

Derechos humanos y
derecho internacional
humanitario

**PLAN NACIONAL
DE FORMACIÓN
Y CAPACITACIÓN
DE LA RAMA JUDICIAL**

**CONSEJO SUPERIOR DE LA JUDICATURA
SALA ADMINISTRATIVA**

LUCÍA ARBELÁEZ DE TOBÓN
Presidenta

ALFONSO GUARÍN ARIZA
Vicepresidente

**GUSTAVO CUELLO IRIARTE
CARLOS ENRIQUE MARÍN VÉLEZ
GILBERTO OROZCO OROZCO
JULIO CÉSAR ORTIZ GUTIÉRREZ**
Magistrados

**ESCUELA JUDICIAL
«RODRIGO LARA BONILLA»**

GLADYS VIRGINIA GUEVARA PUENTES
Directora

Derechos humanos y derecho internacional humanitario

DANILO ROJAS BETANCOURT

CONSEJO SUPERIOR DE LA JUDICATURA
ESCUELA JUDICIAL «RODRIGO LARA BONILLA»

© CONSEJO SUPERIOR DE LA JUDICATURA

© Danilo Rojas Betancourt

Profesor de la Facultad de Derecho, Ciencias Políticas
y Sociales de la Universidad Nacional de Colombia

ISBN 958-97153-3-8

Diseño:

Camilo Umaña Caro

Preparación editorial e impresión:

Universidad Nacional de Colombia

UNIBIBLOS

unibiblo@dnic.unal.edu.co

Bogotá, 2003

Presentación	13
Compilación de instrumentos internacionales y de jurisprudencia	17
Metodología del módulo	28
UNIDAD 1 Derecho a la vida e integridad personal	31
UNIDAD 2 Derecho a la libertad y garantías judiciales	41
UNIDAD 3 Derechos sociales, económicos y culturales	65
UNIDAD 4 Derechos de los grupos indígenas	81
UNIDAD 5 Derechos de las mujeres	91
UNIDAD 6 Derechos de los niños	105

UNIDAD 7

Derecho internacional humanitario y desplazados

123

UNIDAD 8

**Derecho a la igualdad y derechos de las personas
privadas de la libertad**

145

Derechos humanos y
derecho internacional
humanitario

CONVENCIONES

m	Metodología
O	Objetivos generales
o	Objetivos específicos
C	Casos
n	Normas legales
j	Jurisprudencia
r	Reflexión
e	Ejercicios

Es grato poner a disposición de los magistrados y jueces del país y en general de la comunidad jurídica, el módulo *Derechos humanos y derechos internacional humanitario*, elaborado en convenio con la Oficina del Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Derechos Humanos, OACNUDH, por el doctor Danilo Rojas Betancourt, profesor de la Universidad Nacional de Colombia, quien para concretar su contenido y metodología participó en diversos encuentros académicos con magistrados y jueces del país, promovidos por la Escuela Judicial “Rodrigo Lara Bonilla”.

El presente módulo constituye apenas un eslabón más del proceso de capacitación en el tema de los Derechos Humanos, Derecho Internacional Humanitario y el Derecho Internacional de los Derechos Humanos, iniciada en el segundo semestre de 2000, a propósito del convenio celebrado entre el Consejo Superior de la Judicatura y la Oficina en Colombia del Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Derechos Humanos, OACNUDH.

13

Con la participación de consultores nacionales y extranjeros de la OACNUDH, diseñó y aplicó un completo plan que incluyó los temas y subtemas relevantes, los materiales mínimos requeridos, los objetivos generales y específicos, ejercicios, bibliografía básica y complementaria, y una extensa y pertinente reseña normativa, jurisprudencial y doctrinaria nacional e internacional. La capacitación impartida por los consultores al grupo de jueces y magistrados facilitadores fue calificada como altamente satisfactoria.

Todo este trabajo previo, facilitó la realización del presente texto. Se trataba, inicialmente, de sintetizar el útil material que a la postre resultó compilado por los consultores. Como estos materiales ya fueron editados¹, más que una síntesis, el módulo debería entonces reflejar didácticamente el trabajo realizado durante la capacitación. Este texto pretende mostrar de alguna manera ese proceso. El carácter autoformativo del módulo justifica, adicionalmente, la razón de ser de la propuesta metodológica que al final se asumió².

La capacitación impartida comprendió los siguientes temas y subtemas definidos por los consultores:

1. Temas generales: fundamentos de los derechos humanos, conceptos básicos, incorporación del derecho internacional de los derechos humanos y del derecho internacional humanitario en el

derecho colombiano y la responsabilidad y subjetividad del Estado y de otros actores en el derecho internacional de los derechos humanos y del derecho internacional humanitario.

2. Contenido y vigencia del derecho internacional de los derechos humanos: derecho a la vida y la integridad personal, libertad y seguridad personal, debido proceso y derecho a un recurso eficaz, otros derechos civiles y políticos, derechos económicos, sociales y culturales y estados de excepción.

3. Sectores vulnerables: igualdad y no discriminación, derechos de la mujer, derechos del niño y del adolescente, derechos de los reclusos y las personas privadas de la libertad, derechos de los indígenas y las minorías, y derechos de los desplazados.

4. Derecho Internacional Humanitario: conceptos básicos, conflictos armados no internacionales y derecho penal internacional.

14 5. Protección internacional de los derechos humanos: sistema universal y sistema interamericano.

La característica de la función judicial en un sistema jurídico interno impone, sin embargo, privilegiar aquella parte conceptual que se encuentra más directamente referida a la práctica cotidiana del juez. Subtemas tales como los fundamentos de los derechos humanos, algunos conceptos básicos, la responsabilidad y subjetividad del Estado en derechos humanos y los sistemas internacionales de protección de derechos humanos, que en otros contextos son de imprescindible aprendizaje y manejo en detalle, resultan menos privilegiados que otros –tales como la incorporación del derecho internacional de los derechos humanos en el régimen interno, las relaciones derecho internacional humanitario y derecho penal, el contenido y vigencia del derecho internacional de los derechos humanos en las diferentes generaciones de derechos y su eficacia en contextos judiciales–, merced a su capacidad explicativa de los casos con los que diariamente tiene que lidiar un juez. El énfasis, pues, se encuentra en estos subtemas.

El módulo presenta, en consecuencia, ejemplos de aplicación de los instrumentos internacionales de derechos humanos que se refieren centralmente a los siguientes temas:

- Derecho a la vida e integridad personal.
- Derecho a la libertad.
- Debido proceso y garantías judiciales.
- Derechos económicos, sociales y culturales.
- Derechos de los grupos indígenas.

- Derechos de las mujeres.
- Derechos de los niños.
- Derecho internacional humanitario y desplazados, e incorporación del derecho internacional de los derechos humanos y del derecho internacional humanitario en el derecho colombiano.
- Derecho a la igualdad.

A pesar de lo exhaustivo de la literatura sobre los distintos temas, para el desarrollo de algunos casos resultó imprescindible hacer referencia a textos y jurisprudencia.

El módulo que usted tiene en sus manos lo constituye (i) esta presentación, (ii) compilaciones hechas por los consultores, (iii) metodología del módulo y, principalmente, (iv) un conjunto de ejercicios en los que se ejemplifica la aplicación judicial de algunos de los materiales que integran las compilaciones.

La gran pretensión final es que el conjunto conformado por (i) los materiales normativos, doctrinarios y jurisprudenciales compilados y editados por los consultores, y (ii) el presente módulo –con su propuesta aplicativa de (i)–, sirva de instrumento didáctico para facilitar primero, el autoaprendizaje que exige una capacitación masiva como la que aquí se enfrenta y segundo –y más importante– incorporar en la cultura judicial colombiana las bondades de la aplicación de un conocimiento tal. Se trata de hacer de la compilación un instrumento de consulta y uso permanente en la labor de administrar justicia. Esta “vivencia” judicial del derecho de los derechos humanos y del derecho internacional humanitario –o sistema de derechos humanos– sin duda tendrá rendimientos netos en la solución pacífica de los conflictos cotidianos y en la reconstrucción de una democracia estrecha como la nuestra.

Para enriquecer este proceso de construcción del conocimiento le rogamos enviar sus comentarios e inquietudes a nuestro correo electrónico escujud@cendoj.ramajudicial.gov.co, o dirigirlos a la calle 85 11-96, pisos 6º y 7º, teléfonos: 621 3077, 621 3901, 621 3984, 621 4184 de Bogotá.

Compilación de instrumentos internacionales y compilación de jurisprudencia y doctrina nacional e internacional sobre derechos humanos y derecho internacional humanitario

A pesar de que gran parte de los tratados internacionales de derechos humanos fueron aprobados por Colombia antes de la Constitución de 1991, es a partir de su expedición que aquellos adquieren una relevancia inusitada. La razón es simple. La nueva Constitución fue pródiga no sólo en tender puentes entre el derecho interno y el internacional en materia de derechos humanos, sino también en asegurarse, por varias vías normativas, de la prevalencia de éste. Puede decirse que la nueva Constitución zanjó para Colombia, al menos en lo que a derechos humanos se refiere, la vieja disputa entre monismo y dualismo.

Los resultados no se han hecho esperar. La aplicación de los instrumentos internacionales de derechos humanos, que antes de 1991 constituía una verdadera excepción, empieza por abrirse paso primero en la jurisprudencia constitucional, luego en la ordinaria –aunque con mucho más rezago y menos fuerza–, hasta lograr permear la legislación de manera significativa.

17

La jurisprudencia de la Corte Constitucional, tanto en sentencias de constitucionalidad como de tutela, ha sido la más rica y audaz en el uso del denominado *corpus juris* del derecho internacional de los derechos humanos³. Dando aplicación a los contenidos de los artículos 53, 93, 94 y 214 la Corte ha mostrado las bondades y riqueza de la normatividad internacional a través del denominado bloque de constitucionalidad⁴.

Menos generosa en la aplicación de estos instrumentos internacionales ha sido la jurisprudencia del Consejo de Estado y de la Corte Suprema de Justicia⁵, aunque su tendencia a utilizarlos es creciente. Y así deberá ser en la medida en que la legislación colombiana es cada vez más proclive a aplicar el principio de integración normativa. De modo que la jurisprudencia por venir deberá abandonar la cita meramente insular del derecho internacional de los derechos humanos y del derecho humanitario que suele caracterizarla, en la medida en que tiene que enfrentar la aplicación de normas locales que directamente incorporan el derecho internacional en la solución de casos concretos.

Los casos más sobresalientes de esta nueva tendencia legislativa

la constituyen, en orden cronológico, los artículos 3 y 198 del Código Penal Militar vigente (Ley 522 de 1999), el artículo 2 de los códigos Penal y de Procedimiento Penal y el artículo 21 del nuevo Código Disciplinario Único (Ley 734 de 2002). A esta legislación es común el hecho de integrar a su contenido, las normas del derecho internacional de derechos humanos, de dos formas:

a. Como *parámetro hermenéutico*, de modo que el entendimiento que deba otorgarse a la normatividad correspondiente, ha de hacerse conforme a los parámetros establecidos en la legislación internacional. Sobra decir que por esta vía ingresa todo el material jurisprudencial y doctrinario existente y producido por las instancias autorizadas –organismos judiciales y cuasi judiciales, por ejemplo–⁶, en la medida en que son ellos quienes le otorgan sentido a las normas pertinentes al resolver casos concretos, absolver consultas, etc.

18 Esta es la situación de las citadas normas del Código de Justicia Penal Militar y del Código Disciplinario Único. En el primer caso, por ejemplo, el artículo 3 señala que “en ningún caso podrán considerarse como relacionados con el servicio los delitos de tortura, el genocidio y la desaparición forzada, *entendidos en los términos definidos en convenios y tratados internacionales ratificados por Colombia*” (resaltado nuestro). No parece haber duda de que la interpretación y entendimiento del contenido de estos delitos, encuentra en la legislación, jurisprudencia y doctrina autorizada internacional, el mejor aliado para su correcta aplicación en casos concretos. Lo propio puede decirse en relación con aquellos tipos penales introducidos en el nuevo Código Penal Ordinario, relacionados con las personas y los bienes protegidos por el derecho internacional humanitario.

En el caso del derecho disciplinario se nota igualmente este uso de la normatividad internacional. En efecto, las dudas hermenéuticas y de aplicación en materia disciplinaria, conforme al artículo 21 de la Ley 734 de 2002, se refieren en primer término a “los tratados internacionales sobre derechos humanos y los convenios internacionales de la OIT ratificados por Colombia”.

b. Como *parte integrante* de la ley (código) correspondiente, de manera que no se trata sólo de incorporar la fuerza hermenéutica y garantista de la normatividad internacional, sino su propio texto. El caso más paradigmático lo constituye el artículo 2 de los códigos Penal y de Procedimiento Penal. En el primero se afirma de manera contundente que “los tratados y convenios internacionales ratificados

por Colombia, *harán parte integral* de este código”; y en el segundo que “en los procesos penales se aplicarán las normas que en materia de garantías se hallan consignadas en (...) los tratados y convenios internacionales ratificados por el Estado colombiano”.

En esta categoría caben incluso normas como la consagrada en el artículo 198 del Código Penal Militar el cual, al hablar del reconocimiento de la dignidad humana debido a quienes se atribuya la comisión de un hecho punible, agrega en su inciso segundo: “Se respetarán las normas internacionales reconocidas sobre los derechos humanos y derecho internacional humanitario, y en ningún caso podrá haber violación de las mismas”.

Los anteriores ejemplos notorios de lo que podríamos llamar los “usos legislativos” de la normatividad internacional en materia de derechos humanos y derecho internacional humanitario, autorizados por la propia Constitución de 1991, obligan a todos los jueces concernidos a conocer en profundidad la normatividad pertinente y aplicarla de manera integral.

Corolario de estas breves reflexiones, puede afirmarse que la decisión del constituyente de incluir como normas constitucionales y/o como parámetros de constitucionalidad, la normatividad internacional en materia de derechos humanos y derecho internacional humanitario –y por ende lo que de ellas afirman los principales órganos judiciales y cuasijudiciales de manera autorizada–, permea cada vez más todos los ámbitos de creación y aplicación del derecho interno (legislativo, ejecutivo-administrativo y judicial); la muestra clara ya señalada sobre lo que viene haciendo el legislador constituye el mejor indicador de esta afirmación.

En el caso de las leyes penales, existe además un ámbito administrativo de aplicación que obligará, por ejemplo, a un cambio importante en materia carcelaria. En cuanto a la ley disciplinaria, el resultado de aplicar el artículo 21 señalado es que todo el aparato administrativo estatal, empezando por los ministerios, deberán conocer y dar aplicación a la normatividad internacional en materia de derechos humanos, cuando del ejercicio de la función disciplinaria se trate. Y por supuesto lo propio deberá hacer la Procuraduría General de la Nación cuando cumpla regularmente su función disciplinaria o en ejercicio del poder preferente disciplinario.

Y no se diga entonces en el caso de los jueces. Ya es conocido el rol principal que sobre el tema ha asumido la Corte Constitucional.

Pero la jurisdicción ordinaria, en especial con ocasión de la aplicación del nuevo régimen penal, se verá obligada cada vez más a recurrir a la normativa internacional sobre derechos humanos y derecho internacional humanitario. Lo propio ocurrirá con la jurisdicción de lo contencioso administrativo que, como juez de legalidad de los actos administrativos en general –dentro de los cuales se encuentran las decisiones disciplinarias–, deberá conocer, interpretar y aplicar el *corpus juris* del derecho internacional de los derechos humanos. La misma afirmación es válida para la Sala Disciplinaria del Consejo Superior de la Judicatura y sus seccionales correspondientes. Sobra decir que es responsabilidad de todos los jueces realizar la integración normativa señalada al resolver, al menos, acciones de tutela.

