caballero.

\*  
29  
30

## Tipología de las violaciones

### Tipologías

#### El Estado vulnera el derecho a la seguridad social cuando:

No reglamenta el derecho a la seguridad social.

- La ley no desarrolla adecuadamente este derecho vulnerando la dignidad e igualdad de las personas; "(...) la ley puede vulnerar la dignidad e igualdad de las personas en caso de que desconozca o no desarrolle adecuadamente los derechos sociales prestacionales. El Estado social de derecho está obligado a garantizar todos los derechos (...)"<sup>1</sup> Existe un caso concreto en que la Corte Constitucional declaró la inconstitucionalidad de una norma legal

(...) que reducía la cotización de solidaridad del régimen contributivo, pues consideró que esa disposición legal vulneraba el mandato de la ampliación progresiva de la seguridad social (...) Sin lugar a duda, esa disminución de los recursos para el régimen subsidiado de salud, de ninguna manera realiza el postulado constitucional de la ampliación progresiva de la cobertura de la Seguridad Social que ordena el artículo 48(...)<sup>2</sup>

- Exista una falta de asignación específica de recursos o una falta de instrumentación organizativa, técnica o administrativa para la ampliación progresiva en la cobertura de la prestación del servicio que sea proporcional con las posibilidades económicas de quien presta el servicio, contenidas en el programa del plan de desarrollo en el ámbito nacional o local.

1 Corte Constitucional, sentencia C-1489 de 2000, M. P. Alejandro Martínez Caballero.

2 Corte Constitucional, sentencia C-1165 de 2000, M. P. Alfredo Beltrán Sierra.

- En el caso de la niñez se aumentan las posibilidades de vulneración por negligencia, descuido o desconocimiento. En este sentido, la Corte Constitucional ha señalado que:

Las obligaciones radicadas en las entidades y organismos, públicos y privados, que tienen a su cargo la seguridad social se intensifican y amplían en la medida en que estén de por medio la salud y la vida de los niños, por lo cual, tratándose de ellos, aumentan de modo considerable las posibilidades de su vulneración por negligencia, descuido o desconocimiento del nivel preferente al que han sido elevados por la propia Constitución.<sup>3</sup>

- Demora los trámites para otorgar o impedir el acceso a las pensiones.
- No se respetan los derechos adquiridos respecto a las pensiones por parte de las entidades encargadas de decretarlas.
- Hay incumplimiento de la dirección, coordinación y control conforme a los principios de eficiencia, universalidad y solidaridad. Por ejemplo: por discriminación, interrupción ilegal de la prestación del servicio por parte de la entidad prestadora del servicio, entre otros.
- No se actúa con celeridad ni se tiene en cuenta el principio de favorabilidad cuando se han cumplido los requisitos de ley respecto a las pensiones.
- No se adoptan las medidas dirigidas a favor de grupos discriminados, marginados o en situación de debilidad manifiesta. Por ejemplo, no se garantiza su acceso a foros de participación y decisión, lugares de capacitación o, en general, a beneficios que en condiciones ordinarias no estarían a su alcance.

### **El empleador vulnera el derecho a la seguridad social cuando:**

- No cancela las cotizaciones del empleado, ya sea porque no se han descontado o, descontadas, no son transferidas inmediatamente a la entidad de seguridad social.
- No afilia al personal al servicio de la seguridad social.
- Despide a una persona que se encuentra en situación de debilidad manifiesta (enfermedad), de forma unilateral, y con plena conciencia de que no está en condiciones de conseguir un nuevo trabajo, ni podrá renovar su vinculación como aportante al sistema de seguridad social.

## El derecho a una vivienda adecuada

Informe  
Relator Especial de  
las Naciones Unidas

### 1. Introducción

El derecho a una vivienda adecuada ha sido reconocido en instrumentos internacionales como la Declaración Universal de los Derechos Humanos (art. 25.1) y el Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales (PIDESC) (art. 11.1).

También ha sido reconocido en otros instrumentos internacionales centrados en la necesidad de proteger los derechos de determinados grupos. En este sentido, el derecho a una vivienda adecuada se encuentra consagrado en el apartado h) del párrafo 2 del artículo 14 de la Convención sobre la eliminación de todas las formas de discriminación contra la mujer (1979), en el párrafo 1 del artículo 16 y en el párrafo 3 del artículo 27 de la Convención sobre los derechos del niño (1989), el artículo 21 de la Convención sobre el estatuto de los refugiados (1951), en el párrafo 1 del artículo 17 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos (PIDCP) (1966), en el párrafo 1 del artículo 43 de la Convención Internacional sobre la protección de los derechos de todos los trabajadores migratorios y de sus familiares (1990), y en el inciso iii) del apartado e) del artículo 5 de la Convención Internacional sobre la eliminación de todas las formas de discriminación racial (1965).

**Aunque la Carta de la Organización de los Estados Americanos (OEA) de 1948, en su artículo 31 k) dispone que los Estados convienen en dedicar sus máximos esfuerzos al logro del objetivo de una vivienda adecuada para todos los sectores de la población, esta fórmula no llega a constituir un derecho legal a una vivienda adecuada. En el artículo 11 de la Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre se encuentra una cláusula similar al artículo 25 de la Declaración Universal de los Derechos Humanos. Sin embargo, ningún texto posterior de la OEA sobre derechos humanos ha reconocido explícitamente el derecho a la vivienda, incluido el Protocolo Adicional a la Convención Americana sobre Derechos Humanos en Materia de Derechos Económicos, Sociales y Culturales (...).<sup>1</sup>**

Si bien no son legalmente vinculantes, muchas declaraciones y recomendaciones internacionales contienen diversas referencias y disposiciones relativas a los derechos a la vivienda y a la tierra, así como a las condiciones de vida. Las siguientes son particularmente importantes: la Declaración de los derechos del niño (1959, principio 4), la Recomendación 115 de la Organización Internacional del Trabajo (OIT) sobre la vivienda de los trabajadores (1961, sec. II, párr. 2; sec. III, párr. 8.2 b); sec. VI, párr. 19; y sugerencias acerca de los métodos de aplicación, sec. I, párr. 5); la Declaración sobre el progreso y el desarrollo en lo social (1969, parte II, art. 10); la Declaración de los derechos de los impedidos (1975, art. 9); la Declaración de Vancouver sobre los asentamientos humanos (1976, sec. III.8 y cap. II.A3); la Declaración de la Unesco sobre la raza y los prejuicios raciales (1978, art. 9.2); la Recomendación 162 de la OIT sobre los trabajadores de edad (1980, sec. II, párr. 5 g)); y la Declaración sobre el derecho al desarrollo (1986, art. 8.1).<sup>2</sup>

El artículo 51 de la Constitución Política de Colombia (CP) consagra este derecho: “Todos los colombianos tienen derecho a vivienda digna. El Estado fijará las condiciones necesarias para hacer efectivo este derecho y promoverá planes de vivienda de interés social, sistemas adecuados de financiación a largo plazo y formas asociativas de ejecución de estos programas de vivienda”.

En Colombia, la vivienda digna es un derecho de desarrollo progresivo que sólo produce efectos cuando se cumplen algunas condiciones jurídicas y materiales con las cuales éste se hace posible, una vez dadas esas condiciones, este derecho toma fuerza vinculante y es sobre su contenido que se extiende la protección constitucional. Al respecto ha dicho la Corte Constitucional “(...) el derecho a la vivienda digna es más un derecho de carácter asistencial que debe ser desarrollado por el legislador y promovido por la administración, de conformidad con la ley para ser prestado directamente por ésta o a través de entes asociativos creados para tal fin, previa regulación legal.”<sup>3</sup>

El artículo 51 de la CP estipula una gama de principios rectores que son de obligatorio cumplimiento por parte de los poderes públicos. Como consecuencia se pueden señalar, entre otros, el artículo 350 que establece la prioridad del

- 1 Naciones Unidas, Informe del Relator Especial señor Rajindar Sachar, de la Subcomisión de prevención de discriminaciones y protección a las minorías sobre el derecho a una vivienda adecuada, E/CN.4/Sub.2/1993/15 del 22 de junio de 1993, párr. 33.
- 2 Naciones Unidas, Informe del Relator Especial, señor Miloon Kothari, sobre una vivienda adecuada, como elemento integrante del derecho a un nivel de vida adecuado, E/CN.4/2001/51 del 25 de enero de 2001, párrafo 20.
- 3 Corte Constitucional, sentencia T-251 de 1995, M. P. Vladimiro Naranjo Mesa.

gasto público social sobre cualquier otra asignación, y el 365 que establece como inherente a la finalidad social del Estado la prestación de los servicios públicos. De esto se desprende entonces que son los órganos vinculados normativamente los llamados a poner en práctica este tipo de principios rectores.

La norma constitucional ha sido desarrollada legalmente mediante:

- La Ley 9 de 1989 que regula distintas formas de legalización de los títulos para viviendas de interés social.
- Los decretos 663, 765 y 1971 de 1993 que establecen orientación de recursos del sistema financiero a la vivienda de interés social.
- La Ley 546 de 1999 (artículo 29) que señala la destinación de subsidios a la vivienda de interés social subsidiable.

## 2 El contenido del derecho a la vivienda adecuada

De conformidad con el párrafo 1 del artículo 11 del PIDESC, los Estados Partes “reconocen el derecho de toda persona a un nivel de vida adecuado para sí y para su familia, incluso alimentación, vestido y vivienda adecuados, y a una mejora continua de las condiciones de existencia”. Como ha señalado el Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales: “(...) Reconocido de este modo, el derecho humano a una vivienda adecuada tiene una importancia fundamental para el disfrute de todos los derechos económicos, sociales y culturales”.<sup>4</sup>

El derecho a la vivienda debe considerarse “como el derecho a vivir en seguridad, paz y dignidad en alguna parte (...) [no en un sentido restrictivo] que lo equipare, por ejemplo, con el cobijo que resulta del mero hecho de tener un tejado por encima de la cabeza...”.<sup>5</sup>

Como ha manifestado el Relator Especial de las Naciones Unidas: “(...) Interpretado conjuntamente con las múltiples connotaciones que implica la frase ‘una mejora continua de las condiciones de existencia’, el derecho a la vivienda reviste forzosamente dimensiones que rebasan con mucho el simple cobijo y el significado mínimo de ‘cuatro paredes y un techo’”.<sup>6</sup>

Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, Observación General No. 4, “El derecho a una vivienda adecuada”, párr. 1.

Ibid., párr. 7.

Naciones Unidas, Informe del Relator Especial señor Rajindar Sachar, sobre el derecho a una vivienda adecuada: informe sobre la marcha de los trabajos de la Subcomisión de Prevención de Discriminaciones y Protección a las Minorías, E/CN.4/Sub.2/1993/15 del 22 de junio de 1993, párr. 26.

La anterior interpretación tiene como base el hecho de que el derecho a la vivienda se deriva, al igual que el resto de los derechos reconocidos en el PIDESC, de la “dignidad inherente a la persona humana”, y de que la vivienda debe ser “adecuada”:

**(...) Como han reconocido la Comisión de Asentamientos Humanos y la Estrategia Mundial de Vivienda hasta el Año 2000 en su párrafo 5: el concepto de “vivienda adecuada”(...) significa disponer de un lugar donde poderse aislar si se desea, espacio adecuado, seguridad adecuada, iluminación y ventilación adecuadas, una infraestructura básica adecuada y una situación adecuada en relación con el trabajo y los servicios básicos, todo ello a un costo razonable.<sup>7</sup>**

Asimismo, el derecho a una vivienda “adecuada” constituye un derecho individual “(...) que crea en la sociedad una expectativa de que los gobiernos harán todo lo posible por garantizar este derecho a la población lo más rápidamente posible”.<sup>8</sup>

En este sentido, y tal y como señaló el Relator Especial de la subcomisión de prevención de discriminaciones y protección a las minorías, señor Rajindar Sachar, para determinar si una vivienda cumple con el “concepto de adecuación”, hay que remitirse a los siete componentes fundamentales de este derecho definidos por el Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales en su Observación General No. 4, párrafo 8: “(...) Considerados en su conjunto, estos componentes pueden constituir las garantías básicas que reconoce el derecho internacional a las personas que gozan del derecho a la vivienda”.<sup>9</sup>

Estos componentes, cuyo contenido se transcribe literalmente de la Observación General No. 4 del Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, son: 1) la seguridad jurídica de la tenencia; 2) la disponibilidad de servicios, materiales, facilidades e infraestructura; 3) gastos soportables; 4) habitabilidad; 5) asequibilidad; 6) lugar, y 7) adecuación cultural.

7 Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, Observación General No. 4, “El derecho a una vivienda adecuada”, párr. 7.

8 Naciones Unidas, Informe del Relator Especial señor Rajindar Sachar, de la Subcomisión de prevención de discriminaciones y protección de las minorías, sobre el derecho a una vivienda adecuada, E/CN.4/Sub.2/1993/15 del 22 de junio de 1993, párr. 27.

9 *Ibid.*, párr. 84.

- a) **La seguridad jurídica de la tenencia.** La tenencia adopta una variedad de formas, como el alquiler (público y privado), la vivienda en cooperativa, el arriendo, la ocupación por el propietario, la vivienda de emergencia y los asentamientos informales, incluida la ocupación de tierra o propiedad. Sea cual fuere el tipo de tenencia, todas las personas deben gozar de cierto grado de seguridad de tenencia que les garantice una protección legal contra el desahucio, el hostigamiento u otras amenazas. Por consiguiente, los Estados Partes deben adoptar inmediatamente medidas destinadas a conferir seguridad legal de tenencia a las personas y los hogares que en la actualidad carezcan de esa protección consultando a las personas y grupos afectados.
- b) **La disponibilidad de servicios, materiales, facilidades e infraestructura.** Una vivienda adecuada debe contener ciertos servicios indispensables para la salud, la seguridad, la comodidad y la nutrición. Todos los beneficiarios del derecho a una vivienda adecuada deberían tener acceso permanente a recursos naturales y comunes, a agua potable, a energía para la cocina, la calefacción y el alumbrado, a instalaciones sanitarias y de aseo, de almacenamiento de alimentos, de eliminación de desechos, de drenaje y a servicios de emergencia.

[Tanto el Relator Especial sobre el derecho a una vivienda adecuada como el Relator Especial sobre el derecho de todos a disponer de agua potable y servicios de saneamiento, han reforzado la vinculación entre el derecho al agua potable y a servicios de saneamiento, y el derecho a una vivienda adecuada].<sup>10</sup>

- e) **Gastos soportables.** Los gastos personales o del hogar, que entraña la vivienda, deberían ser de un nivel que no impidiera ni comprometiera el logro y la satisfacción de otras necesidades básicas. Los Estados Partes deberían adoptar medidas para garantizar que el porcentaje de los gastos de vivienda sean, en general, compensados con los niveles de ingreso. Los Estados Partes deberían crear subsidios para los que no

Naciones Unidas, Informe del Relator Especial señor Miloon Kothari, sobre la vivienda adecuada como elemento integrante del derecho a un nivel de vida adecuado, E/CN.4/2001/51 del 25 de enero de 2001, párr. 62. Informe del Relator Especial señor El Hadji Guissé, sobre el derecho de todos a disponer de agua potable y servicios de saneamiento, E/CN.4/Sub.2/1998/7 del 10 de junio de 1998, párr. 22.

pueden costearse una vivienda, así como formas y niveles de financiación que correspondan adecuadamente a las necesidades de vivienda. De conformidad con el principio de la posibilidad de costear la vivienda, se debería proteger por medios adecuados a los inquilinos contra aumentos desproporcionados de los alquileres. En las sociedades en que los materiales naturales constituyen las principales fuentes para la construcción de vivienda, los Estados Partes deberían adoptar medidas para garantizar la disponibilidad de esos materiales.

- d) **Habitabilidad.** Una vivienda adecuada debe ser habitable, en el sentido de poder ofrecer espacio adecuado a sus ocupantes y de protegerlos del frío, la humedad, el calor, la lluvia, el viento u otras amenazas para la salud, de riesgos estructurales y de vectores de enfermedad. Debe garantizar también la seguridad física de los ocupantes. El Comité exhorta a los Estados Partes a que apliquen ampliamente los Principios de Higiene de la Vivienda\* preparados por la Organización Mundial de la Salud (OMS), que consideran la vivienda como el factor ambiental que con más frecuencia está relacionado con las condiciones que favorecen las enfermedades en los análisis epidemiológicos; dicho de otro modo, una vivienda y unas condiciones de vida inadecuadas y deficientes se asocian invariablemente a tasas de mortalidad y morbilidad más elevadas.
- e) **Asequibilidad.** La vivienda adecuada debe ser asequible a los que tengan derecho [sic]. Debe concederse, a los grupos en situación de desventaja, un acceso pleno y sostenible a los recursos adecuados para conseguir una vivienda. Debería garantizarse cierto grado de consideración prioritaria en la esfera de la vivienda a los grupos desfavorecidos como las personas de edad, los niños, los incapacitados físicos, los enfermos terminales, los individuos VIH positivos, las personas con problemas médicos persistentes, los enfermos mentales, las víctimas de desastres naturales, las personas que viven en zonas donde suelen producirse desastres, y otros grupos de personas. Tanto las disposiciones como la política en materia de vivienda deben tener en cuenta las necesidades especiales de esos grupos. En muchos Estados Partes, el mayor acceso a la tierra de sectores desprovistos de ella o empobrecidos de la sociedad debería ser el centro del objetivo de la política. Los Estados

\*

Ginebra, Organización Mundial de la Salud, 1990.

deben asumir obligaciones destinadas a apoyar el derecho de todos a un lugar seguro para vivir en paz y dignidad, incluido el acceso a la tierra como derecho.

- f) **Lugar.** La vivienda adecuada debe encontrarse en un lugar que permita el acceso a las opciones de empleo, los servicios de atención de la salud, centros de atención para niños, escuelas y otros servicios sociales. Esto es particularmente cierto en ciudades grandes y zonas rurales donde los costos temporales y financieros para llegar a los lugares de trabajo y volver de ellos puede imponer exigencias excesivas en los presupuestos de las familias pobres. De manera semejante, la vivienda no debe construirse en lugares contaminados ni en la proximidad inmediata de fuentes de contaminación que amenazan el derecho a la salud de los habitantes.
- g) **Adecuación cultural.** La manera en que se construye la vivienda, los materiales de construcción utilizados y las políticas en que se apoyan deben permitir la expresión de la identidad cultural y la diversidad de la vivienda. Las actividades vinculadas al desarrollo o la modernización en la esfera de la vivienda deben velar por que no se sacrifiquen las dimensiones culturales de la vivienda y por que se aseguren, entre otros, los servicios tecnológicos modernos.<sup>11</sup>

Además del anterior análisis que debe realizarse para determinar si una vivienda es adecuada o no, conviene tener siempre presente que el derecho a una vivienda adecuada:

(...) no puede considerarse aisladamente de los demás derechos que figuran en los dos Pactos Internacionales y otros instrumentos internacionales aplicables. Ya se ha hecho referencia a este respecto al concepto de la dignidad humana y al principio de no discriminación. Además, el pleno disfrute de otros derechos tales como el derecho a la libertad de expresión y de asociación (como para los inquilinos y otros grupos basados en la comunidad), de elegir la residencia, y de participar en la adopción de decisiones, son indispensables si se ha de realizar y mantener el derecho a una vivienda adecuada para todos los grupos de la sociedad. De manera semejante, el derecho a no ser sujeto a interfe-

Observación General  
Comité de Derechos  
Económicos, Sociales  
y Culturales

**rencia arbitraria o ilegal en la vida privada, la familia, el hogar o la correspondencia, constituye una dimensión muy importante al definir el derecho a una vivienda adecuada.<sup>12</sup>**

En Colombia el derecho a la vivienda digna, consagrado en el artículo 51 de la CP, es un derecho objetivo que requiere desarrollo legal<sup>13</sup> y no otorga a la persona un derecho subjetivo que pueda exigirse al Estado de forma directa o inmediata sino progresiva para su completa satisfacción.

El artículo 51 de la Carta consagra el derecho a la vivienda digna. La Corte Constitucional no ha sido unívoca en el tratamiento de este derecho pues

**(...) en algunas ocasiones ha destacado una naturaleza fundamental<sup>\*</sup> y, por lo mismo, susceptible de protección directa mediante la tutela. En otras, le ha asignado una calidad prestacional, de manera que está sujeta a desarrollos progresivos<sup>\*\*</sup>, razón por la cual de él no se derivan derechos subjetivos,<sup>\*\*\*</sup> aunque puede ser protegido mediante tutela cuando opera el factor de conexidad<sup>\*\*\*\*</sup> o se afecte el mínimo vital.<sup>\*\*\*\*\*</sup>**

**(...) De ahí que pueda afirmarse que todo colombiano tiene derecho a que el Estado respete el ejercicio de su derecho y que le proteja contra todo aquel que pretenda desconocerlo. Tal es el caso analizado en la sentencia T-172 de 1997, en el cual unas mujeres solicitaban que no fueran desalojadas del sitio de habitación. En dicha oportunidad, el Estado no estaba realizando un acto calificable de prestacional, sino que se buscaba que se protegieran derechos (o, mejor, supuestos derechos).**

**Caso distinto es lo concerniente al resto de la norma constitucional. En ella se establecen obligaciones que claramente aluden a aspectos de**

12 Ibid., párr. 9.  
 13 Puede verse la Ley 546 de 1999, "por la cual se dictan normas en materia de vivienda, se señalan los objetivos y criterios generales a los cuales debe sujetarse el gobierno nacional para regular un sistema especializado para su financiación, se crean instrumentos de ahorro destinados a dicha financiación, se dictan medidas relacionadas con los impuestos y otros costos vinculados a la construcción y negociación de vivienda y se expiden otras disposiciones."  
 \* Corte Constitucional, sentencia T-172 de 1997, M. P. Vladimiro Naranjo Mesa.  
 \*\* Corte Constitucional, sentencias T-495 de 1995, M. P. Vladimiro Naranjo Mesa; C-383 de 1999, M. P. Alfredo Beltrán Sierra; C-955 de 2000, M. P. Vladimiro Naranjo Mesa.  
 \*\*\* Corte Constitucional, sentencia T-495/95, M. P. Vladimiro Naranjo Mesa.  
 \*\*\*\* Corte Constitucional, sentencia T-617 de 1995, M. P. Alejandro Martínez Caballero.  
 \*\*\*\*\* Aspecto que se infiere de la sentencia C-217 de 1999, M. P. Eduardo Cifuentes Muñoz.

**desarrollo progresivo del derecho: fijar condiciones para hacer realidad el derecho; promoción de planes para atender a la población más pobre; diseño de sistemas de financiación adecuados; promoción de ciertas formas de ejecución de los planes de vivienda. En suma, puede sostenerse que la Constitución fija las bases para una política de vivienda que, naturalmente, deben conducir a que todos los colombianos puedan disfrutar del derecho en cuestión.** \* <sup>14</sup>

La vivienda debe ser acorde con la dignidad de las personas, como ha sostenido la Corte Constitucional:

**(...) El derecho a la vivienda digna, debe observarse, no se reduce a un derecho a ser propietario de la vivienda en la que se habita. Ello constituye una de las opciones, claramente vinculado a los planes de financiación a largo plazo. Por el contrario, la vivienda digna se proyecta sobre la necesidad humana de disponer de un sitio de vivienda, sea propio o ajeno, que reviste las características para poder realizar de manera digna el proyecto de vida.** <sup>15</sup>

**(...) la dignidad adquiere exigibilidad como elemento normativo del derecho a la vivienda. No exclusivamente la adquisición de vivienda sino vivienda acorde con el valor de la persona humana, proyecto de vida plena libre y autorrealizada, es el fin buscado por el Constituyente en el artículo 51 de la Constitución.** <sup>16</sup>

Existe una relación directa entre el derecho a la vivienda digna y la debida prestación de servicios públicos; al respecto se refiere la Corte Constitucional al decidir sobre un caso en que se otorgan licencias de construcción en Cartagena:

**(...) la responsabilidad en el otorgamiento de una licencia de construcción, implica, por parte de las autoridades administrativas, un estudio previo y juicioso respecto de la posibilidad de garantizar la debida prestación de los servicios necesarios para gozar, por lo menos, del derecho a una vivienda digna, según los términos del artículo 51 constitucional.**

Jurisprudencia  
Corte Constitucional

Jurisprudencia  
Corte Constitucional

Corte Constitucional, sentencia C-995 de 2000, M. P. Vladimiro Naranjo Mesa.  
Corte Constitucional, sentencia T-958 de 2001, M. P. Eduardo Montealegre Lynett.  
Ibid.  
Corte Constitucional, sentencia T-308 de 1993, M. P. Eduardo Cifuentes Muñoz.

\*  
14  
15  
16

**Por ello, la Sala encuentra censurable el hecho de que en Cartagena de Indias se otorguen licencias de construcción en forma descontrolada, afectando no sólo a los moradores de los barrios ya mencionados, sino a los habitantes de toda la ciudad.**<sup>17</sup>

### **3 El alcance de las obligaciones asumidas por los Estados**

Como ocurre respecto al resto de derechos económicos, sociales y culturales, al ratificar el PIDESC los Estados asumen una serie de obligaciones legales generales y otras específicas, en relación con el derecho a la vivienda.

#### **3.1. Obligaciones legales de carácter general**

Conforme al artículo 2.1 del PIDESC, los Estados Partes se comprometen a adoptar medidas, especialmente económicas y técnicas, hasta el máximo de los recursos de que disponen para lograr la progresiva efectividad de los derechos reconocidos en este instrumento internacional.

Según el Relator Especial señor Rajindar Sachar, en este artículo del PIDESC existen tres frases de trascendental importancia que delimitan el alcance de las obligaciones de los Estados, a saber: a) “(...) ‘se compromete a adoptar medidas (...) por todos los medios apropiados’, b) ‘hasta el máximo de los recursos de que disponga’ y c) ‘para lograr progresivamente’(...)”<sup>18</sup>

A) “SE COMPROMETE A ADOPTAR MEDIDAS (...) POR TODOS LOS MEDIOS APROPIADOS”

El Relator Especial ha indicado que esta obligación tiene un carácter inmediato, por lo que al ratificar el PIDESC los Estados deben realizar “(...) una revisión legislativa exhaustiva de todas las leyes pertinentes con la finalidad de ajustar las leyes nacionales a las obligaciones jurídicas internacionales (...)”<sup>19</sup>

Conforme a la jurisprudencia del Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, en muchos casos la adopción de medidas legislativas es muy

17 Corte Constitucional, sentencia T-366 de 1993, M. P. Vladimiro Naranjo Mesa.

18 Naciones Unidas, Informe del Relator Especial señor Rajindar Sachar, de la Subcomisión de prevención de discriminaciones y protección a las minorías, sobre el derecho a una vivienda adecuada, E/CN.4/Sub.2/1993/15 del 22 de junio de 1993, párr. 48.

19 Ibid., párr. 49. Este punto fue reiterado por la Comisión de Asentamientos Humanos de las Naciones Unidas en mayo de 1993, en su 14º periodo de sesiones, en una resolución titulada “El derecho humano a una vivienda adecuada”.

conveniente y en algunos casos indispensable para la realización de cada uno de los derechos consagrados en el PIDESC. Sin embargo, el Comité ha hecho hincapié en que la mera aprobación de estas medidas no agota las obligaciones de los Estados Partes. La frase “por todos los medios apropiados” ha sido interpretada ampliamente en el sentido de que, además de las medidas legislativas, también se deben adoptar medidas administrativas, judiciales, económicas, sociales y educativas.<sup>20</sup>

Adicionalmente, “(...) Los Estados Partes también tienen la obligación de establecer políticas y fijar prioridades acordes con el Pacto, basándose en la situación real de los derechos en cuestión. La evaluación regular del progreso de tales medidas y la provisión de recursos eficaces, jurídicos o de otra índole, son otros tantos medios apropiados”.<sup>21</sup>

Concretamente en relación con el derecho a la vivienda, el Relator Especial ha señalado que:

**(...), parecería que los Estados tienen la obligación de adoptar una estrategia nacional de vivienda en que se definan los objetivos para el desarrollo de las condiciones de vivienda, determine los recursos disponibles para alcanzar estos objetivos y la forma más rentable de emplearlos, y en que se expongan las responsabilidades y el plazo para la aplicación de las medidas del caso. De conformidad con la legislación sobre derechos humanos, estas estrategias deberán reflejar consultas extensas y auténticas con todos los sectores sociales, incluidas las personas sin hogar, personas que tengan una vivienda inadecuada, sus representantes y organizaciones, y de la participación de estos grupos.**

**Es necesario tomar medidas adicionales para garantizar una coordinación eficaz entre los ministerios nacionales correspondientes y las autoridades regionales y locales a fin de ajustar las políticas conexas (financieras, agrícolas, ambientales, energéticas, etc.) a las obligaciones que dimanarían del artículo 11 del Pacto.**<sup>22</sup>

Informe  
Relator Especial de  
las Naciones Unidas

Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, Observación General No. 3, “La índole de las obligaciones de los Estados Partes”, párrs. 4 a 7. 20

Naciones Unidas, Informe del Relator Especial señor Rajindar Sachar, de la Subcomisión de prevención de discriminaciones y protección a las minorías, sobre el derecho a una vivienda adecuada, E/CN.4/Sub.2/1993/15 del 22 de junio de 1993, párr. 51. 21

Ibid., párrs. 52 y 53. 22

## B) “HASTA EL MÁXIMO DE LOS RECURSOS DE QUE DISPONGA”

A pesar de que en la práctica este principio es el más invocado por los Estados para justificar el incumplimiento de los derechos económicos, sociales y culturales, conviene tener presente que, “(...) [a]ún cuando los ‘recursos de que disponga’ [un Estado] sean evidentemente inadecuados, los gobiernos deberán tratar de garantizar el disfrute más amplio posible de los derechos pertinentes bajo las circunstancias existentes”.<sup>23</sup>

Además, conforme a la doctrina del Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, incluso en momentos de grave contracción económica, causada por cualquier motivo, los Estados tienen la obligación “(...) de proteger a los miembros vulnerables de la sociedad mediante la adopción de programas de relativo bajo costo”(...).<sup>24</sup>

Concretamente, y en relación con el derecho a la vivienda, el Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales ha señalado que:

**11. Los Estados Partes deben otorgar la debida prioridad a los grupos sociales que viven en condiciones desfavorables concediéndoles una atención especial. Las políticas y la legislación, en consecuencia, no deben ser destinadas a beneficiar a los grupos sociales ya aventajados a expensas de los demás. El Comité tiene conciencia de que factores externos pueden afectar al derecho a una continua mejora de las condiciones de vida y que en muchos Estados Partes las condiciones generales de vida se han deteriorado durante el decenio de 1980. Sin embargo, como lo señala el Comité en su Observación General No. 2 (1990) (E/1990/23, anexo III), a pesar de los problemas causados externamente, las obligaciones dimanantes del Pacto continúan aplicándose y son quizás más pertinentes durante tiempos de contracción económica. Por consiguiente, parece al Comité que un deterioro general en las condiciones de vida y vivienda, que sería directamente atribuible a las decisiones de política general y a las medidas legislativas de los Estados Partes, y a falta de medidas compensatorias concomitantes, contradiría las obligaciones dimanantes del Pacto.**

23 Ibid., párrs. 54 y 55.

24 Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, Observación General No. 3, “La índole de las obligaciones de los Estados Partes”, párr. 12.

**12. Si bien los medios más apropiados para lograr la plena realización del derecho a la vivienda adecuada variarán inevitablemente de un Estado Parte a otro, el Pacto claramente requiere que cada Estado Parte tome todas las medidas que sean necesarias con ese fin. Esto requerirá casi invariablemente la adopción de una estrategia nacional de vivienda que, como lo afirma la Estrategia Mundial de Vivienda en su párrafo 32, “define los objetivos para el desarrollo de condiciones de vivienda, determina los recursos disponibles para lograr dichos objetivos y busca la forma más efectiva de utilizar dichos recursos, en función del costo, además de lo cual establece las responsabilidades y el calendario para la ejecución de las medidas necesarias”. Por razones de pertinencia y eficacia, así como para asegurar el respeto de los demás derechos humanos, tal estrategia deberá reflejar una consulta extensa con todas las personas afectadas y su participación, incluidas las personas que no tienen hogar, las que están alojadas inadecuadamente y sus representantes. Además, deben adoptarse medidas para asegurar la coordinación entre los ministerios y las autoridades regionales y locales con objeto de conciliar las políticas conexas (economía, agricultura, medio ambiente, energía, etc.) con las obligaciones dimanantes del artículo 11 del Pacto.**<sup>25</sup>

En los supuestos en los que los Estados aleguen la falta de cumplimiento de sus obligaciones mínimas debido a la falta de recursos disponibles, éstos deberán “(...) demostrar que han realizado todo esfuerzo para utilizar todos los recursos que están a su disposición en un esfuerzo por satisfacer, con carácter prioritario, esas obligaciones mínimas”.<sup>26</sup>

Respecto al derecho a la vivienda, “(...) los Estados tienen la obligación de demostrar que, en su conjunto, las medidas que se están adoptando bastan para realizar el derecho a una vivienda adecuada de todos los individuos en el más breve plazo posible con el máximo de los recursos disponibles”.<sup>27</sup>

Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, Observación General No. 4, “El derecho a una vivienda adecuada”, párrs. 11 y 12. 25

Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, Observación General No. 3, “La índole de las obligaciones de los Estados Partes”, párr. 10. 26

Naciones Unidas, Informe del Relator Especial señor Rajindar Sachar, de la Subcomisión de prevención de discriminaciones y protección a las minorías, sobre el derecho a una vivienda adecuada, E/CN.4/Sub.2/1993/15 del 22 de junio de 1993, párr. 57. 27

c) “PARA LOGRAR PROGRESIVAMENTE”

Tal y como señaló el Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, el concepto de progresiva efectividad impone a los Estados la obligación de avanzar de la forma más expedita y eficaz posible con miras a lograr la plena realización de todos los derechos consagrados en el PIDESC.<sup>28</sup> Sin embargo, conviene tener presente que el PIDESC impone a los Estados la obligación de adoptar medidas no sólo progresivas sino también inmediatas, como por ejemplo, la adopción de medidas legislativas en relación con las cláusulas de no discriminación del Pacto.<sup>29</sup>

Conforme al criterio expresado por el Relator Especial sobre el derecho a una vivienda adecuada, el concepto de progresiva efectividad respecto al derecho en cuestión debe “(...) interpretarse a la luz del párrafo 1 del artículo 11 del Pacto, en particular, las palabras ‘un nivel de vida adecuado’ y ‘una mejora continua de las condiciones de existencia’ ”.<sup>30</sup> En definitiva, la obligación de realización progresiva “(...) exige una utilización eficaz de los recursos disponibles, tanto de fuentes nacionales como externas”.<sup>31</sup>

Consecuentemente, cualquier medida deliberada de carácter regresivo deberá “(...) justificarse plenamente por referencia a la totalidad de derechos previstos en el Pacto y en el contexto del aprovechamiento pleno del máximo de los recursos de que disponga”.<sup>32</sup>

En este aspecto del logro progresivo del disfrute del derecho a una vivienda digna, la Corte Constitucional ha sostenido que:

**(...) la Constitución establece el “derecho a vivienda digna” como uno de los derechos sociales y económicos de los colombianos, el cual, desde luego, no puede por su propia índole ser de realización inmediata sino progresiva. Por ello, el constituyente ordena al Estado la fijación**

Jurisprudencia  
Corte Constitucional

- 28 Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, Observación General No. 3, párr. 9. Naciones Unidas, Informe del Relator Especial señor Rajindar Sachar, de la Subcomisión de prevención de discriminaciones y protección a las minorías, sobre el derecho a una vivienda adecuada, E/CN.4/Sub.2/1993/15 del 22 de junio de 1993, párrafo 58.
- 29 Naciones Unidas, Informe del Relator Especial señor Rajindar Sachar, de la Subcomisión de prevención de discriminaciones y protección a las minorías, sobre el derecho a una vivienda adecuada, E/CN.4/Sub.2/1993/15 del 22 de junio de 1993, párr. 58.
- 30 Ibid.
- 31 Ibid., párr. 59.
- 32 Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, Observación General No. 3, “La índole de las obligaciones de los Estados Partes”, párr. 9.

de “las condiciones necesarias para hacer efectivo este derecho”, así como el promover “planes de vivienda de interés social”, y “sistemas adecuados de financiación a largo plazo.”<sup>33</sup>

D) “UNA OBLIGACIÓN BÁSICA MÍNIMA”

Como se señaló en el Capítulo XIX, numeral 2.3 de este Manual al ratificar el PIDESC cada Estado Parte, independientemente de su nivel de desarrollo económico, tiene la obligación mínima de garantizar la satisfacción, por lo menos, de los niveles esenciales o mínimos de cada uno de los derechos consagrados en este instrumento.<sup>34</sup>

Respecto a las obligaciones mínimas en el ámbito del derecho a la vivienda adecuada, el Relator Especial recuerda lo indicado por el Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales en su Observación General No. 3: “(...) un Estado Parte en el que un número importante de individuos esté privado de abrigo y vivienda básicos *prima facie* no está cumpliendo sus obligaciones en virtud del Pacto”(...).<sup>35</sup>

Respecto a las obligaciones de carácter general del Estado colombiano, se transcriben apartes de un caso en que la Corte Constitucional definió claramente estas obligaciones que emanan de la Constitución:

**(...) la Corte Constitucional insiste en que los valores de la dignidad humana y de la solidaridad, así como el principio de prevalencia del derecho sustancial y el postulado de la eficacia de la gestión pública son infinitamente superiores a los aspectos de índole puramente adjetiva y al trámite burocrático, de tal modo que las obligaciones sociales del Estado, contempladas en el artículo 2° de la Constitución, no pueden supeditarse a la nimiedad del formalismo, ni postergarse indefinidamente, por esa misma causa, la cristalización de objetivos que inciden en los derechos fundamentales.**

Jurisprudencia  
Corte Constitucional

Corte Constitucional, sentencia C-383 de 1999, M. P. Alfredo Beltrán Sierra. 33  
 Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, Observación General No. 3, “La índole de las obligaciones de los Estados Partes”, párrs. 10 y 11. 34  
 Naciones Unidas, Informe del Relator Especial señor Rajindar Sachar, de la Subcomisión de prevención de discriminaciones y protección a las minorías, sobre el derecho a una vivienda adecuada, E/CN.4/Sub.2/1993/15 de 22 de junio de 1993, párr. 60. 35

El ejercicio sensato de la función administrativa implica el establecimiento de prioridades y la adopción oportuna de medidas idóneas para evitar que los fines esenciales del Estado resulten entorpecidos por la omisión o la desidia de servidores públicos o por el incumplimiento o el descuido de particulares que contratan con las entidades públicas.

(...) el artículo 1° de la Carta, y que proclama una responsabilidad estatal mucho más ligada a la obtención de resultados favorables a la satisfacción de las necesidades primarias de la comunidad y de los asociados, dentro del orden jurídico, que al encasillamiento formal de sus actuaciones en los moldes normativos.

(...) el artículo 13 CP, cuando al establecer el postulado de la igualdad real y efectiva, obliga al Estado a promover las condiciones de equilibrio y a adoptar medidas en favor de grupos discriminados o marginados, protegiendo especialmente a aquellas personas que por su condición económica, física o mental, se encuentren en circunstancias de debilidad manifiesta.

A ello se agrega, en el actual sistema jurídico, el principio de solidaridad, contemplado en los artículos 1 y 95 de la Constitución Política, al que están obligados los particulares pero que es primordialmente exigible al Estado, si bien no bajo una concepción paternalista que establezca una dependencia absoluta.

(...) el Estado –que tiene a cargo de manera prioritaria, la responsabilidad de fijar las condiciones necesarias para hacer efectivo el derecho de todos los colombianos a una vivienda digna y de promover planes de vivienda de interés social (artículo 51 CP)– no puede presenciar indolente la situación de un grupo humano que carece de recursos para sostener en pie las modestas construcciones que constituyen las viviendas de sus integrantes cuando ellas amenazan ruina por sus deficiencias de construcción y por el transeurso del tiempo.

A juicio de la Corte, en casos como el que se considera, la determinación de iniciar un plan encaminado a remodelar parte del casco urbano de Anzoátegui, reconstruyendo sesenta (60) casas en peligro de destrucción por descuido, no correspondía a una actitud de benevolencia de la administración, sino que era su obligación perentoria, derivada de los principios constitucionales enunciados.

**Pero, además, no se trataba solamente de iniciar un conjunto de obras, sino de terminarlas, con arreglo a los principios de eficacia, celeridad e igualdad que, entre otros, inspiran la función administrativa, puesta al servicio de los intereses generales, según el artículo 209 de la Constitución.**<sup>36</sup>

### 3.2 Obligaciones legales de carácter específico

Según el Relator Especial sobre el derecho a una vivienda adecuada, las obligaciones legales de carácter específico que asumen en este ámbito los Estados son: 1) la de reconocer; 2) la de respetar; 3) la de promover y 4) la de realizar.<sup>37</sup>

#### ■ LA OBLIGACIÓN DE “RECONOCER”

Esta obligación implica que todos los Estados Partes del PIDESC deben reconocer el derecho a la vivienda como un derecho humano y, consecuentemente, garantizar que no se adopte ninguna medida para debilitar la fuerza jurídica de este derecho.<sup>38</sup>

Además, y dado que las medidas legislativas junto con políticas apropiadas encaminadas hacia la realización progresiva del derecho a la vivienda forman parte de esta obligación, “(...) todas las políticas en vigor que redunden claramente en menoscabo de la interpretación legal dada al derecho a la vivienda deberán ser revocadas o modificadas”(...).<sup>39</sup>

Igualmente, los Estados deben incorporar el derecho a la vivienda tanto en los objetivos de desarrollo del Estado, como en la adopción de estrategias nacionales y locales tendientes a la realización del derecho a la vivienda, a través de la fijación de metas específicas.<sup>40</sup>

Por último, la obligación de reconocer el derecho a la vivienda “(...) significa que los Estados deben adoptar medidas para evaluar hasta qué punto la población ya goza de este derecho en un momento determinado. Y sobre todo, los

Corte Constitucional, sentencia T-309 de 1995, M. P. José Gregorio Hernández Galindo.	36
Naciones Unidas, Informe del Relator Especial señor Rajindar Sachar, de la Subcomisión de prevención de discriminaciones y protección a las minorías, sobre el derecho a una vivienda adecuada, E/CN.4/Sub.2/1993/15 del 22 de junio de 1993, párr. 61.	37
Ibid., párr. 62.	38
Ibid., párr. 63.	39
Ibid.	40

Estados deben tratar de determinar el grado en que no se disfruta de este derecho y dirigir políticas y leyes en materia de vivienda hacia el logro de este derecho para todos a la brevedad posible”.<sup>41</sup> En este sentido, los Estados deben prestar especial atención y dar la debida prioridad a los grupos sociales que vivan en condiciones inadecuadas.<sup>42</sup>

■ LA OBLIGACIÓN DE “RESPETAR”

Esta obligación impone a los Estados Partes del PIDESC la obligación de no tomar ninguna medida que impida a las personas satisfacer este derecho, cuando por sí solas o en asociación con otras, puedan hacerlo. “(...) En este contexto, los Estados estarían obligados a no poner obstáculos al pleno goce del derecho a la participación popular de los beneficiarios del derecho a la vivienda, así como a los derechos fundamentales de organización y reunión”.<sup>43</sup>

La obligación de “respetar” implica que los Estados no pueden llevar a cabo desalojos forzosos o arbitrarios.<sup>44</sup>

**A fin de proteger el derecho a la vivienda de los ciudadanos contra ciertos actos, como los desalojamientos forzosos, los gobiernos deberán adoptar medidas inmediatas para garantizar la seguridad de la ocupación a las personas y familias que actualmente carezcan de esa protección / Véase la resolución 1993/77 de la Comisión de Derechos Humanos sobre desalojamientos forzosos (aprobada el 10 de marzo de 1993) en que la Comisión, entre otras cosas, “Afirma que la práctica de los desalojamientos forzosos constituye una violación grave de los derechos humanos, en particular del derecho a una vivienda adecuada” e insta “a los gobiernos a que concedan una seguridad jurídica de tenencia a todas las personas que están actualmente amenazadas de desalojamiento forzoso”. Asimismo, deberán adoptarse medidas efectivas para proteger a los residentes contra la discriminación, hostigamiento, privación de servicios u otras amenazas.**<sup>45</sup>

41 Ibid., párr. 64.  
42 Ibid., párr. 65.  
43 Ibid., párr. 66.  
44 Ibid., párr. 67.  
45 Ibid., párr. 70.

Según la doctrina del Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales,

**(...), el término “desalojos forzosos” se define como el hecho de hacer salir a personas, familias y/o comunidades de los hogares y/o las tierras que ocupan, en forma permanente o provisional, sin ofrecerles medios apropiados de protección legal o de otra índole ni permitirles su acceso a ellos. Sin embargo, la prohibición de los desalojos forzosos no se aplica a los desalojos forzosos efectuados legalmente y de acuerdo con las disposiciones de los Pactos Internacionales de Derechos Humanos.**<sup>46</sup>

Con base en la obligación que asumen los Estados Partes del PIDESC de utilizar “todos los medios apropiados” para promover los derechos protegidos en el Pacto (art. 2.1 PIDESC), los Estados deben dictar la legislación necesaria para crear un sistema de protección eficaz contra los desalojos forzosos, que se aplique a todos los agentes que actúan bajo la autoridad del Estado o que responden ante él. Esta legislación, según la doctrina del Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales: “(...), debería comprender medidas que: a) brinden la máxima seguridad de tenencia posible a los ocupantes de viviendas y tierras, b) se ajusten al Pacto y c) regulen estrictamente las circunstancias en que se puedan llevar a cabo los desalojos”(…).<sup>47</sup>

Para evitar o minimizar la necesidad de recurrir al uso de la fuerza, antes de que se lleve a cabo cualquier desalojo forzado, sobre todo cuando afectan a gran cantidad de personas, los Estados “(...) deberían velar porque se estudien en consulta con los interesados todas las demás posibilidades”(…).<sup>48</sup> Cuando se considere que el desalojo está justificado, se debería llevar a cabo respetando las normas internacionales de derechos humanos y los principios generales de la razón y la proporcionalidad.

**(...) A este respecto, cabe recordar en particular la Observación General No. 16 del Comité de Derechos Civiles y Políticos que señala que la injerencia en el domicilio de una persona sólo puede tener lugar “en los casos previstos en la ley”. El Comité observó que en tales casos la ley debía “conformarse a las disposiciones, propósitos y objetivos del**

Observación General  
Comité de Derechos  
Económicos, Sociales  
y Culturales

Observación General  
Comité de Derechos  
Económicos, Sociales  
y Culturales

Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, Observación General No. 7, “El derecho a una vivienda adecuada: los desalojos forzosos”, párr. 3. 46  
Ibid., párr. 9. 47  
Ibid., párr. 13. 48

**Pacto”. El Comité señaló también que “en la legislación pertinente se deben especificar con detalle las circunstancias precisas en que podrán autorizarse esas injerencias”.<sup>49</sup>**

A juicio del Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, entre las garantías procesales que se deberían aplicar en el contexto de los desalojos forzados, figuran:

- a) una auténtica oportunidad de consultar a las personas afectadas;**
- b) un plazo suficiente y razonable de notificación a todas las personas afectadas con antelación a la fecha prevista para el desalojo;**
- c) facilitar a todos los interesados, en un plazo razonable, información relativa a los desalojos previstos y, en su caso, a los fines a que se destinan las tierras o las viviendas;**
- d) la presencia de funcionarios del gobierno o sus representantes en el desalojo, especialmente cuando éste afecte a grupos de personas;**
- e) identificación exacta de todas las personas que efectúen el desalojo;**
- f) no efectuar desalojos cuando haga muy mal tiempo o de noche, salvo que las personas afectadas den su consentimiento;**
- g) ofrecer recursos jurídicos; y**
- h) ofrecer asistencia jurídica siempre que sea posible a las personas que necesiten pedir reparación a los tribunales.<sup>50</sup>**

En ningún caso, los desalojos deben dar como resultado que personas se queden sin vivienda o expuestas a violaciones de otros derechos humanos. Por este motivo, cuando los afectados de un desalojo no dispongan de recursos, “(...) el Estado Parte deberá adoptar todas las medidas necesarias, en la mayor medida que permitan sus recursos, para que se proporcione otra vivienda, reasentamiento o acceso a tierras productivas, según proceda”.<sup>51</sup>

■ LA OBLIGACIÓN DE “PROTEGER”

Otra obligación que asumen los Estados al ratificar el PIDESC es la de impedir la posible violación de este derecho por medio de terceros (intereses

49 Ibid., párr. 14.

50 Ibid., párr. 15.

51 Ibid., párr. 16.

económicos más poderosos, propietarios, empresas urbanizadoras, vecinos y otros), garantizando el acceso a recursos legales (mecanismos judiciales, cuasijudiciales, administrativos o políticos)<sup>52</sup> para obtener reparación por cualquier violación cometida, e impedir futuros agravios.<sup>53</sup>

**Los Estados también deberán adoptar medidas para garantizar que los gastos por concepto de vivienda de los individuos, familias y hogares sean proporcionados a los ingresos y que los gastos de vivienda nunca sean tan elevados que pongan en peligro la satisfacción de otras necesidades básicas. Se debe establecer un sistema de subsidios de vivienda para los sectores de la sociedad incapaces de costear o tener acceso a una vivienda adecuada, y se debe proteger a los inquilinos contra aumentos injustificados o imprevistos de alquiler.**<sup>54</sup>

■ LA OBLIGACIÓN DE “PROMOVER”

Esta obligación exige que los Estados apliquen “(...) una serie de medidas activas, incluido el reconocimiento de este derecho en la legislación nacional, la incorporación del contenido del derecho a la vivienda en las políticas de vivienda y de otro tipo y la identificación de ‘puntos de referencia’ claros para la realización de este derecho por todos los sectores de la sociedad, especialmente los menos favorecidos”.<sup>55</sup>

La Corte Constitucional, al referirse a la disposición constitucional respecto a la promoción de “planes de vivienda social”, ha reiterado que:

**(...) las viviendas de interés social son aquellas destinadas a los sectores más pobres de la sociedad, los cuales deben recibir una especial protección de las autoridades, en un Estado social de derecho como el colombiano (CP, art. 1º, 2º y 13).**<sup>56</sup>

Informe  
Relator Especial de  
las Naciones Unidas

Jurisprudencia  
Corte Constitucional

Naciones Unidas, Informe del Relator Especial señor Rajindar Sachar, de la Subcomisión de prevención de discriminaciones y protección a las minorías, sobre el derecho a una vivienda adecuada, E/CN.4/Sub.2/1993/15 del 22 de junio de 1993, párr. 72.

Ibid., párr. 69. 53

Ibid., párr. 71. 54

Ibid., párr. 73. 55

Corte Constitucional, sentencia C-251 de 1996, M. P. Alejandro Martínez Caballero. La Ley 9 de 1989 “Por la cual se dictan normas sobre Planes de Desarrollo Municipal, Compraventa y Expropiación de Bienes y se dictan otras disposiciones”, se encarga de definir el concepto de vivienda de interés social en su artículo 44. El capítulo V de la Ley 9 de 1989 regula distintas formas de legalización de los títulos para viviendas de interés social. 56

(...) La Corte considera que la finalidad perseguida por estas normas es de gran importancia, no sólo porque se busca satisfacer el derecho a una vivienda digna de las personas de escasos recursos, que merecen una especial protección del Estado (CP, art. 13) sino además, por cuanto hace parte de un programa de reforma urbana, cuya trascendencia ya había sido reconocida por la Corte Suprema de Justicia mientras ejerció en el país el control constitucional\* y ha sido reiterada por la Corte Constitucional.<sup>57</sup>

■ LA OBLIGACIÓN DE “REALIZAR”

[Esta obligación] exige que el Estado tome todas las medidas necesarias para garantizar a todas las personas que se encuentran bajo su jurisdicción la oportunidad de satisfacer adecuadamente las necesidades reconocidas en los instrumentos de derechos humanos que no pueden alcanzarse mediante el esfuerzo personal. Se incluyen aquí las obligaciones financieras de contribuir a obtener “resultados”, en particular las medidas progresivas relativas a la tributación, gasto público, distribución de los ingresos, justicia redistributiva, reglamentación oficial de la economía y del mercado de la tierra y suministro de servicios públicos e infraestructuras conexas.<sup>58</sup>

Por lo que respecta concretamente al derecho a la vivienda, el deber de realización obliga a los gobiernos a brindar asistencia para garantizar ciertas oportunidades y ayuda directa a los necesitados si no tienen ninguna otra posibilidad razonable de obtener dicha ayuda. Esta obligación se aplicaría a las situaciones de desempleo; a los ancianos, discapacitados y personas menos favorecidas; a las situaciones de desastres naturales o artificiales u otras crisis; y a las personas afectadas en forma desproporcionada por programas de ajuste económico estructural diseñados o administrados de manera adecuada.<sup>59</sup>

\* Corte Suprema de Justicia, sentencia del 9 de noviembre de 1989, M. P. Fabio Morón Díaz.

57 Corte Constitucional, sentencias C-006 de 1993, M. P. Eduardo Cifuentes Muñoz; C-275 de 1993, M. P. Antonio Barrera Carbonell; C-251 de 1996, M. P. Alejandro Martínez Caballero.

58 Naciones Unidas, Informe del Relator Especial señor Rajindar Sachar, de la Subcomisión de prevención de discriminaciones y protección a las minorías, sobre el derecho a una vivienda adecuada, E/CN.4/Sub.2/1993/15 del 22 de junio de 1993, párr. 74.

59 Ibid., párr. 78.

Conforme a la doctrina del Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales,

**Las medidas destinadas a satisfacer las obligaciones del Estado Parte con respecto al derecho a una vivienda adecuada pueden consistir en una mezcla de medidas del sector público y privado que consideren apropiadas. Si bien en algunos Estados la financiación pública de la vivienda puede ser utilizada más útilmente en la construcción directa de nuevas viviendas, en la mayoría de los casos la experiencia ha demostrado la incapacidad de los gobiernos de satisfacer plenamente los déficit de la vivienda con la vivienda construida públicamente. La promoción por los Estados Partes de “estrategias capaces”, combinada con un compromiso pleno a las obligaciones relativas al derecho a una vivienda adecuada, debe así alentarse. En esencia, la obligación consiste en demostrar que, en conjunto, las medidas que se están tomando son suficientes para realizar el derecho de cada individuo en el tiempo más breve posible de conformidad con el máximo de los recursos disponibles.<sup>60</sup>**

Observación General  
Comité de Derechos  
Económicos, Sociales  
y Culturales

**En general, por lo que respecta a la financiación de la vivienda, los Estados deben establecer formas y niveles de gastos que reflejen adecuadamente las necesidades de la sociedad en la materia, y que sean compatibles con las obligaciones que imponen el PIDESC y otras disposiciones legales.<sup>61</sup>**

Informe  
Relator Especial de  
las Naciones Unidas

Conforme a la CP, la adquisición y la conservación de la vivienda de las familias colombianas debe ser considerada como un asunto propio de las preocupaciones del Estado. La Corte Constitucional, al referirse a este tema, ha dicho que:

**(...) las autoridades tienen por ministerio de la Constitución un mandato de carácter específico para atender de manera favorable a la necesidad de adquisición de vivienda, y facilitar su pago a largo plazo en condiciones adecuadas al fin que se persigue, aún con el establecimiento de planes específicos para los sectores menos pudientes de la población, asunto este último que la propia Carta define como de “interés social”.<sup>62</sup>**

Jurisprudencia  
Corte Constitucional

Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, Observación General No. 4, “El derecho a una vivienda digna”, párr. 14. Naciones Unidas, Informe del Relator Especial señor Rajindar Sachar, de la Subcomisión de prevención de discriminaciones y protección a las minorías, sobre el derecho a una vivienda adecuada, E/CN.4/Sub.2/1993/15 del 22 de junio de 1993, párr. 76.

60

61

Corte Constitucional, sentencia C-383 de 1999, M. P. Alfredo Beltrán Sierra.

62

En síntesis, se puede afirmar que el reconocimiento jurídico y las obligaciones inherentes al derecho a una vivienda adecuada no implican:

- a) **que se exija al Estado que construya viviendas para toda la población;**
- b) **que el Estado haya de suministrar vivienda gratuitamente a todos los que la soliciten;**
- c) **que el Estado necesariamente deba cumplir con todos los aspectos de este derecho inmediatamente después de asumir los deberes de hacerlo;**
- d) **que el Estado deba confiar exclusivamente en sí mismo o en el mercado no regularizado para garantizar a todos este derecho, o**
- e) **que este derecho se manifieste del mismo modo exactamente, en todas las circunstancias o lugares.**<sup>63</sup>

Según el Relator Especial sobre el derecho a una vivienda adecuada, la interpretación de este derecho implica:

- a) **que una vez que se hayan aceptado formalmente tales obligaciones, el Estado tratará por todos los medios apropiados posibles de garantizar que todos tengan acceso a recursos de vivienda adecuados para la salud, el bienestar y la seguridad de conformidad con otros derechos humanos;**
- b) **que se pueda exigir o pedir a la sociedad que suministre o facilite el acceso a los recursos de vivienda si una persona carece de hogar o su vivienda es inadecuada o, en general, es incapaz de conseguir todos los derechos que entraña el derecho a la vivienda, y**
- c) **que el Estado, directamente al asumir las obligaciones jurídicas, adopte una serie de medidas que indiquen el reconocimiento en su política y sus leyes de cada uno de los aspectos constituyentes del derecho en cuestión.**<sup>64</sup>

Igualmente, la Corte Constitucional, al referirse al artículo 51 de la CP establece que se reconoce el derecho a la vivienda digna a todos los colombianos:

63 Naciones Unidas, Informe del Relator Especial señor Rajindar Sachar, de la Subcomisión de prevención de discriminaciones y protección a las minorías, sobre el derecho a una vivienda adecuada, E/CN.4/Sub.2/1993/15 del 22 de junio de 1993, párr. 39.

64 *Ibid.*, párr. 41.

En este aparte, la textura normativa no se diferencia en absoluto de derechos de innegable carácter fundamental, como el derecho al libre desarrollo de la personalidad. De ahí que pueda afirmarse que todo colombiano tiene derecho a que el Estado respete el ejercicio de su derecho y que le proteja contra todo aquel que pretenda desconocerlo.

(...) se establecen obligaciones que claramente aluden a aspectos de desarrollo progresivo del derecho:

- fijar condiciones para hacer realidad el derecho;
- promoción de planes para atender a la población más pobre;
- diseño de sistemas de financiación adecuados;
- promoción de ciertas formas de ejecución de los planes de vivienda.

En suma, puede sostenerse que la Constitución fija las bases para una política de vivienda que, naturalmente, deben conducir a que todos los colombianos puedan disfrutar del derecho en cuestión.<sup>65</sup>

#### 4 La prohibición de discriminación

Teniendo en cuenta que los Estados se comprometen a garantizar el ejercicio de todos los derechos reconocidos en el PIDESC sin discriminación alguna (art. 2.2 PIDESC), “El derecho a una vivienda adecuada se aplica a todos”(…).<sup>66</sup>

En relación con el artículo 11 del PIDESC que reconoce “el derecho de toda persona a un nivel de vida adecuado para sí y para su familia, incluso (...) y vivienda adecuados”, el Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales ha señalado que:

(...) Aun cuando la referencia “para sí y su familia” supone actitudes preconcebidas en cuanto al papel de los sexos y a las estructuras y actividad económica que eran de aceptación común cuando se adoptó el Pacto en 1966, esa frase no se puede considerar hoy en el sentido de que impone una limitación de algún tipo sobre la aplicabilidad de ese derecho a las personas o los hogares en los que el cabeza de familia es

Corte Constitucional, sentencias C-995 de 2000, M. P. Vladimiro Naranjo Mesa; T-958 de 2001, M. P. Eduardo Montealegre Lynett.  
Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, Observación General No. 4, “El derecho a una vivienda adecuada”, párr. 6.

65  
66

una mujer o a cualesquiera otros grupos. Así, el concepto de “familia” debe entenderse en un sentido lato. Además, tanto las personas como las familias tienen derecho a una vivienda adecuada, independientemente de la edad, la situación económica, la afiliación de grupo o de otra índole, la posición social o de cualquier otro de esos factores. En particular, el disfrute de este derecho no debe estar sujeto, según el párrafo 2 del artículo 2 del Pacto, a ninguna forma de discriminación.<sup>67</sup>

Sin embargo, los efectos de la discriminación basada en la discapacidad han sido particularmente graves en la esfera de la vivienda.

**A los efectos del Pacto, la “discriminación fundada en la discapacidad” puede definirse como una discriminación que incluye toda distinción, exclusión, restricción o preferencia, o negativa de alojamiento razonable sobre la base de la discapacidad, cuyo efecto es anular u obstaculizar el reconocimiento, el disfrute o el ejercicio de derechos económicos, sociales o culturales.**<sup>68</sup>

Igualmente, se ha señalado que:

**(...) en toda violación de los derechos humanos hay un aspecto relacionado con el género, y que esto es especialmente cierto en el caso de la violación del derecho a la vivienda. El acceso y el control sobre la tierra, la propiedad y la vivienda son aspectos determinantes de las condiciones de vida de la mujer, y factores necesarios para el desarrollo de unos asentamientos humanos sostenibles en el mundo de hoy. Estos derechos son esenciales para la seguridad económica y física de la mujer en su lucha por la igualdad entre géneros.**<sup>69</sup>

Respecto a las personas mayores, el Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales señaló que:

67 Ibid., párr. 6.

68 Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, Observación General No. 5, “Las personas con discapacidad”, párr. 15.

69 Naciones Unidas, Informe del Relator Especial sobre la vivienda adecuada como elemento integrante del derecho a un nivel de vida adecuado, señor Miloon Kothari, E/CN.4/2001/51 del 25 de enero de 2001, párr. 66.

(...) En las recomendaciones Nos. 19 a 24 del Plan de Acción Internacional de Viena sobre el Envejecimiento se pone de relieve que la vivienda destinada a los ancianos es algo más que un mero albergue y que, además del significado material, tiene un significado psicológico y social que debe tomarse en consideración. Por ello, las políticas nacionales deben contribuir a que las personas de edad permanezcan en sus propios hogares, mientras sea posible, mediante la restauración, el desarrollo y la mejora de sus viviendas y su adaptación a las posibilidades de acceso y de utilización por parte de las personas de edad (Recomendación No. 19). La Recomendación No. 20 pone el acento en la necesidad de que en la legislación y en la planificación en materia de desarrollo y reconstrucción urbana se preste especial atención a los problemas de las personas de edad para contribuir a su integración social (...).<sup>70</sup>

En relación con los derechos a la vivienda y a la tierra de las poblaciones indígenas y tribales, el Relator Especial sobre la vivienda adecuada, señor Miloon Kothari, ha indicado que: “(...) la realización del derecho de toda mujer, hombre, joven y niño a obtener y mantener un hogar y una comunidad seguros en los que vivir en paz y dignidad cobra relevancia especial en el caso del derecho de las poblaciones indígenas y tribales a una vivienda adecuada, en particular por lo que respecta a sus reivindicaciones y derechos sobre la tierra”(...).<sup>71</sup>

De otro lado, conforme al artículo 16 del Convenio 169 de la OIT,<sup>72</sup> los Estados se comprometen:

- A no trasladar a los pueblos indígenas de las tierras que ocupan, salvo que sea estrictamente necesario
- En caso de traslado de sus tierras ancestrales, los pueblos indígenas tienen derecho de:
  - Ser trasladados sólo con su libre consentimiento y en pleno conocimiento de causa o al término de procedimientos adecuados, incluidas encuestas públicas.

Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, Observación General No. 6, “Los derechos económicos, sociales y culturales de las personas mayores”, párr. 33. 70

Naciones Unidas, Informe del Relator Especial sobre la vivienda adecuada como elemento integrante del derecho a un nivel de vida adecuado, Sr. Miloon Kothari, E/CN.4/2001/51, del 25 de enero de 2001, párr. 74. 71

Entró en vigor en Colombia el 6 de agosto de 1992, en virtud de la Ley 21 de 1991. 72

Jurisprudencia  
Corte Constitucional

- Regresar a sus tierras en cuanto dejen de existir las causas que motivaron el traslado y la reubicación.
- Recibir tierras cuya calidad y estatuto jurídico sean iguales a las tierras que ocupaban antes, en caso de que no sea posible su retorno.
- Ser indemnizados plenamente cuando sean reubicados.

Respecto a la obligación de no discriminación, la Corte Constitucional

**(...) tiene suficientemente establecido que no toda diferencia de trato comporta una violación del mismo y que, por ende, a situaciones distintas es posible anudar consecuencias diferentes. Partiendo de la distinción entre discriminación y diferenciación, la Corporación ha puntualizado que es viable establecer diferencias siempre que se encuentren razonable y objetivamente justificadas, excluyendo los tratamientos discriminatorios que, por carecer de la justificación aludida, se revelan arbitrarios (...) los derechos deben poderse reclamar sin sujeción a condiciones distintas de las que impone la propia Constitución y sin que para su ejercicio pueda erigirse en obstáculo la voluntad de otro.**<sup>73</sup>

Igualmente, en cuanto a la protección especial del Estado para las personas en situación de debilidad, sobre el derecho a la vivienda la Corte Constitucional ha sostenido que:

Jurisprudencia  
Corte Constitucional

**(...) El mandato constitucional de brindar especial protección a las personas en situación de debilidad manifiesta tiene por objeto que el actuar estatal se oriente a la remoción de las causas de la debilidad o a paliar la situación de debilidad (con miras a su superación).**\*

**Las personas víctimas de situaciones sociales extremas [como ocurre con los desplazados]\*\* o de los embates de la naturaleza [estas situaciones no deben entenderse taxativas], constituyen, entre el espectro de personas en situación de debilidad manifiesta, aquellas que los sufren en mayor medida, por razón del desarraigo, destrucción de la base**

73

Corte Constitucional sentencia T-370 de 1995, M. P. Alejandro Martínez Caballero.