20 La normatividad interna antes precisada y sus correspondientes efectos en la judicatura en general, debe verse sólo como la continuación de un proceso iniciado con la incorporación a la legislación interna de los principales tratados internacionales en materia de derechos humanos (leyes 74 de 1968 y 16 de 1972) y acentuado a propósito de la expedición de la Constitución de 1991. De aquí se siguen varias consecuencias:

- El legislador ordinario o extraordinario debe continuar pugnando porque se incorpore cada vez más y con mayor fuerza y claridad, la normatividad internacional en derechos humanos.

- El hecho de que ello no ocurra, no es obstáculo para que las autoridades administrativas y especialmente las judiciales apliquen directamente la normatividad internacional sobre derechos humanos, si se tienen en cuenta las disposiciones constitucionales pertinentes y el hecho mismo del carácter normativo –en consecuencia de aplicación directa– de la Constitución vigente.

- Más aún, el mecanismo autorizado de la excepción de inconstitucionalidad (art. 4 de la Constitución) deja el camino abierto para que incluso aquella normatividad efectivamente expedida, pero contraria a la Constitución –que conforme al principio de integración, incluye los tratados internacionales en materia de derechos humanos–, se inaplique en casos concretos y se privilegie en cambio, la normatividad superior más garantista –incluidos los tratados, se insiste–. Lo anterior quiere decir que el papel y la responsabilidad de los jueces en el tema, es superlativa. No sólo son garantes principales del cumplimiento pleno de los derechos humanos por parte del Estado y los particulares, sino que de la mano de su jurisprudencia es que el

legislador se ha animado a producir normas jurídicas integradoras como las ya señaladas.

Aquí resalta entonces el sentido y las bondades de los materiales compilados por la OACNUDH. En una apretada síntesis, los volúmenes puestos al servicio de los jueces, recogen los instrumentos internacionales, la jurisprudencia y la doctrina más relevante en torno a los derechos humanos y al derecho internacional humanitario.

El contenido de estos volúmenes constituye una extensión de la Constitución y de las leyes que tocan con los derechos humanos – como los referidos códigos penal, de procedimiento penal, de justicia penal militar y disciplinario–. De Perogrullo es decir que su lectura, análisis y aplicación permanente no sólo es una necesidad judicial, sino una obligación jurídica para todos los jueces de la República, especialmente en aquellas decisiones que tocan con los derechos humanos –que bien podría decirse, son todas–.

La obligación jurídica de aplicar estos materiales normativos no obsta para distinguir los niveles de obligatoriedad propios de cada uno de ellos. Así, no hay duda acerca del deber jurídico de aplicar las normas contenidas en tratados y convenios formalmente convertidos en leyes. Tampoco existiría duda en relación con la obligatoriedad de la jurisprudencia producida por los órganos judiciales de los sistemas internacionales de protección de los derechos humanos, como la Corte Interamericana de Derechos Humanos⁷. La doctrina producida por los denominados órganos cuasi judiciales⁸ alcanzaría en Colombia, en cambio, el estatus de “criterios auxiliares de la actividad judicial”, conforme a lo ordenado por el artículo 230 de la Constitución.

Con todo, debe repararse que ésta situación varía al menos frente a tres situaciones, en las cuales, a pesar de tratarse de decisiones de órganos no judiciales, su doctrina es obligatoria:

1. Conforme a la Ley 288 de 1996, algunas decisiones de ciertos órganos cuasi judiciales tienen una fuerza jurídica interna tal, que constituyen la base de la iniciación de un procedimiento indemnizatorio especial. En efecto, según el artículo 1 de la mencionada norma, “El gobierno nacional deberá pagar, previa realización del trámite de que trata la presente ley, las indemnizaciones de perjuicios causados por violaciones de los derechos humanos que se hayan declarado, o llegaren a declararse, en decisiones expresas de los órganos internacionales de derechos humanos que más adelante se señalan” (art. 1); y a reglón seguido se indica que tales órganos son el “Comité de Derechos

Humanos del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos” y “la Comisión Interamericana de Derechos Humanos” (art. 2, num. 1).

2. Cuando la doctrina es asumida por órganos cuyos pronunciamientos sí son obligatorios merced a lo señalado en el pacto o convenio correspondiente firmado por Colombia. Tal es el caso de las recomendaciones hechas por el Comité de Libertad Sindical de la OIT. En un conocido caso (T-568 de 1999)⁹ la Corte recordó que cuando el Comité formula recomendaciones en materia de libertad sindical, las somete al Consejo de Administración –órgano ejecutivo de la OIT– y éste las incorpora como suyas en su informe oficial a la comunidad de estados miembros; tales recomendaciones constituyen “una orden expresa vinculante para el gobierno colombiano”, pues “Colombia está obligada, en virtud de su calidad de Estado Parte del Tratado Constitutivo de la OIT, a acatar las recomendaciones del Consejo de Administración (arts. 24 y ss).”

3. Cuando la doctrina expresada por alguno de los órganos cuasi judiciales o incluso por expertos cuya competencia no se desprende de un tratado, como es el caso de los Representantes Especiales del Secretario General de la ONU¹⁰, es incorporada a la jurisprudencia nacional por virtud del denominado bloque de constitucionalidad. El ejemplo más notorio y reciente de este caso lo constituye la sentencia T-327 de 2001 en donde la Corte afirmó, como parte del bloque de constitucionalidad, los denominados “Principios Deng”. Dijo, en efecto, la Corte: “La interpretación más favorable a la protección de los derechos humanos de los desplazados hace necesaria la aplicación de los Principios Rectores del Desplazamiento Interno consagrados en el Informe del Representante Especial del Secretario General de Naciones Unidas para el Tema de los Desplazamientos Internos de Personas, los cuales son parte del cuerpo normativo supranacional que integra el bloque de constitucionalidad de este caso.”

Independientemente de la crítica que pueda generar esta extensión del bloque de constitucionalidad, entre otras cosas a partir de la propuesta de “bloque en sentido estricto y lato” propuesta por Rodrigo Uprimny¹¹, lo cierto es que se trata de la doctrina constitucional vigente y, judicial y administrativamente, habrá que acatarla.

Lo cierto es que todo ese producido analítico de órganos no judiciales que interpretan y aplican normas internacionales de derechos humanos “no puede ser ignorado”, pues aunque no posean carácter

vinculante, ayudan a “orientar el sentido y alcance de las órdenes que el juez de tutela debe impartir para restablecer los derechos violados o amenazados en éste y los casos que sean similares”¹².

En efecto, ¿cómo ignorar para el caso las interpretaciones que acerca de la prohibición de la tortura, la desaparición forzada o el derecho a la vida realiza un órgano como el Comité de Derechos Humanos?¹³ ¿O las distinciones que hace la Comisión y la Corte Interamericana de Derechos Humanos entre la tortura y los tratos crueles inhumanos o degradantes?¹⁴.

Desconocer las bondades de una ayuda especializada como la que proporciona el producido interpretativo de estas instancias internacionales, es no sólo irracional y falaz en términos argumentativos sino, incluso, injurídico –así sea en sentido débil– si nos atenemos al contenido de normas como la del inciso segundo del artículo 230 de la Constitución, sin perjuicio de tomar en consideración el hecho ya advertido de que tales opiniones y recomendaciones puedan llegar a ser obligatorias por la vía del bloque de constitucionalidad.

23

De lo que se trata, pues, es de utilizar todo ese *corpus juris* del derecho internacional de los derechos humanos, de volverlo herramienta habitual de trabajo, de familiarizarse con él a la manera como lo hacen los jueces con los códigos, leyes, jurisprudencia y doctrina nacionales; en fin, de encontrarle el gusto a su inmensa potencialidad como instrumental autorizado e idóneo para la solución acertada de controversias judiciales.

Por ser los más relevantes para el caso colombiano, la Oficina en Colombia del ACNUDH recogió los principales materiales normativos de protección internacional de los derechos humanos, de derecho internacional humanitario y de derecho penal internacional¹⁵.

Lo propio se hizo en relación con la jurisprudencia y la doctrina nacional e internacional¹⁶. Adicionalmente al texto introductorio ya mencionado del profesor O'Donnell, la *Compilación de jurisprudencia y doctrina*, Vol. I, está precedida de un ensayo de Rodrigo Uprimny sobre el bloque de constitucionalidad, institución jurídica a través de la cual se ha venido incorporando al caso colombiano, cada vez con mayor fuerza, toda la normativa internacional sobre los derechos humanos en general; de ello dan fe sentencias de la Corte Constitucional cuya parte pertinente constituye uno de los materiales iniciales (*Compilación de jurisprudencia y doctrina*, Vol. I, pp. 157 a 187). Estos “temas generales” con los que se inicia la compilación, se complementan con la

“Naturaleza de las obligaciones de los Estados en materia de derechos humanos”¹⁷, la “Responsabilidad de los actores no estatales en las violaciones de los derechos humanos” y la “Interpretación de la normativa internacional”, aspectos documentados tanto con jurisprudencia nacional como con la de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, así como con otros materiales producidos por órganos del sistema regional y universal de protección de los derechos humanos, tales como la Comisión Interamericana de Derechos Humanos y el Comité de Derechos Humanos de Naciones Unidas (*Compilación de jurisprudencia y doctrina*, Vol. I, pp. 189 a 241).

24 El resto de este primer volumen lo componen materiales relacionados en general con los principales derechos de primera generación: vida e integridad personal, libertad y seguridad personales, garantías procesales y debido proceso, intimidad, honra y dignidad, libertad de pensamiento y expresión. También sobre el derecho a la justicia, a la verdad y la reparación. Las principales fuentes documentales siguen siendo la Corte Constitucional colombiana, el Comité de Derechos Humanos, y la Comisión y la Corte Interamericana de Derechos Humanos. Se pueden observar allí materiales relevantes incorporados tanto en observaciones generales y comunicaciones del Comité de Derechos Humanos de la ONU, como en recomendaciones de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos a propósito de los casos que conoce (*Compilación de jurisprudencia y doctrina*, Vol. I, pp. 243 a 710).

El segundo volumen reúne información sobre la libertad de asociación y libertad sindical, la protección a la familia, garantías en los estados de excepción, derecho a la vivienda, a la alimentación, a la educación, a la salud, igualdad, no discriminación y protección especial, derechos de la mujer, derechos de los niños y adolescentes, derechos de las minorías y de los indígenas, derechos de los reclusos y personas privadas de la libertad y derechos de los desplazados (*Compilación de jurisprudencia y doctrina*, Vol. II, pp. 13 a 700). La tendencia del tipo de materiales producidos se mantiene: Observaciones generales, comunicaciones y sentencias, a las cuales se agregan en ciertos casos las declaraciones del Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, y las decisiones del Comité de Libertad Sindical, órgano cuasi jurisdiccional de la Organización Internacional del Trabajo, OIT.

El tercer volumen recoge la información relevante sobre el derecho internacional humanitario y el derecho penal internacional;

un anexo que contiene la Ley 288 de 1996 que establece “instrumentos para la indemnización de perjuicios a las víctimas de violaciones de derechos humanos en virtud de lo dispuesto por determinados órganos internacionales de derechos humanos”, y un conjunto de ejercicios prácticos acerca de las distintas temáticas tratadas en los distintos volúmenes. Ciertas novedades en cuanto a las fuentes de los materiales se presentan en el presente volumen: los comentarios del Comité Internacional de la Cruz Roja, CICR, a algunas disposiciones sobre DIH, una declaración del Instituto Internacional de Derecho Humanitario sobre las normas generales relativas a la conducción de las hostilidades aplicables en caso de conflicto armado no internacional y prohibiciones y limitaciones al empleo de ciertas armas en los conflictos no internacionales, y finalmente, la opinión de la Cámara de los Lores en el caso Pinochet (*Compilación de jurisprudencia y doctrina*, Vol. III, pp. 9 a 286).

25

En estos instrumentos, jurisprudencia y doctrina, se reitera, los jueces colombianos tienen el mejor aliado para lograr decisiones judiciales correctas, por la vía del bloque de constitucionalidad y con estricta observancia de la hermenéutica propia de los derechos humanos con arreglo al principio *pro homine*¹⁸. El presente módulo es un ejemplo de aplicación de tales materiales en la solución jurídica de casos concretos.

Notas

¹ *Compilación de instrumentos internacionales, Compilación de jurisprudencia y doctrina nacional e internacional*, volúmenes I, II y III. *Derechos humanos, derecho internacional humanitario y derecho penal internacional*. Bogotá, Oficina en Colombia del Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Derechos Humanos, OACNUDH, 2001.

² Véase capítulo sobre la metodología.

³ Véase Daniel O'Donnell, “Introducción al derecho internacional de los derechos humanos”, en *Compilación de jurisprudencia y doctrina nacional e internacional. Derechos humanos, derecho internacional humanitario y derecho penal internacional* (en adelante, *Compilación de jurisprudencia y doctrina*), Bogotá, Oficina en Colombia del Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Derechos Humanos, OACNUDH, Vol. I, p. 67 y ss.

⁴ Sobre el tema, véase el ensayo de Rodrigo Uprimny publicado en la *Compilación de jurisprudencia y doctrina*. Vol. I, p. 97 y ss.

⁵ Algunos ejemplos pueden verse en los siguientes pronunciamientos. Del Consejo de Estado: concepto de marzo 17/92, SC, exp. 429 (Ley 16/72); sentencia de junio 9/93, S-2, exp. AC-756 (Ley 74/68); sentencia de abril 26/94, S-2, exp. AC-1636 (Ley 16/72); concepto de junio 28/96, SC, exp. 843

(Leyes 74/68 y 16/72); sentencia febrero 6/97, S-2, exp. 11269 (D.I.H.); sentencia de septiembre 1/97, S-1, exp. 2589 (Leyes 74/68 y 16/72); sentencia de abril 7/97, S-3, exp. 10477 (Convención de Viena); sentencia de marzo 10/97, S-Plena, exp. S-673 (Ley 21/91); sentencia marzo 13/97, S-3, exp. AC-4458 (Ley 21/91); sentencia de octubre 30/97, S-5, exp. AC-5205 (Ley 74/68); sentencia de junio 10/99, S-3, exp. AC-7573 (Leyes 74/68, 12/91 y 319/96). De la Sala Penal de la Corte Suprema de Justicia: auto de agosto 28/96, exp. 10864 (Leyes 74/68 y 16/72); sentencia de abril 16/98, exp. 10397 (Leyes 74/68 y 16/72); auto de julio 2/98, exp. 13786 (Leyes 74/68 y 16/72); sentencia de agosto 27/98, exp. 12802 (Ley 16/72); sentencia de julio 18/00, exp. 12189 (Leyes 74/68 y 16/72) y auto de octubre 23/00, exp. 16997 (Ley 16/72).

⁶ Sobre el punto véase O'Donnell, ob. cit., especialmente pp. 73 a 80.

⁷ En este sentido se aplicaría la doctrina establecida por nuestra Corte Constitucional en relación con la obligatoriedad de las decisiones judiciales. Véanse, por todas, las sentencias C-083/95 y C-037/96. Una buena síntesis de toda la problemática de la obligatoriedad del precedente jurisprudencial en Colombia puede verse en Diego López Medina, *El derecho de los jueces. Obligatoriedad del precedente constitucional. Análisis de sentencias y líneas jurisprudenciales. Teoría del derecho judicial*, Bogotá, Legis, 2000, en especial el capítulo I, p. 11 y ss. De hecho, recuérdese que las decisiones judiciales proferidas por los tribunales internacionales de protección de derechos humanos hacen parte del bloque de constitucionalidad –con todos los efectos positivos que se le pueden atribuir a este fenómeno– (Cf. R. Uprimny, ob. cit., p. 152).