\*

Corte Constitucional, sentencia T-958 de 2001, M. P. Eduardo Montealegre Lynett.

\*\*

Corte Constitucional, sentencias T-227 de 1997, M. P. Alejandro Martínez Caballero; SU-1150 de 2000, M. P. Eduardo Cifuentes Muñoz.

material que sustenta su proyecto de vida, así como por la grave afectación del tejido social al cual pertenecen. De ahí que deban ser destinatarios de excepcionales mecanismos de protección, pues la capacidad real para realizar su proyecto de vida se ha visto sometida a una reducción incompatible con un Estado social de derecho. Ello no quiere decir que sus intereses se impongan sobre los intereses de grupos humanos que igualmente están en condiciones de debilidad, como ocurre con quienes padecen la pobreza estructural, los ancianos desatendidos, los niños, los enfermos o la población privada de la libertad. Sin embargo, éstos deben ser los destinatarios de programas y proyectos permanentes, en el sentido de que deben permanecer como tales mientras existan condiciones materiales de desigualdad, en tanto que los primeros, han de ser los beneficiarios de mecanismos de atención de situaciones excepcionales (así la excepcionalidad se torne estructural, como ocurre con los desplazados, pues la miseria humana nunca podrá asumirse como algo admisible en el Estado social), por hallarse comprometido su mínimo vital.

Estos criterios han de fungir como guía de interpretación para enfrentar, en materia de vivienda, las necesidades de la población en situaciones de debilidad manifiesta, así como en el reparto de los recursos necesarios para atender la satisfacción de los derechos económicos, sociales y culturales. De ahí que junto a los programas de vivienda social y los mecanismos (adecuados) de financiación a largo plazo, deben existir planes para atender a quienes están en la situación de extrema debilidad: desplazados y víctimas de desastres naturales.

(...)

La obligación estatal de atender prioritariamente a la población en condiciones de debilidad manifiesta, implica que los escasos recursos han de utilizarse de la manera más efectiva, de suerte que realmente conduzcan a la superación de la situación de debilidad. Entre los factores que se cuentan para lograr dicho uso efectivo, está la identificación, con base en criterios claros, de los beneficiarios de la asistencia.<sup>74</sup>

## Tipología de las violaciones

### Tipologías

**La violación del derecho a una vivienda adecuada<sup>1</sup> se configura cuando el Estado o sus agentes incurren en alguno(s) de los siguientes actos u omisiones:**

- a) Llevan a cabo, patrocinan, toleran o apoyan la práctica de los desalojos forzosos.
- b) Demuelen o destruyen las casas o viviendas como medida punitiva.
- c) Deniegan sistemáticamente ciertos servicios básicos, como el suministro de agua, calefacción o electricidad a algunos sectores de la sociedad, pese a la capacidad demostrada para ofrecerlos.
- d) Manifiestan discriminación en materia de vivienda.
- e) Adoptan leyes o políticas claramente incompatibles con las obligaciones emanadas del derecho a la vivienda, en particular cuando éstas provocan problemas a personas sin hogar, un aumento del número de viviendas inadecuadas, la incapacidad para pagar la vivienda, etc.
- f) Derogan una legislación que promueve o apoya los derechos de vivienda, a menos que esté claramente anticuada o se sustituya por otra legislación igual o más favorable.
- g) Reducen injustificadamente los gastos públicos en vivienda y otras esferas afines, sin una medida de compensación adecuada.
- h) Favorecen claramente los intereses de los grupos de ingresos superiores en materia de vivienda, cuando sectores importantes de la sociedad viven sin haber logrado satisfacer este derecho.
- i) Construyen o permiten que se construyan edificios de viviendas en lugares poco seguros o contaminados que representen una amenaza para la vida y la salud de los futuros ocupantes.
- j) Hostigan, intimidan o impiden que las organizaciones no gubernamentales o las organizaciones comunitarias y los movimientos o las agrupaciones populares interesados en el derecho a la vivienda operen libremente.

1 Listado no taxativo realizado por el Relator Especial sobre el derecho a una vivienda adecuada, señor Rajindar Sachar, E/CN.4/Sub.2/1993 del 22 de junio de 1993, párrs. 144 y 145.

- k) No reforman o derogan leyes incompatibles con el PIDESC.
- l) No exigen el cumplimiento de las leyes destinadas a realizar y reconocer el derecho a la vivienda.
- m) No intervienen en el mercado de la vivienda, en particular por lo que respecta al nivel de alquileres, subsidios de alquiler, seguridad de la ocupación y prevención de una especulación excesiva.
- n) No prohíben o impiden acciones individuales o civiles que constituyen violaciones del derecho a la vivienda por parte de personas capaces de cometer estos actos.
- o) No utilizan todos los recursos disponibles para la realización de este derecho.

**Se vulnera el derecho a la vivienda digna, igualmente, cuando este derecho no se proyecta sobre la dignidad de realizar el proyecto de vida, como lo ha sostenido la Corte Constitucional. Específicamente se viola este derecho cuando:**

- a) No se fijan, o se hace ineficientemente, de manera prioritaria las condiciones necesarias para hacerlo efectivo de forma progresiva a todos los colombianos.
- b) No se promueve, o se hace ineficientemente, la protección especial del Estado a personas en situación de debilidad manifiesta, por medio de planes y programas permanentes de vivienda de interés social o de diseño de sistemas de financiación a largo plazo.
- c) No se establecen políticas de vivienda conducentes a que todos los colombianos puedan disfrutar de este derecho.
- d) Existe omisión, postergación indefinida, desidia o entorpecimiento del disfrute del derecho a una vivienda digna, como por ejemplo al no garantizar la debida prestación de los servicios públicos.
- e) Se ejecutan desalojos forzosos.



## 1. Introducción

El derecho al trabajo, y a condiciones equitativas y satisfactorias del mismo, se encuentra consagrado en el artículo 23 de la Declaración Universal de los Derechos Humanos, en el artículo XIV de la Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre, en los artículos 6 y 7 del Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales (PIDESC), y en los artículos 6 y 7 del Protocolo Adicional a la Convención Americana sobre Derechos Humanos en materia de derechos económicos, sociales y culturales (Protocolo de San Salvador).

Se destaca el hecho de que de los anteriores instrumentos internacionales, solamente la Declaración Universal de los Derechos Humanos consagra el “derecho a la protección contra el desempleo” (art. 23.1).

El derecho al trabajo, y a condiciones equitativas y satisfactorias del mismo, también ha sido reconocido en otros instrumentos internacionales centrados en la necesidad de proteger los derechos de determinados grupos. En este sentido, y conforme al artículo 5.e.i) de la Convención Internacional sobre la eliminación de todas las formas de discriminación racial,<sup>1</sup> los Estados Partes se comprometen a prohibir y eliminar la discriminación racial en todas sus formas, y a garantizar el derecho de toda persona a la igualdad ante la ley, sin distinción de raza, color y origen nacional o étnico, particularmente respecto al derecho al trabajo, a su libre elección, a realizarlo en condiciones equitativas y satisfactorias, a la protección contra el desempleo, a igual salario por trabajo igual, y a una remuneración equitativa y satisfactoria.

Igualmente, con base en el artículo 11 de la Convención sobre la Eliminación de todas las formas de discriminación contra la mujer,<sup>2</sup> los Estados Partes se comprometen a adoptar todas las medidas apropiadas para eliminar la discriminación en la esfera del empleo a fin de asegurar a la mujer, en condiciones de igualdad con los hombres, los mismos derechos.

Entró en vigor en Colombia el 2 de octubre de 1981, en virtud de la Ley 22 de 1981.

1

Entró en vigor en Colombia el 19 de febrero de 1982, en virtud de la Ley 51 de 1981.

2

Conforme a los artículos 6 y 7 del Protocolo de San Salvador, que desarrollan de forma más pormenorizada que el PIDESC el alcance del derecho al trabajo y a condiciones equitativas y satisfactorias del trabajo:

1. Toda persona tiene derecho al trabajo, incluyendo la oportunidad de obtener los medios para llevar una vida digna y decorosa por medio del desempeño de una actividad lícita libremente escogida o aceptada (art. 6.1).
2. El derecho al trabajo supone que toda persona goce del mismo en condiciones justas, equitativas y satisfactorias (art. 7.1).
3. Los Estados deben adoptar medidas para garantizar la plena efectividad de este derecho, particularmente para lograr el pleno empleo, la orientación vocacional y el desarrollo de proyectos de capacitación técnico-profesionales, especialmente aquellos destinados a los minusválidos (art. 6.2).
4. Los Estados deben ejecutar y fortalecer programas que contribuyan a una adecuada atención familiar, con la finalidad de que la mujer pueda ejercer “de forma real” el derecho al trabajo (art. 6.2).
5. Los Estados deben garantizar en sus legislaciones nacionales, en particular (art. 7):
  - 5.1) Una remuneración que asegure como mínimo a todos los trabajadores condiciones de subsistencia digna y decorosa para ellos y sus familias, y un salario equitativo e igual por trabajo sin discriminación (art. 7.a).
  - 5.2) El derecho de todo trabajador a seguir su vocación y a dedicarse a la actividad que mejor responda a sus expectativas y a cambiar de empleo, de acuerdo con la reglamentación nacional respectiva (art. 7.b).
  - 5.3) El derecho del trabajador a la promoción o ascenso dentro de su trabajo, para lo cual tendrán en cuenta sus calificaciones, competencia, probidad y tiempo de servicio (art. 7.c).
  - 5.4) La estabilidad de los trabajadores en sus empleos, de acuerdo con las características de las industrias y profesiones y con las causas de justa separación. En casos de despido injustificado, el trabajador tendrá derecho a una indemnización o a la readmisión en el empleo o a cualesquiera otra prestación prevista en la legislación nacional (art. 7.d).
  - 5.5) La seguridad e higiene en el trabajo (art. 7.e).
  - 5.6) La prohibición de trabajo nocturno o en labores insalubres o peligrosas a los menores de 18 años y, en general, de todo trabajo que pueda poner en peligro su salud, seguridad o moral. Cuando se trate de menores de 16 años, la jornada de trabajo deberá subordinarse a las disposiciones sobre educación obligatoria y en ningún caso podrá constituir

un impedimento para la asistencia escolar o ser una limitación para beneficiarse de la instrucción recibida (art. 7.f).

5.7) La limitación razonable de las horas de trabajo, tanto diarias como semanales. Las jornadas serán de menor duración cuando se trate de trabajos peligrosos, insalubres o nocturnos (art. 7.g).

5.8) El descanso, el disfrute del tiempo libre, las vacaciones pagadas, así como la remuneración de los días feriados nacionales (art. 7.h).

En el ámbito de la Organización Internacional del Trabajo (OIT) se han suscrito numerosas convenciones internacionales que amplían el alcance de los anteriores derechos. Colombia es miembro de la OIT desde 1919 y ha ratificado a la fecha 59 convenios, de los cuales 53 están en vigor. Entre estos convenios se destacan:

- El Convenio 2 sobre el desempleo de 1919.<sup>3</sup>
- El Convenio 3 sobre la protección de la maternidad de 1919.<sup>4</sup>
- El Convenio 4 sobre el trabajo nocturno de mujeres de 1919.<sup>5</sup>
- El Convenio 26 para la fijación de salarios mínimos de 1928.<sup>6</sup>
- El Convenio 52 sobre vacaciones pagadas de 1936.<sup>7</sup>
- El Convenio 81 sobre la inspección del trabajo (industria y comercio) de 1947.<sup>8</sup>
- El Convenio 100 sobre igualdad de remuneración de 1951.<sup>9</sup>
- El Convenio 111 sobre la discriminación en el empleo y ocupación de 1958.<sup>10</sup>
- El Convenio 159 sobre la readaptación profesional y el empleo (personas inválidas), 1983.<sup>11</sup>
- El Convenio 161 sobre los servicios de salud en el trabajo de 1985.<sup>12</sup>
- El Convenio 169 sobre pueblos indígenas y tribales de 1989.<sup>13</sup>
- El Convenio 170 sobre productos químicos de 1990.<sup>14</sup>

Entró en vigor en Colombia el 20 de junio de 1933, en virtud de la Ley 129 de 1931.	3
Ibid.	4
Ibid.	5
Ibid.	6
Entró en vigor en Colombia el 7 de junio de 1963, en virtud de la Ley 54 de 1962.	7
Entró en vigor en Colombia el 13 de noviembre de 1967, en virtud de la Ley 23 de 1967.	8
Entró en vigor en Colombia el 4 de marzo de 1969, en virtud de la Ley 23 de 1967.	9
Entró en vigor en Colombia el 4 de marzo de 1969, en virtud de la Ley 22 de 1967.	10
Entró en vigor en Colombia el 7 de diciembre de 1989, en virtud de la Ley 82 de 1988.	11
Entró en vigor en Colombia el 25 de enero de 2001, en virtud de la Ley 378 de 1999.	12
Entró en vigor en Colombia el 6 de agosto de 1992 en virtud de la Ley 21 de 1991.	13
Entró en vigor en Colombia el 6 de septiembre de 1994, en virtud de la Ley 55 de 1993.	14

La Constitución Política de Colombia (CP) en su artículo 25 consagra el derecho al trabajo como un derecho fundamental: “El trabajo es un derecho y una obligación social y goza, en todas sus modalidades, de la especial protección del Estado. Toda persona tiene derecho a un trabajo en condiciones dignas y justas”.

Además, el artículo 53 de la CP señala que:

**El Congreso expedirá el estatuto del trabajo. La ley correspondiente tendrá en cuenta por lo menos los siguientes principios mínimos fundamentales:**

**Igualdad de oportunidades para los trabajadores; remuneración mínima vital y móvil, proporcional a la cantidad y calidad de trabajo; estabilidad en el empleo; irrenunciabilidad a los beneficios mínimos establecidos en normas laborales; facultades para transigir y conciliar sobre derechos inciertos y discutibles; situación más favorable al trabajador en caso de duda en la aplicación e interpretación de las fuentes formales de derecho; primacía de la realidad sobre formalidades establecidas por los sujetos de las relaciones laborales; garantía a la seguridad social, la capacitación, el adiestramiento y el descanso necesario; protección especial a la mujer, a la maternidad y al trabajador menor de edad.**

**El Estado garantiza el derecho al pago oportuno y al reajuste periódico de las pensiones legales.**

**Los convenios internacionales del trabajo debidamente ratificados, hacen parte de la legislación interna.**

**La ley, los contratos, los acuerdos y convenios de trabajo, no pueden menoscabar la libertad, la dignidad humana ni los derechos de los trabajadores.**

Al respecto la Corte Constitucional ha dicho que:

**El derecho al trabajo tiene una doble dimensión: individual y colectiva, reconocida en los artículos 25, 26 y 334 de la Constitución. El aspecto individual se refiere a la facultad que tiene toda persona de elegir y ejercer profesión u oficio en condiciones dignas y justas. En la dimensión colectiva implica un mandato a los poderes públicos para que lleven a cabo una política de pleno empleo porque de lo contrario el ejercicio del derecho al trabajo se convierte en una simple expectativa.\***

Artículo 53.  
Constitución Política

Jurisprudencia  
Corte Constitucional

\* Corte Constitucional, sentencia SU-601A de 1999, M. P. Vladimiro Naranjo Mesa.

En repetidas ocasiones la Corte ha sostenido que el derecho al trabajo es un derecho fundamental\* consagrado como principio rector del Estado social de derecho y como objetivo primordial de la organización política. Al ser fundamental el derecho al trabajo debe ser reconocido como un atributo inalienable de la personalidad jurídica; un derecho inherente al ser humano que lo dignifica en la medida en que a través de él la persona y la sociedad en la que ella se desenvuelve logran su perfeccionamiento. Sin el ejercicio de ese derecho el individuo no podría existir dignamente, pues es con el trabajo que se proporcionan los medios indispensables para su congrua subsistencia\*\* y además desarrolla su potencial creativo y de servicio a la comunidad. El derecho al trabajo es la actividad que lo pone en contacto productivo con su entorno.

El reconocimiento del carácter de fundamentalidad del derecho al trabajo se refleja en la especial consagración que la Carta Política hace tanto en el sentido de protección subjetiva con la enumeración de principios mínimos que limitan el ejercicio legislativo (artículo 53) y con el reconocimiento expreso de la responsabilidad del Estado en la promoción de políticas de pleno empleo (art. 334).<sup>15</sup>

Resulta evidente que las disposiciones del artículo 53 de la CP presentan problemas de oportunidad y pertinencia en su reglamentación y adecuación a la legislación laboral lo que, sumado a la obsolescencia de un Código Sustantivo del Trabajo expedido en 1950, impiden la superación de los obstáculos existentes en el ejercicio del derecho de asociación sindical.

El artículo 53 ordena la expedición de un estatuto del trabajo por parte del Congreso, tarea que a la fecha no se ha realizado; este vacío lo ha suplido el Código Sustantivo del Trabajo. Por ello algunas de sus disposiciones formales entran en colisión con los nuevos esquemas de flexibilidad laboral (precarización del empleo), el recorte de personal, la reducción de los costos laborales y la prevalencia del sindicalismo de base o empresa.

Corte Constitucional, sentencias T-03 de 1992; T-225 de 1992; T-483 de 1993; T-402 de 1994; T-799 de 1998; T-1041 de 2000.

Corte Constitucional, sentencia T-554 de 1995, M. P. Carlos Gaviria Díaz.

Corte Constitucional, sentencia T-611 de 2001, M. P. Jaime Córdoba Triviño.

\*

\*\*

15

Con la expedición de la Constitución de 1991 se impone una nueva visión en el manejo del Estado. En armonía con esta nueva orientación, el artículo 53 del texto constitucional prevé que el Congreso expida el estatuto del trabajo que debe contener los derechos mínimos fundamentales de los trabajadores, entre los que se destacan: la libertad sindical, la negociación colectiva, la huelga, la participación y promoción de la concertación y el tripartismo (artículos 39, 55, 56 y 57). Lo anterior, en teoría, parece arrebatar todo espacio a la legislación ordinaria anterior a la Constitución del 91 (reformada por la Ley 50 de 1990, es decir, seis meses antes), al menos en cuanto se opusiera al nuevo ordenamiento constitucional, más aún cuando el artículo 4 establece que la CP es norma de normas. En todo caso de incompatibilidad entre la Constitución y la ley se aplicarán las disposiciones constitucionales. Sin embargo, hasta hoy dicho estatuto no se ha expedido (la Central Unitaria de Trabajadores, CUT, intentó impulsar su aprobación) y existe una tendencia doctrinal creciente en sostener que la Ley 50 cumple esa función (incluso si existe contradicción en los principios que la inspiran).

A esta inadecuación entre la legislación laboral vigente y las realidades laborales, se suma la falta de conformidad de la legislación laboral con los Convenios 87 y 98 de la OIT (ratificados por Colombia en 1976), a pesar de los reiterados comentarios y solicitudes formulados por la Comisión de expertos en aplicación de convenios y recomendaciones y por la Comisión de aplicación de normas de la conferencia.

La CP trae otras disposiciones detalladas, tales como el artículo 52 que consagra el derecho al aprovechamiento del tiempo libre, reconociendo en favor de los trabajadores y de las personas en general, el derecho a la recreación y a la práctica del deporte; el artículo 54 que impone la obligación al Estado y a los empleadores de ofrecer formación y habilitación profesional y técnica a quienes lo requieran, y al Estado en especial la obligación de propiciar la ubicación laboral de las personas en edad de trabajar y garantizar a los minusválidos el derecho a un trabajo acorde con sus condiciones de salud.

Como lo ha manifestado la Corte Constitucional, “(...) el alcance de los derechos fundamentales no está dado por su mera definición, sino por la relación que existe entre ellos y el resto de los contenidos de la carta. Así las cosas, el derecho al trabajo debe interpretarse en estrecha relación con los principios de igualdad, libertad y dignidad humana”.<sup>16</sup> Este derecho fundamental contiene una doble dimensión:

- Su *dimensión objetiva o estructural* lo dota “(...) de una especial fuerza vinculante frente al poder público, garantiza no sólo su debida aplicación normativa, sino la necesaria vinculación entre la aplicación del derecho al trabajo y su eficacia de hecho (...)”,<sup>17</sup> de esto se desprende el mandato del artículo 54 de la CP instando al Estado para que favorezca una política de pleno empleo.
- Su *dimensión subjetiva o como derecho individual* le confiere su calidad de derecho social “(...) cuyo contenido complejo encuentra en el derecho constitucional del Estado social de derecho, al menos dos garantías: la igualdad y la libertad del titular del derecho al trabajo frente a la regulación y vigilancia del Estado.”<sup>18</sup>

En cuanto a la relación derivada del contrato de trabajo la Corte Constitucional ha dicho que requiere esencialmente la continuada subordinación o dependencia del trabajador,

**(...) la cual le permite al empleador exigir el cumplimiento de órdenes y acarrea el deber correlativo del empleado de obedecer. De la condición de subordinación emana el *jus variandi* o facultad que tiene el patrono de modificar las condiciones de trabajo, pero esta facultad no es absoluta como no es absoluto ningún poder en un Estado de derecho. Está limitada por la norma constitucional que exige para el trabajo condiciones dignas y justas (artículo 25) y respeto de los principios mínimos fundamentales señalados por el artículo 53 de la Carta Política.**<sup>19</sup>

En los temas concernientes al menor trabajador es necesario remitirse al Capítulo XIV de este Manual, sobre los derechos de la niñez (numeral 5.3); en lo relativo a la seguridad social al Capítulo XXII; y al Capítulo XII que trata sobre la libertad de reunión, asociación y la libertad sindical, en lo que se refiera a cualquiera de los anteriores temas.

Jurisprudencia  
Corte Constitucional

Ibid. 17

Ibid. 18

19

Corte Constitucional, sentencias T-483 de 1993, M. P. José Gregorio Hernández Galindo; T-611 de 2001, M. P. Jaime Córdoba Triviño. Asimismo se complementa con disposiciones establecidas en la legislación, por ejemplo el artículo 7 del Código Sustantivo del Trabajo manifiesta que “El trabajo es socialmente obligatorio.” Y el artículo 11 establece que “Toda persona tiene derecho al trabajo y goza de libertad para escoger profesión y oficio, dentro de las normas prescritas por la Constitución y la ley.”

## 2. Obligación de no discriminación en el ámbito del empleo y la ocupación

La prohibición de discriminación en el empleo se deriva, en el ámbito universal y regional, principalmente de las cláusulas generales contenidas en los artículos 2.1 del PIDESC y 3 del Protocolo de San Salvador cuando señalan:

**Los Estados Partes en el presente Pacto [o Protocolo] se comprometen a garantizar el ejercicio de los derechos que en él se enuncian, sin discriminación alguna por motivos de raza, color, sexo, idioma, religión, opinión política o de otra índole, origen nacional o social, posición económica, nacimiento o cualquier otra condición social.**

La eliminación de la discriminación y la promoción de la igualdad en el empleo y la ocupación se encuentran reconocidas en numerosas Convenciones de la OIT y sus respectivas recomendaciones. Las más importantes son: el Convenio 111 sobre la discriminación en el empleo y ocupación de 1958; y el Convenio 100 sobre igualdad de remuneración de 1951. Otro instrumento de gran importancia en este ámbito es la Recomendación Conjunta OIT/Unesco relativa a la situación del personal docente.<sup>20</sup>

La discriminación se encuentra definida en el artículo 1 del Convenio 111 de la OIT como:

- a) **cualquier distinción, exclusión o preferencia basada en motivos de raza, color, sexo, religión, opinión política, ascendencia nacional u origen social que tenga por efecto anular o alterar la igualdad de oportunidades o de trato en el empleo y la ocupación;**
- b) **cualquier otra distinción, exclusión o preferencia que tenga por efecto anular o alterar la igualdad de oportunidades o de trato en el empleo u ocupación que podrá ser especificada por el Miembro interesado previa consulta con las organizaciones representativas de empleadores y de trabajadores, cuando dichas organizaciones existan, y con otros organismos apropiados.**

Artículo 2.  
Pacto Internacional de  
Derechos Económicos,  
Sociales y Culturales

Artículo 1.  
Convenio 111  
de la OIT

20

Adoptada el 5 de octubre de 1966 en una Conferencia Intergubernamental Especial celebrada en París; la recomendación fue la primera declaración internacional de ese tipo sobre la situación del personal docente en la historia y representó un gran paso a la hora de definir las responsabilidades y de hacer valer los derechos de los miembros del personal docente en todo el mundo.

Los principales convenios de la OIT que tratan el tema de la discriminación en el empleo y la ocupación normalmente se refieren a la discriminación por motivo de raza, color, sexo, religión, opinión política, origen nacional o social (art. 1.1(a) del Convenio 111). Además, conforme al artículo 1.1(b) del Convenio 111, cada Estado Parte puede incluir entre sus prohibiciones legales otros tipos de discriminación, tras realizar la oportuna consulta con las organizaciones de empleadores y de trabajadores. Como el Convenio data de 1958, se ha visto la necesidad de declarar nuevas formas de discriminación por medio de las legislaciones nacionales con la finalidad de prohibir, por ejemplo, la discriminación por motivos de discapacidad, por ser miembro de un sindicato, por razón de la edad, del lenguaje, de orientación sexual o del estado de salud (enfermos de SIDA).

El uso de los verbos “anular o alterar” (en el apartado a) del párrafo 1), tiene como finalidad prohibir tanto la discriminación directa como la indirecta.

Existe discriminación directa cuando se trata de manera diferente a las mujeres y a los hombres únicamente por razón de su sexo, por ejemplo, en lo que se refiere a la retribución. Se habla también de discriminación directa en el caso de actos que tienen que ver con embarazo o la maternidad, circunstancias inseparablemente asociadas al sexo femenino, por ejemplo, cuando se deniega a una mujer un empleo o las posibilidades de formación o promoción por estar embarazada.<sup>21</sup>

Un ejemplo de discriminación indirecta es cuando se trata de manera diferente a las mujeres y a los hombres porque una disposición, criterio o práctica teóricamente neutra en materia de contratación, retribución, condiciones de trabajo, despido, seguridad social, etc., perjudica en la práctica a una proporción considerablemente más importante de trabajadores de un sexo. Así, por ejemplo, el hecho de asociar determinadas prestaciones a criterios tales como el estado civil o la situación familiar, y las nociones de cabeza de familia o “sostén de la familia” pueden generar una discriminación indirecta. El trabajo de tiempo parcial, que es realizado mayoritariamente por mujeres, también puede ser causa de discriminación indirecta cuando, por ejemplo, se excluye a los trabajadores de tiempo parcial del régimen de pensiones de una empresa afectando muy probablemente a un número mucho más elevado de mujeres que de hombres, salvo que dicha exclusión esté justificada por razones objetivas no relacionadas con el sexo.<sup>22</sup>

La igualdad y sus efectos: el derecho a no ser discriminado. Capítulo II, at. <http://www.oit.org.pe/spanish/260ameri/>

Véase The Elimination of Discrimination in Respect of Employment and Occupation, ILO, Chapter VII, Infocus Programme on Social Dialogue, Labour Law and Labour Administration, Social Dialogue, en <http://www.ilo.org/public/english/dialogue/ifpdial/llg/index.htm>

Conforme a la doctrina del Comité para la Eliminación de la Discriminación contra la Mujer,

**(...) la igualdad en el empleo puede verse seriamente perjudicada cuando se las somete a violencia, por su condición de mujeres, por ejemplo, con el hostigamiento sexual en el lugar de trabajo.**

**El hostigamiento sexual incluye un comportamiento de tono sexual tal como contactos físicos e insinuaciones, observaciones de tipo sexual, exhibición de pornografía y exigencias sexuales, verbales o de hecho. Este tipo de conducta puede ser humillante y puede constituir un problema de salud y de seguridad; es discriminatoria cuando la mujer tiene motivos suficientes para creer que su negativa podría causarle problemas en el trabajo, en la contratación o el ascenso inclusive, o cuando crea un medio de trabajo hostil.<sup>23</sup>**

El Convenio 169 de la OIT sobre pueblos indígenas y tribales en países independientes en su artículo 20.3 (d) establece la obligación de los Estados Partes de adoptar medidas para garantizar que los trabajadores pertenecientes a estos pueblos gocen de protección contra el hostigamiento sexual.

Los términos “empleo” y “ocupación” son definidos en el artículo 1.3 del Convenio 111 como “el acceso a los medios de formación profesional y la admisión en el empleo y en las diversas ocupaciones como también las condiciones de trabajo”.

Según el mismo Convenio, todas las personas tienen el derecho a disfrutar, mediante la adopción de políticas no discriminatorias que promuevan la igualdad de oportunidades y de trato, y que sean aplicadas a través de medidas legislativas, convenios colectivos u otras prácticas conformes con la legislación nacional, de:

- (...)
- i) acceso a los servicios de orientación profesional y de colocación;**
  - ii) acceso a los medios de formación profesional y admisión en un empleo de su propia elección, basándose en la aptitud individual para dicha formación o empleo;**

Recomendación General  
Comité para la Eliminación de la Discriminación contra la Mujer

Recomendación 111 de la OIT

23

Comité para la eliminación de la Discriminación contra la Mujer, Recomendación General No. 19, “La violencia contra la mujer”, párrs. 17 y 18.

- iii) ascenso de acuerdo con la conducta, experiencia, capacidad y laboriosidad de cada persona;
- iv) seguridad en el empleo;
- v) remuneración por un trabajo de igual valor;
- vi) condiciones de trabajo, entre ellas horas de trabajo, periodos de descanso, vacaciones anuales pagadas, seguridad e higiene en el trabajo, seguridad social, servicios sociales y prestaciones sociales en relación con el empleo.

Concretamente, en relación con los pueblos indígenas el Convenio 169 de la OIT consagra en su Parte III sobre contratación y condiciones de empleo (art. 20, párrs. 2, 3 y 4) que:

**2. Los gobiernos deberán hacer cuanto esté en su poder por evitar cualquier discriminación entre los trabajadores pertenecientes a los pueblos interesados y los demás trabajadores, especialmente en lo relativo a:**

- a) acceso al empleo, incluidos los empleos calificados y las medidas de promoción y de ascenso;
- b) remuneración igual por trabajo de igual valor;
- c) asistencia médica y social, seguridad e higiene en el trabajo, todas las prestaciones de seguridad social y demás prestaciones derivadas del empleo, así como la vivienda;
- d) derecho de asociación, derecho a dedicarse libremente a todas las actividades sindicales para fines lícitos, y derecho a concluir convenios colectivos con empleadores o con organizaciones de empleadores.

**3. Las medidas adoptadas deberán en particular garantizar que:**

- a) los trabajadores pertenecientes a los pueblos interesados, incluidos los trabajadores estacionales, eventuales y migrantes empleados en la agricultura o en otras actividades, así como los empleados por contratistas de mano de obra, gocen de la protección que confieren la legislación y la práctica nacionales a otros trabajadores de estas categorías en los mismos sectores, y sean plenamente informados de sus derechos con arreglo a la legislación laboral y de los recursos de que disponen;
- b) los trabajadores pertenecientes a estos pueblos no estén sometidos a condiciones de trabajo peligrosas para su salud, en particular como consecuencia de su exposición a plaguicidas o a otras sustancias tóxicas;

Artículo 20.  
Convenio 169  
de la OIT

- c) los trabajadores pertenecientes a estos pueblos no estén sujetos a sistemas de contratación coercitivos, incluidas todas las formas de servidumbre por deudas;
- d) los trabajadores pertenecientes a estos pueblos gocen de igualdad de oportunidades y de trato para hombres y mujeres en el empleo y de protección contra el hostigamiento sexual.

**4. Deberá prestarse especial atención a la creación de servicios adecuados de inspección del trabajo en las regiones donde ejerzan actividades asalariadas trabajadores pertenecientes a los pueblos interesados, a fin de garantizar el cumplimiento de las disposiciones de esta parte del presente Convenio.**

Respecto a las personas discapacitadas, los Estados Partes del Protocolo de San Salvador tienen la obligación de adoptar las medidas necesarias para que las personas afectadas por una disminución en sus capacidades físicas o mentales reciban una atención especial (art. 18). Concretamente, asumen la obligación de adoptar medidas para ejecutar programas específicos destinados a proporcionar a los minusválidos los recursos y el ambiente necesarios para alcanzar ese objetivo, “(...) incluidos programas laborales adecuados a sus posibilidades y que deberán ser libremente aceptados por ellos o por sus representantes legales, en su caso”.