⁸ Véase O'Donnell, ob. cit., p. 73 y ss. El autor recuerda que “su valor depende de una multitud de factores que varían de un órgano a otro y de un informe a otro. Entre ellos, cabe mencionar por una parte, el rigor y la coherencia del análisis jurídico, y por otra, la aceptación de dichos pronunciamientos por los Estados, ya sea de manera expresa o tácita, o ya sea de manera individual o bien por su participación en los órganos políticos como la Comisión de Derechos Humanos” (pp. 79-80).

⁹ Sus principales apartes se encuentran en la *Compilación de jurisprudencia y doctrina*, Vol. I, p. 178 y ss.

¹⁰ Al respecto véase O'Donnell, ob. cit., pp. 74 y 75.

¹¹ Ob. cit., especialmente pp. 151 y 152.

¹² Sentencia T-568/99 citada. Si bien se trata de una prédica de la Corte, en relación con las recomendaciones hechas por el Comité de Libertad Sindical y para los procesos de tutela, sus afirmaciones bien pueden ser aplicadas no sólo respecto de lo afirmado por cualquier órgano no judicial del sistema internacional de protección de los derechos humanos, sino en relación con cualquier tipo de proceso judicial y no exclusivamente en tutela.

¹³ Ver *Compilación de jurisprudencia y doctrina*, Vol. I, p. 245 y ss.

¹⁴ *Ibidem*, p. 308 y ss.

¹⁵ Daniel O'Donnell, Inés Margarita Uprimny y Alejandro Valencia Villa (compiladores), *Compilación de instrumentos internacionales, derecho internacional de los derechos humanos, derecho internacional humanitario y derecho penal*

internacional, Bogotá, OACNUDH, 2001. En adelante *Compilación de instrumentos*.

¹⁶ Daniel O'Donnell, Inés Margarita Uprimny y Alejandro Valencia Villa (compiladores), *Compilación de jurisprudencia y doctrina nacional e internacional. Derechos humanos, derecho internacional humanitario y derecho penal internacional*, Bogotá, OACNUDH, 2001. En adelante *Compilación de jurisprudencia y doctrina*, Vol. I, II y III.

¹⁷ La información de este aparte bien puede articularse con la que aparece bajo el acápite “La naturaleza de los derechos y las obligaciones de los Estados”, *Compilación de jurisprudencia y doctrina*, Vol. II, pp. 161 a 209.

¹⁸ Sobre esta regla interpretativa, véase en especial el aparte 7 del texto citado de Daniel O'Donnell, *Compilación de jurisprudencia y doctrina*, Vol. I, pp. 61 a 67.



Metodología del módulo

Si de lo que se trata es de incentivar a los jueces para que se apropien de la temática de los derechos humanos en general, la mejor manera de hacerlo es mostrar ejemplos en los que se incorporen, bajo la forma de providencias judiciales, las prescripciones normativas contenidas en los instrumentos internacionales de derechos humanos, así como la doctrina y la jurisprudencia de los órganos autorizados para producirlas. En el presente módulo, se ejemplifican aplicaciones judiciales prácticas de algunos de los contenidos correspondientes a las compilaciones realizadas por los consultores de la OACNUDH.

Los ejemplos asumirán, en consecuencia, la forma –e incluso el estilo– judicial. En ellos se da cuenta de un caso complejo en cuyos *hechos* se procura la comprensión de varios temas relacionados con los derechos humanos, y luego se redacta lo que serían las *consideraciones*, esto es, la argumentación orientada a solucionar el caso. En cada caso se tratan varios de los temas objeto de análisis, a veces articulada, a veces separadamente. Las *consideraciones*, que son el eje del módulo, precisan algunas aclaraciones acerca de su contenido y características generales.

Características de las *consideraciones*

1. No poseen el rigor exigido por alguna teoría de la argumentación judicial, pues de lo que se trata es de resaltar las posibilidades de uso de las reglas del derecho internacional de los derechos humanos y del derecho internacional humanitario en las providencias judiciales. En tales condiciones, los argumentos a veces se sobredimensionan, otras veces muestran ciertos saltos que pueden ser lógicamente cuestionables, otras veces son reiterativos, etc.
2. En ocasiones su estructura es completa en el sentido de que sería suficiente lo allí afirmado, para llegar a una cierta conclusión y tomar así una decisión. En otras, *ex profeso* la argumentación es incompleta, con el ánimo de que el o los argumentos faltantes, sean materia de reconstrucción por los propios jueces en los talleres que se realicen y según las instrucciones que se impartan.
3. Se han realizado tres modelos diferentes de casos para ejemplificar el uso judicial de los materiales internacionales de derechos humanos. El primero –los ejemplos proporcionados de derecho a la vida, debido proceso y garantías procesales, derechos económicos, sociales y culturales, y derechos de los grupos indígenas– se caracteriza por poseer un *comentario* cuya función central es complementar la reflexión que propicia el caso, a partir de la jurisprudencia y doctrina internacionales.



Ello no quiere decir que en las *consideraciones* no se haga alguna referencia a la doctrina y la jurisprudencia, pero, cuando se hace, por regla general es bastante escueta y/o simplemente referencial, pues lo que allí se quiere mostrar privilegiadamente, es el uso de la normatividad internacional. Otras características del *comentario* son:

a. Unas veces adiciona temáticamente lo dicho en los *considerandos*; otras, simplemente, realiza un comentario acerca de lo dicho, para resaltar las bondades de un cierto argumento en relación con otro.

b. Aprovecha los contenidos genéricos plasmados en los *considerandos* para ampliar la referencia temática a otros elementos del mismo género, incluso de otros temas.

c. Muestra cómo a pesar de que algunos temas no sean expresamente regulados en la normatividad internacional de los derechos humanos, la principalística referida a otros temas que sí son de su resorte, sirve de apoyo a aquellas materias.

El objetivo metodológico fundamental de este tipo de casos es conocer, interpretar y aplicar la normatividad internacional sobre derechos humanos; familiarizarse con sus contenidos y con lo que de ella afirman los órganos de interpretación autorizada existentes en el ámbito internacional –judiciales y no judiciales–; y familiarizarse con los volúmenes que los contienen.

El segundo tipo de casos –que ejemplifican el uso del derecho internacional de los derechos humanos y del derecho internacional humanitario en los temas de derechos de las mujeres, derechos de los niños y derecho internacional humanitario y desplazados– se caracteriza por mostrar dos clases de argumentaciones judiciales, una de las cuales se encuentra apoyada en el derecho interno y otra en los materiales internacionales de derechos humanos. El objetivo metodológico evidente es la comparación cara a cara de las bondades de un argumentación judicial apoyada en la legislación, jurisprudencia y doctrina internacionales.

El tercer modelo de casos –aplicado al derecho a la igualdad– se caracteriza también por presentar dos clases de argumentaciones judiciales apoyadas ambas en el *corpus juris* internacional de derechos humanos, una de las cuales privilegia el derecho positivo propiamente dicho –tratados, pactos, etc.– y la otra los materiales producidos por los órganos cuasi judiciales, los expertos, etc., de los sistemas internacionales de protección de los derechos humanos. El objetivo metodológico, además de conocer, interpretar y aplicar dichas normas, jurisprudencia y doctrina, es propiciar un debate acerca del contenido e incorporación del bloque de constitucionalidad.

Unidad

1

Derecho a la vida e integridad personal

O

- Señalar la naturaleza y el contenido de las obligaciones de los estados en materia de protección del derecho a la vida.
- Precisar los elementos que en el ámbito internacional particularizan el delito de tortura y que permiten distinguirlo de otras conductas con características semejantes.
- Resaltar el reconocimiento internacional que han alcanzado los derechos de las personas afectadas por conductas constitutivas de violaciones a los derechos humanos.

O

- Presentar una manera de integrar de forma práctica los instrumentos normativos, jurisprudenciales y doctrinarios de carácter nacional con los de carácter internacional para la solución de casos concretos.
- Evidenciar el hecho de que los instrumentos normativos jurisprudenciales y doctrinarios internacionales aportan a la práctica judicial colombiana y al debate sobre protección de los derechos humanos, nuevos e importantes elementos.

n

Normas aplicables (no exhaustivo):

- Constitución Política de Colombia, arts. 1,11.
- Declaración Universal de Derechos Humanos, art. 3.
- Convención Americana de Derechos Humanos, art. 4.
- Pacto de Derechos Civiles y Políticos, arts. 6 y 7.
- Convención de los Derechos del Niño, art. 12.

j

Jurisprudencia aplicable (no exhaustivo):

- Comité de Derechos Humanos, observación general N° 6.
- Comité de Derechos Humanos, observación general N° 20.
- Comité de Derechos Humanos, caso Suárez Guerrero contra Colombia. Decisión adoptada el 31 de marzo de 1982.
- Comité de Derechos Humanos, caso Herrera Rubio contra Colombia. Decisión adoptada el 2 de noviembre de 1987.
- Comité de Derechos Humanos, caso Bautista Arellana contra Colombia. Decisión adoptada el 27 de octubre de 1995.
- Corte Interamericana de Derechos Humanos, caso Velásquez Rodríguez. Sentencia del 29 de junio de 1988.
- Corte Interamericana de Derechos Humanos, caso Caballero Delgado y Santana. Sentencia del 8 de diciembre de 1995.
- Corte Interamericana de Derechos Humanos, serie C, N° 4, caso Godínez Cruz.
- Sentencia del 29 de enero de 1989.
- Corte Constitucional, sentencias C- 239/97,T-474/96,T-124/98,T-548/92, T- 493/93,T-477/95,T-599/95,C-264/96.

32

¿Es usted de los que piensan que las violaciones a los derechos en general cometidas por grupos guerrilleros son, en cierta medida, más graves que aquéllas cometidas por grupos de autodefensa o miembros de la Fuerza Pública?

¿Es usted de los que creen que los derechos humanos obstaculizan la labor de las autoridades militares y civiles en la lucha contra la insurgencia y los paramilitares?

C

INCORPORACIÓN DEL DIDH EN LA PRÁCTICA JUDICIAL COLOMBIANA

EJEMPLO TIPO 1

Los hechos del caso

En el mes de abril de 1996, miembros adscritos a la Brigada XX del Ejército Nacional retuvieron a tres personas sindicadas de pertenecer al Ejército de Liberación Nacional, sin que se volviera a tener conocimiento de su paradero. Varias semanas después, los cuerpos de dos de los detenidos fueron encontrados en una fosa común a pocos metros de la sede de la Brigada XX con evidentes señales de tortura. El conocimiento de los hechos fue asumido por la jurisdicción ordinaria luego de que el Consejo Superior de la Judicatura resolviera a favor suyo el conflicto de jurisdicción que la enfrentara con la jurisdicción penal militar.

Consideraciones para decidir:

1. El derecho a la vida

Por ser el presupuesto de los derechos humanos, el derecho a la vida goza dentro de nuestro ordenamiento constitucional de una protección absoluta. No de otra manera puede entenderse el mandato contenido en el artículo 11 de la Carta Política, según la cual “el derecho a la vida es inviolable”.

En los términos del artículo 6 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, la protección que cada Estado debe dispensar a este derecho debe materializarse en una legislación que no sólo prevenga y castigue las violaciones y abusos que se cometan en su contra, sino que además consagre la prohibición general y absoluta de privar de forma arbitraria a persona alguna de su derecho a la vida.

COMENTARIO:

En concepto del Comité de Derechos Humanos, las exigencias de que el derecho a la vida esté protegido por la ley y de que nadie pueda ser privado de ella arbitrariamente significa, de un lado, que en aquellos estados que la mantienen, la pena de muerte debe estar sometida a un estricto control legal, a la vez que debe estar condicionada a la sanción de los delitos que revisten mayor gravedad y a una observancia total del derecho de la persona condenada a no ser sometida a torturas, tratos crueles, inhumanos y degradantes¹⁹, y de otro, que en aquellos estados en los que la pena de muerte está prohibida, el derecho a la vida adquiere un carácter absoluto.

C

Adicionalmente, la protección que el artículo 6 del Pacto de Derechos Civiles y Políticos instituye a favor del derecho a la vida comporta el deber de tomar medidas para evitar y castigar los actos criminales que entrañen violación de este derecho, así como de evitar la amenaza o el uso de la fuerza de un Estado contra otro, salvo en ejercicio del derecho intrínseco a la defensa propia.

“En los términos del artículo 6 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, la protección que cada Estado debe dispensar a este derecho debe materializarse en una legislación que no sólo prevenga y castigue las violaciones y abusos que se cometan en su contra, sino que además consagre la prohibición general y absoluta de privar de forma arbitraria a persona alguna de su derecho a la vida”.

De lo anterior se deriva la afirmación hecha por el Comité de Derechos Humanos en el sentido de que los Estados Partes del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, tienen la suprema obligación de evitar las guerras, los actos de genocidio y demás actos de violencia de masas que causan la pérdida arbitraria vidas humanas²⁰.

2. La prohibición de infligir torturas, tratos crueles, inhumanos o degradantes

La prohibición de infligir torturas, tratos crueles, inhumanos o degradantes se encuentra consagrada de forma expresa en el artículo 12 de la Constitución Política, en el artículo 7 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos y en el artículo 5.1 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos.

La Convención contra la tortura y otros tratos o penas crueles, inhumanos o degradantes (Ley 70 de 1986), por su parte, también reafirma la anterior prohibición, a la vez que define inequívocamente el concepto “tortura”, como sigue: A los efectos de la presente Convención se entenderá por el término ‘tortura’ todo acto por el cual se inflija intencionalmente a una persona dolores o sufrimientos graves, ya sean físicos o mentales, con el fin de obtener de ella o de un tercero información o una confesión, de castigarla por un acto que haya cometido, o se sospeche que ha cometido, o de intimidar o coaccionar a esa persona o a otras, o por cualquier razón basada en cualquier tipo de discriminación, cuando dichos dolores o sufrimientos sean infligidos por un funcionario público u otra persona en el ejercicio de funciones públicas, a instigación suya, o con su consentimiento o

C

aquiescencia. No se considerarán torturas los dolores o sufrimientos que sean consecuencia únicamente de sanciones legítimas, o que sean inherentes o accidentales a éstas.

En lo que toca con la atribución de responsabilidades por la comisión de este delito, la Convención Interamericana para prevenir y sancionar la tortura (Ley 409 de 1997) dispone lo siguiente:

Artículo 3. Serán responsables del delito de tortura:

a. Los empleados o funcionarios públicos que actuando en ese carácter ordenen, instiguen, induzcan a su comisión, lo comentan directamente, o que, pudiendo impedirlo, no lo hagan.

b. Las personas que a instigación de los funcionarios o empleados públicos a que se refiere el inciso 1 ordenen, instiguen o induzcan a su comisión, lo comentan directamente o sean cómplices.

En concordancia con lo anterior debemos concluir, tal como lo hace la Comisión Interamericana de Derechos Humanos²¹, que para que exista tortura, deben conjugarse tres elementos, a saber:

- a. Que se trate de un acto a través del cual se inflijan a una persona penas y sufrimientos físicos y/o mentales.
- b. Que el acto sea cometido intencionalmente, es decir, con el fin de producir en la víctima un determinado resultado.
- c. Que el acto sea perpetrado por una autoridad pública o por una persona privada a instigación del primero.

“Se entenderá por el término ‘tortura’ todo acto por el cual se inflija intencionalmente a una persona dolores o sufrimientos graves, ya sean físicos o mentales, con el fin de obtener de ella o de un tercero información o una confesión, de castigarla por un acto que haya cometido, o se sospeche que ha cometido, o de intimidar o coaccionar a esa persona o a otras, o por cualquier razón basada en cualquier tipo de discriminación, cuando dichos dolores o sufrimientos sean infligidos por un funcionario público u otra persona en el ejercicio de funciones públicas, a instigación suya, o con su consentimiento o aquiescencia.”

C

Finalmente, en lo que respecta al alcance de los conceptos de "trato inhumano" y de "trato degradante", la Corte Interamericana de Derechos Humanos, acogiendo las observaciones de su homóloga europea, se ha pronunciado como sigue:

(...) el trato inhumano es aquel que deliberadamente causa un severo sufrimiento mental, el cual dada la situación particular es injustificable (...) y el tratamiento o castigo de un individuo puede ser degradante si se le humilla severamente ante otros o se lo compele a actuar contra sus deseos o su conciencia²².

Así pues, para que un tratamiento sea "inhumano o degradante" tiene que alcanzar un nivel mínimo de severidad. La evaluación de este nivel "mínimo", en concepto de la Corte Europea de Derechos Humanos, es relativa pues depende de las circunstancias de cada caso, como la duración del tratamiento, sus efectos físicos y mentales y, en algunos casos, el sexo, la edad y el estado de salud de la víctima. En consecuencia, el criterio esencial que permite distinguir entre uno y otro concepto, no es otro que el que se deriva de la intensidad del sufrimiento infligido.

COMENTARIO:

La finalidad de las disposiciones del artículo 7 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos es la de proteger la dignidad y la integridad de la persona. Por tal motivo, las garantías allí reconocidas resultan aplicables a todas las personas, aun en situaciones excepcionales que pongan en peligro la estabilidad de la nación y cuya existencia haya sido proclamada oficialmente.

Así las cosas, la prohibición de infligir tratos crueles, inhumanos y degradantes vincula a las autoridades públicas, sin que sea admisible invocar causal de justificación o circunstancia atenuante de responsabilidad alguna, ni siquiera en aquellos eventos en los que la violación del artículo 7 del Pacto es producto de la observancia de una orden proferida por un superior jerárquico. Así lo adujeron categóricamente tanto el Comité de Derechos Humanos como la Corte Constitucional al pronunciarse sobre el alcance del principio de la obediencia debida²³.

3. Las obligaciones del Estado en materia de protección del derecho a la vida

El carácter no restrictivo del derecho a la vida exige que los Estados Partes del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, adopten medidas positivas para lograr su plena

C

efectividad. Por tal motivo, el Comité de Derechos Humanos ha recalcado la conveniencia de que los estados adopten todas las medidas posibles para aumentar la esperanza de vida, disminuir la mortalidad infantil, eliminar las epidemias y reducir los índices de malnutrición²⁴.

Adicionalmente, los compromisos adquiridos por los Estados Partes en la Convención contra la tortura y otros tratos o penas crueles, inhumanos o degradantes los obligan a tomar medidas eficaces para impedir los actos de tortura en todo territorio que esté bajo su jurisdicción y a velar por que todos los actos de este tipo constituyan delitos conforme a su legislación penal y a que tales comportamientos sean sancionados con penas que tengan en cuenta su gravedad (arts. 2 y 4).

En el mismo sentido, la Convención interamericana para prevenir y sancionar la tortura dispone que:

Artículo 6. De conformidad con lo dispuesto en el artículo 1, los Estados Partes tomarán medidas efectivas para prevenir y sancionar la tortura en el ámbito de su jurisdicción.

Los Estados Partes se asegurarán de que todos los actos de tortura y los intentos de cometer tales actos constituyan delitos conforme a su derecho penal, estableciendo para castigarlos sanciones severas que tengan en cuenta su gravedad.

Igualmente, los Estados tomarán medidas efectivas para prevenir y sancionar, además, otros tratos o penas crueles, inhumanos o degradantes en el ámbito de su jurisdicción.

Finalmente, y como medida de protección de los derechos de las víctimas, los estados se encuentran compelidos a garantizar que los casos relacionados con torturas sean examinados oficiosamente e imparcialmente, dando lugar, cuando corresponda, el respectivo proceso penal. Además, tienen el deber de incorporar en sus legislaciones nacionales normas que garanticen una compensación adecuada y el derecho a un recurso efectivo a las víctimas de este delito²⁵.

“La prohibición de infligir tratos crueles, inhumanos y degradantes vincula a las autoridades públicas, sin que sea admisible invocar causal de justificación o circunstancia atenuante de responsabilidad alguna, ni siquiera en aquellos eventos en los que la violación del artículo 7 del Pacto es producto de la observancia de una orden proferida por un superior jerárquico.”

C

COMENTARIO:

Entre los objetivos de la investigación y documentación eficaces de la tortura y otros tratos o penas crueles, inhumanos o degradantes, se encuentran los siguientes:

a. Aclarar los hechos y establecer y reconocer la responsabilidad de las personas o los estados ante las víctimas y sus familias.

En concepto del Relator Especial de las Naciones Unidas, los estados deben velar porque se investiguen con prontitud y efectividad las quejas o denuncias de torturas o malos tratos. Incluso cuando no exista una denuncia expresa, deberá iniciarse una investigación si existen otros indicios de que pueda haberse cometido un acto de tortura o malos tratos²⁶.

b. Determinar las medidas necesarias para impedir que se vuelvan a repetir esos actos.

El incumplimiento de este deber general de prevención puede acarrear la responsabilidad internacional del Estado, incluso cuando el causante de la violación es un particular o cuando se desconoce el autor de la misma. En estos casos el fundamento de la responsabilidad no es, pues, el hecho en sí mismo sino la falta de la debida diligencia para prevenir la violación o para tratarla en los términos impuestos por los diversos instrumentos de carácter internacional. Así lo adujo abiertamente la Corte Interamericana de Derechos Humanos²⁷.

c. Facilitar el procesamiento y, cuando convenga, la imposición de sanciones disciplinarias a las personas cuya responsabilidad se haya determinado en la investigación, y demostrar la necesidad de que el Estado ofrezca la plena reparación, incluida una indemnización financiera, justa y adecuada, así como los medios para obtener atención médica y rehabilitación.

A la luz del mandato contenido en el párrafo 3 del artículo 2 del Pacto, los estados tienen la obligación de garantizar a las víctimas de violaciones del derecho a la vida o a sus familiares, un recurso efectivo que incluya indemnización de perjuicios y protección contra todo acto de hostigamiento.

<div data-bbox="240 183 356 287" style="border: 1px solid black; text-align: center; width: 92px; height: 57px; margin: 10px auto;"> r </div>	<p data-bbox="432 189 1055 273">¿Qué opinión le merece la iniciativa de algunos congresistas del país de implementar la pena de muerte para castigar los delitos de lesa humanidad?</p>
<div data-bbox="236 371 352 475" style="border: 1px solid black; text-align: center; width: 92px; height: 57px; margin: 10px auto;"> e </div>	<p data-bbox="432 360 1049 475">a) A partir de la lectura completa de los materiales normativos, jurisprudenciales y doctrinarios citados en la presente unidad, ¿qué elementos nuevos incorporaría en la argumentación jurídica expuesta?</p> <p data-bbox="432 522 1059 780">b) Maira Pinzón Gutiérrez, joven oriunda de Villapinzón, Cundinamarca, es una joven de 15 años de edad e hija de un hogar conformado por su madre, su padrastro y dos hermanos menores. Estudia en la escuela de su municipio y en general lleva una vida sin mayores contratiempos, tan sólo los pertinentes a su corta edad. Su entorno familiar está colmado de afecto aunque también de una disciplina férrea que imparte doña Clotilde, madre de Maira, a todos los miembros de la casa.</p> <p data-bbox="432 793 1063 937">El día 25 de mayo de 2001, en horas de la mañana, Maira se dirigía hacia la escuela, la cual queda ubicada dos kilómetros de su casa. Las clases se iniciaban a las seis y media de la mañana, por lo cual ella salía de su casa a las 5 y 45, teniendo que pasar por un lugar despoblado y solitario.</p> <p data-bbox="432 948 1049 1179">Ese día, antes de las 6 de la mañana, Maira fue sorprendida por un individuo de bastante edad, que salió a su paso intimidándola con un arma cortopunzante y con muestras de estar en alto grado de embriaguez. El sujeto no le dio tiempo a la niña para reaccionar y se abalanzó sobre ella, amenazándola con el arma y golpeándola repetidas veces. Ella se resistió tratando de asestar varios golpes al agresor, pero sólo recibió un puñetazo que la dejó inconsciente.</p> <p data-bbox="432 1190 1034 1304">Tiempo más tarde despertó y trató de incorporarse. Maira fue víctima de una violación. Fue auxiliada por otros muchachos que pasaban por el mismo camino un par de horas más tarde.</p> <p data-bbox="432 1315 1063 1547">Su familia no se enteró. Ella se avergonzaba de ese hecho y no quiso informar a nadie en su casa. Unos meses más tarde, Maira se enteró de que estaba embarazada. Le contó a su madre lo sucedido y sólo recibió el rechazo de ésta, al que se unió su padrastro. Tuvo que abandonar el hogar e irse a vivir con una tía lejana que residía en Chocontá, Cundinamarca. Esta familiar escuchó el relato de la niña y le aconsejó que se practicase un aborto. La joven lo hizo como</p>

e

consecuencia de una depresión severa causada por el doloroso incidente y por el rechazo de su familia.

Tomando en consideración los artículos 122 y 124 del Código Penal y el pronunciamiento de la Corte Constitucional sobre tales normas, ¿cómo resolvería usted el presente caso?

¿Considera usted que el referido pronunciamiento jurisprudencial desconoce las obligaciones internacionales del Estado colombiano en materia de protección del derecho a la vida?

c) Realice los ejercicios 1, 2 y 3 correspondientes al capítulo del derecho a la vida y a la integridad personal del tomo III de la *Compilación de jurisprudencia y doctrina nacional e internacional*, pp. 229 a 234.

40

Notas

¹⁹ Comité de Derechos Humanos, caso Suárez de Guerrero contra Colombia. Comunicación N° 45 /1979. Decisión adoptada el 21 de marzo de 1982. *Compilación de jurisprudencia y doctrina*, tomo I, p. 252.

²⁰ Comité de Derechos Humanos, observación general N° 6. *Compilación de jurisprudencia y doctrina*, tomo I, p. 245.

²¹ Comisión Interamericana de Derechos Humanos, caso 10.970 (Perú). Informe 5/96 aprobado el 1° de marzo de 1996. *Compilación de jurisprudencia y doctrina*, tomo I, p. 296.

²² Comisión Interamericana de Derechos Humanos, caso 10.832 (República Dominicana). Informe 35/96 aprobado el 13 de abril de 1998. *Compilación de jurisprudencia y doctrina*, tomo I, p. 308.

²³ Véase la observación general N° 20 del Comité de Derechos Humanos en la *Compilación de jurisprudencia y doctrina*, tomo I, p. 248, y la sentencia C-578/95 de la Corte Constitucional.

²⁴ Comité de Derechos Humanos, observación general N° 6. *Compilación de jurisprudencia y doctrina*, tomo I, p. 245.

²⁵ En concepto del Comité de Derechos Humanos, los recursos de carácter puramente administrativo y disciplinario no pueden considerarse recursos efectivos adecuados, al tenor del párrafo 3 del artículo 2 del Pacto, en caso de violaciones particularmente graves de los derechos humanos, en especial cuando se alega violación del derecho a la vida. Véase caso Bautista de Arellana contra Colombia. Comunicación N° 563/1993, decisión adoptada el 27 de octubre de 1995. *Compilación de jurisprudencia y doctrina*, tomo I, p. 264.

²⁶ Principios relativos a la investigación y documentación eficaces de la tortura y otros tratos crueles, inhumanos o degradantes. Anexo al Informe del Relator Especial de las Naciones Unidas sobre Tortura. E/CN.4/2000/9, 2 de febrero de 2000. *Compilación de jurisprudencia y doctrina*, tomo I, p. 282.

²⁷ Véase el caso Caballero Santana. Sentencia del 8 de diciembre de 1995. *Compilación de jurisprudencia y doctrina*, tomo I, p. 286.

Unidad

2

Derecho a la libertad y garantías judiciales

O

- Resaltar el carácter material y no formal del derecho a la defensa.
- Recaltar el hecho de que, en ciertos casos, la aplicación de la excepción de inconstitucionalidad se constituye en un deber para los funcionarios encargados de administrar justicia, en virtud de la supremacía que alcanzan los derechos y libertades reconocidos en la Carta.
- Mostrar cómo el Estado colombiano no puede sustraerse a la prohibición de limitar ciertas garantías y derechos fundamentales tales como el hábeas corpus, ni siquiera durante la vigencia de los estados de excepción, sin comprometer su legitimidad y su responsabilidad internacional.

O

- Presentar una manera de integrar de forma práctica los instrumentos normativos, jurisprudenciales y doctrinarios de carácter nacional con los de carácter internacional para la solución de casos concretos.
- Evidenciar el hecho de que los instrumentos normativos jurisprudenciales y doctrinarios internacionales aportan a la práctica judicial colombiana y al debate sobre protección de los derechos humanos, nuevos e importantes elementos.

n

- Normas aplicables (no exhaustivo):**
- Código de Procedimiento Penal, art. 15.
 - Constitución Política, arts. 28 y 29.
 - Conjunto de principios para la protección de todas las personas sometidas a cualquier forma de detención o prisión, art. 11.
 - Convención Americana sobre Derechos Humanos, arts. 7.5, 7.6, 8.1, 8.2-d, 8.2-e y 27.
 - Pacto Interamericano de Derechos Civiles y Políticos, art. 3-d.

j

- Jurisprudencia aplicable (no exhaustivo):**
- Comité de Derechos Humanos, observación general N° 13.
 - Comité de Derechos Humanos, caso Hill y otro contra España, decisión adoptada el 2 de abril de 1997.
 - Corte Interamericana de Derechos Humanos, caso Genie Lacayo, sentencia del 29 de enero de 1997.
 - Corte Interamericana de Derechos Humanos, caso Loayza Tamayo, sentencia del 17 de septiembre de 1997.
 - Corte Interamericana de Derechos Humanos, caso Petruzzi y otros, sentencia del 30 de mayo de 1999.
 - Comisión Interamericana de Derechos Humanos, caso 11020, Informe 35/00, aprobado el 13 de abril de 2000.
 - Corte Constitucional, sentencias C-358/97 y T-654/98.

42

¿Cree usted que el elevado índice de violaciones a los derechos humanos y de infracciones al derecho internacional humanitario se relaciona en alguna medida con el desmonte de la justicia regional?

¿Puede recordar alguna ocasión en la que sus propias vivencias del conflicto armado interno que afronta el país hayan repercutido en el ejercicio de su actividad judicial?

C**INCORPORACIÓN DEL DIDH EN LA PRÁCTICA JUDICIAL COLOMBIANA****EJEMPLO TIPO 1***Los hechos del caso*

En el mes de noviembre de 1998, un grupo de aproximadamente quinientos guerrilleros pertenecientes a las Fuerzas Armadas Revolucionarias de Colombia, Farc, se tomó por la fuerza el Palacio de Justicia “Alfonso Reyes Echandía”. Con la toma del edificio y la retención de todas las personas que se encontraban en su interior, los guerrilleros pretendían presionar la aprobación de una ley de canje en el Congreso.