Igualmente, los Estados Partes del Convenio 159 de 1983 sobre la readaptación profesional y el empleo (personas inválidas), de la OIT, tienen la obligación de formular, aplicar y revisar “periódicamente la política nacional sobre la readaptación profesional y el empleo de personas inválidas” (art. 2). La finalidad de la readaptación profesional, a efectos de este Convenio, debe consistir en “(...) permitir que la persona inválida obtenga y conserve un empleo adecuado y progrese en el mismo, y que se promueva así la integración o la reintegración de esta persona en la sociedad” (art. 1.2).

Además, el Programa de Acción Mundial para los Impedidos<sup>24</sup> invita a los Estados Miembros de las Naciones Unidas a adoptar políticas destinadas a garantizar a los impedidos las mismas oportunidades de empleo productivo y lucrativo en el mercado libre del trabajo. Entre las medidas que el programa señala para apoyar la integración de las personas con discapacidad en el mercado labo-

ral, se citan planes de cuotas con incentivos, empleos reservados o designados, préstamos o donaciones para pequeñas empresas y cooperativas, contratos exclusivos o derechos de producción prioritaria, exenciones impositivas, adquisiciones preferenciales u otros tipos de asistencia técnica o financiera a empresas que emplean a trabajadores impedidos.<sup>25</sup>

Según el Convenio 111 de la OIT existen cuatro excepciones a lo que puede ser considerado como un tratamiento discriminatorio:

- Las distinciones, exclusiones o preferencias basadas en las calificaciones exigidas para un empleo determinado no serán consideradas como discriminación (art. 1 (2)).
- No se consideran como discriminatorias las medidas que afecten a una persona sobre la que recaiga sospecha legítima de que se dedica a una actividad perjudicial a la seguridad del Estado, o acerca de la cual se haya establecido que de hecho se dedica a esta actividad, siempre que dicha persona tenga el derecho a recurrir a un tribunal competente conforme a la práctica nacional (art. 4).
- Las medidas especiales de protección o asistencia previstas en otros convenios o recomendaciones adoptados por la Conferencia Internacional del Trabajo no se consideran como discriminatorias (art. 5 (1)).
- Todo miembro puede, previa consulta con las organizaciones de empleadores y de trabajadores, cuando dichas organizaciones existan, definir como no discriminatorias cualesquiera otras medidas especiales destinadas a satisfacer las necesidades particulares de las personas a las que, por razones tales como el sexo, la edad, la invalidez, las cargas de familia o el nivel social o cultural, generalmente se les reconozca la necesidad de protección o asistencia especial (art. 5, párr. 2).

En el artículo 13 de la CP se establece en forma general que el goce de los derechos, las libertades y oportunidades se ejercerá sin discriminación.<sup>26</sup>

Leandro Despouy, Relator Especial de la subcomisión de prevención de discriminaciones y protección a las minorías, *Los derechos humanos y las personas con discapacidad*, Nueva York, Naciones Unidas, 1993, párr. 240.

Artículo 13 de la CP: "Todas las personas nacen libres e iguales ante la ley, recibirán la misma protección y trato de las autoridades y gozarán de los mismos derechos, libertades y oportunidades sin ninguna discriminación por razones de sexo, raza, origen nacional o familiar, lengua, religión, opinión política o filosófica. El Estado promoverá las condiciones para que la igualdad sea real y efectiva y adoptará medidas en favor de grupos discriminados o marginados. El Estado protegerá especialmente a aquellas personas que por su condición económica, física o mental, se encuentren en circunstancia de debilidad manifiesta y sancionará los abusos o maltratos que contra ellas se cometan."

25

26

Al respecto la Corte Constitucional ha dicho que:

(...) el artículo 13 de la Constitución no prescribe siempre un trato igual para todos los sujetos del derecho, o destinatarios de las normas, siendo posible anudar a situaciones distintas –entre ellas rasgos o circunstancias personales– diferentes consecuencias jurídicas. El derecho es, al mismo tiempo, un factor de diferenciación y de igualación. Opera mediante la definición de supuestos de hecho a los que se atribuyen consecuencias jurídicas (derechos, obligaciones, competencias, sanciones, etc.). Pero los criterios relevantes para establecer distinciones, no son indiferentes para el derecho. Algunos están expresamente proscritos por la Constitución y otros son especialmente invocados para promover la igualdad sustancial y con ello el ideal de justicia contenido en el preámbulo (...) La igualdad de oportunidades en un mundo caracterizado por diferencias de todo tipo (étnicas, culturales, económicas, sociales, políticas) se garantiza mediante la misma protección y trato de las autoridades, sin que haya lugar a discriminación. Pero su consecución sólo es posible estableciendo diferencias en favor de personas o grupos en situación de desigualdad por sus condiciones concretas de marginamiento, discriminación o debilidad manifiesta.<sup>27</sup>

La prohibición constitucional de discriminar se vincula estrechamente a la noción sustancial de igualdad, formulada de manera más precisa en el segundo inciso del artículo 13, que encarga al Estado de promover “las condiciones para que la igualdad sea real y efectiva” y de adoptar “medidas en favor de grupos discriminados o marginados”.<sup>28</sup>

Para precisar el contenido y el alcance jurídicos del principio de no discriminación la doctrina ha dicho lo siguiente:

(...) se puede decir que discriminar es causarle perjuicios a un individuo o grupo de individuos teniendo en cuenta criterios que en realidad esconden prejuicios sociales y culturales, como cuando se tienen en cuenta características físicas inmutables como el sexo o el color de la piel, o circunstancias fuera del control del individuo, como su origen

27 Corte Constitucional, sentencia T-422 de 1992, M. P. Eduardo Cifuentes Muñoz.

28 Corte Constitucional, sentencia C-410 de 1994, M. P. Carlos Gaviria Díaz.

nacional o familiar, o sus opiniones o convicciones expresadas en el ejercicio de libertades protegidas constitucionalmente como la libertad de expresión, la libertad de cultos o la libertad de conciencia. Su significado jurídico es distinto al general definido en los diccionarios de la lengua castellana. No cualquier distinción es una discriminación. Sólo lo son aquellas que se enmarcan dentro de los parámetros mencionados.

Por ejemplo, excluir a una persona de un derecho o de un beneficio por su raza o por el color de su piel; considerar que un individuo no posee las habilidades necesarias para desempeñar alguna actividad por el simple hecho de pertenecer a uno u otro sexo; colocar a un determinado grupo en una situación aparentemente ventajosa para perpetuar un estereotipo tradicional; restringir los derechos de un determinado grupo; negar un beneficio debido a las opiniones políticas, filosóficas o incluso religiosas; otorgar privilegios por el hecho de pertenecer a una determinada familia o negarlos por la situación particular de los padres; estigmatizar a un grupo de individuos por sus costumbres culturales o su lengua, son todas situaciones inaceptables y, por ello, fueron prohibidas expresamente en el artículo [13 de la CP].

Corresponde entonces al Estado, no sólo la simple obligación de abstenerse de discriminar sino que implica también una obligación de hacer: promover una igualdad real y efectiva, adoptando medidas que vayan dirigidas a favorecer ciertos grupos de la sociedad que tradicionalmente han sido discriminados o marginados “(...)por ejemplo a causa de su raza, su sexo, sus creencias o su condición social, de tal forma que ese tratamiento especial tienda a remediar la situación desventajosa en que se encuentran, promueva el surgimiento de nuevos valores que impidan que en el futuro se les continúe discriminando y garantice su acceso a determinados foros de decisión, lugares de capacitación o en general, a aquellos beneficios que en condiciones ordinarias no estarían a su alcance.”<sup>29</sup>

Uno de los elementos esenciales del contrato de trabajo es el salario como retribución del servicio, según el artículo 1º de la Ley 59 de 1990. Asimismo, la

igualdad y el derecho a la no discriminación son inherentes al contrato de trabajo, aunque éste no contenga una cláusula que expresamente lo diga.

En cuanto a pactos y convenciones colectivas para trabajadores no sindicalizados y quienes sí lo están, no deben establecerse beneficios salariales o prestaciones que favorezcan a unos por razones de su pertenencia o no al sindicato, como lo ha manifestado en forma reiterada la Corte Constitucional:

Jurisprudencia  
Corte Constitucional

**(...) tanto pactos colectivos como convenciones colectivas deben regular objetivamente las relaciones de trabajo de la empresa, que obliguen tanto a trabajadores no sindicalizados como sindicalizados, las condiciones o prescripciones de unos y otras deben ser iguales con el fin de garantizar el derecho a la igualdad, porque éste se quebranta cuando a unas mismas situaciones de hecho objetivas en materia de relaciones de trabajo, se otorga un trato diferenciado que no tiene, como se dijo antes un fundamento objetivo y razonable.<sup>30</sup>**

Los personas portadoras sanas del VIH, e inclusive las enfermas de Sida, no pueden ser objeto de discriminación laboral

Jurisprudencia  
Corte Constitucional

**(...) básicamente por dos razones: porque la dignidad humana impide que cualquier sujeto de derecho sea objeto de un trato discriminatorio, pues la discriminación, per se, es un acto injusto y el Estado de derecho se fundamenta en la justicia, con base en la cual construye el orden social; y porque el derecho a la igualdad comporta el deber irrenunciable del Estado de proteger especialmente a quienes se encuentran en condiciones de inferioridad manifiesta. Es un ser humano y, por tanto, titular de todos los derechos proclamados en los textos internacionales de derechos humanos.<sup>31</sup>**

Las Leyes 09 de 1979 y 10 de 1990, en su Decreto reglamentario 0559 de 1991, señala en su artículo 22 la prohibición de exigir pruebas para determinar la infección por el VIH para iniciar una actividad laboral o permanecer en ella, con el claro propósito de evitar la discriminación de las personas asintomáticas infectadas de este virus; en el mismo sentido, en el artículo 35 se prescribe que los trabajadores no están obligados a informar a sus empleadores su condición de infectados por el virus.

30 Corte Constitucional, sentencia SU-342 de 1995, M. P. Antonio Barrera Carbonell.

31 Corte Constitucional, sentencia SU-256 de 1996, M. P. Vladimiro Naranjo Mesa.

**El despido motivado en la consideración de ser el empleado portador asintomático del virus VIH, no puede ser avalado por el Estado por atentar contra los derechos a la dignidad y a la igualdad, al trabajo, a la salud y a la seguridad social. (...) En el caso del trabajador enfermo de Sida sí se cumplen los supuestos de hecho de la norma,<sup>32</sup> y, por tanto, puede ser despedido.<sup>33</sup>**

Respecto a las personas minusválidas, la Corte Constitucional ha dicho lo siguiente: “(...) Igualmente, en anteriores ocasiones esta Corporación también señaló que, debido al especial cuidado que la Carta ordena en favor de los minusválidos (CP, art. 54),<sup>34</sup> estas personas gozan de una estabilidad laboral superior, la cual se proyecta incluso en los casos de funcionarios de libre nombramiento y remoción.”<sup>35</sup>

En el aspecto laboral la discriminación por razones de sexo se puede presentar en múltiples facetas que conducen a prácticas inequitativas, unas más visibles que otras, tales como:

**La realización de labores productivas secundarias y mal remuneradas; el monopolio del trabajo doméstico, asumido con exclusividad y sin el apoyo indispensable; la escasa valoración social y el desconocimiento de las labores del ama de casa que no son consideradas trabajo, la inexistencia de tiempo libre ligada a una jornada laboral larga y el impacto negativo de estos factores sobre la salud física y mental de la mujer, son elementos de juicio que explican por qué los papeles que la tradición ha asignado a cada uno de los sexos se erigen en el obstáculo de mayor peso que las mujeres encuentran en el camino hacia la igualdad sustancial y ayudan a comprender que a más de las diferencias biológicas inmutables entre los miembros de uno y otro sexo, en especial la relativa a la maternidad que es un proceso natural, existen otras de índole social que configuran discriminaciones basadas en el sexo; en**

Jurisprudencia  
Corte Constitucional

Jurisprudencia  
Corte Constitucional

Decreto 2351 de 1965 numeral 15, relativo a la justa causa para dar por terminado el contrato de trabajo cuando se presente una “enfermedad contagiosa o crónica del trabajador, que no tenga carácter de profesional, así como cualquiera otra enfermedad o lesión que lo incapacite para el trabajo, cuya curación no haya sido posible durante ciento ochenta días.” 32  
Corte Constitucional, sentencia SU-256 de 1996, M. P. Vladimiro Naranjo Mesa. 33  
Artículo 54 de la CP: “(...)El Estado debe propiciar la ubicación laboral de las personas en edad de trabajar y garantizar a los minusválidos el derecho a un trabajo acorde con sus condiciones de salud”. 34  
Corte Constitucional, sentencia C-470 de 1997, M. P. Alejandro Martínez Caballero. 35

**conclusión, mujeres y hombres conforman grupos cuya condición es distinta, pues es un hecho incontrovertible que nuestra sociedad deslinda con claridad los papeles y funciones que cumplen unas y otros.**<sup>36</sup>

En Colombia, el artículo 43 de la CP dispone que “(...) la mujer y el hombre tienen iguales derechos y oportunidades” y además que “(...) la mujer no podrá ser sometida a ninguna clase de discriminación. Durante el embarazo y después del parto gozará de especial asistencia y protección del Estado, y recibirá de éste subsidio alimentario si entonces estuviere desempleada o desamparada.” La ley, por ejemplo, ha establecido beneficios especiales para favorecer a las mujeres trabajadoras al permitirles alimentar a sus hijos y conservar su remuneración y su empleo.

Es materia de la prohibición discriminatoria el desconocimiento del derecho de posesión de bienes adquiridos mediante el trabajo doméstico de la compañera permanente, así lo ha establecido la Corte Constitucional:

Jurisprudencia  
Corte Constitucional

**El desconocimiento del trabajo doméstico de la peticionaria involucrado en la amenaza de despojo, sin debido proceso, del inmueble en que ella habita hoy adquirido y mejorado progresivamente, durante la unión de hecho y como fruto del esfuerzo conjunto de los concubinos, viola abiertamente los derechos constitucionales de igualdad, debido proceso y no discriminación en contra de la mujer. (...) En todos aquellos casos similares al presente por sus hechos o circunstancias, siempre que exista realmente trabajo doméstico en las relaciones entre hombre y mujer, la doctrina constitucional enunciada en esta sentencia tendrá carácter obligatorio para las autoridades.**<sup>37</sup>

Respecto a mujeres trabajadoras embarazadas la Corte Constitucional ha manifestado en reiteradas oportunidades lo siguiente:

Jurisprudencia  
Corte Constitucional

**(...) la mujer embarazada tiene un derecho constitucional a una estabilidad laboral reforzada (...) debe entenderse que carece de todo efecto el despido de una trabajadora durante el embarazo, o en los tres meses posteriores al parto, sin la correspondiente autorización previa del funcionario competente. Esto significa que para que el despido sea eficaz, el patrono debe obtener la previa autorización del funcionario del trabajo, para en-**

36 Corte Constitucional, sentencia C-410 de 1994, M. P. Carlos Gaviria Díaz.

37 Corte Constitucional, sentencia T-494 de 1992, M. P. José Gregorio Hernández Galindo.

tonces poder entregar la correspondiente carta de terminación del contrato. Y en caso de que no lo haga, no sólo debe pagar la correspondiente indemnización sino que, además, el despido es ineficaz.<sup>38</sup>

## 2.1. La igualdad de remuneración entre hombres y mujeres

La igualdad de remuneración entre hombres y mujeres se encuentra consagrada tanto en la Constitución de la OIT como en el Convenio 100 de la misma organización. Un ejemplo de la discriminación que puede darse en este ámbito consiste en pagar a las mujeres por debajo de lo que se paga a un hombre por el mismo trabajo, o por un trabajo del mismo valor.

Con base en el Convenio 100, los Estados Partes se comprometen a “(...) garantizar la aplicación a todos los trabajadores del principio de igualdad de remuneración entre mano de obra masculina y la obra femenina por un trabajo de igual valor” (art. 2.1). Esto se debe realizar, principalmente, aplicando este principio en la legislación nacional y en el sistema que se utilice en la ley para la fijación de la remuneración, así como en los contratos colectivos celebrados entre empleadores y trabajadores, “(...) o en la acción conjunta de los diversos medios” (art. 2. 2).

En este sentido, la Recomendación 90 de la OIT de 1951 sobre igualdad de remuneración entre hombres y mujeres, señala que para facilitar la aplicación del anterior principio:

**(...) se deberían tomar medidas pertinentes, cuando fuere necesario, para elevar el rendimiento de las trabajadoras, especialmente:**

- a) garantizando a los trabajadores de uno u otro sexo facilidades iguales o equivalentes, en materia de orientación profesional o de consejos profesionales, de formación profesional y de colocación;**
- b) adoptando medidas adecuadas para estimular entre las mujeres la utilización de las facilidades, en materia de orientación profesional o de consejos profesionales, de formación profesional y de colocación;**

Recomendación 90  
de la OIT

Corte Constitucional, sentencias C-470 de 1997, M. P. Alejandro Martínez Caballero; T-568 de 1999, M. P. Carlos Gaviria Díaz; T-1620 de 2000, M. P. Fabio Morón Díaz. Sobre el despido de mujeres embarazadas, el artículo 239, numeral 3 del Código Sustantivo del Trabajo (modificado por el artículo 35 de la Ley 50 de 1990) expresa lo siguiente: “3º) La trabajadora despedida sin autorización de la autoridad tiene derecho al pago de una indemnización equivalente a los salarios de sesenta (60) días fuera de las indemnizaciones y prestaciones a que hubiere lugar de acuerdo con el contrato de trabajo y, además, al pago de las doce (12) semanas del descanso remunerado de que trata este Capítulo, si no lo ha tomado.”

- c) estableciendo servicios sociales y de bienestar que correspondan a las necesidades de las trabajadoras, especialmente de aquellas que tengan cargas familiares, y financiando dichos servicios con fondos públicos generales, con fondos del seguro social o con fondos de las empresas o industrias, destinados al bienestar y constituidos con pagos efectuados en beneficio de los trabajadores, independientemente del sexo; y
- d) promoviendo la igualdad entre la mano de obra masculina y la femenina en cuanto al acceso a las diversas profesiones y funciones, a reserva de las disposiciones de la reglamentación internacional y de la legislación nacional relativas a la protección de la salud y al bienestar de las mujeres.

Al respecto, el Comité para la Eliminación de la Discriminación Racial, en su Recomendación General No. 13, ha señalado que a pesar de que el principio general de igual remuneración por trabajo de igual valor ha sido aceptado en la legislación de muchos países, “(...) aún es necesario realizar actividades para que se aplique, a fin de superar la segregación por sexos en el mercado de trabajo”. Con la anterior finalidad, el Comité recomienda que se estudie, fomente y adopten sistemas de evaluación del trabajo “(...) sobre la base de criterios neutrales en cuanto al sexo, que faciliten la comparación del valor de los trabajos de distinta índole en que actualmente predominen las mujeres con los trabajos en que actualmente predominen los hombres (...)”.<sup>39</sup>

Por primera vez en la historia colombiana, en el ordenamiento constitucional se reconoció expresamente que “(...) la mujer y el hombre tienen iguales derechos y oportunidades” y que “(...) la mujer no podrá ser sometida a ninguna clase de discriminación” (art. 43, CP).

La Corte Constitucional ha dicho que el trabajo igual desempeñado en puesto, jornada y condiciones de eficiencia también iguales, debe dar lugar a remuneración igual, y que este principio se deduce de lo siguiente:

- **Del ideal del orden justo en lo social y lo económico, que tiene una proyección en las relaciones de trabajo (preámbulo, arts. 1o, 2o y 25, CP).**
- **Del principio del reconocimiento a la dignidad humana, que necesariamente se manifiesta en la garantía del derecho al trabajo en condiciones dignas que aseguren un nivel de vida decoroso (arts. 1o, 25 y 53, inciso final CP).**

Jurisprudencia  
Corte Constitucional

39

Comité para la Eliminación de la Discriminación contra la Mujer, Recomendación General No. 13, “Igual remuneración por trabajo de igual valor”.

- Del principio de igualdad pues la naturaleza conmutativa del contrato de trabajo, traducida en la equivalencia de las prestaciones a que se obligan las partes, el suministro de la fuerza de trabajo a través de la prestación del servicio, y la remuneración o retribución mediante el salario, se construye bajo una relación material y jurídica de igualdad que se manifiesta en el axioma de que el valor del trabajo debe corresponder al valor del salario que se paga por éste (art. 13, CP).
- De los principios sobre la igualdad de oportunidades, que supone naturalmente no sólo la correspondencia o el balance que debe existir entre el valor del trabajo y el valor del salario, sino con respecto a los trabajadores que desarrollan una misma labor en condiciones de jornada y eficiencia iguales; el establecimiento de la remuneración mínima vital y móvil “proporcional a la calidad y cantidad de trabajo”, e incluso, la “irrenunciabilidad de los beneficios mínimos” establecidos en las normas laborales, pues el trabajo realizado en ciertas condiciones de calidad y cantidad tiene como contraprestación la acreencia de una remuneración mínima que corresponda o sea equivalente a dicho valor (art. 53, CP).<sup>40</sup>

Sobre el tema de la igualdad salarial la Corte Constitucional ha dicho que la valoración de la eficacia y de la eficiencia son elementos determinantes para apreciar este principio:

**La valoración de las condiciones de eficiencia deben corresponder a situaciones objetivas y no a las calidades especiales de naturaleza personal (estudios, habilidades, destrezas, condiciones individuales, etc.) que potencialmente puedan hacer que resulte más eficiente el trabajo de un trabajador con respecto a otro, sino en razón del resultado de la labor, es decir, del cumplimiento del fin que constituye el objeto del trabajo, pues de lo contrario resultaría muy difícil su aplicación, como de hecho ha sucedido con la norma del art. 143 del CST, cuya efectividad prácticamente ha sido nula.**

**El principio de efectividad de los derechos que nuestra Constitución recoge (art. 2), necesariamente obliga a optar en caso de conflicto por**

Jurisprudencia  
Corte Constitucional

Corte Constitucional, sentencias T-143 de 1995, M. P. Antonio Barrera Carbonell; T-439 de 2000, M. P. Alejandro Martínez Caballero.

la adopción de fórmulas prácticas que, fundadas en la idea de la justicia material que emana de los principios, valores y derechos constitucionales, hagan posible la operancia del principio en cuestión.<sup>41</sup>

Las diferencias que pueden establecerse de acuerdo con la CP deben justificarse con argumentos de razonabilidad y de proporcionalidad, y no deben ser irrelevantes; según la Corte Constitucional al respecto existen criterios que se consideran “sospechosos”:

**El principio de no discriminación, por su parte, asociado con el perfil negativo de la igualdad, da cuenta de ciertos criterios que deben ser irrelevantes a la hora de distinguir situaciones para otorgar tratamientos distintos. Estos motivos o criterios que en la Constitución se enuncian, aunque no en forma taxativa, aluden a aquellas categorías que se consideran sospechosas, pues su uso ha estado históricamente asociado a prácticas que tienden a subvalorar y a colocar en situaciones de desventaja a ciertas personas o grupos, v. gr. mujeres, negros, homosexuales, indígenas, entre otros. Los criterios sospechosos son, en últimas, categorías que “(i) se fundan en rasgos permanentes de las personas, de las cuales éstas no pueden prescindir por voluntad propia a riesgo de perder su identidad; (ii) han estado sometidas, históricamente, a patrones de valoración cultural que tienden a menospreciarlas; y, (iii) no constituyen, per se, criterios con base en los cuales sea posible efectuar una distribución o reparto racional y equitativo de bienes, derechos o cargas sociales.” El constituyente consideró, entonces, que cuando se acude a esas características o factores para establecer diferencias en el trato, se presume que se ha incurrido en una conducta injusta y arbitraria que viola el derecho a la igualdad.<sup>42</sup>**

La Corte, al realizar la revisión constitucional del proyecto de ley estatutaria 62/98 Senado y 158/98 Cámara –actual Ley estatutaria 581/00–, manifestó lo siguiente respecto al principio de igual remuneración establecido en el artículo 14 anterior:<sup>43</sup>

41 Corte Constitucional, sentencias T-230 de 1994, M. P. Eduardo Cifuentes Muñoz; T-79 de 1995, M. P. Alejandro Martínez Caballero; T-143 de 1995, M. P. Antonio Barrera Carbonell; T-439 de 2000, M. P. Alejandro Martínez Caballero.

42 Corte Constitucional, sentencia C-371 de 2000, M. P. Carlos Gaviria Díaz.

43 En el Proyecto de Ley revisado era el artículo 15, posteriormente en la Ley 581/00 pasó a ser el artículo 14 que la Corte declaró exequible. El artículo 14 de la Ley estatutaria 581/2000 “por la cual se reglamenta la adecuada y efectiva participación de la mujer en los niveles

(...) 66- El artículo 15, por su parte, que ordena a las autoridades la vigilancia del cumplimiento del principio de igual remuneración para trabajo igual, no ofrece problema alguno de constitucionalidad; por el contrario, este es uno de los mecanismos que mejor responde a la necesidad de remover obstáculos discriminatorios. Como bien lo señalaron varios de los intervinientes en la Audiencia Pública, una de las prácticas más corrientes en contra de la mujer, principalmente en el sector privado, es la asignación de un salario más bajo al que corresponde a sus actividades; práctica, que sin duda alguna viola los artículos 13 y 53 de la Carta y lo dispuesto en diversos instrumentos internacionales.<sup>44</sup>

Jurisprudencia  
Corte Constitucional

### 3 Salud y seguridad en el trabajo<sup>45</sup>

Las normas de la OIT que se refieren a salud y seguridad en el trabajo ascienden a más de 60, y suelen dividirse en tres categorías:

Normas Internacionales  
en materia de salud  
y seguridad OIT

**La primera categoría [se encuentra conformada por las normas que] orientan la política nacional y la acción encaminada a lograr un medio ambiente de trabajo sano y seguro, a preservar el bienestar y la dignidad del trabajador y, en particular, la propia supervisión de los procedimientos de seguridad en cuanto al uso peligroso de máquinas y equipos.**

- ***El Convenio 155 sobre seguridad y salud de los trabajadores, 1981,*<sup>46</sup> estipula que el Estado que lo ratifique deberá formular, aplicar y re-examinar periódicamente una política nacional coherente en materia de seguridad y salud de los trabajadores y medio ambiente de trabajo. Esta política deberá tener en cuenta, entre otros: la correcta disposi-**

decisionarios de las diferentes ramas y órganos del poder público, de conformidad con los artículos 13, 40 y 43 de la Constitución Nacional y se dictan otras disposiciones”, establece al respecto lo siguiente: “Artículo 14. Igualdad de remuneración. El Gobierno, el Ministro de Trabajo y Seguridad Social, el Departamento Administrativo de la Función Pública y demás autoridades vigilarán el cumplimiento de la legislación que establece igualdad de condiciones laborales, con especial cuidado a que se haga efectivo el principio de igual remuneración para trabajo igual.”

Corte Constitucional, sentencia C-371 de 2000, M. P. Carlos Gaviria Díaz. 44

A continuación se reproduce la parte correspondiente a “Normas Internacionales en materia de salud y seguridad”, Organización Internacional del Trabajo (OIT), <http://www.ilo.org/public/spanish/standards/norm/whatare/standards/osh.htm> 45

No ratificado por Colombia. 46

ción de los componentes materiales del trabajo; las relaciones entre los componentes materiales del trabajo; la formación; la comunicación y la cooperación; la protección de los trabajadores y de sus representantes contra toda medida disciplinaria resultante de acciones emprendidas justificadamente por ellos de acuerdo con dicha política. La n número 164 complementa este convenio.

- ***El Convenio 161 sobre los servicios de salud en el trabajo, 1985***, versa sobre los servicios investidos de funciones esencialmente preventivas y encargados de asesorar en la empresa al empleador, a los trabajadores y a sus representantes acerca de salud y seguridad en el trabajo y adaptación del medio ambiente de trabajo. El convenio estipula que el Estado que lo ratifique deberá formular, aplicar y reexaminar periódicamente una política nacional coherente sobre servicios de salud en el trabajo con miras a establecer progresivamente dichos servicios para todos los trabajadores en todas las ramas de actividad económica. La n número 171 complementa este convenio.
- ***El Convenio 174 sobre la prevención de accidentes industriales mayores, 1993***,<sup>47</sup> tiene por objeto prevenir accidentes mayores que involucren sustancias peligrosas y limitar las consecuencias de dichos accidentes. Los Estados ratificantes se obligan a formular, adoptar y revisar periódicamente una política nacional coherente en materia de protección de los trabajadores, la población y el medio ambiente, contra los riesgos de accidentes mayores. Las normas nacionales del trabajo de esta política deberán ser conformes a las establecidas en dicho convenio. La n número 181 complementa este convenio.

Las [normas pertenecientes a] la segunda categoría estipulan medidas de protección contra determinados agentes (albayalde, radiaciones, benceno, asbesto, productos químicos), el cáncer profesional, el manejo de máquinas, y riesgos concretos del medio ambiente de trabajo.

- ***El Convenio 162 sobre el asbesto, 1986***,<sup>48</sup> se aplica a todas las actividades en las que los trabajadores estén expuestos al asbesto en el curso

47 Entró en vigor en Colombia el 9 de diciembre de 1997, en virtud de la Ley 320 de 1996.

48 Entró en vigor en Colombia el 25 de enero de 2001, en virtud de la Ley 436 de 1998.

de su trabajo. Los Estados ratificantes deberán prescribir las medidas que habrán de adoptarse para prevenir y controlar los riesgos para la salud debidos a la exposición profesional al asbesto y para proteger a los trabajadores contra tales riesgos. La n número 172 complementa este convenio.

- **El Convenio 136 sobre el benceno, 1971**<sup>49</sup>, estipula que el Estado que lo ratifica deberá tomar medidas para prohibir o controlar el uso del benceno en el lugar de trabajo. También prevé que, siempre que se disponga de productos de sustitución inocuos o menos nocivos, deberán utilizarse tales productos en lugar del benceno o de productos que lo contengan. La n número 144 complementa este convenio.
- **El Convenio 139 sobre el cáncer profesional, 1974**,<sup>50</sup> dispone que el Estado que lo ratifique deberá determinar periódicamente las sustancias y los agentes cancerígenos prohibidos, o sujetos a autorización o control. También deberá, entre otros, prescribir las medidas que deban tomarse para proteger a los trabajadores contra los riesgos de exposición a sustancias o agentes cancerígenos, asegurar que se establezca un sistema apropiado de registros y que se proporcionen a los trabajadores los exámenes médicos necesarios para evaluar la exposición y el estado de su salud. La n número 147 complementa este convenio.
- **El Convenio 115 sobre la protección contra las radiaciones, 1960**,<sup>51</sup> obliga al Estado que lo ratifica a adoptar las medidas apropiadas para lograr una protección eficaz de los trabajadores contra las radiaciones ionizantes, tanto desde el punto de vista de su salud como de su seguridad. Entre otros, deberá tomar medidas para reducir al nivel más bajo posible la exposición de los trabajadores; acopiar los datos que hagan falta para asegurar su protección; determinar las dosis máximas de radiaciones ionizantes; notificar a los trabajadores los trabajos y los riesgos que entraña la exposición a radiaciones, y prever los exámenes médicos apropiados. La n número 114 complementa este convenio.

Entró en vigor en Colombia el 16 de noviembre de 1976, en virtud de la Ley 44 de 1975.

No ratificado por Colombia.

Ibid.

49

50

51

- ***El Convenio 170 sobre productos químicos, 1990,***<sup>52</sup> estipula que los Estados ratificantes deberán, en consulta con las organizaciones más representativas de empleadores y de trabajadores, y habida cuenta de las condiciones y práctica nacionales, formular, poner en práctica y reexaminar periódicamente una política coherente de seguridad en la utilización de productos químicos en el trabajo. Dicha política deberá prever cuestiones tales como etiquetado y marcado, responsabilidad de los proveedores y de los empleadores, transferencia de productos químicos, exposición, control operativo, eliminación, información y formación, obligaciones de los trabajadores, derechos de los trabajadores y sus representantes, y responsabilidades de los Estados exportadores. La n número 177 complementa este convenio.
- ***El Convenio 119 sobre la protección de la maquinaria, 1963,***<sup>53</sup> establece normas de protección de los trabajadores contra los riesgos que entraña la utilización de máquinas en el lugar de trabajo. También estipula normas sobre la venta, el arrendamiento y la cesión de máquinas, indicando los riesgos inherentes a cada uno de ellos. La Recomendación núm. 118 complementa este convenio.
- ***El Convenio 27 sobre la indicación del peso en los fardos transportados por barco, 1929,***<sup>54</sup> estipula que todo fardo u objeto cuyo peso bruto sea de una tonelada métrica o más, y haya de ser transportado por mar deberá tener marcado su peso.
- ***El Convenio 127 sobre el peso máximo, 1967,***<sup>55</sup> obliga al Estado que lo ratifica a limitar el peso de la carga que una persona puede transportar por sí sola. No debe exigirse ni permitirse a un trabajador el transporte manual de cargas cuyo peso pueda comprometer su salud o su seguridad. La Recomendación núm. 128 complementa este convenio.
- **El Convenio 148 sobre el medio ambiente de trabajo (contaminación del aire, ruido y vibraciones)1977,**<sup>56</sup> dispone que el Estado que lo rati-

52 Entró en vigor en Colombia el 6 de septiembre de 1994, en virtud de la Ley 320 de 1996.

53 No ratificado por Colombia.

54 Ibid.

55 Ibid.

56 Ibid.

fique deberá tomar medidas para prevenir y limitar los riesgos profesionales debidos a la contaminación del aire, el ruido y las vibraciones en el medio ambiente de trabajo y para proteger a los trabajadores contra tales riesgos. Dichas medidas deberán tener en cuenta las disposiciones del convenio. La Recomendación núm. 156 complementa este convenio.