El Presidente de la República, en uso de las facultades conferidas por el artículo 213 de la Constitución Nacional, procedió a declarar el estado de conmoción interior por un término de noventa (90) días, por considerar que esta situación constituía una grave perturbación del orden público y atentaba de manera inminente contra la estabilidad institucional.

Dada la gravedad de la situación, y con fundamento en el artículo 4° del Pacto de Derechos Civiles y Políticos, el gobierno estimó absolutamente necesario que el decreto de conmoción interior incluyera ciertas disposiciones limitativas de algunas de las obligaciones allí contraídas. Así, aunque el decreto no facultaba a las autoridades militares para realizar capturas y allanamientos sin orden judicial previa, sí los autorizaba para efectuar detenciones administrativas preventivas con fundamento en simples indicios o sospechas, a la vez que ampliaba considerablemente el plazo estipulado en la Constitución para poner a las personas capturadas a órdenes del juez competente, y para mantenerlas detenidas preventivamente, suspendiendo de esta forma –temporalmente– la garantía del *hábeas corpus*. Adicionalmente, el decreto consideraba que “por motivos de conveniencia nacional” el funcionario al frente de la actuación podía abstenerse de informar a la persona retenida los motivos de su detención.

En este contexto y bajo la sospecha de hacer parte de las milicias urbanas de las Farc y de haber coordinado la toma del Palacio, los hermanos Juan y Pedro Bautista son detenidos por miembros de la Quinta Brigada del Ejército y son conducidos a los calabozos de la Dijin en Bogotá, sin siquiera haber sido informados de los cargos que se les imputaban y sin que se les permitiera hacer una sola llamada.

C

Veinte (20) días después de ocurrida la detención, los hermanos Bautista son conducidos ante un tribunal. Una vez allí, y ante la imposibilidad económica de costear los honorarios de un abogado de su confianza, se procede a la designación de un defensor de oficio.

Transcurridos cinco años, y después de haber sido sometidos a toda suerte de vejámenes y ultrajes, a fin de que confesaran su responsabilidad, Pedro es declarado culpable y condenado a 30 años de prisión, mientras que Juan es declarado inocente de todos los cargos. Al revisar el expediente, los hermanos Bautista se percatan de que el proceso adelantado en su contra se caracterizaba por una absoluta inactividad de su abogado, quien, limitándose exclusivamente a asistir a la audiencia de juzgamiento, se había abstenido de controvertir las pruebas de cargo, de solicitar la práctica de las de descargo y de impugnar la sentencia condenatoria.

Una vez en libertad, Juan decide denunciar penalmente a los agentes de la fuerza pública responsables de la violación de sus derechos con el fin, no sólo de “hacer justicia”, sino también de constituirse en parte civil dentro del proceso penal y obtener así la indemnización de los perjuicios causados. Su petición en este sentido, no es, sin embargo, aceptada por el Tribunal de Justicia Penal Militar al frente de la investigación, argumentando que “esta posibilidad no se halla expresamente consagrada dentro del Código Penal Militar”.

Esta situación lleva a los hermanos Bautista a hacer uso de la acción de tutela para obtener la protección de sus derechos fundamentales lesionados. Así, mientras Pedro sustenta su petición en el desconocimiento de su derecho al debido proceso, Juan se apoya en la vulneración de su derecho al libre acceso a la administración de justicia.

Consideraciones para decidir

1. El derecho a la defensa

El derecho a la asistencia de un abogado escogido libremente o designado de oficio, como parte integral del derecho de defensa, es una de las garantías procesales previstas en el artículo 29 de la Constitución Nacional para toda actuación judicial o administrativa.

Por ser fundamental, este derecho es irrenunciable. Por tal motivo, siempre que una persona vinculada a un proceso penal o administrativo no quiera o simplemente no pueda asumir los honorarios de un abogado de su confianza, el Estado adquiere la imperiosa obligación de designarle un defensor de oficio.

Así lo consagran expresamente los artículos 8-d y 8-e de la

C

Convención Americana sobre Derechos Humanos (Ley 16 de 1972):

Toda persona inculpada de delito tiene derecho a que se presuma su inocencia mientras no se establezca legalmente su culpabilidad. Durante el proceso, toda persona tiene derecho, en plena igualdad, a las siguientes garantías mínimas:

d. Derecho del inculpado de defenderse personalmente o de ser asistido por un defensor de su elección y de comunicarse libre y privadamente con su defensor.

e. Derecho irrenunciable de ser asistido por un defensor proporcionado por el Estado, remunerado o no, según la legislación interna, si el inculpado no se defendiere por sí mismo ni nombrase defensor dentro del plazo establecido por la ley.

En el mismo sentido podemos encontrar el numeral 3-d del artículo 14²⁸ del Pacto Interamericano de Derechos Civiles y Políticos (Ley 74 de 1968), que a la letra dice:

Durante el proceso, toda persona acusada de un delito tendrá derecho, en plena igualdad, a las siguientes garantías mínimas:

d) A hallarse presente en el proceso y a defenderse personalmente²⁹ o ser asistida por un defensor de su elección; a ser informada, si no tuviera defensor, del derecho que le asiste a tenerlo, y, siempre que el interés de la justicia lo exija, a que se le nombre defensor de oficio, gratuitamente, si careciere de medios suficientes para pagarlo;

Adicionalmente, el numeral 1° del artículo 11 del "Conjunto de Principios para la Protección de todas las Personas Sometidas a Cualquier Forma de Detención o Prisión", señala que:

Nadie será mantenido en detención sin tener la posibilidad real de ser oído sin demora por un juez u otra autoridad. La persona detenida tendrá derecho a defenderse por sí misma o ser asistido por un abogado, según prescriba la ley.

Nótese cómo los acápites de los pactos internacionales citados, imponen la obligación de permitir al reo el ejercicio del derecho de defensa a través de dos medios: personalmente "o" por un defensor.

En materia penal y disciplinaria, el derecho a la defensa técnica es bastante exigente, pues sólo de esta forma puede resultar legítimo por el Estado el ejercicio del *ius puniendi* y la restricción de ciertas libertades fundamentales. Ello explica por qué la Corte



Constitucional al pronunciarse sobre el contenido de esta garantía fundamental no ha vacilado en afirmar que “este no es un derecho formal sino material”³⁰, en cuanto supone el contar con un abogado que asuma, durante todas las etapas del proceso penal, una defensa seria y activa de los derechos e intereses involucrados³¹.

En suma, tal como se encuentra expresamente consagrado en el artículo 8 del Código de Procedimiento Penal, el derecho a la defensa debe ser integral, técnico, ininterrumpido y material, lo cual supone claramente que este derecho no se satisface cuando, tal como sucede en el presente caso, la actividad del abogado se agota de forma exclusiva en una simple presencia física dentro de las diligencias.

En concepto de la Sala Penal de la Corte Suprema de Justicia, la opción nacional de preferir en el ejercicio del derecho de defensa al defensor técnico resulta mayormente protectora del derecho fundamental del sindicado, habida cuenta del carácter eminentemente técnico del proceso penal³².

COMENTARIO:

La finalidad protectora de los derechos del sindicado que persiguen las garantías previstas en el art. 29 de la Constitución Nacional, que configuran el mínimo de requisitos y condiciones que deben observarse en las actuaciones procesales para asegurar la vigencia del debido proceso, como son la presunción de inocencia, el derecho a la defensa y a la asistencia de abogado durante la investigación y el juzgamiento, el derecho a un proceso público sin dilaciones injustificadas, el derecho a presentar pruebas y a controvertir las que se alleguen en su contra, a impugnar la sentencia condenatoria y a no ser juzgado dos veces por el mismo hecho, exigen necesariamente que dentro del respectivo proceso el sindicado se encuentre representado por un defensor idóneo, esto es, de una persona con suficientes conocimientos de derecho para afrontar, con una adecuada solvencia jurídica, las vicisitudes que de ordinario se presentan en el proceso, de manera que pueda asegurarle una defensa técnica y, en consecuencia, la oportuna y eficaz protección de sus derechos fundamentales. Ello naturalmente supone que la actuación del defensor no sólo debe ser diligente, sino eficaz, lo cual únicamente puede garantizarse con una adecuada formación profesional, pues de esta depende su habilidad para utilizar con propiedad los medios e instrumentos de defensa que el estatuto procesal respectivo ha instituido en la búsqueda de una decisión ajustada al derecho y a la justicia.

La exigencia de la calidad de abogado para intervenir en los procesos judiciales o actuaciones administrativas, obedece entonces, al designio del legislador de exigir una especial

C

condición de idoneidad –la de ser abogado– para las personas que van a desarrollar determinadas funciones y actividades que por ser esencialmente jurídicas, y requerir, por consiguiente, conocimientos, habilidades y destrezas jurídicas, necesariamente exigen un aval que compruebe sus calidades, como es el respectivo título profesional.

Una adecuada y eficaz representación dentro de un proceso – ha dicho la Corte Constitucional– “necesariamente comporta la utilización de instrumentos y del más variado repertorio de actos y recursos procesales y, en esa medida, ello sólo se asegura con la presencia y la actividad de un defensor profesional que haga efectiva la exigencia constitucional de que el sindicado deba estar asistido por un abogado, pues se supone que éste, como conocedor de las disciplinas jurídicas, es quien está habilitado para actuar con la dinámica y habilidad requeridas para la defensa técnica de las garantías procesales de aquél”³³.

Igualmente, necesidades relativas a la eficiencia y a la eficacia del servicio público, a la protección de los intereses públicos o sociales de la comunidad y a la buena y recta administración de justicia, hacen legítima la regulación del legislador, en el sentido de exigir que personas con la calidad de abogados sean las únicas habilitadas para intervenir en los procesos judiciales y actuaciones administrativas, salvo las excepciones que aquel establezca³⁴.

La defensa técnica es, entonces, la plena garantía de que las funciones de representación judicial del reo, en las etapas de investigación y juzgamiento, únicamente estarán confiadas a profesionales científicamente preparados, conocedores del derecho aplicable y académicamente habilitados para el ejercicio de la abogacía y para la adecuada representación de los intereses ajenos.

Por tal motivo, conforme lo ha reconocido en numerosas oportunidades la Corte Constitucional, el derecho a la defensa técnica no sólo resulta vulnerado cuando se confía la gestión de tan importante labor a una persona no calificada para ello, sino también cuando se presenta una total falta de actividad procesal por parte de la persona legalmente facultada para ejercerla, esto es, el abogado.

En efecto, la absoluta pasividad procesal del defensor obliga a la persona sujeta a una investigación o causa penal en su contra a enfrentarse completamente indefensa al poder inquisitorial y punitivo del Estado. El carácter material y no formal del derecho de defensa involucra entonces el derecho a ser representado real, activa y seriamente en todas las etapas procesales por una persona capaz, apta e idónea para ello, pues no de otra forma podrían asegurarse efectivamente al sindicado

C

el ejercicio de las demás dimensiones del derecho a la defensa (controvertir pruebas de cargo, presentar pruebas de descargo, impugnar las decisiones contrarias a sus intereses, etc.) y el respeto por el principio de igualdad.

“La defensa técnica es, entonces, la plena garantía de que las funciones de representación judicial del reo, en las etapas de investigación y juzgamiento, únicamente estarán confiadas a profesionales científicamente preparados, conocedores del derecho aplicable y académicamente habilitados para el ejercicio de la abogacía y para la adecuada representación de los intereses ajenos”.

2. El derecho a la libertad y a la seguridad personales

El derecho a la libertad personal ocupa dentro de nuestro ordenamiento jurídico un lugar privilegiado. Se trata de un derecho fundamental, expresamente reconocido en el artículo 28 de la Constitución Política, en los siguientes términos:

Toda persona es libre. Nadie puede ser molestado en su persona, familia, ni reducido a prisión o arresto, ni detenido (...), sino en virtud de mandamiento escrito de autoridad judicial competente, con las formalidades legales y por motivo previamente definido en la ley.

La persona detenida preventivamente será puesta a disposición del juez competente dentro de las treinta y seis (36) horas siguientes para que éste adopte la decisión correspondiente dentro del término que establezca la ley.

En ningún caso podrá haber detención, prisión o arresto por deudas, ni penas y medidas de seguridad imprescriptibles.

En el contexto internacional, el derecho a la libertad también adquiere una significación y contenido relevantes. Así lo demuestra su inclusión en el artículo 7 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos y en el artículo 9 del Pacto de Derechos Civiles y Políticos, que a la letra dice:

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

Las normas transcritas parten, pues, del principio general de que toda persona es libre. Por libertad personal debe entenderse la ausencia de aprehensión, retención, captura, detención o cualquier otra forma de limitación de la autonomía de la persona.

C

Tradicionalmente entendido como el presupuesto indispensable para el ejercicio de los demás derechos y libertades individuales, el derecho a la libertad sólo puede ser restringido cuando se reúnen los tres requisitos enunciados en la norma constitucional, a saber, (i) el respeto a las formalidades legales, (ii) la existencia de un motivo previamente definido en la ley, y (iii) la existencia de un mandamiento escrito de autoridad judicial competente. De la observancia de estos tres requisitos depende, en buena medida, la legalidad de la detención, por lo que ellos no pueden ser desconocidos por las autoridades encargadas de cumplir las órdenes de captura impartidas por los jueces, ni siquiera en los casos en que se practique la detención por razones de seguridad pública (estados de excepción). Así lo ha reconocido expresamente el Comité de Derechos Humanos³⁵.

(i) El respeto a las formalidades legales exige, de un lado, que tanto en la expedición de una orden de allanamiento o de privación de la libertad como en su ejecución, se observe el debido proceso. Conforme a lo establecido en el artículo 9 del Pacto de Derechos Civiles y Políticos, la observancia del debido proceso supone que toda persona sea informada, en el momento de su detención, de las razones de la misma, y notificada, sin demora, de la acusación formulada contra ella. Exige además que, en estas circunstancias, la persona sea llevada sin demora ante un juez u otro funcionario autorizado por la ley para ejercer funciones judiciales, y sea juzgada dentro de un plazo razonable o sea puesta en libertad.

(ii) Por su parte, la existencia de un motivo previamente definido en la ley hace alusión al principio universal de legalidad, es decir que sólo la ley puede definir las circunstancias en que la naturaleza del hecho punible –delito o contravención–, ameritan la privación de la libertad a una persona. Igualmente que sólo la ley podrá establecer los casos en los cuales puede un juez ordenar un registro domiciliario. En consecuencia, es posible afirmar, que en materia de libertad personal la Constitución estableció una estricta reserva legal, por lo que este derecho no puede ser limitado sino por la ley³⁶.

(iii) finalmente, necesidad de que exista un mandamiento escrito de autoridad judicial competente (jueces de la República). Excluye de plano la figura de la detención administrativa, frecuentemente utilizada durante la vigencia de la Constitución de 1886.

La propia Constitución establece, sin embargo, dos excepciones al anterior régimen de estricta reserva judicial de la libertad personal.

C

De un lado, el inciso segundo del artículo 28 transcrito consagra la atribución constitucional administrativa para detener preventivamente a una persona hasta por 36 horas. Del mismo modo, la detención en casos de flagrancia, consagrada en el artículo 32 superior, constituye una excepción a dicho principio, pues en estos casos no existe orden judicial previa.

En todo caso, sin importar el tipo de captura de que se trate (por orden judicial, flagrancia, detención preventiva administrativa), el plazo con que cuenta la autoridad que la realiza para poner a disposición del juez competente a la persona retenida nunca puede sobrepasar las 36 horas, y su inobservancia se traduce en una retención arbitraria³⁷ sancionada penal y disciplinariamente.