Las normas de la *tercera categoría* versan sobre la protección en *determinadas ramas de actividad económica* tales como construcción, comercio y oficinas, y trabajos portuarios.

- El Convenio 120 sobre la higiene (comercio y oficinas), 1964,<sup>57</sup> estipula que los Estados ratificantes han de adoptar y mantener vigente una legislación que garantice la seguridad y la salud de quienes trabajan en establecimientos de comercio y oficinas, de conformidad con las disposiciones del mismo. La Recomendación número 120 complementa este convenio.
- El Convenio 152 sobre seguridad e higiene (trabajos Portuarios), 1979,<sup>58</sup> abarca la totalidad de los trabajos de carga o descarga de todo buque, así como cualesquiera operaciones relacionadas con estos trabajos. La Recomendación número 160 complementa este convenio.
- El Convenio 167 sobre seguridad y salud en la construcción, 1988,<sup>59</sup> estipula que los Estados ratificantes se comprometen a adoptar y mantener en vigor una legislación que garantice la seguridad y la salud de los trabajadores de la construcción, de conformidad con las disposiciones del mismo. La Recomendación número 175 complementa este convenio.(...)

El artículo 53 de la CP, en su último inciso establece que: “La ley, los contratos, acuerdos y convenios de trabajo no pueden menoscabar la libertad, la dignidad humana y los derechos de los trabajadores.”<sup>60</sup> Del alcance de esta

Ibid. 57

Ibid. 58

Entró en vigor en Colombia el 6 de septiembre de 1994, en virtud de la Ley 52 de 1993. 59

En el mismo sentido, el artículo 13 de Código Sustantivo del Trabajo establece que: “Las disposiciones de este código contienen el mínimo de derechos y garantías consagradas a favor de los trabajadores. No produce efecto alguno cualquiera estipulación que afecte o desconozca este mínimo.” 60

normatividad se desprende que la salud y seguridad de las personas trabajadoras no se pueden afectar de manera inminente, directa y visible. Asimismo el artículo 13 de la CP establece una protección especial: “El Estado protegerá especialmente a aquellas personas que por su condición económica, física o mental, se encuentren en circunstancia de debilidad manifiesta y sancionará los abusos o maltratos que contra ellas se cometan.”

Respecto a la salud y la seguridad en el trabajo, la Corte Constitucional en términos generales ha dicho que:

**La obligación de los empleadores de abstenerse de impartir órdenes que afecten la salud de sus empleados implica una restricción general en el ejercicio de una prerrogativa legal de los empleadores, por virtud del respeto que estos deben a la dignidad de sus trabajadores. Sin embargo, bajo determinadas condiciones, el respeto por esta dignidad implica, además, el deber de reubicar a los trabajadores que, durante el transcurso del contrato de trabajo sufren disminuciones de su capacidad física.**

(...) El alcance del derecho a ser reubicado por condiciones de salud tiene alcances diferentes dependiendo del ámbito en el cual opera el derecho. Para tales efectos resultan determinantes al menos tres aspectos que se relacionan entre sí: 1) el tipo de función que desempeña el trabajador, 2) la naturaleza jurídica y 3) la capacidad del empleador. Si la reubicación desborda la capacidad del empleador, o si impide o dificulta excesivamente el desarrollo de su actividad o la prestación del servicio a su cargo, el derecho a ser reubicado debe ceder ante el interés legítimo del empleador. Sin embargo, éste tiene la obligación de poner tal hecho en conocimiento del trabajador, dándole además la oportunidad de proponer soluciones razonables a la situación.

(...) En algunos casos, el derecho a la reubicación en un cargo compatible con las condiciones de salud del trabajador no se limita al simple cambio de funciones. Para garantizar el ejercicio real de este derecho, la reubicación debe estar acompañada de la capacitación necesaria para que el trabajador se desempeñe adecuadamente en su nueva labor. Así, el artículo 54 de la constitución se refiere específicamente a las obligaciones que le competen al Estado y a los empleadores en lo que se refiere a la habilitación profesional y técnica y a la obligación de garan-

tizar a los disminuidos físicos el derecho al trabajo de acuerdo con sus condiciones de salud.<sup>61</sup>

#### 4 Medidas especiales de protección de la mujer<sup>62</sup>

Aunque la mayoría de las normas internacionales del trabajo se aplican sin distinción alguna a trabajadoras y trabajadores, algunos convenios y recomendaciones de la OIT se refieren concretamente a la situación de la mujer. Estos convenios y recomendaciones suelen dividirse en dos grupos:

1. Los que garantizan la igualdad de oportunidades y de trato en el acceso a la formación, el empleo, la promoción, la organización y la toma de decisiones, así como la igualdad de condiciones en términos de salario, beneficios, seguridad social, y servicios de bienestar cuya prestación esté vinculada con el empleo.
2. Los que protejan a la trabajadora contra aquellas condiciones de trabajo que puedan entrañar riesgos para la maternidad.

Dentro del primer grupo se encuentran el Convenio 100 sobre igualdad de remuneración, 1951, el Convenio 111 sobre discriminación (empleo y ocupación), 1958, y el Convenio 156 sobre los trabajadores con responsabilidades familiares, 1981.<sup>63</sup>

En el segundo grupo se encuentran los convenios que definen las condiciones de trabajo particulares para la mujer y una protección especial en caso de que se vea expuesta a determinadas sustancias o situaciones en el lugar de trabajo; en otros, se estipula la protección social de la mujer durante el embarazo.

Entre estos últimos convenios se encuentran: el Convenio 3 sobre la protección de la maternidad, 1919,<sup>64</sup> y el Convenio 107 sobre la protección de la maternidad (revisado), 1952 (núm. 103)

Corte Constitucional, sentencia T-1040 de 2001, M. P. Manuel José Cepeda Espinosa. 61

Se reproduce a continuación la parte correspondiente a "Normas Internacionales del Trabajo sobre las Trabajadoras", Organización Internacional del Trabajo (OIT), en <http://www.ilo.org/public/spanish/norm/whatare/standards/women.htm> 62

No ratificado por Colombia. 63

Entró en vigor en Colombia el 20 de junio de 1933, en virtud de la Ley 129 de 1931. 64

que estipula que los Estados ratificantes deben conceder doce semanas de licencia de maternidad durante la cual la trabajadora tendrá derecho a recibir prestaciones en dinero y prestaciones médicas. El empleador no está obligado en ningún caso a costear dichas prestaciones que pagará, por ejemplo, un sistema de seguridad social. Además, la mujer estará autorizada a interrumpir el trabajo para amamantar a su hijo durante las horas laborales.<sup>65</sup>

La Recomendación número 95 complementa el segundo de los convenios citados. Recientemente se aprobó el Convenio sobre protección de maternidad, 2000 (núm. 183), completado por la recomendación 191.

Igualmente se encuentran dentro de este segundo grupo, con base en las situaciones o condiciones de trabajo:

- **El Convenio 45 sobre el trabajo subterráneo (mujeres), 1935,<sup>66</sup> que prohíbe el empleo de mujeres en los trabajos subterráneos de las minas.**
- **El Convenio 89 (revisado) sobre el trabajo nocturno (mujeres), 1948,<sup>67</sup> que obliga a los Estados que lo ratifican a prohibir el empleo de mujeres durante la noche en las empresas industriales. En el convenio se define lo que se entiende por “noche”. El Protocolo de 1990 de este convenio prevé variaciones respecto a la duración del periodo nocturno y excepciones de la prohibición de trabajo nocturno.**
- **En el Convenio 171 sobre el trabajo nocturno, 1990,<sup>68</sup> se aborda el tema del trabajo nocturno sin distinción de sexos. La Recomendación núm. 178 complementa este convenio.<sup>69</sup>**

65 “Normas Internacionales del Trabajo sobre las Trabajadoras”, Organización Internacional del Trabajo (OIT), en <http://www.ilo.org/public/spanish/norm/standards/women.htm>

66 No ratificado por Colombia.

67 Ibid.

68 Aprobada por la Ley 320 de 1996. No aparece constancia de su verificación en la página web de la OIT.

69 “Normas Internacionales del Trabajo sobre las Trabajadoras”, Organización Internacional del Trabajo (OIT), en <http://www.ilo.org/public/spanish/norm/standards/women.htm>

70 Entró en vigor en Colombia el 20 de junio de 1933, en virtud de la Ley 129 de 1931.

- El Convenio 13 sobre la cerusa (pintura), 1921,<sup>70</sup> prohíbe emplear a los jóvenes menores de 18 años y a las mujeres en trabajos de pintura industrial que entrañen el empleo de cerusa de sulfato de plomo o cualquier otro producto que contenga dichos pigmentos.
- El Convenio 136 sobre el benceno, 1971,<sup>71</sup> completado por la Recomendación núm. 144, prohíbe el trabajo que entrañe la exposición al benceno o productos que contengan benceno de mujeres embarazadas cuyo estado haya sido certificado por un médico y las madres lactantes. Los menores de dieciocho años de edad tampoco pueden ser empleados en trabajos que entrañen exposición al benceno o a productos que contengan benceno, a menos que se trate de jóvenes que reciban formación profesional impartida bajo la vigilancia médica y técnica adecuada.
- La Recomendación núm. 177, que completa el Convenio 170 sobre los productos químicos, 1990,<sup>72</sup> señala que en caso de embarazo o lactancia, las trabajadoras deberían tener el derecho a un trabajo alternativo que no implique la exposición a productos químicos peligrosos para la salud del feto o del lactante, o su utilización, siempre que tal trabajo esté disponible, y el derecho a regresar a sus ocupaciones previas en el momento adecuado.

Entró en vigor en Colombia el 16 de noviembre de 1976, en virtud de la Ley 44 de 1975.

71

No ratificado por Colombia.

72

## Tipología de las violaciones

### Tipologías

#### El derecho al trabajo y a condiciones equitativas y satisfactorias del mismo se viola cuando:

- a) El Estado permite que los empleadores realicen cualquier distinción, exclusión o preferencia entre sus empleados basada en motivos de raza, color, sexo, religión, opinión política, discapacidad, o por ser enfermos de SIDA, que tenga como efecto la alteración de la igualdad de oportunidades o de trato en el empleo u ocupación.
- b) El Estado tolera la existencia de hostigamiento sexual en el empleo.
- c) El Estado no formula, aplica y revisa periódicamente la política nacional sobre la readaptación profesional y el empleo de personas inválidas.
- d) El Estado permite que los empleadores no reubiquen a sus empleados cuando el trabajo que desempeñan afecta seriamente su salud.
- e) Se limita injustificadamente el ejercicio de una actividad laboral legítima por acción u omisión arbitraria de las autoridades.
- f) Se desconoce el núcleo esencial del derecho al trabajo que consiste en toda acción u omisión que impida el ejercicio de la facultad de desarrollar una labor remunerada en un espacio y tiempo determinado, en desconocimiento de las condiciones dignas y justas en las que el trabajador debe realizar su labor.<sup>1</sup>
- g) Se vulnera un derecho conexo del derecho al trabajo que conlleve el ataque injustificado del núcleo esencial.<sup>2</sup>
- h) Se retira del servicio cuando existe debilidad manifiesta o se trata de una trabajadora embarazada.<sup>3</sup>

- 1 Corte Constitucional, sentencias T-047 de 1995, M. P. Vladimiro Naranjo Mesa; T-779 de 1998, M. P. Alfredo Beltrán Sierra.
- 2 Corte Constitucional, sentencias C-671 de 1999, M. P. Alfredo Beltrán Sierra; T-799 de 1999, M. P. Carlos Gaviria Díaz; T-888 de 1999, M. P. Carlos Gaviria Díaz.
- 3 Corte Constitucional, sentencia SU- 250 de 1998, M. P. Alejandro Martínez Caballero.

- i) Se termina el contrato de trabajo con justa causa pero en el procedimiento se falta al principio de buena fe al no expresar los hechos precisos e individuales que provocan esta acción, para que la otra parte tenga la oportunidad de enterarse de los motivos que originaron el rompimiento de la relación laboral y pueda hacer uso del derecho a la defensa y controvertir tal decisión si está en desacuerdo.<sup>3</sup>
- j) Se desconoce el principio fundamental a trabajo igual salario igual. Un tratamiento que vulnere este principio se considera una discriminación, un trato diferente sin justificación racional ni razonable.<sup>4</sup>
- k) Se abusa o maltrata a personas que por su condición económica, física o mental se encuentran en circunstancias de debilidad manifiesta. El artículo 13 de la CP establece que el Estado sancionará los abusos o maltratos contra tales personas (penales, causales de agravación de la pena o sanciones disciplinarias).

### El Código Penal establece los siguientes delitos frente a la violación del derecho al trabajo:

- a) El que mediante violencia o maniobra engañosa logre el retiro de operarios o trabajadores de los establecimientos donde laboran, o por los mismos medios perturbe o impida el libre ejercicio de la actividad de cualquier persona (art. 198).
- b) El que mediante violencia o maniobra engañosa logre el retiro de operarios o trabajadores de los establecimientos donde laboran, y por estos medios logre la suspensión o cesación colectiva del trabajo (art. 198).

Corte Constitucional, sentencias C-593 de 1998, M. P. Alejandro Martínez Caballero; C-299 de 1998, M. P. Carlos Gaviria Díaz; T-546 de 2000, M. P. Valdimiro Naranjo Mesa.

Corte Constitucional, sentencias C-479 de 1992, M. P. José Gregorio Hernández Galindo y Alejandro Martínez Caballero; T-230 de 1994, M. P. Eduardo Cifuentes Muñoz.

3

4

- c) El que con el fin de suspender o paralizar el trabajo destruya, inutilice, haga desaparecer o de cualquier otro modo dañe herramientas, bases de datos, soportes lógicos, instalaciones, equipos o materias primas (art. 199).
- d) El que con el fin de suspender o paralizar el trabajo destruya, inutilice, haga desaparecer o de cualquier otro modo dañe herramientas, bases de datos, soportes lógicos, instalaciones, equipos o materias primas y por estos medios logre la suspensión o cesación colectiva del trabajo (art. 199).

## 1. Introducción

El derecho a un medio ambiente sano es relativamente nuevo en el ámbito internacional. La primera conferencia mundial de las Naciones Unidas sobre medio ambiente tuvo lugar en Estocolmo en 1972 (Conferencia de las Naciones Unidas sobre Medio Ambiente Humano), debido a la constatación de la gravedad e importancia de los problemas ambientales mundiales y su relación con los temas del desarrollo. Esta Conferencia inició el camino para tratar de dar respuesta a la preocupación internacional en este ámbito, y creó el Programa de las Naciones Unidas para el Medio Ambiente (PNUMA).

La declaración que se adoptó como consecuencia de esta Conferencia (conocida como Declaración de Estocolmo) es considerada como el inicio fundacional del derecho ambiental, ya que constituye el primer documento que sobre esta materia se aprueba en un foro internacional de esta magnitud, y se ha convertido en la “Carta Magna” del derecho internacional ambiental.<sup>1</sup>

La Declaración de Estocolmo de 1972 consagra los siguientes principios:

1. *El principio de igualdad*: reconoce que en materia ambiental todos los Estados son iguales en deberes y derechos.

2. *El principio del derecho al desarrollo sustentable*: señala que hay un vínculo estrecho entre desarrollo económico y social y medio ambiente.

3. *El principio de soberanía estatal sobre los recursos naturales propios*: establece que los Estados exploten sus recursos naturales libremente, cuidando el uso racional de los mismos.

4. *El principio de no interferencia*: implica la obligación de los Estados de no perjudicar con sus actividades al medio ambiente de otros Estados.

Conferencia de las Naciones Unidas sobre Medio Ambiente y Desarrollo, en: <http://www.un.org/spanish/conferences/wssd/unced.html>

1

5. *El principio de responsabilidades compartidas*: obliga a los Estados a asumir su responsabilidad internacional cuando con sus actos dañen la ecología de otro Estado.

6. *El principio de cooperación internacional*: guía a los Estados en todas las actividades relacionadas con el medio ambiente, teniendo en cuenta los intereses correspondientes de los demás Estados.<sup>2</sup>

Posteriormente tuvo lugar en Río de Janeiro (Brasil) en 1992, la Conferencia de las Naciones Unidas sobre el Medio Ambiente y el Desarrollo, conocida como Cumbre de la Tierra, en un esfuerzo masivo por reconciliar el impacto de las actividades socioeconómicas humanas en el medio ambiente y viceversa.

Mientras que en la Conferencia de Estocolmo de 1972 la atención internacional se centró en temas medioambientales, especialmente los relacionados con la degradación ambiental y la contaminación transfronteriza, en la Cumbre de la Tierra de 1992 se reconoció internacionalmente el hecho de que la protección del medio ambiente y la administración de los recursos naturales deben integrarse en las cuestiones socioeconómicas de pobreza y desarrollo.

La Cumbre de la Tierra marcó un hito al centrar la atención mundial en la idea de que los problemas medioambientales del planeta están íntimamente relacionados con las condiciones económicas y los problemas de justicia social. Además, demostró que las necesidades sociales, medioambientales y económicas deben equilibrarse para obtener resultados sostenibles a largo plazo. En este sentido, la Cumbre adoptó la definición de la expresión “desarrollo sostenible”, creada por la Comisión Mundial del Medio Ambiente y Desarrollo (Comisión Brundtland) en 1987, como “(...) el desarrollo que satisface las necesidades del presente sin comprometer la habilidad de las generaciones futuras para satisfacer sus propias necesidades”.<sup>3</sup>

Uno de los logros más importantes de la Cumbre de la Tierra fue la creación de un programa de acción que tiene por finalidad alcanzar el desarrollo sostenible en el siglo XXI, conocido como el “Programa 21”. Otros resultados importantes fueron:

- *La Declaración de Río*: conjunto de 27 principios universalmente aplicables para ayudar a guiar la acción internacional basándose en la responsabilidad medioambiental y económica.

2 Ibid.

3 The World Commission for Environment and Development, *Our Common Future*, Madrid, Alianza, 1988, p. 29.

- *La Convención marco sobre el cambio climático*: acuerdo legalmente vinculante, cuyo objetivo principal es la estabilización de las concentraciones de gases invernadero en la atmósfera a un nivel que prevendría la peligrosa interferencia antropogénica (causada por el hombre) en el sistema climático.
- *El Convenio sobre diversidad biológica*: acuerdo legalmente vinculante, que representa un paso importantísimo hacia la conservación de la diversidad biológica, del uso sostenible de sus componentes y del reparto justo y equitativo de los beneficios derivados del uso de recursos genéticos.
- *La Declaración de principios forestales*: conjunto de 15 principios no vinculantes, que rigen la política nacional e internacional para la protección, la administración y el uso más sostenible de los recursos forestales mundiales. Estos principios son muy importantes ya que representan el primer consenso internacional sobre un mejor uso y conservación de todo tipo de bosques.<sup>4</sup>

Uno de los acuerdos logrados en la Cumbre de la Tierra fue que, transcurridos cinco años desde esta Conferencia, se revisara el programa de la Cumbre de Río en una sesión especial de la Asamblea General de las Naciones Unidas; así, en 1997 tuvo lugar en Nueva York la Cumbre de la Tierra + 5. El resultado de esta Conferencia fue la creación del esquema para la implementación del Programa 21.

Finalmente, en el año 2002 tuvo lugar la Cumbre Mundial sobre el Desarrollo Sostenible en Johannesburgo (Cumbre de Johannesburgo), en la que se establecieron algunas metas importantes:

- Reducir a la mitad, para el año 2015, el número de personas que no tienen acceso a servicios básicos de saneamiento.
- Producir y utilizar productos químicos, para el año 2020, siguiendo métodos que no tengan efectos negativos importantes sobre la salud humana y el medio ambiente.
- Mantener o restablecer, de modo urgente, y de ser posible para el año 2015, las poblaciones de peces agotadas a niveles que puedan dar la producción máxima sostenible.
- Lograr para el año 2010 una reducción importante de la tasa actual de pérdida de la diversidad biológica.

Conferencia de las Naciones Unidas sobre Medio Ambiente y Desarrollo, en: <http://www.un.org/spanish/conferences/wssd/unced.html>

La Constitución Política de Colombia (CP) ha hecho eco de los anteriores compromisos asumidos por la comunidad internacional al consagrar en su Capítulo III (De los derechos colectivos y del ambiente) del Título II (Los derechos, las garantías y los deberes), el derecho al medio ambiente:

**Artículo 79. Todas las personas tienen derecho a gozar de un ambiente sano. La ley garantizará la participación de la comunidad en las decisiones que puedan afectarlo.**

**Es deber del Estado proteger la diversidad e integridad del ambiente, conservar las áreas de especial importancia ecológica y fomentar la educación para el logro de estos fines.**

**Artículo 80. El Estado planificará el manejo y aprovechamiento de los recursos naturales, para garantizar su desarrollo sostenible, su conservación, restauración o sustitución.**

**Además, deberá prevenir y controlar los factores de deterioro ambiental, imponer las sanciones legales y exigir la reparación de los daños causados.**

**Así mismo, cooperará con otras naciones en la protección de los ecosistemas situados en las zonas fronterizas.**

**Artículo 81. Queda prohibida la fabricación, importación, posesión y uso de armas químicas, biológicas y nucleares, así como la introducción al territorio nacional de residuos nucleares y desechos tóxicos.**

**El Estado regulará el ingreso al país y la salida de él de los recursos genéticos, y su utilización, de acuerdo con el interés nacional.**

En Colombia, el derecho a un ambiente sano comporta una serie de requisitos básicos que rodean a la persona y le permiten su supervivencia biológica e individual, lo que a su vez le garantiza su desempeño normal y su desarrollo integral en el medio social. Al respecto, la Corte Constitucional ha manifestado:

**En este sentido, el ambiente sano es un derecho fundamental para la supervivencia de la especie humana; sin embargo, la vulneración del mismo conlleva en determinados casos, al quebrantamiento de derechos constitucionales fundamentales como la vida o la salud. Por consiguiente, como lo dispuso el constituyente de 1991, el Estado debe garantizar el derecho a gozar de un ambiente sano y adoptar las medidas encaminadas a obtener el mejoramiento de la calidad de vida de la población y el aseguramiento del bienestar general, a fin de evitar que**

se causen daños irreparables a la persona, ya que en tales circunstancias, dicho derecho es susceptible de ser protegido, como se ha expuesto, a través del ejercicio de la acción de tutela (...)

(...) Ahora bien, del mandato constitucional consagrado en el artículo 79, se colige que es responsabilidad del Estado atender y garantizar la prestación efectiva del servicio público de saneamiento ambiental, conforme a los principios de universalidad y solidaridad. Todas esas obligaciones están dirigidas a la preservación, conservación y protección del medio ambiente, a fin de obtener el mejoramiento de la calidad de vida de la población y el aseguramiento del bienestar general, según lo determina el artículo 366 de la Carta Fundamental.<sup>5</sup>

Así mismo, la CP consagra los deberes y las obligaciones que tienen los asociados frente al ambiente, entre los cuales se encuentra aquél según el cual corresponde a toda persona, para proteger las riquezas culturales y naturales de la nación (CP, art. 8,) obrar conforme al principio de solidaridad (CP, art. 95-2,) y velar por la conservación de un ambiente sano (CP, art. 95-8).

En relación con el deber de prevención y control del deterioro ambiental, la Corte Constitucional ha destacado que:

(...) éste se ejerce, entre otras formas, a través del otorgamiento, delegación o cancelación de licencias ambientales por parte del Estado. Solamente el permiso previo de las autoridades competentes, hace jurídicamente viable la ejecución de obras o actividades que puedan tener efectos potenciales sobre el ecosistema.<sup>6</sup>

El Estado cumple las funciones de protección a través del Ministerio del Medio Ambiente (hoy Ministerio de Ambiente, Vivienda y Desarrollo Territorial) y de las corporaciones autónomas regionales, según la Ley 99 de 1993. Las corporaciones autónomas regionales constituyen un importante desarrollo del conjunto de preceptos constitucionales orientados a la protección del medio ambiente (entre otros, los arts. 8, 58, 79, 80, 81, 95-8, 268, 310, 330, 331, 333 y 334 de la CP), lo que la Corte Constitucional ha denominado en reiteradas oportunidades la “constitución ecológica”, en los siguientes términos:

Corte Constitucional, sentencia SU-442 de 1997, M. P. Hernando Herrera Vergara.  
Ibid.

(...) la Constitución de 1991 modificó profundamente la relación normativa de la sociedad colombiana con la naturaleza. Por ello esta Corporación ha señalado, en anteriores decisiones, que la protección del medio ambiente ocupa un lugar tan trascendental en el ordenamiento jurídico que la Carta contiene una verdadera “*constitución ecológica*”, conformada por todas aquellas disposiciones que regulan la relación de la sociedad con la naturaleza y que buscan proteger el medio ambiente. Igualmente la Corte ha precisado que esta constitución ecológica tiene dentro del ordenamiento colombiano una triple dimensión: de un lado, la protección al medio ambiente es un principio que irradia todo el orden jurídico puesto que es obligación del Estado proteger las riquezas naturales de la Nación (CP, art. 8). De otro lado, aparece como el derecho de todas las personas a gozar de un ambiente sano, derecho constitucional que es exigible por diversas vías judiciales (CP, art. 79). Y, finalmente, de la constitución ecológica derivan un conjunto de obligaciones impuestas a las autoridades y a los particulares.<sup>\*</sup> Es más, en varias oportunidades, la Corte ha insistido en que la importancia del medio ambiente en la Constitución es tal que implica para el Estado, en materia ecológica, “unos deberes calificados de protección.”<sup>\*\*</sup> (...) también ha precisado que la Carta constitucionaliza uno de los conceptos más importantes del pensamiento ecológico moderno, a saber, la idea según la cual el desarrollo debe ser sostenible.<sup>7</sup> (Énfasis agregado.)

En efecto, la Corte Constitucional señala que una lectura sistemática y armónica de las normas que orientan la concepción ecologista de la CP, particularmente de los artículos 2º, 8º, 49, 58, 67, 79, 80 y 95-8, permite entender el sentido que jurídicamente identifica este fenómeno:

(...) mientras por una parte se reconoce el medio ambiente sano como un derecho del cual son titulares todas las personas –quienes a su vez están legitimadas para participar en las decisiones que puedan afectarlo y deben colaborar en su conservación–, por la otra se impone al Estado los deberes correlativos de:

\* Corte Constitucional, sentencias T-411 de 1992, M. P. Alejandro Martínez Caballero; C-058 de 1994, M. P. Alejandro Martínez Caballero; C-519 de 1994, M. P. Vladimiro Naranjo Mesa; C-495 de 1996, M. P. Fabio Morón Díaz; C-535 de 1996, M. P. Jorge Arango Mejía.  
 \*\* Corte Constitucional, sentencias C-328 de 1995, M. P. Eduardo Cifuentes Muñoz y C-535 de 1996, M. P. Jorge Arango Mejía.  
 7 Corte Constitucional, sentencias C-126 de 1998, M. P. Alejandro Martínez Caballero; C-794 de 2000, M. P. José Gregorio Hernández Galindo.

- 1) proteger su diversidad e integridad,
- 2) salvaguardar las riquezas naturales de la Nación,
- 3) conservar las áreas de especial importancia ecológica,
- 4) fomentar la educación ambiental,
- 5) planificar el manejo y aprovechamiento de los recursos naturales para así garantizar su desarrollo sostenible, su conservación, restauración o sustitución,
- 6) prevenir y controlar los factores de deterioro ambiental,
- 7) imponer las sanciones legales y exigir la reparación de los daños causados al ambiente y
- 8) cooperar con otras naciones en la protección de los ecosistemas situados en las zonas de frontera.<sup>8</sup>

En Colombia existe una legislación que desarrolla y complementa lo establecido en la CP, entre otras, la siguiente:

- Código nacional de recursos naturales renovables y de protección al medio ambiente, Decreto 2811 de 1974.
- Ley del mar, Ley 10 de 1978.
- Ley sanitaria nacional, Ley 9ª de 1979.
- Código Minero, Decreto 2855 de 1988.
- Ministerio del Medio Ambiente, Ley 99 de 1993; reestructurado mediante Decreto 1124 de 1999; funciones del Ministerio, Decreto 1978 de 2000.
- Facultades extraordinarias al presidente de la república para dictar normas sobre armas, municiones y explosivos, y para reglamentar la vigilancia y seguridad privadas, Ley 61 de 1993.
- Normas sobre armas, municiones y explosivos, Decreto-Ley 2535 de 1993.
- Vehículos y contaminación ambiental: por medio del Acuerdo 62 de 1993 (modificatorio del Acuerdo 24/93), el Instituto Nacional del Transporte estableció las características que deben cumplir los vehículos de ensamblaje nacional o importados, en cuanto a controles de contaminación ambiental.
- Certificado de incentivo forestal para promover las inversiones directas en plantaciones forestales, Ley 139 de 1994.
- Fondo y comisión nacional de regalías destinados a la preservación del medio ambiente, promoción de la minería y financiación de proyectos regionales de inversión, Ley 141 de 1994.

Corte Constitucional, sentencias T-411 de 1992, M. P. Alejandro Martínez Caballero; T-046 de 1999, M. P. Hernando Herrera Vergara; C-671 de 2001, M. P. Jaime Araújo Rentería.

- Consejo técnico asesor de política y normatividad ambientales del Ministerio del Medio Ambiente, estructura y funciones, Decreto 966 de 1994.
- Distinción nacional del medio ambiente, otorgada por el presidente de la república para exaltar a quienes se destaquen en su protección, Decreto 1125 de 1994.
- Ley 299 de 1996, por la cual se protege la flora colombiana y se reglamentan los jardines botánicos.
- Código de Minas, Ley 685 de 2001.

Además de la regulación para cuestiones específicas:

- Licencia ambiental, Ley 99 de 1993. Tarifas, Ley 344 de 1996.
- Licencia ambiental en proyectos de electricidad, Ley 134 de 19 de 1994.
- Sistemas nacionales de información e investigación ambiental, Decreto 1600 de 1994.
- Educación ambiental para todos los niveles de educación formal, Decreto 1743 de 1994.
- Reglamento para la concesión de licencias ambientales, Decreto 1753 de 1994.
- Planificación ambiental en corporaciones autónomas regionales, Decreto 1768 de 1994.
- Certificados de incentivo forestal, Decreto 1840 de 1994.
- Regulaciones para impedir la introducción de residuos peligrosos al territorio nacional, Resolución 189 de 1994, Ministerio del Medio Ambiente.

## **2 Alcance del derecho al medio ambiente en el ámbito del derecho internacional de los derechos humanos (DIDH)**

A pesar del avance que han supuesto en el ámbito internacional y nacional los principios, compromisos y tratados internacionales sobre medio ambiente desarrollados y asumidos a la fecha, conviene tener en cuenta que ningún tratado sobre medio ambiente contempla la creación de un mecanismo que permita a los individuos, grupos u organizaciones presentar casos o peticiones por presunta violación a cualquiera de sus compromisos. Por este motivo, la mayor parte de los casos que tienen que ver con el daño medioambiental y su impacto en los individuos o grupos se han presentado ante los órganos de vigilancia de los tratados sobre derechos humanos.

En este sentido, ni el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos (PIDCP), ni la Convención Americana sobre Derechos Humanos (en adelante Convención Americana), ni el Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales (PIDESC), consagran en su articulado el derecho al medio ambiente de forma autónoma. Sin embargo, el Protocolo de San Salvador contempla expresamente en su artículo 11 este derecho:

- 1. Toda persona tiene derecho a vivir en un ambiente sano y a contar con servicios públicos básicos.**
- 2. Los Estados partes promoverán la protección, preservación y mejoramiento del medio ambiente.**

Dado que este instrumento entró en vigor el 16 de noviembre de 1999, a la fecha no existe ningún fallo de la Corte Interamericana de Derechos Humanos (en adelante Corte Interamericana) en el que se contemple la violación de este artículo, ni una interpretación sobre el alcance del mismo.