Adicionalmente, siempre que se produzca el desconocimiento de dicho plazo o de las exigencias propias de cada una de estas tres formas de detención, la persona ilegalmente detenida puede hacer uso del derecho de *hábeas corpus*, expresamente consagrado en el artículo 30 de la Constitución Política y en el artículo 7.6 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos, que reza como sigue:

Toda persona privada de la libertad tiene derecho a recurrir ante un juez o tribunal competente, a fin de que éste decida, sin demora, sobre la legalidad de su arresto o detención y ordene su libertad si el arresto o la detención fueran ilegales. En los Estados cuyas leyes prevén que toda persona que se viera amenazada de ser privada de su libertad tiene derecho a recurrir a un juez o tribunal competente a fin de que éste decida sobre la legalidad de tal amenaza, dicho recurso no puede ser restringido ni abolido. Los recursos podrán interponerse por sí o por otra persona.

Una vez ejercido este derecho fundamental por quien creyere estar legitimado para hacerlo o por una tercera persona a nombre suyo, corresponde al funcionario judicial determinar si existió o no violación de las garantías judiciales, y ordenar, en caso de que su conclusión sea afirmativa, la inmediata liberación de la persona ilegalmente capturada por medio de auto interlocutorio contra el cual no procede recurso alguno (art. 389 C.P.P.).

Así las cosas, el derecho de *hábeas corpus* se nos presenta como el aval necesario para el ejercicio y protección del derecho al debido proceso y, en esa medida, se constituye en una garantía fundamental no susceptible de suspensión, ni siquiera bajo la vigencia de los estados de excepción.

C

COMENTARIO:

Según la Corte Constitucional, la detención preventiva administrativa consagrada en el inciso final del artículo 28 de la Constitución Política no contradice sino que armoniza con los tratados internacionales de derechos humanos suscritos por Colombia, de conformidad con los cuales se interpretan los derechos y deberes consagrados por la Constitución (CP Art. 93). Así lo afirmó tajantemente la Corte al señalar que "los tratados consagran una protección judicial de la libertad, en virtud de la cual la legitimidad de toda privación de la libertad debe ser controlada por una autoridad judicial independiente. Pero el control puede ser posterior a la aprehensión, puesto que las normas internacionales no establecen que toda privación de la libertad deba ser efecto de una orden judicial, sino que consagran que la persona detenida a causa de una infracción penal deberá ser llevada sin demora ante un juez, y que podrá recurrir ante un tribunal a fin de que éste decida a la brevedad posible sobre la legalidad de su prisión y ordene su libertad si la prisión fuera ilegal (Pacto de Derechos Civiles y Políticos, artículos 9-3 y 9-4; Convención Interamericana, artículos 7-5 y 7-6)"³⁸.

Adicionalmente, la Corte fijó una serie parámetros que las autoridades administrativas deben tomar en consideración para ejecutar una orden de detención preventiva con base en el inciso final del artículo 28 de la Constitución. En síntesis, son los siguientes:

- 1. La detención tiene que basarse en razones objetivas, en motivos fundados.*
- 2. Debe ser necesaria, "esto es, debe operar en situaciones de apremio en las cuales no pueda exigirse orden judicial", porque si la autoridad policial tuviera que esperar a ella para actuar, ya probablemente la orden resultaría ineficaz.*
- 3. Tiene como único objetivo "verificar de manera breve los hechos relacionados con los motivos fundados de la aprehensión o la identidad de la persona y, si es el caso, poner a disposición de las autoridades judiciales competentes a la persona aprehendida para que se investigue su conducta".*
- 4. No debe sobrepasar las 36 horas. Se estaría cometiendo una retención arbitraria sancionada penal y disciplinariamente "si ésta se prolonga más allá de lo estrictamente necesario, incluso sin superar las 36 horas".*
- 5. Debe ser proporcionada. "Debe tener en cuenta la gravedad del hecho y no se puede traducir en una limitación desproporcionada de la libertad de la persona".*
- 6. Se aplica plenamente el derecho de hábeas corpus.*
- 7. No pueden ser discriminatorias "y derivar en formas de*

C

hostilidad hacia ciertos grupos sociales debido a la eventual existencia de prejuicios peligrosistas de las autoridades policiales contra ciertas poblaciones marginales o grupos de ciudadanos”.

8. La inviolabilidad del domicilio tiene estricta reserva judicial, de modo que “no podrán aducir las autoridades policiales la práctica de una detención preventiva para efectuar de manera abusiva registros domiciliarios sin orden judicial”.

9. La persona objeto de detención preventiva no sólo “debe ser tratada humanamente y con el respeto debido a la dignidad inherente al ser humano”, sino que “además se le deberá informar las razones de la detención y de sus derechos constitucionales legales”.

Sin embargo, estas limitaciones impuestas por la Corte para que proceda la detención preventiva administrativa, no se han cumplido en la práctica, como lo ha resaltado la Alta Comisionada de las Naciones Unidas para los Derechos Humanos en varios de sus informes sobre Colombia. Ya desde 1998 la Oficina puso de presente “los amplios poderes de captura de que goza la policía refrendados en varias sentencias de la Corte Constitucional”³⁹. Luego, cuestionando la sentencia C-024/94, la Oficina señaló que tales facultades, en la práctica, proporcionan a la policía “poderes discrecionales y omnímodos para afectar la libertad de quienes se hallan en sitios públicos o abiertos al público”, precisando que “la mayoría de los afectados por esa medida, conocida como batida o redada, son ciudadanos de los sectores más pobres y marginados de la población”⁴⁰.

Posteriormente, en el informe del año 2000, se muestran casos concretos de detenciones arbitrarias imputables a miembros de las fuerzas militares, las cuales “se cumplieron durante las operaciones de contrainsurgencia adelantadas por el ejército en puntos del territorio nacional donde actúan grupos guerrilleros”. Precisa la Oficina que “en el curso de tales operaciones se ha privado de la libertad a pobladores civiles del lugar patrullado, bajo la imprecisa sindicación de tener nexos con los rebeldes. El 21 de octubre, en Yondó (Antioquia), ocho campesinos habrían sido aprehendidos por soldados del Batallón 45, Héroes del Majagual, que sólo 48 horas después fueron puestos a disposición de la Fiscalía Regional de Barrancabermeja”⁴¹.

Finalmente, en el informe de 2001, la Oficina vuelve a señalar el incumplimiento de las autoridades de policía en relación con las exigencias hechas por la Corte para que proceda la detención preventiva administrativa: “continuaron dándose las detenciones administrativas realizadas por

C

miembros de la Policía Nacional sin ajustarse a las exigencias que para la aplicación de tal medida señaló la Corte Constitucional en su sentencia C-24 de 1994. En numerosos casos estas “capturas momentáneas” se cumplen por meras sospechas, violando los principios de necesidad y proporcionalidad, para fines distintos a los de verificación de identidades y constatación de hechos, sobrepasando el término constitucional de la retención gubernativa y con abierto irrespeto por los derechos a la igualdad y a la no discriminación. Muchas de las personas policialmente aprehendidas sin mandamiento judicial y no hallándose en caso de flagrancia son, de hecho, privadas de la libertad por su sólo aspecto o por su mera condición social o económica”⁴².

Para reducir esta tendencia registrada por la Oficina, la cual pone de presente el incumplimiento de lo ordenado por la Corte en materia de detención preventiva administrativa, deben destacarse dos mecanismos señalados por la propia Corte en su sentencia: los organismos de control y el *hábeas corpus*.

Efectivamente, en primer término, corresponde a la Procuraduría General de la Nación asegurar que este tipo de medidas, que afectan muy sensiblemente el derecho de libertad individual, se cumplan bajo los estrictos parámetros señalados por la Corte, so pena de incurrir en sanción disciplinaria y aún penal. Pero esta responsabilidad de vigilancia, como bien lo recuerda la Corte, no es sólo de la Procuraduría, sino también de la Defensoría del Pueblo, de las personerías municipales y de los órganos de control interno de la propia policía, a quienes corresponde “vigilar de manera permanente que las detenciones preventivas o los allanamientos sin orden judicial se efectúan dentro de los marcos anteriormente establecidos” (sentencia C-024/94).

En segundo término, el recurso constitucional del hábeas corpus cobra gran relevancia y significación, pues se constituye en el único instrumento efectivo capaz de controlar la proporcionalidad y duración de la detención, aun cuando ésta se lleve a cabo durante la vigencia de un estado de excepción⁴³. Así lo ha sostenido expresamente la Corte Constitucional y la Corte Interamericana de Derechos Humanos.

En efecto, en la sentencia C-496/94, la Corte Constitucional sostuvo expresamente que, conforme al artículo 93 de la Carta, el hábeas corpus es uno de aquellos derechos que, por hacer parte de un tratado ratificado por Colombia, prevalece en el orden interno colombiano y no puede ser suspendido durante la vigencia de los estados de excepción.

Por su parte, la Corte Interamericana de Derechos Humanos,

C

ha declarado que el hábeas corpus, reconocido en el artículo 7-6 de la Convención, sólo adquiere su pleno sentido protector a la luz de los principios del debido proceso contenidos en el artículo 8° de este mismo instrumento internacional, puesto que ésta es la forma de realizar el principio de la efectividad de los medios procesales destinados a garantizar los derechos humanos. Así, según la Corte Interamericana:

“29. El concepto de debido proceso legal recogido por el artículo 8° de la Convención debe entenderse como aplicable, en lo esencial, a todas las garantías judiciales referidas en la Convención Americana, aun bajo el régimen de suspensión regulado por el artículo 27 de la misma.

30. Relacionado el artículo 8° con los artículos 7.6, 25 y 27.2 de la Convención, se concluye que los principios del debido proceso legal no pueden suspenderse con motivo de las situaciones de excepción en cuanto constituyen condiciones necesarias para que los instrumentos procesales, regulados por la Convención, puedan considerarse como garantías judiciales. Esta conclusión es aún más evidente respecto del Hábeas Corpus y del amparo, a los que la Corte se referirá enseguida y que tienen el carácter de indispensables para tutelar los derechos humanos que no pueden ser objeto de suspensión⁴⁴”.

Conforme a lo anterior la Corte Interamericana declaró, por unanimidad, que el hábeas corpus no es susceptible de suspensión y debe “ejercitarse dentro del marco y según los principios del debido proceso legal, recogidos por el artículo 8° de la Convención”.

Y es que dentro del marco de la Convención Americana de Derechos Humanos, aprobada y ratificada por Colombia, el hábeas corpus es una garantía a la libertad y un derecho fundamental que no puede ser limitado, ni siquiera durante los estados de excepción. En efecto, la Convención Interamericana establece en su artículo 27 el listado de los derechos que no pueden ser suspendidos en ningún caso, agregando que tampoco pueden ser suspendidas “las garantías judiciales indispensables para la protección de tales derechos”. En dos opiniones consultivas, la Corte Interamericana ha establecido de manera unívoca que el hábeas corpus, contenido en el artículo 7.6 de la Convención, es uno de los derechos y una de las garantías judiciales que no son susceptibles de limitación en los estados de excepción. Así, en la primera de tales opiniones⁴⁵, la Corte Interamericana señaló que si bien la Convención Interamericana admite la limitación de la libertad personal durante los estados de excepción, eso no significa que sea factible la suspensión del hábeas corpus, por las siguientes dos razones:

C

(i) De un lado, porque el hábeas corpus, al controlar la licitud de las detenciones, opera también como una garantía de la vida y la integridad personal, derechos que, al tenor del artículo 27.2 de la Convención son intangibles. Así, para la Corte Interamericana es “esencial la función que cumple el hábeas corpus como medio para controlar el respeto a la vida e integridad de la persona, para impedir su desaparición o la indeterminación de su lugar de detención, así como para protegerla contra la tortura u otros tratos o penas crueles, inhumanos, degradantes”⁴⁶.

(ii) De otro lado, según la Corte Interamericana, el mantenimiento del hábeas corpus es también necesario para controlar, en los casos concretos, la razonabilidad de las limitaciones a la libertad personal establecidas durante los estados de excepción. Señaló al respecto la Corte Interamericana, en la citada opinión consultiva:

40- Si esto es así es desde todo punto de vista procedente, dentro de un Estado de Derecho, el ejercicio del control de legalidad de tales medidas por parte de un órgano judicial autónomo e independiente que verifique, por ejemplo, si una detención basada en la suspensión de la libertad personal, se adecúa a los términos en que el Estado de excepción la autoriza. Aquí el Hábeas Corpus adquiere una nueva dimensión fundamental.

La Corte Interamericana reiteró la tesis sobre la vigencia del hábeas corpus durante los estados de excepción en posterior opinión consultiva⁴⁷ y en ulteriores decisiones, por lo cual se puede considerar que ésta es una tesis totalmente aceptada en la doctrina y en la jurisprudencia del sistema interamericano. Por consiguiente, dentro del sistema interamericano, el hábeas corpus es un derecho y una garantía de la libertad y la integridad personal que no puede ser suspendido dentro de los estados de excepción.

El hábeas corpus es, pues, conforme al artículo 93 de la Carta y a la jurisprudencia de la Corte Constitucional sobre la materia, un derecho con prevalencia en el orden interno que no puede ser limitado en los estados de excepción.

“Dentro del marco de la C.A.D.H., aprobada y ratificada por Colombia, el hábeas corpus es una garantía a la libertad y un derecho fundamental que no puede ser limitado, ni siquiera durante los estados de excepción.”

C**3. El derecho al libre acceso a la administración de justicia**

El artículo 29 de la Constitución Política garantiza el derecho de toda persona a acceder a la administración de justicia.

Este derecho, tal como lo ha reconocido en numerosas oportunidades la Corte Constitucional⁴⁸, tiene el carácter de fundamental.

La garantía del libre acceso a la administración de justicia involucra la posibilidad específica de utilizar plenamente todos los instrumentos enderezados a hacer conocer del fallador los intereses y derechos en conflicto sobre los cuales habrá de producir su decisión⁴⁹.

En relación con las víctimas del hecho punible, el acceso a la administración de justicia se materializa en la posibilidad de participar en el proceso penal donde se investiga el ilícito.

En la legislación penal colombiana la efectiva realización de este derecho se posibilita mediante el ejercicio del derecho de petición ante el funcionario judicial que está al frente de las diligencias preliminares, con el fin de obtener información o hacer solicitudes específicas (art. 30 C.P.P.), y mediante el ejercicio de la acción civil dentro del proceso penal para obtener el restablecimiento del derecho y el resarcimiento del daño (art. 45 C.P.P.).

El cimiento de esta garantía fundamental está dado por el derecho que tienen los perjudicados con la violación de la ley penal para conocer la verdad (art. 3 del Conjunto de Principios para la Protección y Promoción de los Derechos Humanos mediante la lucha contra la impunidad) y de obtener una justa indemnización (art. 4 de los Principios fundamentales de la justicia para las víctimas del delito y del abuso del poder).

Así, pues, los instrumentos de derechos humanos incluyen la posibilidad de que las víctimas y perjudicados con la realización de un hecho punible conozcan del curso de la investigación dentro de los parámetros procedimentales acordes con la Constitución, la ley y los tratados internacionales.

Tratándose de los procesos que cursan ante la justicia penal militar, el Código Penal Militar (Ley 522 de 2000) dispone en sus artículos 107 y 108 que la acción indemnizatoria derivada del hecho punible se ejerce a través de las acciones contencioso administrativas y que, en ningún caso, la justicia penal militar puede condenar el pago de perjuicios al miembro de la fuerza pública penalmente responsable.

El anterior estatuto penal militar (decreto 2550 de 1988) no contenía ninguna disposición sobre el particular. Este hecho no constituyó, sin embargo, óbice alguno para que la Corte Constitucional declarara en la sentencia T-275/94, que la

C

negación al afectado con un hecho punible, de conocimiento de la justicia penal militar, de la posibilidad de constituirse en parte civil dentro del proceso penal atenta contra el principio de igualdad, a la vez que desconoce los derechos “a conocer la verdad” y al debido proceso.

Así las cosas, este antecedente jurisprudencial, constituye un buen argumento a favor de la aplicación de la excepción de inconstitucionalidad de la normatividad contenida en el nuevo Código Penal Militar.

“En relación con las víctimas del hecho punible, el acceso a la administración de justicia se materializa en la posibilidad de participar en el proceso penal donde se investiga el ilícito.”

COMENTARIO:

La excepción de inconstitucionalidad, es consecuencia directa del artículo 4° de la Constitución Política. Es un mecanismo de control constitucional, cuyo objetivo fundamental es proteger los derechos fundamentales de las personas y, por ende, la dignificación de la persona humana. Por tal motivo, ella no es facultad exclusiva de los jueces o de las autoridades públicas.

Su empleo supone la inaplicación de leyes u otras normas jurídicas que sean contrarias a la Constitución, sin necesidad de un pronunciamiento de inexequibilidad previo por parte de la Corte Constitucional. Ello tiene lugar en casos concretos y con efectos únicamente referidos a éstos, cuando quiera que se establezca la incompatibilidad entre la norma de que se trata y la preceptiva constitucional. Aquí no está de por medio la definición por vía general acerca del ajuste de un precepto a la Constitución, sino la aplicación de una norma legal o de otro orden a un caso singular.

Así las cosas, a diferencia del fallo que resuelve la constitucionalidad de una determinada norma, la excepción de inconstitucionalidad no tiene la virtud de producir efectos erga omnes. Sus alcances se circunscriben estrictamente al caso particular.

Fluye de lo anterior con toda claridad que una cosa es la norma –para cuyo anodamiento es imprescindible el ejercicio de la acción pública y el proceso correspondiente– y otra bien distinta su inaplicación a un caso concreto.

La inaplicación de las normas jurídicas, no puede, sin embargo, en virtud del principio de seguridad jurídica y de

C

la presunción de constitucionalidad que reviste a todo el ordenamiento jurídico, quedar librada a la voluntad, al deseo o a la conveniencia de unos pocos. Por tal motivo, resulta imperativo que la norma que pretende ser inobservada sea absolutamente incompatible con los preceptos constitucionales.

En términos jurídicos, la incompatibilidad entre dos normas –ha dicho la Corte Constitucional– se presenta cuando ellas, dada su mutua contradicción, “no pueden imperar ni aplicarse al mismo tiempo, razón por la cual una debe ceder ante la otra; en la materia que se estudia, tal concepto corresponde a una oposición tan grave entre la disposición de inferior jerarquía y el ordenamiento constitucional que aquélla y éste no puedan regir en forma simultánea. Así las cosas, el antagonismo entre los dos extremos de la proposición ha de ser tan ostensible que salte a la vista del intérprete, haciendo superflua cualquier elaboración jurídica que busque establecer o demostrar que existe”⁵⁰.

En consecuencia, si no hay una oposición flagrante con los mandatos de la Carta, habrá de estarse a lo que resuelva con efectos erga omnes el juez de constitucionalidad, según las reglas expuestas.

“Su empleo supone la inaplicación de leyes u otras normas jurídicas que sean contrarias a la Constitución, sin necesidad de un pronunciamiento de inexecutableidad previo por parte de la Corte Constitucional. Ello tiene lugar en casos concretos y con efectos únicamente referidos a éstos, cuando quiera que se establezca la incompatibilidad entre la norma de que se trata y la preceptiva constitucional. Aquí no está de por medio la definición por vía general acerca del ajuste de un precepto a la Constitución, sino la aplicación de una norma legal o de otro orden a un caso singular”.

4. El derecho a un proceso sin dilaciones injustificadas

El principio de celeridad, consecuencia directa del artículo 29 de la Constitución Nacional, que consagra el derecho a un proceso sin dilaciones injustificadas, es una de las directrices que inspira todo el ordenamiento procesal penal.

Así, con fundamento en el artículo 15 del Código de Procedimiento Penal, toda actuación debe surtirse pronta y cumplidamente sin dilaciones injustificadas.

En el mismo sentido, los artículos 7.5. y 8.1. de la Convención Americana sobre Derechos Humanos,

C

consagran expresamente el derecho que tiene toda persona retenida o privada de la libertad para ser llevada, sin demora, ante un juez o funcionario judicial competente, independiente e imparcial, y para ser juzgada dentro de un plazo razonable o a ser puesta en libertad, sin perjuicio de que continúe el proceso, y de que se le impongan ciertos condicionamientos que aseguren su comparecencia al juicio.

El principio de plazo razonable al que hacen referencia los referidos artículos tiene, pues, como finalidad impedir que los acusados permanezcan largo tiempo bajo acusación y asegurar que ésta se decida prontamente. En materia penal –ha dicho la Corte Interamericana de Derechos Humanos– “este principio resulta aplicable a todo el procedimiento, e incluye los recursos de instancia que eventualmente pudieran presentarse”⁵¹.

En este sentido, para determinar si un proceso en particular cumple o no con las exigencias del plazo razonable resulta imperativo hacer un estudio global de las actuaciones adelantadas y del asunto en debate. Se trata en consecuencia de hacer el denominado “análisis global de procedimiento”.

59

COMENTARIO:

Dentro de un Estado democrático, las restricciones al derecho de libertad deben ser razonables. En el marco de los procesos penales, la garantía de libertad, impone al Estado la obligación de desarrollar el proceso dentro de un plazo razonable, esto es, sin dilaciones injustificadas o inexplicables.

La actividad judicial tiene su fundamento en la necesidad de lograr una administración de justicia eficaz. La búsqueda de la eficacia no puede, sin embargo, verse como un fin absoluto que justificaría la limitación de los derechos individuales indefinidamente. No. La garantía de libertad se constituye en un impedimento para la existencia de procesos perpetuos. Por ello, en orden a armonizar las exigencias del fin de eficacia y de la garantía de libertad, se hace necesario que los procesos y actuaciones judiciales tengan una duración razonable⁵².

Esta exigencia encuentra pleno respaldo en el principio de presunción de inocencia. En efecto, en ausencia de una sentencia condenatoria en firme, la persona tiene derecho a ser considerada y tratada como si fuera inocente. Por lo tanto, cualquier restricción de su derecho a la libertad tiene que ser excepcional y tiene que estar sustentada en motivos precisos y objetivos, so pena de constituirse en una condena anticipada.

Este ha sido el sentido de varios pronunciamientos de la Corte Interamericana de Derechos Humanos. Veamos:



Esta Corte estima que en el principio de presunción de inocencia subyace el propósito de las garantías judiciales, al afirmar la idea de que una persona es inocente hasta que su culpabilidad sea demostrada. De lo dispuesto en el artículo 8.2. de la Convención se deriva la obligación estatal de no restringir la libertad del detenido más allá de los límites estrictamente necesarios para asegurar que no impedirá el desarrollo eficiente de las investigaciones y que no eludirá la acción de la justicia, pues la prisión preventiva es una medida cautelar, no punitiva⁵³.

Así las cosas, para que el desarrollo de sus funciones no se traduzca en el desconocimiento de los derechos fundamentales de las personas puestas bajo su jurisdicción, es necesario que el juez dé permanente aplicación al principio de celeridad y adopte todas las medidas necesarias para impedir que los acusados permanezcan largo tiempo privados de su libertad sin contar con una acusación seria y fundamentada. De manera que, la persona debe ser juzgada en un plazo razonable o ser puesta en libertad.

Qué debe entenderse por plazo razonable no es, sin embargo, una cuestión sencilla. Por tal motivo, la Corte Interamericana de Derechos Humanos, acogiendo los criterios expuestos por su homóloga europea, ha sostenido que en la determinación de este concepto deben tenerse en cuenta tres precisos criterios, a saber: a) la complejidad del asunto; b) la actividad procesal del interesado; c) la conducta de las autoridades judiciales⁵⁴. De lo que se trata, en consecuencia, es de hacer el análisis global del procedimiento⁵⁵.

60

ojo

UNIDAD III

UNIDAD III

UNIDAD III

UNIDAD III

UNIDAD III

UNIDAD III

UNIDAD III

UNIDAD III

UNIDAD III

UNIDAD III

UNIDAD III

UNIDAD III

UNIDAD III

UNIDAD III

UNIDAD III

UNIDAD III

<div style="border: 1px solid black; width: 40px; height: 40px; display: flex; align-items: center; justify-content: center; margin: 10px auto;"> r </div>	<p>¿Qué opinión le merece la aprobación en el Congreso de una ley que otorga facultades de policía judicial a las fuerzas militares?</p>
<div style="border: 1px solid black; width: 40px; height: 40px; display: flex; align-items: center; justify-content: center; margin: 10px auto;"> e </div>	<p>a) A partir de la lectura completa de los materiales normativos, jurisprudenciales y doctrinarios citados en la presente unidad, ¿qué elementos nuevos incorporaría en la argumentación jurídica expuesta?</p> <p>b) Realice los ejercicios 1, 2 y 3 correspondientes al capítulo de libertad personal del tomo III de la <i>Compilación de jurisprudencia y doctrina nacional e internacional</i>, pp. 234, 235 y 236.</p> <p>c) Realice los ejercicios 1, 2 y 3 correspondientes al capítulo de garantías procesales y derecho a un recurso efectivo del tomo III de la <i>Compilación de jurisprudencia y doctrina nacional e internacional</i>, pp. 237 a 240.</p>

Notas

²⁸ Sobre el alcance y finalidad del artículo 14 del Pacto de Derechos Civiles y Políticos puede consultarse la observación general N° 13 del Comité de Derechos Humanos contenida en la *Compilación de jurisprudencia y doctrina nacional e internacional* (en adelante, *Compilación de jurisprudencia y doctrina*) de la Oficina en Colombia del Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Derechos Humanos, tomo I, p. 409.

²⁹ En relación con el derecho a defenderse personalmente, la Corte Interamericana de Derechos Humanos ha sostenido que éste sólo es exigible cuando la legislación interna lo permite. Opinión consultiva del 10 de agosto de 1990. Serie A, N° 11, pp. 25-29.

³⁰ Corte Constitucional, sentencias C-617/96 y T-416/98, entre otras.

³¹ En este mismo sentido puede consultarse el conjunto de principios básicos sobre la función de los abogados, aprobado por el Octavo Congreso de las Naciones Unidas sobre prevención del delito y tratamiento del delincuente, celebrado en La Habana del 27 de agosto al 7 de septiembre de 1990.

³² Sentencia del 28 de agosto de 1996. Proceso 10684.

³³ Corte Constitucional, sentencia SU-044/95.

³⁴ Con fundamento en el artículo 26 de la Constitución Política, el legislador está facultado para determinar en qué casos se exigen títulos de

idoneidad para el ejercicio de ciertas profesiones u oficios. En este sentido, no es contrario a derecho que, en circunstancias excepcionales y legalmente definidas, los egresados de las facultades de derecho que han obtenido licencia temporal y los estudiantes de último año de derecho puedan actuar como defensores.

³⁵ Véase la observación general N° 8. *Compilación de jurisprudencia y doctrina*, tomo I, p. 329.

³⁶ Corte Constitucional, sentencia C-024/94. En el mismo sentido puede consultarse el principio 1 del Conjunto de principios para la protección de todas las personas sometidas a cualquier forma de detención o prisión.

³⁷ Sobre el alcance del concepto “detención arbitraria” puede consultarse la comunicación N° 560/93 proferida por el Comité de Derechos Humanos en el caso A contra Australia. *Compilación de jurisprudencia y doctrina*, tomo I, p. 330.

³⁸ Corte Constitucional, sentencia C-024/94. La parte pertinente se encuentra en *Compilación de jurisprudencia*, tomo I, p. 368 y ss.

62 ³⁹ Informe de la Alta Comisionada de las Naciones Unidas para los Derechos Humanos sobre Colombia, informe correspondiente a 1998, párrafo 54.

⁴⁰ Informe de la Alta Comisionada de las Naciones Unidas para los Derechos Humanos sobre Colombia, informe correspondiente a 1999, párrafo 41.

⁴¹ Informe de la Alta Comisionada de las Naciones Unidas para los Derechos Humanos sobre Colombia (del 1 de enero al 31 de diciembre de 2001). Oficina en Colombia del Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Derechos Humanos, Bogotá, abril de 2002, párrafo 49.

⁴² Informe de la Alta Comisionada de las Naciones Unidas para los Derechos Humanos sobre Colombia (del 1 de enero al 31 de diciembre de 2001). Oficina en Colombia del Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Derechos Humanos, Bogotá, abril de 2002, párrafo 101.

⁴³ Con fundamento en el artículo 4.1. del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, resulta lícito para los gobiernos aplicar determinadas medidas restrictivas a los derechos y libertades que, en condiciones normales, están prohibidas o sometidas a requisitos más rigurosos. Esto no significa, sin embargo, que la suspensión de garantías comporte la suspensión temporal del Estado de derecho o que autorice a los gobernantes a apartar su conducta de la legalidad a la que en todo momento debe ceñirse. Estando suspendidas las garantías, algunos de los límites legales de la actuación del poder público pueden ser distintos de los vigentes en condiciones normales, pero no deben considerarse inexistentes ni cabe, en consecuencia, entender que el gobierno esté investido de poderes absolutos más allá de las condiciones en que tal legalidad excepcional está autorizada. Como ya lo ha señalado la C.I.D.H., el principio de legalidad, las instituciones democráticas y el Estado de derecho son inseparables (Opinión consultiva OC-6/86 del 9 de mayo de 1986. Serie A N° 6, párr. 32).

⁴⁴ Corte Interamericana OC 9/87 del 6 de octubre de 1987, párr. 26-30. *Compilación de jurisprudencia y doctrina*, tomo II, p. 438.

⁴⁵Véase Corte Interamericana, opinión consultiva OC 8/87 del 30 de enero de 1987, Serie A, N° 8, párrs. 35, 37-40 y 42. *Compilación de jurisprudencia y doctrina*, tomo II, p. 437.

⁴⁶Ibídem, párr. 35. Véase también sentencia del 30 de mayo de 1999. Corte Interamericana de Derechos Humanos, caso Castillo Petruzzi y otros. *Compilación de jurisprudencia y doctrina*, tomo I, pp. 481 y 482.

⁴⁷Corte Interamericana OC 9/87 del 6 de octubre de 1987. *Compilación de jurisprudencia y doctrina*, tomo II, p. 136.

⁴⁸ Véanse, entre otras, las sentencias T-006/92, T-597/92, T-348/93 y T-236/93.

⁴⁹ Corte Constitucional, sentencia T-597/92.

⁵⁰ Corte Constitucional, sentencia T-614/92.

⁵¹ Caso Suárez Rosero. Sentencia del 12 de noviembre de 1997. Serie C N° 35, párrs. 69-75. *Compilación de jurisprudencia y doctrina*, tomo I, p. 252.

⁵² Sobre el particular pueden consultarse las sentencias C-004/96 y C-689/96 de la Corte Constitucional y la observación general N° 13 del Comité de Derechos Humanos. *Compilación de jurisprudencia y doctrina*, tomo I, p. 413.