### **2.1. Sistema universal de protección de los derechos humanos**

El Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales se ha referido a cuestiones medioambientales tanto en su Observación General No. 14, como en su Observación General No. 4. En ambas observaciones, el Comité ha relacionado el derecho a un medio ambiente sano con el derecho a la salud:

**(...) Por el contrario, el historial de la elaboración y la redacción expresa del párrafo 2 del artículo 12 reconoce que el derecho a la salud abarca una amplia gama de factores socioeconómicos que promueven las condiciones merced a las cuales las personas pueden llevar una vida sana, y hace ese derecho extensivo a los factores determinantes básicos de la salud, como la alimentación y la nutrición, la vivienda, el acceso a agua limpia potable y a condiciones sanitarias adecuadas, condiciones de trabajo seguras y sanas y un medio ambiente sano.<sup>9</sup>**

Artículo 11.  
Protocolo de  
San Salvador

Observación General  
Comité de Derechos  
Económicos, Sociales  
y Culturales

Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, Observación General No. 14, "El derecho al disfrute del más alto nivel posible de salud", párr. 4.

**(...), la vivienda no debe construirse en lugares contaminados ni en la proximidad inmediata de fuentes de contaminación que amenazan el derecho a la salud de los habitantes.<sup>10</sup>**

Por su parte, el Comité de Derechos Humanos se ha referido a cuestiones medioambientales y de explotación de recursos naturales en relación con los derechos de las minorías, tanto en su Observación General No. 23 como en distintas comunicaciones individuales.

Concretamente, al interpretar el alcance del artículo 27 del PIDCP (relativo al derecho de las minorías), ha señalado que, a pesar de que el disfrute de los derechos a los que se refiere el artículo 27 no menoscaba la soberanía y la integridad de los Estados partes, “(...) en algunos de sus aspectos los derechos de las personas amparadas en virtud de ese artículo –por ejemplo, el disfrute de una determinada cultura– pueden guardar relación con modos de vida estrechamente asociados al territorio y al uso de sus recursos”,<sup>\*</sup> sobre todo en el caso de los miembros de comunidades indígenas que constituyen una minoría.<sup>11</sup>

En lo que se refiere al ejercicio de los derechos culturales de las minorías, el Comité de Derechos Humanos ha observado que “(...) la cultura se manifiesta de muchas formas, inclusive un modo particular de vida relacionado con el uso de recursos terrestres, especialmente en el caso de los pueblos indígenas. Ese derecho puede incluir actividades tradicionales tales como la pesca o la caza y el derecho a vivir en reservas protegidas por la ley”.<sup>12</sup> Como consecuencia, “el goce de esos derechos puede requerir la adopción de medidas jurídicas positivas de protección y medidas para asegurar la participación eficaz de los miembros de comunidades minoritarias en las decisiones que les afectan”.<sup>\*\*13</sup>

En el caso canadiense de Bernard Ominayak y la Agrupación del Lago Lubicon, los peticionarios alegaban que el gobierno de la provincia de Alberta habían privado a esta agrupación de su modo de subsistencia y de su derecho a la autodeterminación vendiendo concesiones de gas y de petróleo sobre sus tierras. Al pronunciarse sobre el fondo, el Comité de Derechos Humanos señaló que: “Las injusticias históricas a que se refiere el Estado parte, y determinados

10 Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, Observación General No. 4, “El derecho a una vivienda adecuada”, párr. 8, f).

\* Ver caso Kitok v. Suecia, comunicación No. 197/1985 del 27 de julio de 1988.

11 Comité de Derechos Humanos, Observación General No. 23, “Los derechos de las minorías étnicas, religiosas o lingüísticas”, párr. 3.2.

12 *Ibid.*, párr. 7.

\*\* Ver caso Bernard Ominayak, jefe de la Agrupación Lago Lubicon v. Canadá, comunicación No. 167/1984 del 10 de mayo 1990, CCPR/C/38/D/167/1984.

13 Comité de Derechos Humanos, Observación General No. 23, *ibid.*, párr. 7.

acontecimientos más recientes, amenazan el modo de vida y la cultura de la Agrupación del Lago Lubicon y constituyen una violación del artículo 27 mientras persiste la situación”.<sup>14</sup>

Por el contrario, el Comité de Derechos Humanos no encontró violación del artículo 27 de PIDCP en el caso finlandés Ilmari Lansman et al.,<sup>15</sup> presentado por 48 Samis. La cuestión planteada en este caso era determinar si los efectos de la explotación de una cantera en el monte Riutusvaara eran tan importantes que privaban a los autores de la comunicación (criadores de renos) del derecho a disfrutar de sus derechos culturales en la región.

Al resolver sobre el fondo, el Comité recordó que “(...) las actividades económicas pueden entrar en el ámbito del artículo 27 si son un elemento esencial de la cultura de una comunidad étnica”.<sup>16</sup>

Siendo comprensible que un Estado desee estimular el desarrollo o autorizar la actividad económica de las empresas, el margen de libertad que tiene en este sentido, a juicio del Comité, se mide por referencia a las obligaciones que le impone el artículo 27 del PIDCP, según el cual, los miembros de las minorías étnicas no serán privados del derecho a tener su propia vida cultural.<sup>17</sup> Conviene tener en cuenta que “(...) el derecho a gozar de la cultura propia no puede determinarse *in abstracto* sino que tiene que situarse en un contexto”, y que no protege únicamente los medios de sustento tradicionales de las minorías nacionales.<sup>18</sup> Sin embargo, “(...) las medidas que tengan un efecto limitado en la forma de vida de las personas pertenecientes a una minoría no equivalen necesariamente a una denegación de los derechos reconocidos en el artículo 27”.<sup>19</sup>

En el presente caso, el Comité concluyó que la cantidad de piedra explotada hasta la fecha no constituía una denegación del derecho a la cultura de los peticionarios, ya que a éstos se les consultó, y el gobierno tuvo en cuenta sus puntos de vista en las diligencias que precedieron a la concesión del permiso de extracción. Además, “(...) la extracción realizada hasta ahora no parece haber afectado adversamente al pastoreo de renos en la zona”.<sup>20</sup> Adicionalmente, el

Comité de Derechos Humanos, caso Bernard Ominayak, jefe de la Agrupación Lago Lubicon v. Canadá, comunicación No. 167/184, del 10 de mayo de 1990, CCPR/C/38/D/167/1984, párr. 33. 14

Comité de Derechos Humanos, caso Ilmari v. Finlandia, comunicación No. 511/1992 del 8 de noviembre de 1994, CCPR/C/52/D/511/1992. 15

Ibid., párr. 9.2. 16

Ibid., párr. 9.4. 17

Ibid., párr. 9.3. 18

Ibid., párr. 9.4. 19

Ibid., párr. 9.6. 20

Estado Parte había tomado la precaución de sólo permitir una extracción que suponía una repercusión mínima sobre las actividades de pastoreo de renos y sobre el medio ambiente.<sup>21</sup>

Ahora bien, respecto a posibles actividades futuras, el Comité señaló que “(...) para ajustarse al artículo 27 las actividades económicas se deben realizar de forma tal que los autores puedan continuar dedicándose a la cría del reno”,<sup>22</sup> en caso contrario sí se produciría una violación del artículo 27 del PIDCP.

En el caso *Apirana Mahuika de Nueva Zelanda*,<sup>23</sup> el problema que se planteó ante el Comité de Derechos Humanos fue el de encontrar un término medio entre el derecho de los pueblos indígenas a la explotación de los recursos naturales y los esfuerzos del gobierno por conservar estos recursos. La comunicación presentada por 18 maoríes cuestionaba los esfuerzos del gobierno de Nueva Zelanda por regular la pesca comercial y no comercial, como consecuencia del dramático aumento de la industria pesquera durante las últimas tres décadas.

Como la legislación promulgada por el Estado Parte afectaba de diversas maneras las posibilidades de los maoríes de dedicarse a la pesca comercial y no comercial, el Comité de Derechos Humanos debía determinar si las medidas adoptadas constituían una denegación del derecho de los maoríes a tener su propia vida cultural.<sup>24</sup>

Al resolver sobre el fondo, el Comité observó que el Estado de Nueva Zelanda había emprendido un complejo proceso de consulta para lograr un amplio apoyo maorí a la solución y reglamentación de las actividades pesqueras en la nación. De hecho, “(...) la solución no se promulgó en forma de ley hasta disponer del informe de los representantes de los maoríes según el cual había un sustancial apoyo a la solución”. A pesar de que para muchos maoríes la ley promulgada constituía una solución aceptable de sus reivindicaciones, los autores de la comunicación y la mayoría de miembros de sus tribus no estaban de acuerdo con la solución y afirmaban que no se habían tenido en cuenta sus derechos como miembros de la minoría maorí.<sup>25</sup>

21 Ibid., párr. 9.7.

22 Ibid., párr. 9.8.

23 Comité de Derechos Humanos, caso *Apirana Mahuika v. Nueva Zelanda*, comunicación No. 547/1993 de 15 de noviembre de 2000, CCPR/C/70/D/547/1993.

24 Ibid., párr. 9.4.

25 Ibid., párr. 9.6.

(...) En tales circunstancias, cuando el derecho de personas a disfrutar de su propia cultura está en conflicto con el ejercicio de derechos paralelos de otros miembros del grupo de la minoría, o de la minoría en su conjunto, el Comité puede considerar si esa limitación favorece a los intereses de todos los miembros de la minoría y si hay una justificación razonable y objetiva para su aplicación a las personas que se declaran afectadas adversamente.<sup>\*26</sup>

El Comité señaló que no existió violación del artículo 27 del PIDCP:

En el proceso de consulta se prestó especial atención al significado cultural y religioso de la pesca para los maoríes, entre otras cosas garantizando la posibilidad de que particulares y comunidades maoríes pudieran dedicarse a actividades pesqueras no comerciales. Aunque le preocupa que la solución alcanzada haya contribuido a dividir a los maoríes, el Comité llega a la conclusión de que el Estado Parte, al participar en amplias consultas antes de promulgar la nueva legislación y al atender específicamente a la sostenibilidad de las actividades pesqueras maoríes, ha adoptado las medidas necesarias para que la solución sobre las pesquerías y su promulgación como ley, incluido el sistema de gestión de cuotas, sean compatibles con el artículo 27.<sup>27</sup>

## 2.2. Sistema interamericano de protección de los derechos humanos

En el sistema interamericano de protección de los derechos humanos los casos que han tenido que ver con daño al medio ambiente se han relacionado con el derecho a la vida o con los derechos de los pueblos indígenas.

Entre estos últimos se encuentra el caso nicaragüense de la comunidad Mayagna (Sumo) Awas Tingni,<sup>28</sup> que trata sobre la protección de los bosques en

Decisión  
Comité de Derechos  
Humanos

Decisión  
Comité de Derechos  
Humanos

Véase el dictamen del Comité sobre el caso Nº 197/1985, Kitok c. Suecia, aprobado el 27 de julio de 1988, CCPR/C/33/D/197/1985.

Comité de Derechos Humanos, caso Apirana Mahuika v. Nueva Zelandia, comunicación No. 547/1993 del 15 de noviembre de 2000, CCPR/C/70/D/547/1993, párr. 9.6.

Ibid., párr. 9.8.

Corte Interamericana de Derechos Humanos (en adelante Corte Interamericana), caso Awas Tingni c. Nicaragua, sentencia del 31 de agosto de 2001.

\*

26

27

28

las tierras que tradicionalmente han pertenecido al pueblo Awas Tingni. La Comisión Interamericana de Derechos Humanos (CIDH) presentó el caso a la Corte Interamericana de Derechos Humanos (en adelante Corte Interamericana) con la finalidad de que este tribunal decidiera si el Estado de Nicaragua había violado

**(...) los artículos 1 (Obligación de respetar los derechos), 2 (Deber de adoptar disposiciones de derecho interno), 21 (Derecho a la propiedad privada) y 25 (Protección judicial) de la Convención [Americana sobre Derechos Humanos], en razón de que Nicaragua no había demarcado las tierras comunales de la comunidad Awas Tingni, ni había tomado medidas efectivas que aseguraran los derechos de propiedad de la misma en sus tierras ancestrales y recursos naturales, así como por haber otorgado una concesión de tala de madera en las tierras de la comunidad sin su consentimiento, y no haber garantizado un recurso efectivo para responder a las reclamaciones de ésta sobre sus derechos de propiedad.**<sup>29</sup>

La Corte Interamericana encontró que el Estado de Nicaragua había violado el derecho a un recurso efectivo (art. 25 de la Convención) y el derecho a la propiedad privada (art. 21 de la Convención), en conexión con los artículos 1.2 y 2 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos.<sup>30</sup>

Al señalar que existió violación del derecho a la propiedad, la Corte Interamericana realizó algunas precisiones respecto al 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**

29 Ibid., párr. 2.

30 Ibid., párrs. 173.1 y 2.

**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.**<sup>31</sup>

La Corte Interamericana declaró unánimemente que el Estado debía delimitar, demarcar y titular el territorio propiedad de la comunidad y, hasta tanto no se realizara esta delimitación, demarcación y titulación, el Estado debía abstenerse de realizar actos que pudieran llevar a que los agentes del Estado, o terceros con su aquiescencia o tolerancia, afectaran la existencia, el valor, el uso o el goce de los bienes ubicados en la zona geográfica donde habitaban y realizaban sus actividades los miembros de la comunidad.<sup>32</sup>

La CIDH en el caso brasileiro Yanomami,<sup>33</sup> vinculó el derecho al medio ambiente con el derecho a la vida. Según los hechos probados por esta Comisión, el gobierno de Brasil violó la Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre (en adelante Declaración Americana) al construir una autopista transamazónica y al autorizar la explotación de las riquezas del subsuelo en los territorios de la comunidad Yanomami, ya que como consecuencia de estas acciones hubo una penetración masiva en el territorio indígena de personas extrañas al mismo (trabajadores en la construcción de la autopista, geólogos, exploradores, mineros y colonos deseosos de asentarse en dicho territorio), que transmitieron diversas enfermedades contagiosas y causaron múltiples víctimas dentro de esta comunidad. Tales invasiones se realizaron sin que se tomaran de forma previa y adecuada distintas medidas de protección para la seguridad y salubridad de los indios Yanomami, lo cual dio como resultado un considerable número de muertes por epidemias de influenza, tuberculosis, sarampión, malaria, enfermedades venéreas, entre otras. Además, el Estado no proveyó la atención médica indispensable a las personas afectadas.<sup>34</sup>

Asimismo, como consecuencia de la construcción de la autopista, un considerable número de indígenas que vivía en varias aldeas cercanas a la ruta de la autopista abandonaron sus aldeas para convertirse en mendigos o prostitutas, sin que el gobierno de Brasil adoptara ninguna medida para impedirlo.<sup>35</sup>

Ibid., párr. 149. 31

Ibid., párr. 153. 32

Comisión Interamericana de Derechos Humanos (CIDH), Resolución No. 12/85, caso No. 7615 (Brasil) de 5 de marzo de 1985, OEA/Ser.L/V/II.66. Doc. 1º rev. 1 del 1 de octubre de 1985. Capítulo III, Resoluciones relativas a casos individuales. 33

Ibid., considerando 10 (e), (f). 34

Ibid., considerando 10 (g). 35

Por otro lado, el descubrimiento de minerales de estaño y otros metales en la región en 1976, dio lugar a graves conflictos que provocaron numerosos actos de violencia entre los exploradores y explotadores de esos minerales, por un lado, y los indígenas, por otro.<sup>36</sup>

Por todo lo anterior, la CIDH encontró que el Estado de Brasil era responsable por no haber adoptado oportuna y eficazmente medidas para proteger los siguientes derechos de los Yanomami reconocidos en la Declaración Americana: el derecho a la vida, a la libertad y a la seguridad (art. 1); el derecho de residencia y tránsito (art. 8); y el derecho a la preservación de la salud y bienestar (art. 9).

Además de los casos individuales, la CIDH ha prestado especial atención al derecho al medio ambiente de las poblaciones indígenas en dos informes especiales.<sup>37</sup>

En relación con la explotación petrolífera que se realizó en el Oriente de Ecuador, y que causó numerosas enfermedades a los habitantes pertenecientes a distintos pueblos indígenas de la región debido su exposición a productos tóxicos, contaminación del agua, del aire y la tierra, la CIDH señaló que:

**El ejercicio del derecho a la vida y a la seguridad e integridad física está necesariamente vinculado y, de diversas maneras, depende del entorno físico. Por esa razón, cuando la contaminación y la degradación del medio ambiente constituyen una amenaza persistente a la vida y la salud del ser humano, se comprometen dichos derechos.**

(...)

**El derecho a la vida, consagrado en el artículo 4 de la Convención Americana es, como se señala en el capítulo IV de este informe, fundamental en el sentido de que no es derogable y constituye la base para el ejercicio de todos los demás derechos. El artículo 4 protege el derecho de toda persona a que se respete su vida: “Este derecho estará protegido por la ley (...) Nadie puede ser privado de la vida arbitrariamente”. El derecho a que se respete la vida individual no se limita, sin embargo, a la protección contra la muerte provocada de manera arbitraria. Los Estados partes deben tomar ciertas medidas positivas para salvaguar-**

36 Ibid., considerando 10 (h).

37 CIDH, Informe sobre la situación de los derechos humanos en Ecuador, OEA/Ser.L/V/II.96, Doc. 10, rev.1, 1997. Capítulo VIII: La situación de los derechos humanos de los habitantes del interior de Ecuador afectados por las actividades de desarrollo; CIDH, Informe sobre la situación de los derechos humanos en Brasil, OEA/Ser.L/V/II/97, Doc. 29, rev. 1, 1997. Capítulo VI.

dar la vida y la integridad física. La contaminación ambiental grave puede presentar una amenaza a la vida y la salud del ser humano, y en su debido caso puede dar lugar a la obligación del Estado de tomar medidas razonables para evitar dicho riesgo, o las medidas necesarias para responder cuando las personas han sido lesionadas.

(...)

**Cuando el derecho a la vida, a la salud y a vivir en un ambiente sano ya esté protegido por la ley, la Convención exige la efectiva aplicación y cumplimiento de la ley.**<sup>38</sup>

Si bien el derecho al desarrollo implica que cada Estado tiene la libertad de explotar sus recursos naturales, incluyendo el derecho a otorgar concesiones, la CIDH consideró que “(...) la ausencia de regulación, la regulación inapropiada o la falta de supervisión en la aplicación de las normas vigentes, puede crear serios problemas al medio ambiente que se traduzcan en violaciones de derechos humanos protegidos por la Convención Americana”.<sup>39</sup>

[Lo anterior se basa en que]

**La Convención Americana sobre Derechos Humanos se sustenta en el principio de que los derechos son inherentes al individuo por el solo hecho de ser humano. El respeto a la dignidad de la persona es el principio en el que se basan las protecciones fundamentales del derecho a la vida y a la preservación del bienestar físico. Las condiciones de grave contaminación ambiental, que pueden causar serias enfermedades físicas, discapacidades y sufrimientos a la población local, son incompatibles con el derecho a ser respetado como ser humano.**<sup>40</sup>

A juicio de la CIDH, es imperativo que la población tenga acceso a la información, participe en los procesos pertinentes de toma de decisiones y cuente con recursos judiciales, con la finalidad de lograr una protección eficaz contra las condiciones ecológicas que constituyen una amenaza para la salud humana.

Informe  
Comisión Interamericana  
de Derechos Humanos

CIDH, Informe sobre la situación de los derechos humanos en Ecuador, OEA/Ser.L/V/II.96, Doc. 10, rev.1, 1997. Capítulo VIII:	38
La situación de los derechos humanos de los habitantes del interior de Ecuador afectados por las actividades de desarrollo.	
Ibid.	39
Ibid.	40

**El acceso a la información es un prerrequisito para la participación pública en la toma de decisiones y para que los individuos puedan seguir de cerca y responder a las acciones del sector público y el privado. Las personas tienen derecho a buscar, recibir y difundir informaciones e ideas de toda índole, de conformidad con lo que prescribe el artículo 13 de la Convención Americana. Las leyes nacionales disponen que las partes que soliciten autorización para llevar a cabo proyectos que puedan afectar el medio ambiente deben realizar, como condición previa, evaluaciones de las repercusiones ambientales y suministrar otra información específica (...).**<sup>41</sup>

### 2.3. Sistema europeo de protección de los derechos humanos

Aunque el derecho a un medio ambiente sano no se encuentra reconocido en la Convención Europea sobre Derechos Humanos (en adelante Convención Europea), este instrumento ha sido eficaz al relacionar una serie de derechos en él consagrados con el daño medioambiental (contaminación) y sus efectos negativos en los seres humanos.

En los casos que han versado sobre cuestiones de medio ambiente, las víctimas han alegado la presunta violación del derecho a ser informado (artículo 10 de la Convención Europea), del derecho a no ser objeto de injerencias arbitrarias o ilegales en el domicilio, la vida privada o familiar (artículo 8 de la Convención Europea), o del derecho a la propiedad privada (artículo 1 del Protocolo 1).

En general, del estudio de los fallos de la extinta Comisión Europea de Derechos Humanos (en adelante Comisión Europea) se puede concluir que cuando existía un daño importante en el domicilio, o en la vida privada o familiar de una persona ocasionado por un daño medioambiental atribuible al Estado tanto por acción como por omisión, se configuraba una violación del párrafo 1 del artículo 8 de la Convención Europea.<sup>42</sup>

Solamente se eximía de responsabilidad al Estado, con base en el párrafo 2 del artículo 8,<sup>43</sup> cuando el daño resultaba de una actividad económica autori-

41 Ibid.

42 Artículo 8.1 de la Convención Europea sobre Derechos Humanos: "Toda persona tiene derecho al respeto de su vida privada y familiar, de su domicilio y de su correspondencia".

43 Párrafo 2 del artículo 8 del Convenio Europeo sobre Derechos Humanos: "No podrá haber injerencia de la autoridad pública en el ejercicio de este derecho, sino en tanto en cuanto esta injerencia esté prevista por la ley y constituya una medida que, en una sociedad democrática, sea necesaria para la seguridad nacional, la seguridad pública, el bienestar económico del país, la defensa del orden y la prevención del delito, la protección de la salud o de la moral, o la protección de los derechos y las libertades de los demás."

zada que beneficiaba a la comunidad en general, en tanto no hubiera recaído una carga desproporcionada en ninguna persona, de forma individual. Además, los Estados contaban con un amplio margen de apreciación a la hora de determinar las medidas que debían adoptar para cumplir con la Convención Europea. La Corte Europea de Derechos Humanos (en adelante Corte Europea), en sus fallos recientes, aunque permite cierto margen de apreciación a los Estados, parece tener una mayor predisposición que la Comisión Europea cuando se trata de balancear los intereses de los particulares y de la comunidad.

En relación con el derecho a la propiedad privada, la mencionada Comisión Europea también aceptó que la contaminación u otro daño medio ambiental podían violar este derecho, aunque solamente cuando el daño producía una reducción considerable en el valor de la propiedad y esta reducción no era compensada por el Estado.<sup>44</sup>

Concretamente, los primeros casos que conoció la Comisión Europea sobre cuestiones medio ambientales se referían a contaminación por ruido. En el caso *Arrondelle*, del Reino Unido,<sup>45</sup> el peticionario se quejaba del ruido proveniente del aeropuerto de Gatwick y de una autopista cercana. Sin embargo, tanto este caso como otro similar<sup>46</sup> se solucionaron por medio del procedimiento de solución amistosa, dejando numerosas cuestiones de fondo sin resolver, las cuales finalmente fueron tratadas por la Corte Europea en el caso *Powell & Raynor*, del Reino Unido.<sup>47</sup>

En este caso, la Corte Europea encontró que el ruido producido por los aviones del aeropuerto de Heathrow podía constituir una violación del artículo 8 de la Convención Europea. Sin embargo, se encontraba justificado por el párrafo 2 del artículo 8 al ser necesario, en una sociedad democrática, para el bienestar económico del país, ya que a la hora de determinar si se ha violado o no el artículo 8 de la Convención Europea, se debe encontrar el balance justo entre los intereses del individuo y los de la comunidad en general. En este contexto, el Estado tiene un cierto margen de apreciación para determinar las medidas que deben ser tomadas para asegurar el cumplimiento de dicha Convención.<sup>48</sup>

Además, para fundamentar que no existió violación del artículo 8 de la Convención, la Corte Europea tuvo en consideración que las autoridades responsables de controlar los niveles del ruido producido por los aviones tanto en el

Comisión Europea de Derechos Humanos, caso <i>Rayner v. United Kingdom</i> , 1986, 47 DR 5, 14.	44
Comisión Europea de Derechos Humanos, caso <i>Arrondelle v. United Kingdom</i> , 1980, 16 DR 186; 1982, 26 DR 5.	45
Comisión Europea de Derechos Humanos, caso <i>Baggs v. United Kingdom</i> , 1985, 44 DR 13; 1987, 52 DR 29.	46
Corte Europea de Derechos Humanos, caso <i>Powell and Rayner v. United Kingdom</i> , 1990, Series A, No. 172.	47
<i>Ibid.</i> , párr. 41.	48

aeropuerto como en lugares cercanos a él habían tomado progresivamente una serie de medidas para su reducción, como resultado de distintas consultas que realizaron a las personas afectadas por el mismo.<sup>49</sup>

En general, tanto la Comisión como la Corte Europea, siguiendo el criterio sentado en el caso Powell Raynor, han aceptado que se produzcan ciertos daños medioambientales cuando éstos se han encontrado justificados en el bienestar económico del país. Por ejemplo, en el caso noruego G. and E.,<sup>50</sup> dos miembros del pueblo indígena Sami denunciaron la presunta violación del artículo 8 debido a un proyecto hidroeléctrico que iba a inundar parte de los pastos que servían tradicionalmente para dar de comer a los renos. A pesar de que la Comisión consideró que las prácticas tradicionales podían formar parte de la vida privada y familiar dentro del significado del artículo 8, se cuestionó si la cantidad de tierra que iba a ser inundada constituía una interferencia. La Comisión resolvió que el proyecto estaba justificado al ser necesario para el bienestar económico del país.

Una de las sentencias más importantes de la Corte Europea por daño medioambiental (considerado como una violación del derecho a la vida privada y familiar), es la del caso López Ostra en España.<sup>51</sup> En este caso la peticionaria y su hija denunciaron haber sufrido serios problemas de salud como consecuencia de los humos de una planta de tratamiento de residuos sólidos y líquidos que fue construida con subvención pública y que comenzó a funcionar sin licencia en julio de 1988, en Lorca, Murcia.

Desde el comienzo de sus operaciones la planta no funcionaba de manera apropiada, emitiendo gases y contaminación que causaron problemas de salud y molestias a las personas que vivían en el municipio. Como consecuencia de lo anterior, el ayuntamiento de Lorca evacuó a los residentes locales y los reubicó en el centro de la ciudad durante el verano, sin que tuvieran que pagar costo alguno. A pesar de lo anterior, las autoridades permitieron que la planta continuara parcialmente sus operaciones. Finalmente, la señora López Ostra vendió su casa y se trasladó de lugar en 1992, debido a que los problemas de salud continuaban.

La Corte Europea, al resolver sobre el fondo, señaló que la contaminación medioambiental a gran escala puede afectar el bienestar de los individuos e impedirles gozar de sus hogares, afectado su vida privada y familiar de forma negativa, aún cuando no ponga en peligro su salud.<sup>52</sup>

49 Ibid., párr. 43.

50 Joined Applications 9278/81 and 9415/81, 1984, 35 DR 30.

51 Corte Europea de Derechos Humanos, caso López Ostra v. Spain, 1994, Series A, No. 303 C.

52 Ibid., párr. 51.

Según el criterio de la Corte, para poder determinar si ocurrió una violación del derecho al respeto de la vida privada y familiar, se debería realizar un análisis a fin de determinar el punto intermedio entre el bienestar económico de la ciudad y el efectivo disfrute de los miembros de la comunidad de su derecho al respeto de la vida privada y familiar. Tras realizar este análisis, la Corte aplicó la doctrina de margen de apreciación del Estado, encontrando que el Estado español lo había sobrepasado, por lo que concedió al peticionario una indemnización de 4'000.000 pesetas, más los costos del proceso y de los abogados.<sup>53</sup>

Otro caso relevante en materia medioambiental es el de Anna María Guerra y otros, en Italia.<sup>54</sup> Los peticionarios eran residentes del municipio de Manfredonia (Foggia) situado a un kilómetro aproximadamente de la fábrica química de fertilizantes de la sociedad anónima Enichem Agricoltura. Según la demanda no contradicha por el gobierno, la fábrica había liberado grandes cantidades de gas inflamable durante su ciclo de fabricación –lo que pudo ocasionar reacciones químicas explosivas y liberó sustancias altamente tóxicas–, así como anhídrido sulfúrico, óxido de nitrógeno, sodio, amoníaco, hidrógeno metálico, ácido benzoico y, sobre todo, anhídrido arsénico. Debido a la situación geográfica de la fábrica, las emisiones de sustancias en la atmósfera se canalizaban, frecuentemente, hacia el pueblo.<sup>55</sup>

Los peticionarios, invocando el artículo 10 de la Convención Europea (derecho a ser informado), señalaron que el gobierno no había informado al público acerca de los riesgos y de las medidas que debían tomarse en el caso de que se produjera un accidente grave, tal y como estaba prescrito por la ley nacional que incorporaba la directiva de la Unión Europea sobre la materia (conocida como Directiva Seveso).<sup>56</sup>

La Comisión Europea encontró que el gobierno, al aplicar el criterio establecido en la Directiva Seveso, había clasificado la empresa como “una utilidad de alto riesgo”, y que de hecho se habían producido distintos accidentes en la empresa, como por ejemplo, una explosión que había enviado a más de 150 personas al hospital. Además, según el informe realizado por una comisión técnica nombrada por la ciudad de Manfredonia, y de acuerdo con un estudio realizado por la empresa, las instalaciones de tratamiento de humos eran insuficientes y el estudio de impacto medioambiental se encontraba incompleto.<sup>57</sup>

Ibid., párrs. 51 y 58.	53
Corte Europea de Derechos Humanos, caso Guerra and Others v. Italy, 14967/89, judgment of 19 February 1998.	54
Ibid., párrs. 12 y 13.	55
Ibid., párr. 47.	56
Ibid., párr. 13.	57

Corte Europea de Derechos Humanos, caso Guerra and Others v. Italy, 14967/89, judgment of 19 February 1998.

A pesar de que la Comisión Europea señaló que en el presente caso el Estado de Italia había violado el derecho a recibir información (art. 10 de la Convención), porque las autoridades competentes nunca tomaron las medidas adecuadas para que los demandantes (que vivían en una zona de alto riesgo) pudieran recibir información sobre las personas que habían sido o que podían ser afectadas por una actividad industrial o de otro tipo que representaba una amenaza contra del medio ambiente, la Corte Europea encontró que el Estado de Italia no había violado el artículo 10 sino el artículo 8 de la Convención Europea.<sup>58</sup>

En su sentencia, la Corte Europea reafirmó su opinión expresada en casos anteriores de que el artículo 10 solamente prohíbe al gobierno interferir en el derecho del individuo a recibir la información que otros desean o pueden querer dar. De acuerdo con la opinión de la Corte Europea, la libertad de recibir información no se puede construir de forma que imponga al Estado, en circunstancias como las del presente caso, obligaciones positivas de recoger y difundir información por iniciativa propia.<sup>59</sup>

En relación con el artículo 8 de la Convención Europea, la Corte Europea señaló que, a pesar de que este artículo es esencial para proteger al individuo en contra de la interferencia arbitraria de las autoridades públicas en su vida privada o familiar, no solamente obliga al Estado a abstenerse de realizar esa interferencia. Además, puede imponer obligaciones positivas en los Estados para asegurar el respeto de la vida privada o familiar.<sup>60</sup> Citando su sentencia en el caso López Ostra,<sup>61</sup> la Corte Europea reiteró que la contaminación ambiental severa puede afectar el bienestar de los individuos, impidiéndoles disfrutar de sus casas de tal manera que se afecte de forma negativa su vida privada y familiar.<sup>62</sup>

Como en el presente caso los peticionarios tuvieron que esperar hasta que finalmente cesó la producción de fertilizantes en 1994 para que se les diera la información que les hubiera permitido determinar los riesgos que ellos y sus familias podían correr si continuaban viviendo en Manfredonia, la Corte Europea encontró que el Estado de Italia no había cumplido con su obligación de asegurar el derecho de los peticionarios a que se respete su vida privada y familiar, en violación del artículo 8 de la Convención Europea.<sup>63</sup>

58 Ibid., párrs. 52 y 55.

59 Ibid., párr. 53.

60 Corte Europea de Derechos Humanos, caso Airey v. Ireland, judgment of 9 October 1979, Series A, No. 32, párr. 32.

61 Corte Europea de Derechos Humanos, caso López Ostra v. Spain, 1994, Series A, No. 303 C, párr. 51.

62 Corte Europea de Derechos Humanos, caso Guerra and Others v. Italy, 14967/89, judgment of 19 February 1998, párr. 58.

63 Ibid., párr. 60.

Hasta que un tratado internacional sobre el medio ambiente no establezca un mecanismo de protección específico sobre esta materia, no es fácil que casos que versen sobre el manejo de recursos, la conservación de la naturaleza o el equilibrio ecológico sean conocidos por los órganos de vigilancia de los tratados internacionales sobre derechos humanos (con excepción del Protocolo de San Salvador). Sin embargo, estos órganos han relacionado algunos de los derechos consagrados en estos instrumentos con el daño medioambiental y sus efectos negativos en los seres humanos.

En este sentido, debe tenerse en cuenta que el derecho al medio ambiente se ha relacionado con el derecho a la salud, el derecho a una vivienda adecuada, el derecho a la cultura de las minorías étnicas, el derecho a la vida y a la integridad personal. Además, en el sistema europeo de protección de los derechos humanos se ha relacionado, principalmente, con el derecho a la vida privada y familiar.

El medio ambiente se relaciona directamente con el derecho a la salud ya que las condiciones de grave contaminación ambiental pueden representar una amenaza contra la vida y la integridad personal. En estos casos el Estado está obligado, como garante del derecho a la vida y a la integridad personal, a tomar medidas razonables para evitar dicha amenaza o para responder cuando estos derechos hayan sido lesionados. Además, deberá no interferir en el derecho de las personas a tener acceso a la información que les permita tomar una decisión sobre los riesgos que corren si permanecen en ese lugar, así como a una serie de recursos judiciales con el fin de lograr una protección eficaz contra las condiciones ecológicas que constituyan una amenaza contra la salud humana.

De otro lado, el medio ambiente es un elemento del derecho de las minorías conforme al artículo 27 del PIDCP, por este motivo el Estado tiene la obligación de adoptar una serie de medidas jurídico-positivas tanto para su protección como para asegurar la participación de los miembros de las comunidades minoritarias en la toma de decisiones que les afectan (por ejemplo, cuando se otorgan concesiones de gas, petróleo, tala de madera, o se construyen presas en sus territorios).

Sin embargo, los Estados pueden adoptar legítimamente medidas que pueden tener un efecto limitado en la forma de vida de las personas pertenecientes a una minoría sin que se deniegue su derecho a la cultura. Para ello: 1) los miembros de estas comunidades deben ser consultados y sus puntos de vista deben ser tenidos en cuenta; 2) las repercusión de esas medidas deben ser mínimas; 3) las medidas deben ser necesarias para el bienestar económico del país o para la explotación adecuada de los recursos naturales.

### 3 Alcance del derecho a un ambiente sano en el derecho nacional

La Corte Constitucional ha venido desarrollando el alcance del derecho a un ambiente sano. En diversas oportunidades ha expresado:

**El medio ambiente desde el punto de vista constitucional, involucra aspectos relacionados con el manejo, uso, aprovechamiento y conservación de los recursos naturales, el equilibrio de los ecosistemas, la protección de la diversidad biológica y cultural, el desarrollo sostenible, y la calidad de vida del hombre entendido como parte integrante de ese mundo natural, temas, que entre otros, han sido reconocidos ampliamente por nuestra Constitución Política en muchas normas que establecen claros mecanismos para proteger este derecho y exhortan a las autoridades a diseñar estrategias para su garantía y su desarrollo. La protección del medio ambiente ha adquirido en nuestra Constitución un carácter de objetivo social, que al estar relacionado adicionalmente con la prestación eficiente de los servicios públicos, la salubridad y los recursos naturales como garantía de la supervivencia de las generaciones presentes y futuras, ha sido entendido como una prioridad dentro de los fines del Estado y como un reconocimiento al deber de mejorar la calidad de vida de los ciudadanos<sup>64</sup> (CP, art. 366).**

Del mismo modo, el Consejo de Estado ha señalado:

**(...) no debe perderse de vista que los derechos colectivos amenazados relacionados con equilibrio ecológico y preservación y restauración del medio ambiente, por enunciación del legislador hacen parte de los derechos mediante los cuales se comprometen los medios de la comunidad y afectan de manera homogénea a todos sus integrantes, los cuales no sólo constituyen un derecho de aquella sino una carga del Estado. Por tanto, corresponde al Estado no sólo proteger los recursos naturales, sino el derecho de las personas a gozar un ambiente sano.<sup>65</sup>**

La Corte Constitucional, en un caso en el que se solicitaba erradicar definitivamente un basurero municipal de un sector residencial en el municipio de

Jurisprudencia  
Corte Constitucional

Jurisprudencia  
Consejo de Estado

64 Corte Constitucional, sentencias T-254 de 1993, M. P. Antonio Barrera Carbonell; T-453 de 1998, M. P. Alejandro Martínez Caballero.  
65 Consejo de Estado, sentencia AP-097, M. P. Jesús María Carrillo, p. 25.

Ricaurte, Cundinamarca, se pronunció en el siguiente sentido, reiterando el alcance de la obligación del Estado frente al cuidado y la planificación para garantizar el disfrute del derecho a un ambiente sano:

**El Estado tiene la obligación de garantizarle a la colectividad la prestación eficiente de los servicios públicos, el saneamiento ambiental y el derecho a gozar de un ambiente sano. En ese orden de ideas se le impone a las autoridades el deber de cuidar de los recursos naturales y de adelantar la planificación necesaria para garantizar los intereses de la comunidad, el bienestar general, la calidad de vida y los derechos fundamentales de los asociados. Por consiguiente, en el manejo de los residuos sólidos municipales será menester por parte de las autoridades, acatar las normas ambientales y de salud necesarias para garantizar una adecuada gestión de los mismos (...) corresponderá a los alcaldes municipales, en cada zona específica adelantar los planes y programas necesarios para materializar esa necesidad.<sup>66</sup>**

Respecto al concepto de “desarrollo sostenible” que se inserta en Colombia, tanto en la CP como en la legislación, y su relación íntegra con la actividad económica y libertad de empresa, la Corte Constitucional ha reiterado que toda empresa, como base del desarrollo, tiene a cargo una función social que implica obligaciones y supone responsabilidades:

**(...) esta Corporación lo ha señalado en anteriores decisiones,<sup>\*</sup> el desarrollo sostenible hace relación a la idea de que es necesario armonizar la producción con el entorno ecológico que le sirve de sustento, de forma tal que la actividad económica llevada a cabo por la generación presente no comprometa la capacidad de la generación futura para satisfacer sus propias necesidades. Por ello es claro que este concepto ha buscado superar una perspectiva puramente conservacionista en la protección del medio ambiente, al intentar conciliar el derecho al desarrollo –indispensable para la satisfacción de las necesidades humanas– con las restricciones derivadas de la protección al medio ambiente.**

Jurisprudencia  
Corte Constitucional

Jurisprudencia  
Corte Constitucional

Corte Constitucional, sentencia T-453 de 1998, M. P. Alejandro Martínez Caballero.  
Corte Constitucional, sentencias C-058 de 1994, M. P. Alejandro Martínez Caballero y C-519 de 1994, M. P. Vladimiro Naranjo Mesa.

66  
\*

**Desarrollo, protección ambiental y paz aparecen entonces como fenómenos interdependientes e inseparables. (...) Por consiguiente, el desarrollo sostenible debe permitir elevar la calidad de vida de las personas y el bienestar social pero sin sobrepasar la capacidad de carga de los ecosistemas que sirven de base biológica y material a la actividad productiva.<sup>67</sup>**

La Corte Constitucional, al referirse a la protección constitucional del medio ambiente sano por medio de las múltiples disposiciones normativas ha manifestado que este derecho se relaciona con la vida, la salud y hasta con la propia intimidad:

**(...) es un derecho colectivo que involucra aspectos directamente relacionados con el manejo, uso, aprovechamiento y conservación de los recursos naturales, el equilibrio de los ecosistemas, la protección de la diversidad biológica y cultural, el desarrollo sostenible, la salubridad, y la calidad de vida del hombre, entendido este último como parte integrante de ese mundo natural (...)**

**(...) Por consiguiente, se debe señalar entonces, que cuando una persona debe soportar la contaminación del ambiente del lugar donde trabaja o reside, como consecuencia del mal uso que de él hacen otros particulares, si logra constatar no sólo que se vulnera su derecho al ambiente sano, a la vida y a la salud, sino su propia intimidad, puede ser procedente por vía de excepción, la acción de tutela. (...) Modernamente, la jurisprudencia constitucional ha extendido la protección del ámbito o esfera de la vida privada, implícita en el derecho fundamental a la intimidad, a elementos o situaciones inmateriales como “el no ser molestado” o “el estar a cubierto de injerencias arbitrarias”, trascendiendo la mera concepción espacial o física de la intimidad, que se concretaba en las garantías de inviolabilidad del domicilio y de la correspondencia.<sup>68</sup>**

Dentro del esquema de protección constitucional establecido en los artículos 79 y 80 se ubican también los ríos y las cuencas hidrográficas, que además de

67 Corte Constitucional, sentencia C-126 de 1998, M. P. Alejandro Martínez Caballero.

68 Corte Constitucional, sentencias T-214 de 1998, M. P. Fabio Morón Díaz; T-863A de 1999, M. P. Alejandro Martínez Caballero.

ser elementos del medio ambiente y recursos naturales renovables, tienen la calidad de bienes de uso público, tal como lo estipula el Código Civil en el artículo 677.<sup>69</sup>

En el artículo 1º de la Ley 99 de 1993 se consagra, asimismo, la política ambiental del Estado colombiano y se reitera la necesidad de asegurar el desarrollo sostenible de los recursos naturales para la protección y el aprovechamiento de la diversidad y el derecho de todas las personas a una vida saludable y productiva en armonía con la naturaleza.

De hecho, respecto a la relación del derecho a un ambiente sano con los derechos a la vida y a la salud, la Corte ha sostenido lo siguiente:

**El derecho al medio ambiente no se puede desligar del derecho a la vida y a la salud de las personas. De hecho, los factores perturbadores del medio ambiente causan daños irreparables en los seres humanos y si ello es así habrá que decirse que el medio ambiente es un derecho fundamental para la existencia de la humanidad. A esta conclusión se ha llegado cuando esta Corte ha evaluado la incidencia del medio ambiente en la vida de los hombres y por ello en sentencias anteriores de tutelas, se ha afirmado que el derecho al medio ambiente es un derecho fundamental.**<sup>70</sup>

El Consejo de Estado ha señalado lo siguiente a propósito del desarrollo urbano y el medio ambiente:

**Las obras de desarrollo y demás empresas propias del mundo contemporáneo deben emprenderse con arreglo a las normas ambientales que persiguen extender el concepto de desarrollo a las generaciones venideras y a las presentes, por cuanto muchas de las lesiones cometidas contra el medio ambiente, especialmente en los ámbitos urbanos comprometen la salud e integridad de las personas.**<sup>71</sup>

Jurisprudencia  
Corte Constitucional

Jurisprudencia  
Consejo de Estado

Artículo 677 del Código Civil: “Los ríos y todas las aguas que corren por cauces naturales son bienes de la Unión, de uso público en los respectivos territorios. Exceptuáanse las vertientes que nacen y mueren dentro de una misma heredad; su propiedad, uso y goce pertenecen a los dueños de las riberas, y pasan con éstos a los herederos y demás sucesores de los dueños.”

Corte Constitucional, sentencias T-092 de 1993, M. P. Simón Rodríguez Rodríguez; C-671 de 2001, M. P. Jaime Araújo Rentería.

Consejo de Estado, sentencia AP-0029 de 2001, M. P. Jesús María Lemos.

69

70

71

El derecho a gozar de un ambiente sano, como el del equilibrio ecológico, implican la solidaridad para su realización. “(...) la comunidad en particular deberá asumir una conciencia tal que produzca el efecto esperado, pues no sólo la afectación de la laguna obedece a una conducta negligente y pasiva de las autoridades, sino a la falta de compromiso y responsabilidad de la ciudadanía en el manejo, cuidado y aprovechamiento de los recursos hídricos y naturales”.<sup>72</sup>

Tanto la CP como la jurisprudencia de la Corte Constitucional han compaginado los derechos a la diversidad étnica y cultural con el derecho a un medio ambiente sano.

La CP estableció el respeto a la diversidad étnica y cultural de la nación en los preceptos contenidos en los artículos 7 (diversidad étnica y cultural de la nación colombiana), 8 (protección a las riquezas naturales y culturales), 72 (patrimonio cultural de la nación) y 329 (conversión de las comunidades indígenas en entidades territoriales). Sobre este aspecto la Corte Constitucional ha señalado lo siguiente:

Jurisprudencia  
Corte Constitucional

**(...) el ordenamiento constitucional admite diversos modelos económicos gracias al reconocimiento de la diversidad cultural. Es este el caso de las economías de subsistencia de las comunidades indígenas que habitan el bosque húmedo tropical colombiano, en contraste con la economía capitalista. Uno y otro modelo de actividad económica están garantizados dentro de los límites del bien común, sin desatender que la propiedad es una función social a la que le es inherente una función ecológica.**<sup>73</sup>

Concretamente, en lo que se refiere a la explotación de recursos naturales en territorios indígenas y la protección que debe el Estado a la identidad e integridad étnica, cultural, social y económica de las comunidades indígenas, la Corte Constitucional ha desarrollado una doctrina bastante amplia:

Jurisprudencia  
Corte Constitucional

**(...) el reconocimiento de la diversidad étnica y cultural de la población indígena guarda armonía con los diferentes preceptos de la Constitución Nacional relativos a la conservación, preservación y restauración del ambiente y de los recursos naturales que la conforman, si se considera que las comunidades indígenas constituyen igualmente un recurso**

72 Consejo de Estado, sentencia AP-056 del 24 de agosto de 2000, C. P. Jesús María Carrillo.

73 Corte Constitucional, sentencia T-380 de 1993, M. P. Eduardo Cifuentes Muñoz.

natural humano que se estima parte integral del ambiente, más aún cuando normalmente la población indígena habitualmente ocupa territorios con ecosistemas de excepcionales características y valores ecológicos que deben conservarse como parte integrante que son del patrimonio natural y cultural de la Nación. De esta manera, la población indígena y el entorno natural se constituyen en un sistema o universo merecedor de la protección integral del Estado.<sup>74</sup>

(...) la Corte ha reconocido que los pueblos indígenas son sujetos de derechos fundamentales, y señaló que si el Estado no parte de garantizar uno de ellos, el derecho a la subsistencia, tales colectividades tampoco podrán realizar el derecho a la integridad cultural, social y económica que el Constituyente consagró a su favor.<sup>75</sup>

La Corte unificó la doctrina constitucional referente a la protección que debe el Estado a los pueblos indígenas al tener en cuenta que la explotación de recursos naturales en los territorios tradicionalmente habitados por las comunidades indígenas origina fuertes impactos en su modo de vida, y consideró de manera muy especial que en esos casos, su derecho a ser previamente consultados tiene carácter de fundamental; concretamente la Corte ha indicado que:

**La explotación de los recursos naturales en los territorios indígenas hace necesario armonizar dos intereses contrapuestos: la necesidad de planificar el manejo y aprovechamiento de los recursos naturales en los referidos territorios para garantizar su desarrollo sostenible, su conservación, restauración o sustitución (CP, art. 80), y la de asegurar la protección de la integridad étnica, cultural, social y económica de las comunidades indígenas que ocupan dichos territorios, es decir, de los elementos básicos que constituyen su cohesión como grupo social y que, por lo tanto, son el sustrato para su subsistencia. Es decir, que debe buscarse un equilibrio o balance entre el desarrollo económico del país que exige la explotación de dichos recursos y la preservación de dicha integridad que es condición para la subsistencia del grupo humano indígena (...)**

Jurisprudencia  
Corte Constitucional

Corte Constitucional, sentencia T-342 de 1994, M. P. Antonio Barrera Carbonell. 74  
Corte Constitucional, sentencias T-380 de 1993, M. P. Eduardo Cifuentes Muñoz y T-652 de 1998, M. P. Carlos Gaviria Díaz. 75

**El Constituyente previó en el párrafo del art. 330 una fórmula de solución al anotado conflicto de intereses al disponer: “La explotación de los recursos naturales en los territorios indígenas se hará sin desmedro de la integridad cultural, social y económica de las comunidades indígenas. En las decisiones que se adopten respecto de dicha explotación, el Gobierno propiciará la participación de los representantes de las respectivas comunidades.”<sup>76</sup>**

## Tipología de las violaciones

En Colombia, la jurisprudencia reiterada de la Corte Constitucional ha manifestado que las conductas atentatorias contra el medio ambiente sano (Inc. 1 art. 49, CP) se tratan de manera concurrente con los problemas de la salud, la calidad de vida y hasta de la propia intimidad.<sup>1</sup>

### El Estado vulnera el derecho al medio ambiente cuando:

- a) No garantiza el derecho a un ambiente sano y no adopta medidas encaminadas a obtener el mejoramiento de la calidad de vida de la población y el aseguramiento del bienestar general, a fin de evitar que se causen daños irreparables a la persona.
- b) Existe ausencia o no aplicación eficiente de estrategias para la prevención y el control del deterioro ambiental a través del, entre otras actuaciones, otorgamiento, delegación o cancelación de licencias ambientales.
- c) Hay deficiencia o no planificación del manejo y aprovechamiento de los recursos naturales para garantizar el desarrollo sostenible, su conservación, restauración o sustitución.
- d) No se prestan eficientemente los servicios públicos, la salubridad y los recursos naturales en desconocimiento del deber de mejorar la calidad de vida de los ciudadanos.
- e) No hay acatamiento de las normas ambientales y de salud necesarias para garantizar una adecuada gestión de los residuos.
- f) No hay armonía entre la producción económica y el entorno ecológico que le sirve de sustento, de forma tal que la actividad económica comprometa la capacidad de la generación futura para satisfacer sus propias necesidades.
- g) Existe contaminación del ambiente del lugar de trabajo o de residencia, que implica el ser molestado o expuesto a injerencias arbitrarias en el ámbito o esfera de la vida privada.

Corte Constitucional, sentencia T-484/92, M. P. Fabio Morón Díaz.

- h) Hay contaminación del ambiente y los recursos naturales renovables, por ejemplo los ríos y la cuencas hidrográficas.
- i) Se irrespeta la diversidad étnica y cultural de la nación, por ejemplo al no garantizar o atentar contra un modelo económico de subsistencia de las comunidades indígenas, no proteger integralmente a la población indígena y su entorno natural.
- j) Falta consulta y participación de las comunidades indígenas cuando se trata de la explotación de los recursos naturales en sus territorios.
- k) No se fomenta la educación ambiental

### **La violación del derecho a la salud<sup>2</sup> en relación con el medio ambiente se configura cuando el Estado:**

- a) Permite la construcción o construye viviendas en lugares contaminados o próximos a una fuente de contaminación.
- b) Permite la construcción, construye o subsidia la construcción de plantas o industrias altamente contaminantes en lugares cercanos o que pueden tener un efecto en poblaciones o núcleos urbanos.
- c) Permite la contaminación o contamina el agua, el suelo o el aire, cuando ésta produzca efectos negativos en la salud de los habitantes de una comunidad, población o región.
- d) Interfiere en el derecho de las personas a buscar, recibir y difundir informaciones e ideas de toda índole, sobre los efectos que la actividad de una empresa o industria puede tener en un individuo, colectivo o grupo de personas.

2 Además, las normas legales promulgadas con miras a preservar y promover la salud pública (Ley 9a. de 1979, Decreto 02 de 1982 y Decreto 2105 de 1983) atribuyen competencias a las autoridades administrativas de los diferentes niveles cuyo correcto y oportuno ejercicio es vital para garantizar la eficacia de su finalidad.

### **La violación del derecho a la vida y a la integridad personal en relación con el medio ambiente se configura cuando el Estado:**

- a) Permite que la contaminación y la degradación del medio ambiente constituyan una amenaza persistente a la vida y salud del ser humano.
- b) No toma medidas positivas para evitar la contaminación y degradación del medio ambiente cuando éstas puedan conllevar una amenaza contra la vida y la salud del ser humano.
- c) No toma las medidas necesarias para responder cuando las personas han sido lesionadas en su salud.

### **La violación del derecho a la cultura de las minorías étnicas en relación con el medio ambiente se configura cuando:**

El Estado no adopta medidas jurídicas positivas de protección respecto del uso de recursos terrestres, así como medidas para asegurar la participación eficaz de los miembros de comunidades minoritarias en las decisiones que les afectan.

De manera excepcional los Estados pueden adoptar legítimamente medidas que pueden tener un efecto limitado en la forma de vida de las personas pertenecientes a una minoría sin que se deniegue su derecho a la cultura. Para ello:

- Los miembros de estas comunidades tienen que ser consultados y sus puntos de vista tienen que ser tenidos en cuenta.
- La repercusión de esas medidas debe ser mínima.
- Las medidas deben ser necesarias para el bienestar económico del país o para la explotación adecuada de los recursos naturales.

### **El Código Penal colombiano contiene una serie de disposiciones sobre delitos contra los recursos naturales y el medio ambiente:**

- a) El que con incumplimiento de la normatividad existente introduzca, explote, transporte, trafique, comercie, aproveche o se beneficie de los especímenes, productos o partes de los recursos fáunicos, forestales, florísticos, hidrobiológicos de especie amenazada o en vía de extinción o de los recursos genéticos (art. 328 C. Penal).
- b) El extranjero que realice dentro del territorio nacional acto no autorizado de explotación de recursos naturales (art. 329 C. Penal).
- c) El que con incumplimiento de la normatividad existente introduzca, manipule, experimente, inocule o propague especies, microorganismos, moléculas, sustancias o elementos que pongan en peligro la salud o la existencia de los recursos fáunicos, florísticos o hidrobiológicos, o altere perjudicialmente sus poblaciones (art. 330 C. Penal).
- d) El que con incumplimiento de la normatividad existente realice actividades de manipulación genética o introduzca ilegalmente al país organismos modificados genéticamente, con peligro para la salud o la existencia de los recursos mencionados en el inciso anterior (art. 330 C. Penal).
- e) El que con incumplimiento de la normatividad existente destruya, inutilice, haga desaparecer o de cualquier otro modo dañe los recursos naturales a que se refiere este título, causándoles una grave afectación, o a los que estén asociados con éstos, o se afecten áreas especialmente protegidas (art. 331 C. Penal).
- f) El que con incumplimiento de la normatividad existente contamine el aire, la atmósfera o demás componentes del espacio aéreo, el suelo, el subsuelo, las aguas o demás recursos naturales en tal forma que ponga en peligro la salud humana o los recursos fáunicos, forestales, florísticos o hidrobiológicos (art. 332 C. Penal).

- g) El que al explorar, explotar o extraer yacimiento minero o de hidrocarburos contamine aguas, suelo, subsuelo o atmósfera (art. 333 C. Penal).
- h) El que, sin permiso de autoridad competente o con incumplimiento de la normatividad existente, realice experimentos, introduzca o propague especies animales, vegetales, hidrobiológicas o agentes biológicos o bioquímicos que pongan en peligro la salud o la existencia de las especies, o altere la población animal o vegetal (art. 334 C. Penal).
- i) El que pesque en zona prohibida, o con explosivos, sustancia venenosa, o deseque cuerpos de agua con propósitos pesqueros (art. 335 C. Penal).
- j) El que sin permiso de autoridad competente o infringiendo normas existentes, exceda el número de piezas permitidas, o cace en época de veda (art. 336 C. Penal).
- k) El que invada reserva forestal, resguardos o reservas indígenas, terrenos de propiedad colectiva de las comunidades negras, parque regional, área o ecosistema de interés estratégico o área protegida, definidos en la ley o reglamento (art. 337 C. Penal).
- l) Cuando como consecuencia de la invasión, se afecten gravemente los componentes naturales que sirvieron de base para efectuar la calificación del territorio correspondiente (art. 337 C. Penal).
- m) El que promueva, financie o dirija la invasión o se aproveche económicamente de ella (art. 337 C. Penal).
- n) El que sin permiso de autoridad competente o con incumplimiento de la normatividad existente explote, explore o extraiga yacimiento minero, o explote arena, material pétreo o de arrastre de los cauces y orillas de los ríos por medios capaces de causar graves daños a los



Convención de Viena sobre los Tratados (1969)

Entró en vigor en Colombia el 10 de mayo de 1985, en virtud de la Ley 32 de 1985.

### **Sistema de las Naciones Unidas**

Convención para la prevención y sanción del delito de genocidio (1948)

Entró en vigor en Colombia el 27 de enero de 1960, en virtud de la Ley 28 de 1959.

Convención sobre el estatuto de los refugiados (1951)

Entró en vigor en Colombia el 10 de enero de 1962, en virtud de la Ley 35 de 1961.

Convención internacional sobre la eliminación de todas las formas de discriminación racial (1965)

Entró en vigor en Colombia el 2 de octubre de 1981, en virtud de la Ley 22 de 1981.

Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos (1966)

Entró en vigor en Colombia el 23 de marzo de 1976, en virtud de la Ley 74 de 1968.

Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales (1966)

Entró en vigor en Colombia el 3 de enero 1976, en virtud de la Ley 74 de 1968.

Protocolo Facultativo del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos (1966)

Entró en vigor en Colombia el 23 de marzo de 1976, en virtud de la Ley 74 de 1968.

**Principales  
tratados de  
derechos  
humanos y  
derecho  
humanitario  
en vigor en  
Colombia**

Protocolo a la Convención sobre el estatuto de los refugiados (1967)  
Entró en vigor en Colombia el 4 de marzo de 1980, en virtud de la Ley 65 de 1979.

Convención sobre la eliminación de todas las formas de discriminación contra la mujer (1979)  
Entró en vigor en Colombia el 19 de febrero de 1982, en virtud de la Ley 51 de 1981.

Convención contra la tortura y otros tratos o penas crueles, inhumanos o degradantes (1984)  
Entró en vigor en Colombia el 8 de enero de 1988, en virtud de la Ley 70 de 1986.

Segundo Protocolo Facultativo al Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos destinado a abolir la pena de muerte (1989)  
Entró en vigor en Colombia el 4 de noviembre de 1997, en virtud de la Ley 297 de 1996.

Convención de los derechos del niño (1989)  
Entró en vigor en Colombia el 28 de enero de 1991, en virtud de la Ley 12 de 1991.

Convención internacional sobre la protección de los derechos de todos los trabajadores migratorios y de sus familiares (1990)  
Entró en vigor en Colombia el 1º de julio de 2003, en virtud de la Ley 146 de 1994.

Protocolo Facultativo de la Convención sobre los derechos del niño relativo a la participación de niños en los conflictos armados (2000)  
Fue aprobado mediante la Ley 833 de 2003, que se encuentra en estudio de la Corte Constitucional.

Protocolo Facultativo de la Convención sobre los derechos del niño relativo a la venta de niños, la prostitución infantil y la utilización de niños en la pornografía (2000)  
Entró en vigor el 11 de noviembre de 2003, en virtud de la Ley 765 de 2002.

## **Sistema interamericano**

Convención de La Habana sobre Asilo (1928)

Entró en vigor en Colombia el 20 de febrero de 1937, en virtud de la Ley 75 de 1931.

Convención de Montevideo sobre asilo político (1933)

Entró en vigor en Colombia el 22 de julio de 1936, en virtud de la Ley 15 de 1936.

Convención Interamericana sobre la nacionalidad de la mujer (1933)

Entró en vigor en Colombia el 22 de julio de 1936, en virtud de la Ley 77 de 1935.

Convención Interamericana sobre concesión de los derechos civiles de la mujer (1948)

Entró en vigor en Colombia el 3 de junio de 1959, en virtud de la Ley 8 de 1959.

Convención Interamericana sobre concesión de los derechos políticos de la mujer (1948)

Entró en vigor en Colombia el 3 de junio de 1959, en virtud de la Ley 8 de 1959.

Convención de Caracas sobre asilo territorial (1954)

Entró en vigor en Colombia el 11 de diciembre de 1969, en virtud de la Ley 92 de 1962.

Convención Americana sobre Derechos Humanos (1969)

Entró en vigor en Colombia el 18 de julio de 1978, en virtud de la Ley 16 de 1972.

Protocolo Adicional a la Convención Americana sobre Derechos Humanos en materia de derechos económicos, sociales y culturales (1988)

Entró en vigor en Colombia el 16 de noviembre de 1999, en virtud de la Ley 319 de 1999.

Convención Interamericana para prevenir y sancionar la tortura (1990)  
Entró en vigor en Colombia el 19 de febrero de 1999, en virtud de la Ley 409 de 1997.

Convención Interamericana sobre desaparición forzada de personas (1994)  
Aprobada mediante la Ley 707 de 2001. Sin ratificar.

Convención Interamericana para prevenir, sancionar y erradicar la violencia contra la mujer (Convención de Belem do Pará) (1994)  
Entró en vigor en Colombia el 15 de diciembre de 1996, en virtud de la Ley 248 de 1995.

Convención Interamericana para la eliminación de todas las formas de discriminación contra las personas con discapacidad (1999)  
Aprobada mediante la Ley 762 de 2002. Sin ratificar.

### **Derecho internacional humanitario**

Protocolo sobre la prohibición del uso, en la guerra, de gases asfixiantes, tóxicos o similares y de medios bacteriológicos, Ginebra, 17 de junio de 1925.  
Aprobado mediante la Ley 10 de 2001. Sin ratificar.

Los Convenios de Ginebra del 12 de agosto de 1949  
Entraron en vigor en Colombia el 8 de mayo de 1962, en virtud de la Ley 5 de 1960.

Convención sobre la protección de bienes culturales en caso de conflicto armado, La Haya, 14 de mayo de 1954. Protocolo I de 1954  
Entró en vigor en Colombia el 18 de septiembre de 1998, en virtud de la Ley 340 de 1996.

Convención sobre la prohibición del desarrollo, la producción y el almacenamiento de armas bacteriológicas (biológicas) y sobre su destrucción, 1972.  
Entró en vigor en Colombia el 9 de diciembre de 1983, en virtud de la Ley 10 de 1980.

Protocolo I del 8 de junio de 1977 adicional a los Convenios de Ginebra del 12 de agosto de 1949

Entró en vigor en Colombia el 1º de marzo de 1994, en virtud de la no improbación otorgada por la Comisión Especial Legislativa el 4 de septiembre de 1981.

Protocolo II del 8 de junio de 1977 adicional a los Convenios de Ginebra del 12 de agosto de 1949

Entró en vigor en Colombia el 15 de febrero de 1996 en virtud de la Ley 171 de 1994.

Convención sobre prohibiciones o restricciones del empleo de ciertas armas convencionales que puedan considerarse excesivamente nocivas o de efectos indiscriminados (1980)

Entró en vigor en Colombia el 6 de septiembre de 2000, en virtud de la Ley 469 de 1999.

Convención Internacional sobre la prohibición del desarrollo, producción, almacenamiento y uso de armas químicas y sobre su destrucción, del 13 de enero de 1993

Entró en vigor en Colombia el 5 de mayo de 2000, en virtud de la Ley 525 de 1999.

Convención sobre la prohibición y erradicación de las minas antipersonal y sobre su destrucción (1998)

Entró en vigor en Colombia el 1º de marzo de 2001, en virtud de la Ley 454 de 2000.

## **Derecho penal internacional**

Estatuto de la Corte Penal Internacional (1998)

Entró en vigor en Colombia el 1º de noviembre de 2002, en virtud de la Ley 742 de 2002.

## Convenios de la OIT

Convenio 1 sobre las horas de trabajo (industria), 1919  
Entró en vigor en Colombia el 20 de junio de 1933, en virtud de la Ley 129 de 1931.

Convenio 2 sobre el desempleo, 1919  
Entró en vigor en Colombia el 20 de junio de 1933, en virtud de la Ley 129 de 1931.

Convenio 3 sobre la protección a la maternidad, 1919  
Entró en vigor en Colombia el 20 de junio de 1933, en virtud de la Ley 129 de 1931.

Convenio 4 sobre el trabajo nocturno (mujeres), 1919  
Entró en vigor en Colombia el 20 de junio de 1933, en virtud de la Ley 129 de 1931.

Convenio 5 sobre la edad mínima (industria), 1919  
Entró en vigor en Colombia el 20 de junio de 1933, en virtud de la Ley 129 de 1931.

Convenio denunciado el 2 de febrero de 2001, en virtud de la ratificación del Convenio 138.

Convenio 6 sobre el trabajo nocturno de los menores (industria), 1919  
Entró en vigor en Colombia el 13 de abril de 1933, en virtud de la Ley 129 de 1931.

Convenio 7 sobre la edad mínima (trabajo marítimo), 1920.  
Entró en vigor en Colombia el 20 de junio de 1933, en virtud de la Ley 129 de 1931.

Convenio denunciado el 2 de febrero de 2001, en virtud de la ratificación del Convenio 138.

Convenio 8 sobre las indemnizaciones de desempleo (naufragio), 1920  
Entró en vigor en Colombia el 20 de junio de 1933, en virtud de la Ley 129 de 1931.

Convenio 9 sobre la colocación de la gente de mar, 1920  
Entró en vigor en Colombia el 20 de junio de 1933, en virtud de la Ley 129 de 1931.

Convenio 10 sobre la edad mínima (agricultura), 1921  
Entró en vigor en Colombia el 13 de abril de 1983, en virtud de la Ley 29 de 1931.

Convenio denunciado el 2 de febrero de 2001, en virtud de la ratificación del Convenio 138.

Convenio 11 sobre el derecho de asociación (agricultura), 1921  
Entró en vigor en Colombia el 20 de junio de 1933, en virtud de la Ley 129 de 1931.

Convenio 12 sobre la indemnización por accidentes del trabajo (agricultura), 1921  
Entró en vigor en Colombia el 20 de junio de 1933, en virtud de la Ley 129 de 1931.

Convenio 13 sobre la cerusa (pintura), 1921  
Entró en vigor en Colombia el 20 de junio de 1933, en virtud de la Ley 129 de 1931.

Convenio 14 sobre el descanso semanal (industria), 1921  
Entró en vigor en Colombia el 20 de junio de 1933, en virtud de la Ley 129 de 1931.

Convenio 15 sobre la edad mínima (pañoleros y fogoneros), 1921  
Entró en vigor en Colombia el 20 de junio de 1933, en virtud de la Ley 129 de 1931.  
Convenio denunciado el 2 de febrero de 2001, en virtud de la ratificación del Convenio 138.

Convenio 16 sobre el examen médico de los menores (trabajo marítimo), 1921  
Entró en vigor en Colombia el 20 de junio de 1933, en virtud de la Ley 129 de 1931.

Convenio 17 sobre la indemnización por accidentes del trabajo, 1925  
Entró en vigor en Colombia el 20 de junio de 1933, en virtud de la Ley 129 de 1931.

Convenio 18 sobre las enfermedades profesionales, 1925  
Entró en vigor en Colombia el 20 de junio de 1933, en virtud de la Ley 129 de 1931.

Convenio 19 sobre la igualdad de trato (accidentes del trabajo), 1925  
Entró en vigor en Colombia el 20 de junio de 1933, en virtud de la Ley 129 de 1931.

Convenio 20 sobre el trabajo nocturno (panadería), 1925  
Entró en vigor en Colombia el 20 de junio de 1933, en virtud de la Ley 129 de 1931.

Convenio 21 sobre la inspección de los emigrantes, 1926  
Entró en vigor en Colombia el 20 de junio de 1933, en virtud de la Ley 129 de 1931.

Convenio 22 sobre el contrato de enrolamiento de la gente de mar, 1926  
Entró en vigor en Colombia el 20 de junio de 1933, en virtud de la Ley 129 de 1931.

Convenio 23 sobre la repatriación de la gente de mar, 1926  
Entró en vigor en Colombia el 20 de junio de 1933, en virtud de la Ley 129 de 1931.

Convenio 24 sobre el seguro de enfermedad (industria), 1927  
Entró en vigor en Colombia el 20 de junio de 1933, en virtud de la Ley 129 de 1931.

Convenio 25 sobre el seguro de enfermedad (agricultura), 1927  
Entró en vigor en Colombia el 20 de junio de 1933, en virtud de la Ley 129 de 1931.

Convenio 26 sobre los métodos para la fijación de salarios mínimos, 1928  
Entró en vigor en Colombia el 20 de junio de 1933, en virtud de la Ley 129 de 1931.

Convenio 29 sobre el trabajo forzoso, 1930

Entró en vigor en Colombia el 4 de marzo de 1969, en virtud de la Ley 54 de 1962.

Convenio 30 sobre las horas de trabajo (comercio y oficinas), 1930

Entró en vigor en Colombia el 4 de marzo de 1969, en virtud de la Ley 23 de 1967.

Convenio 52 sobre las vacaciones pagadas, 1936

Entró en vigor en Colombia el 7 de junio de 1963, en virtud de la Ley 54 de 1962.

Convenio 62 sobre las prescripciones de seguridad (edificación), 1937

Entró en vigor en Colombia el 4 de marzo de 1969, en virtud de la Ley 23 de 1967.

Convenio denunciado en virtud de la ratificación del Convenio 167.

Convenio 80 sobre la revisión de los artículos finales, 1946

Entró en vigor en Colombia el 10 de junio de 1946, en virtud de la Ley 23 de 1967.

Convenio 81 sobre la inspección del trabajo, 1947

Entró en vigor en Colombia el 13 de noviembre de 1967, en virtud de la Ley 23 de 1967.

Convenio 87 sobre libertad sindical y la protección del derecho de sindicación (1948)

Entró en vigor en Colombia el 16 de noviembre de 1977 en virtud de la Ley 26 de 1976.

Convenio 88 sobre el servicio del empleo, 1948

Entró en vigor en Colombia el 31 de octubre de 1967, en virtud de la Ley 37 de 1967.

Convenio 95 sobre la protección del salario, 1949

Entró en vigor en Colombia el 7 de junio de 1963, en virtud de la Ley 54 de 1962.

Convenio 98 sobre el derecho de sindicación y de negociación colectiva (1949)  
Entró en vigor en Colombia el 16 de noviembre de 1977, en virtud de la Ley 27 de 1976.

Convenio 99 sobre los métodos para la fijación de salarios mínimos (agricultura), 1951  
Entró en vigor en Colombia el 4 de marzo de 1969, en virtud de la Ley 18 de 1968.

Convenio 100 sobre igualdad de remuneración, 1951  
Entró en vigor en Colombia el 7 de junio de 1963, en virtud de la Ley 54 de 1962.

Convenio 101 sobre las vacaciones pagadas (agricultura), 1952  
Entró en vigor en Colombia el 4 de marzo de 1969, en virtud de la Ley 23 de 1967.

Convenio 104 sobre la abolición de las sanciones penales (trabajadores indígenas), 1955  
Entró en vigor en Colombia el 4 de marzo de 1969, en virtud de la Ley 23 de 1967.

Convenio 105 sobre la abolición del trabajo forzoso, 1957  
Entró en vigor en Colombia el 7 de junio de 1963, en virtud de la Ley 54 de 1962.

Convenio 106 sobre el descanso semanal (comercio y oficinas), 1957  
Entró en vigor en Colombia el 4 de marzo de 1969, en virtud de la Ley 23 de 1967.

Convenio 107 sobre poblaciones indígenas y tribales, 1957  
Entró en vigor en Colombia el 4 de marzo de 1969, en virtud de la Ley 23 de 1967.

Convenio denunciado en virtud de la ratificación del Convenio 169.

Convenio 111 sobre la discriminación en materia de empleo y ocupación  
Entró en vigor en Colombia el 4 de marzo de 1969, en virtud de la Ley 23 de 1967.

Convenio 116 sobre la revisión de los artículos finales, 1961  
Entró en vigor en Colombia el 4 de marzo de 1969, en virtud de la Ley 23 de 1967.

Convenio 129 sobre la inspección del trabajo (agricultura), 1969  
Entró en vigor en Colombia el 16 de noviembre de 1976, en virtud de la Ley 47 de 1975.

Convenio 136 sobre el benceno, 1971  
Entró en vigor en Colombia el 16 de noviembre de 1976, en virtud de la Ley 44 de 1975.

Convenio 138 sobre la edad mínima de admisión al empleo, 1993  
Entró en vigor en Colombia el 2 de febrero de 2001, en virtud de la Ley 515 de 1999.

Convenio 144 sobre la consulta tripartita (normas internacionales del trabajo), 1976  
Entró en vigor en Colombia el 9 de noviembre de 1999, en virtud de la Ley 310 de 1997.

Convenio 159 sobre la readaptación profesional y el empleo (personas inválidas), 1983  
Entró en vigor en Colombia el 7 de diciembre de 1989, en virtud de la Ley 82 de 1988.

Convenio 160 sobre estadísticas del trabajo, 1985  
Entró en vigor en Colombia el 23 de marzo de 1990, en virtud de la Ley 60 de 1988.

Convenio 161 sobre los servicios de salud en el trabajo, 1985  
Entró en vigor en Colombia el 23 de marzo de 1990, en virtud de la Ley 60 de 1988.

Convenio 162 sobre el asbesto, 1986  
Entró en vigor en Colombia el 25 de enero de 2001, en virtud de la Ley 436 de 1998.

Convenio 163 sobre el bienestar de la gente de mar en el mar y en el puerto  
Aprobado mediante la Ley 320 de 1996. Sin ratificar.

Convenio 164 sobre la protección en la salud y asistencia médica  
de la gente de mar  
Aprobado mediante la Ley 320 de 1996. Sin ratificar.

Convenio 165 sobre la seguridad social de la gente de mar  
Aprobado mediante la Ley 320 de 1996. Sin ratificar.

Convenio 166 sobre la repatriación de la gente de mar  
Aprobado mediante la Ley 320 de 1996. Sin ratificar.

Convenio 167 sobre seguridad y salud en la construcción, 1988  
Entró en vigor en Colombia el 6 de septiembre de 1994, en virtud  
de la Ley 52 de 1993.

Convenio 169 sobre pueblos indígenas y tribales en países  
independientes (1989)  
Entró en vigor en Colombia el 6 de agosto de 1992 en virtud  
de la Ley 21 de 1991.

Convenio 170 sobre los productos químicos, 1990  
Entró en vigor en Colombia el 6 de septiembre de 1994, en virtud  
de la Ley 55 de 1993.

Convenio 171 sobre el trabajo nocturno  
Aprobado mediante la Ley 320 de 1996. Sin ratificar.

Convenio 172 sobre las condiciones de trabajo en los hoteles,  
restaurantes y establecimientos similares  
Aprobado mediante la Ley 320 de 1996. Sin ratificar.

Convenio 174 sobre la prevención de accidentes industriales mayores (1993)  
Entró en vigor en Colombia el 9 de diciembre de 1997, en virtud  
de la Ley 320 de 1996.

Convenio 182 sobre las peores formas de trabajo infantil  
Aprobado mediante la Ley 704 de 2001. Sin ratificar.

- Victor Abramovich y Christian Curtis, *Los derechos sociales como derechos exigibles*, Editorial Trotta, Madrid, 2002.
- Ruth Abril Stoffels, *La asistencia humanitaria en los conflictos armados*, Tirant Lo Blanch, Valencia, 2001.
- Alianza Global contra la Trata de Mujeres, *Manual derechos humanos y trata de personas*, Organización Internacional para las Migraciones, Bogotá, 2003.
- Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Refugiados – Oficina en Colombia, *Balance de la política de atención al desplazamiento interno forzado en Colombia 1999-2002*, Bogotá, 2002.
- Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Refugiados, *Protección y asistencia de refugiados en América Latina, documentos regionales 1981- 1999*, México D.F., 2000.
- Kai Ambos y Oscar Julián Guerrero, *El estatuto de Roma de la Corte Penal Internacional*, Universidad Externado de Colombia, Bogotá, 1999.
- Amnistía Internacional, *Contra la tortura, manual de acción*, Editorial Amnistía Internacional, Madrid, 2003.
- Amnistía Internacional, *El sistema internacional de los derechos humanos, manual de uso contra la discriminación racial*, Editorial Amnistía Internacional, Madrid, 2001.
- Amnistía Internacional, *Juicios justos*, Editorial Amnistía Internacional, Madrid, 2002.

---

En la presente bibliografía se incluyen algunos libros en español publicados en los últimos cinco años, de fácil consecución en el mercado editorial colombiano.

\*

- Asociación de Familiares de Detenidos-Desaparecidos Asfaddes, *Veinte años de historia y lucha, Asfaddes con todo derecho*, Bogotá, 2003.
- Carlos Martín Beristain, *Reconstruir el tejido social, un enfoque crítico de la ayuda humanitaria*, Icaria, Barcelona, 1999.
- Carlos Martín Beristain y Darío Pérez Rovira, *Violencia, apoyo a las víctimas y reconstrucción social, experiencias internacionales y desafío vasco*, Editorial Fundamentos, Madrid, 2000.
- Eduardo Andrés Bertoni, *Libertad de expresión en el estado de derecho, doctrina y jurisprudencia nacional, extranjera e internacional*, Ediciones del Puerto, Buenos Aires, 2000.
- Linda Bimbi (ed.), *No en mi nombre, guerra y derecho*, Editorial Trotta, Madrid, 2003.
- Martín Borowski, *La estructura de los derechos fundamentales*, Universidad Externado de Colombia, Bogotá, 2003.
- Giani Borradori, *La filosofía en una época de terror, diálogos con Jürgen Habermas y Jacques Derrida*, Taurus, Bogotá, 2003.
- Françoise Bouchet-Saulnier, *Diccionario práctico de derecho humanitario*, Ediciones Península, Barcelona, 2001.
- Luisa Cabal, Mónica Roa, Julieta Lemaitre (eds.), *Cuerpo y derecho, legislación y jurisprudencia en América Latina*, Centro Legal para Derechos Reproductivos y Políticas Públicas, Editorial Temis, Bogotá, 2001.
- José I. Cafferata Nores, *Proceso penal y derechos humanos*, Centro de Estudios Legales, Ediciones del Puerto, Buenos Aires, 2000.
- Nelson Caicedo Rodríguez (com.), *Economía, derechos humanos y acción defensorial*, Defensoría del Pueblo, Bogotá, 2000.
- Antonio Cançado Trindade, Gerard Peytrignet, Jaime Ruiz Santiago, *Las tres vertientes de la protección internacional de los derechos de la persona humana, derechos humanos, derecho humanitario y derecho de los refugiados*, Editorial Porrúa México, Universidad Iberoamericana, México, 2003.

- Juan Antonio Carrillo Salcedo, *Dignidad frente a barbarie, la Declaración Universal de Derechos Humanos, cincuenta años después*, Editorial Trotta, Madrid, 1999.
- Juan Antonio Carrillo Salcedo, *El Convenio europeo de derechos humanos*, Tecnos, Madrid, 2003.
- Manuel José Cepeda, *Derecho constitucional jurisprudencial, las grandes decisiones de la Corte Constitucional*, Legis, Bogotá, 2001.
- Coalición contra la vinculación de niños, niñas y jóvenes al conflicto armado en Colombia, *Niños, niñas, jóvenes y conflicto armado, análisis jurídico de legislación internacional y colombiana*, Bogotá, 2002.
- Paolo Collo y Frediano Sessi, *Diccionario de la tolerancia*, Grupo Editorial Norma, Bogotá, 2001.
- Comisión Andina de Juristas, Oficina del Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Derechos Humanos, *Defensorías del pueblo en la región andina, experiencias comparadas*, Lima, 2001.
- Comisión Andina de Juristas, *La Corte Penal Internacional y los países andinos*, Lima, 2001.
- Comisión Andina de Juristas, *Los procesos de amparo y hábeas corpus, un análisis comparado*, Lima, 2000.
- Comisión Andina de Juristas, *Protección de los derechos humanos, definiciones operativas*, Pontificia Universidad Javeriana, Tercer Mundo Editores, Bogotá, 1999.
- Comisión Andina de Juristas, *Protección de los derechos humanos de la mujer, estándares internacionales*, Lima, 2000.
- Comisión Colombiana de Juristas, *Panorama de derechos humanos y derecho humanitario en Colombia, informe de avance: abril a septiembre de 2000*, Bogotá, 2001.

- Comisión Colombiana de Juristas, *Panorama de derechos humanos y derecho humanitario en Colombia, informe de avance: octubre de 2000 a marzo de 2001*, Bogotá, 2002.
- Comisión Interamericana de Derechos Humanos, *Tercer informe sobre la situación de derechos humanos en Colombia*, Comisión Colombiana de Juristas, Bogotá, 1999.
- Comité Internacional de la Cruz Roja, *Comentario del Protocolo del 8 de junio de 1977 adicional a los Convenios de Ginebra del 12 de agosto de 1949 relativo a la protección de las víctimas de los conflictos armados internacionales (Protocolo I)*, dos tomos, Plaza & Janés Editores, Bogotá, 2001.
- Comité Internacional de la Cruz Roja, *Adaptación de la legislación interna para la sanción de las infracciones al derecho internacional humanitario*, Bogotá, 2000.
- Comité Internacional de la Cruz Roja, *Las mujeres ante la guerra*, Ginebra, 2002.
- Conferencia Episcopal de Alemania, Fescol, Embajada de Alemania, Fundación para el Nuevo Periodismo Iberoamericano, *Manual para cubrir la guerra y la paz*, Bogotá, 1999.
- Consejo General del Poder Judicial, *Consolidación de derechos y garantías: los grandes retos de los derechos humanos en el siglo XXI*, Madrid, 1999.
- Consejo Superior de la Judicatura, Escuela Judicial Rodrigo Lara Bonilla, *Derechos humanos y derecho internacional humanitario*, Bogotá, 2003.
- Consultoría de Derechos Humanos y Desplazamiento, Unicef Colombia, *Un país que huye, desplazamiento y violencia en una nación fragmentada*, Bogotá, 1999.
- Jaime Córdoba Triviño, *Derecho penal internacional*, Ediciones Jurídicas Gustavo Ibáñez, Bogotá, 2001.
- Corporación Colectivo de Abogados “José Alvear Restrepo” y Fundación Comité de Solidaridad con los Presos Políticos, *La sin-razón, la situación carcelaria en Colombia*, Bogotá, 2000.

- Corporación Medios para la Paz, *Para desarmar la palabra, diccionario de términos del conflicto y de la paz*, Bogotá, 1999.
- Andrew Coyle, *La administración penitenciaria en el contexto de los derechos humanos, manual para el personal penitenciario*, Centro Internacional de Estudios Penitenciarios, Londres, 2002.
- Roberto Cuéllar (ed.), *Experiencia de educación en derechos humanos en América Latina*, Instituto Interamericano de Derechos Humanos, San José, 2000.
- Tulio Elí Chinchilla Herrera, *¿Qué son y cuáles son los derechos fundamentales?*, Editorial Temis, Bogotá, 1999.
- Boaventura de Sousa Santos y Mauricio García Villegas (eds.), *El caleidoscopio de las justicias en Colombia*, dos tomos, Colciencias, Instituto Colombiano de Antropología e Historia, Universidad de Coimbra, Universidad de los Andes, Universidad Nacional de Colombia, Siglo del Hombre Editores, Bogotá, 2001.
- Defensoría del Pueblo, *Convenio 169 de la OIT, Taller de evaluación*, Bogotá, 2001.
- Defensoría del Pueblo, *Derecho internacional humanitario*, Bogotá, 2001.
- Defensoría del Pueblo, *El derecho a la educación, en la Constitución, en la jurisprudencia y los instrumentos internacionales*, Bogotá, 2003.
- Defensoría del Pueblo, *El derecho a la igualdad*, Bogotá, 2001.
- Defensoría del Pueblo, *El derecho a la integridad*, Bogotá, 2001.
- Defensoría del Pueblo, *El derecho a la vida*, Bogotá, 2001.
- Defensoría del Pueblo, *Estado social y democrático de derecho y derechos humanos*, Bogotá, 2001.
- Defensoría del Pueblo, *Gaceta defensorial, diciembre 2000-junio 2001*, tomo I, Bogotá, 2001.

- Defensoría del Pueblo, *La desaparición forzada y los derechos de las víctimas de violaciones de los derechos humanos*, Bogotá, 2001.
- Defensoría del Pueblo, *Los cultivos ilícitos, política mundial y realidad en Colombia*, Bogotá, 2000.
- Defensoría del Pueblo, *Los derechos e intereses colectivos, defensa a través de las acciones populares, memorias*, Bogotá, 2000.
- Defensoría del Pueblo, *Manual de calificación de conductas violatorias de derechos humanos*, Bogotá, 2000.
- Defensoría del Pueblo, *Mecanismos de protección contra la violencia intrafamiliar*, Bogotá, 2001.
- Defensoría del Pueblo, Programa Justicia Usaid-Msd, *Plan nacional de entrenamiento para defensores públicos*, dos tomos, Bogotá, 1999.
- Defensoría del Pueblo, *¿Qué son los derechos humanos?*, Bogotá, 2001.
- Diakonia, Comisión Colombiana de Juristas, Cinep, Justapaz, Avre, Corporación Región, *Superación de la impunidad, reparación, reconstrucción y reconciliación*, memorias, Bogotá, 2000.
- Eudoro Echeverri Quintana, *La detención preventiva y la libertad, seguridad personal en el escenario internacional y nacional y Colombia frente a la Corte Penal Internacional respecto a la imprescriptibilidad y la prisión perpetua*, Universidad Libre, Pereira, 2003.
- Ediciones UniAndes, Facultad de Derecho, Colciencias, *Paz y derechos humanos: del círculo vicioso al círculo virtuoso*, Bogotá, 2002.
- Escola de Cultura de Pau, *Alerta 2003, informe sobre conflictos, derechos humanos y construcción de paz*, Icaria, Barcelona, 2003.
- Luigi Ferrajoli, *Los fundamentos de los derechos fundamentales*, Editorial Trotta, Madrid, 2001.

- Fundación Social, *Algo todavía ocurrirá, 7 informes de la Fundación Social a la Comisión Interamericana de Derechos Humanos*, Bogotá, 2001.
- Ligia Galvis Ortiz, *Comprensión de los derechos humanos, una visión para el siglo XXI*, Ediciones Aurora, Bogotá, 2003.
- Mercedes García Arán y Diego López Garrido (coords.), *Crimen internacional y jurisdicción universal: el caso Pinochet*, Tirant Lo Blanch, Valencia, 2000.
- Alicia Gil Gil, *Derecho penal internacional*, Tecnos, Madrid, 1999.
- Fernando Gil, Gonzalo Jover, David Reyero, *La enseñanza de los derechos humanos*, Paidós, Barcelona, 2001.
- Jonathan Glover, *Humanidad e inhumanidad, una historia moral del siglo XX*, Cátedra, Madrid, 2001.
- Nazario González, *Los derechos humanos en la historia*, Alfaomega, México, 2002.
- Roy Gutman y David Rieff (eds.), *Crímenes de guerra*, Debate, Barcelona, 2003.
- Esperanza Hernández Delgado y Marcela Salazar Posada, *Con la esperanza intacta, experiencias comunitarias de resistencia civil no violenta*, Oxfam, Bogotá, 1999.
- Luis Alberto Huerta Guerrero, *Libertad de expresión y acceso a la información pública*, Comisión Andina de Juristas, Lima, 2002.
- Augusto J. Ibáñez Guzmán, *El sistema penal en el estatuto de Roma*, Universidad Externado de Colombia, Bogotá, 2003.
- Michael Ignatieff, *El honor del guerrero*, Taurus, Madrid, 1999.
- Michael Ignatieff, *Guerra virtual*, Paidós, Barcelona, 2003.
- Michael Ignatieff, *Los derechos humanos como política e idolatría*, Paidós, Barcelona, 2003.

- Instituto Latinoamericano de Naciones Unidas para la Prevención del Delito y Tratamiento del Delincuente, Oficina del Alto Comisionado para los Derechos Humanos de las Naciones Unidas, Programa Regional de Capacitación contra la Violencia Doméstica, *Violencia de género, derechos humanos e intervención policial*, San José, 2002.
- Mary Kaldor, *Las nuevas guerras, violencia organizada en la era global*, Tusquets, Barcelona, 2001.
- Will Kymlicka, *La política vernácula, nacionalismo, multiculturalismo y ciudadanía*, Paidós, Barcelona, 2003.
- Isabel Lirola Delgado y Magdalena M. Martín Martínez, *La Corte Penal Internacional: justicia versus impunidad*, Editorial Ariel, Barcelona, 2001.
- José Antonio Marina y María de la Válgoma, *La lucha por la dignidad: teoría de la felicidad política*, Editorial Anagrama, Barcelona, 2000.
- José Martínez de Pisón, *Tolerancia y derechos fundamentales en las sociedades multiculturales*, Tecnos, Madrid, 2001.
- Florentín Meléndez, *La suspensión de los derechos fundamentales en los estados de excepción según el derecho internacional de los derechos humanos*, Imprenta Criterio, San Salvador, 1999.
- Mesa Mujer y Conflicto Armado, *Informe sobre violencia sociopolítica contra mujeres y niñas en Colombia, segundo avance – 2001*, Bogotá, 2001.
- Mesa Mujer y Conflicto Armado, *Informe sobre violencia sociopolítica contra mujeres y niñas en Colombia, tercer informe – 2002*, Bogotá, 2003.
- Oficina en Colombia del Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Derechos Humanos, *Compilación de derecho penal internacional, el estatuto de Roma y otros instrumentos de la Corte Penal Internacional*, Bogotá, 2003.
- Oficina en Colombia del Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Derechos Humanos, *Compilación de instrumentos internacionales, derecho internacional de los derechos humanos, derecho internacional humanitario, derecho penal internacional*, Bogotá, 2003.

- Oficina en Colombia del Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Derechos Humanos, *Compilación de jurisprudencia y doctrina nacional e internacional, derechos humanos, derecho internacional humanitario, derecho penal internacional*, cuatro volúmenes, Bogotá, 2003.
- Oficina en Colombia del Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Derechos Humanos, *Compilación de normas nacionales de derechos humanos*, Bogotá, 2003.
- Oficina en Colombia del Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Derechos Humanos, Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Refugiados, Consultoría para los Derechos Humanos y el Desplazamiento, *Compilación sobre desplazamiento forzado, normas, doctrina y jurisprudencia nacional e internacional*, Bogotá, 2001.
- Oficina en Colombia del Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Derechos Humanos, *Declaración y programa de acción de Durban*, Bogotá, 2002.
- Oficina en Colombia del Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Derechos Humanos, *Defensores de derechos humanos*, Bogotá, 2002.
- Oficina en Colombia del Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Derechos Humanos, *Derechos económicos, sociales y culturales*, Bogotá, 2001.
- Oficina en Colombia del Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Derechos Humanos, *Derechos de la mujer*, Bogotá, 2002.
- Oficina en Colombia del Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Derechos Humanos, *Derechos de los pueblos indígenas*, Bogotá, 2002.
- Oficina en Colombia del Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Derechos Humanos, Defensoría del Pueblo, *Diagnóstico sobre el programa penal ordinario de la defensoría pública. Lineamientos para su reorientación*, Bogotá, 2002.
- Oficina en Colombia del Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Derechos Humanos, Procuraduría General de la Nación, Defensoría del Pueblo, *Fortalecimiento de los personeros: un reto para los derechos humanos y la democracia*, Bogotá, 2003.

- Oficina en Colombia del Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Derechos Humanos, Procuraduría General de la Nación, *Guía de derechos humanos y procedimiento disciplinario para personeros municipales*, Bogotá, 2003.
- Oficina en Colombia del Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Derechos Humanos, Defensoría del Pueblo, *Guía de mecanismos constitucionales de protección de derechos humanos*, Bogotá, 2003.
- Oficina en Colombia del Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Derechos Humanos, *Igualdad, dignidad y tolerancia, un desafío para el siglo XXI*, Bogotá, 2001.
- Oficina en Colombia del Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Derechos Humanos, Defensoría del Pueblo, *Informe, Centros de reclusión en Colombia: un estado de cosas inconstitucional y de flagrante violación de derechos humanos*, Bogotá, 2001.
- Oficina en Colombia del Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Derechos Humanos, *Interpretación de las normas internacionales sobre derechos humanos*, Bogotá, 2002.
- Oficina en Colombia del Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Derechos Humanos, *Recomendaciones de órganos internacionales de derechos humanos al Estado colombiano 1980-2000*, Bogotá, 2000.
- Oficina en Colombia del Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Derechos Humanos, Cinep, Comisión Colombiana de Juristas, Programa por la Paz, Fundación Social, *Verdad y justicia en procesos de paz o transición a la democracia, memorias*, Bogotá, 1999.
- Organización Internacional para las Migraciones, Asociación Nacional de Enfermeras de Colombia – Seccional Antioquia, *Lecturas de silencios, propuesta de acción integral para mujeres violadas sexualmente por razones del conflicto armado colombiano*, Bogotá, 2002.
- Organización Internacional para las Migraciones, *Tráfico de personas en Colombia, memorias*, Bogotá, 2001.

- Organización Internacional para las Migraciones, *Tráfico de personas y prostitución, memorias*, Bogotá, 2002.
- Miguel Osset, *Más allá de los derechos humanos*, DVD Ediciones, Barcelona, 2001.
- Angelo Papacchini, *El derecho a la vida*, Universidad del Valle, Cali, 2001.
- William Partridge (ed.), *Reasentamiento en Colombia*, Banco Mundial, Acnur, Red de Solidaridad Social, Corporación Antioquia Presente, Bogotá, 2000.
- Daniel R. Pastor, *El plazo razonable en el proceso del estado de derecho*, Ad-hoc, Buenos Aires, 2002.
- Plataforma Colombiana Derechos Humanos, Democracia y Desarrollo, *El embrujo autoritario, primer año de gobierno de Álvaro Uribe Vélez*, Bogotá, 2003.
- Plataforma Colombiana Derechos Humanos, Democracia y Desarrollo, *Por el derecho a la tierra*, Bogotá, 2002.
- María Teresa Ponte Iglesias, *Conflictos armados, refugiados y desplazados internos en el derecho internacional actual*, Tórculo Edicions, Santiago de Compostela, 2000.
- Ana Cristina Portilla Benevides, *Comisiones de verdad en América Latina: un instrumento necesario pero no suficiente*, Universidad Externado de Colombia, Bogotá, 2003.
- Presidencia de la República, Consejería Presidencial para la Política Social, *Derechos humanos y violencia intrafamiliar*, Bogotá, 2001.
- Procuraduría General de la Nación, *Reforma a la estructura del Estado y derechos humanos, memorias*, Bogotá, 2002.
- Francisco Javier Quel López (coord.), *Creación de una jurisdicción penal internacional*, Escuela Diplomática, Asociación Española de Profesores de Derecho Internacional y Relaciones Internacionales, y Boletín Oficial del Estado, Madrid, 2000.

- Alejandro Ramelli Arteaga, *La Constitución colombiana y el derecho internacional humanitario*, Universidad Externado de Colombia, Bogotá, 2000.
- Consuelo Ramón Chornet (ed.), *El derecho internacional humanitario ante los nuevos conflictos armados*, Tirant Lo Blanch, Valencia, 2002.
- John Rawls, *El derecho de gentes*, Ediciones Paidós, Barcelona, 2001.
- Antonio Remiro Brontóns, *El caso Pinochet: los límites de la impunidad*, Madrid, Biblioteca Nueva, 1999.
- Francisco Rey Marcos y Víctor Currea-Lugo, *El debate humanitario*, Icaria, Barcelona, 2002.
- David Rieff, *Una cama por una noche, el humanitarismo en crisis*, Taurus, Bogotá, 2003.
- Diego Rodríguez Pinzón, Claudia Martín y Tomás Ojea Quintana, *La dimensión internacional de los derechos humanos, guía para la aplicación de normas internacionales en el derecho interno*, Banco Interamericano de Desarrollo, American University, Washington, 1999.
- Miguel Rujana Quintero (comp.), *Democracia, derechos humanos y derecho internacional humanitario*, Universidad Libre, Bogotá, 2000.
- Ricardo Sánchez A. y Luis Fernando Maldonado G., *Estudios para el estudio de los derechos humanos*, Defensoría del Pueblo, Bogotá, 2000.
- Amartya Sen, *Desarrollo y libertad*, Planeta, Bogotá, 2000.
- Natalia María Springer, *Sobre la verdad en los tiempos del miedo, del establecimiento de una comisión de verdad en Colombia y los desafíos de la justicia restaurativa*, Universidad Externado de Colombia, Bogotá, 2002.
- Tzvetan Todorov, *Memoria del mal, tentación del bien: indagación sobre el siglo XX*, Ediciones Península, Barcelona, 2002.
- Unión Europea, *Seguridad, derechos humanos y paz en Colombia*, Bogotá, 2003.

Julio Jorge Urbina, *Protección de las víctimas de los conflictos armados, Naciones Unidas y derecho internacional humanitario*, Cruz Roja Española, Tirant Lo Blanch, Valencia, 2000.

Hernando Valencia Villa, *Diccionario de derechos humanos*, Espasa, Madrid, 2003.

Hernando Valencia Villa, *Los derechos humanos*, Acento Editorial, Madrid, 2001.

Vicepresidencia de la República, Programa Presidencial de Derechos Humanos y del Derecho Internacional Humanitario, *Niñez y conflicto armado en Colombia*, Bogotá, 2002.

Vicepresidencia de la República, Programa Presidencial de Derechos Humanos y del Derecho Internacional Humanitario, *Verdad, justicia y reparación: Corte Penal Internacional*, Bogotá, 2002.

Carlos Villán Durán, *Curso de derecho internacional de los derechos humanos*, Editorial Trotta, Madrid, 2002.

Michael Walzer, *Guerra, política y moral*, Paidós, Barcelona, 2001.

Michael Walzer, *Guerras justas e injustas*, Paidós, Barcelona, 2001.

Juan Antonio Yáñez Barnuevo (ed.), *La justicia penal internacional: una perspectiva iberoamericana*, Casa de América, Madrid, 2001.

Alberto Zuppi, *Jurisdicción universal para crímenes contra el derecho internacional, el camino hacia la Corte Penal Internacional*, Ad-hoc, Buenos Aires, 2002.