⁵³ CIDH. Caso Suárez Rosero. Sentencia del 12 de noviembre de 1997. Serie C N° 35, párrs. 76-78. *Compilación de jurisprudencia y doctrina*, tomo I, p. 252.

⁵⁴ Ibídem. Párrs. 77-81. Sobre el particular también se puede consultar la sentencia del 29 de enero de 1997 proferida por la Corte Interamericana de Derechos Humanos en el caso Genie Lacayo. *Compilación de jurisprudencia y doctrina*, tomo I, p. 431.

⁵⁵ Este concepto fue introducido por la Corte Europea de Derechos Humanos (Eur. Court H.R., Motta judgment of 19 february 1991, Series A N° 195-A, párrs. 30, Eur. Court H.R. Ruiz Mateos v. Spain, judgment of 23 June 1993, Series A N° 262), y fue acogido por la Corte Interamericana de Derechos Humanos (Caso Genie Lacayo, Sentencia del 29 de enero de 1997, Serie C N° 30, párrs. 77-81 y caso Suárez Rosero, sentencia del 12 de noviembre de 1997, Serie C N° 35, párr. 32).

O

- Poner de presente que el compromiso adquirido por el Estado colombiano para la realización progresiva de los derechos económicos, sociales y culturales, no involucra de forma exclusiva al órgano legislativo, sino que exige de todas las autoridades públicas en general, y de la rama jurisdiccional en particular, el desarrollo de acciones concretas dirigidas a su efectiva promoción y protección.
- Mostrar cómo el contenido del principio de igualdad, impone al Estado y sus autoridades el deber de desarrollar acciones afirmativas a favor de grupos y personas en situación de debilidad manifiesta.
- Resaltar la importancia que tiene la noción de derechos fundamentales por conexidad, desarrollada a partir de la jurisprudencia constitucional, en materia de protección de derechos económicos, sociales y culturales por vía de tutela.

O

- Presentar una manera de integrar de forma práctica los instrumentos normativos, jurisprudenciales y doctrinarios de carácter nacional con los de carácter internacional para la solución de casos concretos.
- Evidenciar el hecho de que los instrumentos normativos jurisprudenciales y doctrinarios internacionales aportan a la práctica judicial colombiana y al debate sobre protección de los derechos humanos, nuevos e importantes elementos.

<div data-bbox="202 192 320 316" style="border: 1px solid black; padding: 10px; text-align: center; width: 60px; margin: auto;"> <p style="font-size: 2em; font-weight: bold; margin: 0;">n</p> </div>	<p>Normas aplicables (no exhaustivo):</p> <ul style="list-style-type: none"> • Declaración Universal de Derechos Humanos, art. 25.1. • Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre, arts. XI, XVI. • Declaración de Viena, art.11. • Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, arts. 2 núm. 1, 11 núm 1 y 2. • Convención Americana sobre Derechos Humanos. • Convención Interamericana para la Eliminación de todas las Formas de Discriminación Contra las Personas con Discapacidad. • Convención Interamericana sobre Concesión de los Derechos Civiles de la Mujer (1948). • Declaración de Viena adoptada por la Conferencia Mundial de los Derechos Humanos el 25 de junio de 1993. • Protocolo adicional a la Convención Americana sobre Derechos Humanos en Materia de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, "Protocolo de San Salvador".
<div data-bbox="202 869 315 1001" style="border: 1px solid black; padding: 10px; text-align: center; width: 60px; margin: auto;"> <p style="font-size: 2em; font-weight: bold; margin: 0;">j</p> </div>	<p>Jurisprudencia aplicable (no exhaustivo):</p> <ul style="list-style-type: none"> • Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, observación general No.3. • Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, observación general No.4. • Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, observación general No.5. • Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, observación general No.7. • Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, observación general No.9. • Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, observación general No.14. • Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, declaración adoptada el 11 de mayo de 1998. • Comité de Derechos Humanos, caso Gueye y otros contra Francia, decisión adoptada el 5 de noviembre de 1987. • Comisión Interamericana de Derechos Humanos, Informe anual de 1993. • Corte Constitucional, sentencias T-426 de 1992, SU-111/97, C-251 de 1997, SU-225/98, T-499/95, T-617/96, C-1204/00.

¿Considera usted que el deber de realización progresiva de los derechos económicos, sociales y culturales, DESC, se reduce a una cuestión puramente ideológica y que depende de la voluntad política coyuntural de un gobierno o de un cierto tipo de Estado?

¿Es usted de los que cree que el poder judicial no puede contribuir a la realización de los derechos económicos, sociales y culturales, DESC, sin usurpar competencias propias del poder legislativo y sin amenazar la vigencia del principio democrático?

C

INCORPORACIÓN DEL DIDH EN LA PRÁCTICA JUDICIAL COLOMBIANA**EJEMPLO TIPO 1***Los hechos del caso*

El señor Simón Garavito, su esposa y sus tres hijos, Nicolás, Francisco y Juan, viven a las afueras del municipio de Mesitas del Colegio desde hace más de 10 años.

Aducen que el Concejo Municipal expidió un Acuerdo en noviembre de 2000 mediante el cual se dispuso la utilización de los terrenos de La Juanita como extensión del botadero de basuras municipal. Dichos predios se encuentran ubicados a 15 minutos del hogar de la familia Garavito. En enero del año en curso, dicha disposición comenzó a hacerse efectiva por parte de la administradora municipal de basuras. Debido a lo anterior, la familia ha tenido que soportar los olores nauseabundos expelidos por los desperdicios, y el consecuente deterioro de la salud de Francisco y de su hermano Nicolás, quien ha comenzado a presentar extrañas erupciones en la piel, ocasionadas, según concepto médico, por los gérmenes presentes en el ambiente.

Aunque han acudido en reiteradas oportunidades ante la administración del municipio, en aras de obtener solución al problema de ubicación de su vivienda, no han sido atendidos por persona alguna. Mientras tanto su situación ha empeorado por la contaminación de las aguas que consumen y por la agravación de la enfermedad de su hijo Francisco.

Con motivo de lo anterior, el señor Garavito acudió ante la jurisdicción contencioso administrativa e interpuso una tutela en contra del acto administrativo emitido por la Alcaldía, solicitando la inaplicación de la resolución, la protección de su derecho a una vivienda digna, para lo cual exigen la reubicación de su residencia en otro lugar o la compensación dineraria para poder efectuar su traslado.

Consideraciones para decidir:

No se harán consideraciones relacionadas con la procedencia de la acción de tutela, pues se encuentra suficientemente reiterado por la Corte Constitucional que para la defensa de los derechos sociales, económicos y culturales no es procedente este mecanismo de defensa judicial, a menos de que el actor se encuentre frente a un perjuicio irremediable o que el derecho cuya protección se invoca devenga en fundamental por conexidad.

1. ¿Son los derechos sociales, económicos y culturales de aplicación inmediata?

C

Todos los derechos humanos son universales, indivisibles e interdependientes y están relacionados entre sí.

Por tal motivo, el párrafo 5° de la Declaración de Viena establece que es deber de los estados en particular y de la comunidad internacional en general, dar a todos y cada uno de los derechos humanos un tratamiento global e igualitario, esto es, promover y proteger, con independencia de las características particulares de sus sistemas políticos, económicos y culturales, todos los derechos humanos y las libertades fundamentales.

La interdependencia que existe entre las distintas categorías de derechos, condiciona pues la efectividad de las distintas políticas de promoción y garantía de los derechos humanos a la plena observancia y respeto tanto de los derechos civiles y políticos como de los derechos sociales, económicos y culturales.

Así lo sostuvo expresamente la Comisión Interamericana de Derechos Humanos:

(...) cuando el Estado no garantiza los derechos económicos, sociales y culturales, se está indicando también una falta de garantías civiles y políticas. La capacidad de participar en la sociedad conlleva derechos civiles y políticos, conjuntamente con derechos sociales, económicos y culturales. De ello se desprende que, sin progreso en el área de los derechos sociales, económicos y culturales, los derechos civiles y políticos logrados con gran esfuerzo y sacrificio humano, siguen siendo una mera aspiración para los sectores de menos recursos y más bajo nivel de educación. En última instancia, la consolidación de la democracia representativa, meta de todos los Estados miembros, comporta el ejercicio de una participación plena por parte de todos los integrantes de la sociedad⁵⁶.

La afirmación del principio de indivisibilidad conduce, pues, a abolir las formulaciones categorizantes de derechos y a cuestionar la rigidez de los criterios de diferenciación previamente establecidos. Por tal motivo, tal como lo ha reconocido la Corte Constitucional⁵⁷, no es totalmente correcto considerar que todos los derechos civiles y políticos generan deberes estatales de abstención y que todos los derechos sociales, económicos y culturales implican prestaciones positivas del Estado, que los excluyen irremediamente del ámbito de competencia del poder jurisdiccional. Por ejemplo, los derechos a la intimidad, a la

C

honra y al buen nombre implican no sólo que el Estado debe respetar la privacidad y el honor del individuo sino también que las autoridades deben protegerlo contra injerencias ajenas. De igual manera, derechos sociales, como el de sindicalización o asociación, imponen al poder político el deber de no interferir en su disfrute y goce efectivo.

Y es que, si bien es cierto que la realización efectiva de los derechos sociales, económicos y culturales dentro de un Estado social de derecho debe sujetarse preferentemente a los designios de la voluntad democrática, también lo es que la alternativa de la aplicación inmediata por los jueces y tribunales no es del todo ajena a este tipo de derechos.

Así lo expresó el Comité de Derechos Sociales Económicos y Culturales:

(...) las normas internacionales sobre derechos humanos jurídicamente vinculantes deben operar directa e inmediatamente en el sistema jurídico interno de cada Estado, permitiendo así a los interesados reclamar la protección de sus derechos ante los jueces y tribunales nacionales⁵⁸.

En el mismo sentido se pronunció la Corte Constitucional:

Entre las medidas “de otro carácter” deben incluirse las sentencias de los jueces, y muy particularmente, las decisiones de esta Corporación, pues la rama judicial es uno de los órganos del Estado colombiano, y éste se ha comprometido a tomar las medidas que sean necesarias para hacer efectivos los derechos de las personas. Por consiguiente, las sentencias de los jueces –como medidas de otro carácter diferentes a las leyes– deben buscar hacer efectivos los derechos reconocidos por los pactos de derechos humanos⁵⁹.

En consecuencia, es posible afirmar que los derechos sociales, económicos y culturales, bajo determinados contextos y dadas ciertas condiciones, pueden ser objeto de aplicación inmediata por los jueces y tribunales al fallar acciones de nulidad, acciones populares o acciones de tutela.

COMENTARIO

Con fundamento en el artículo 2.1 del Pacto Internacional de Derechos Sociales, Económicos y Culturales, es obligación de los Estados Partes adoptar medidas, tanto por separado como mediante la asistencia y la cooperación internacionales, hasta el máximo de los recursos de que disponga, para lograr progresivamente, por todos los medios apropiados, la plena efectividad de los derechos allí reconocidos.

C

Esta norma parte, pues, del reconocimiento del hecho de que la plena efectividad de todos los derechos sociales, económicos y culturales en general, no puede lograrse en un breve período de tiempo.

Sin embargo –ha dicho el Comité de Derechos Sociales, Económicos y Culturales⁶⁰– “el hecho de que la efectividad a largo plazo, o en otras palabras progresivamente, se prevea en relación con el Pacto no puede interpretarse equivocadamente como que priva a la obligación de todo contenido significativo”.

En efecto, el que el Pacto contemple una obligación de realización paulatina en atención a las restricciones derivadas de la limitación de los recursos, no significa que los estados puedan aplazar indefinidamente la adopción de medidas, bien sea legislativas, judiciales, administrativas o financieras, tendientes a asegurar la efectividad y garantía de los derechos allí consignados. Las restricciones presupuestales no relevan, por otro lado, a los estados del cumplimiento de la obligación mínima de asegurar la satisfacción de, por lo menos, niveles esenciales de cada uno de los derechos y de vigilar la medida de la realización, o más especialmente, de la no realización de los derechos sociales, económicos y culturales y de elaborar estrategias y programas para su promoción.

Por ello, en palabras de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos,

El principio de que los derechos sociales, económicos y culturales deben alcanzarse progresivamente no significa que los gobiernos no tengan la obligación inmediata de empeñarse por lograr la realización plena de tales derechos. El fundamento del principio de la realización progresiva de los derechos es que los gobiernos tienen la obligación de asegurar condiciones que, de acuerdo con los recursos materiales del Estado, permitan avanzar gradual y constantemente hacia la más plena realización de tales derechos. La obligación de los Estados miembros de observar y defender los derechos humanos de los individuos dentro de sus jurisdicciones, como lo establecen la Declaración Americana y la Convención Americana, los obliga, independientemente del nivel de desarrollo económico, a garantizar un umbral mínimo de esos derechos. El nivel de desarrollo podría ser un factor que entre en el análisis para la puesta en vigor de esos derechos pero no se debe entender como un factor que excluya el deber del Estado de implementar estos derechos en la mayor medida de sus posibilidades⁶¹.

C

Así, pues, toda evaluación en cuanto a si un Estado ha cumplido su obligación mínima debe tener en cuenta las limitaciones de recursos que se aplican al país de que se trata. 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.

“En efecto, el que el Pacto contemple una obligación de realización paulatina en atención a las restricciones derivadas de la limitación de los recursos, no significa que los estados puedan aplazar indefinidamente la adopción de medidas, bien sea legislativas, judiciales, administrativas o financieras, tendientes a asegurar la efectividad y garantía de los derechos allí consignados. Las restricciones presupuestales no relevan, por otro lado, a los estados del cumplimiento de la obligación mínima de asegurar la satisfacción de por lo menos niveles esenciales de cada uno de los derechos, y de vigilar la medida de la realización, o más especialmente, de la no realización de los derechos sociales, económicos y culturales y de elaborar estrategias y programas para su promoción”.

2. Derecho a la salud

La salud –ha dicho el Comité de Derechos Sociales, Económicos y Culturales⁶²– “es un derecho humano fundamental e indispensable para el ejercicio de los demás derechos humanos”. En consecuencia, todo ser humano tiene derecho al disfrute del más alto nivel posible de salud que le permita vivir dignamente.

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 Sociales, Económicos y Culturales, por su parte, reconoce en su artículo 12, “el derecho de toda persona al más alto nivel posible de salud física y mental” y atribuye a los Estados Partes la obligación de adoptar medidas tendientes a asegurar la plena efectividad de este derecho.

Por estar estrechamente vinculado con el ejercicio de otros derechos humanos, tales como el trabajo, la dignidad humana, la alimentación, la vivienda y el medio ambiente sano, el derecho a la salud no puede ser concebido solamente como la ausencia de afecciones o enfermedades, sino como el derecho al disfrute de

C

toda una gama de facilidades, bienes, servicios y condiciones necesarios para alcanzar el más alto nivel posible de bienestar físico y mental y el disfrute de una vida en condiciones dignas.

En este sentido se pronunció el Comité de Derechos Sociales, Económicos y Culturales al interpretar el artículo 12 del Pacto. Veamos:

El Comité interpreta el derecho a la salud, definido en el apartado 1 del artículo 12 del Pacto, como un derecho exclusivo que no sólo abarca la atención en salud oportuna y apropiada sino también los principales factores determinantes de la salud, como el acceso al agua limpia potable y a condiciones 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 información y a la educación e información sobre cuestiones relacionadas con la salud, incluida la salud sexual y reproductiva⁶³.

Adicionalmente, el derecho a la salud entraña el derecho a controlar, sin injerencias, la propia salud y el propio cuerpo, con inclusión de la libertad sexual y genésica, y el derecho a no ser sometido a torturas ni a tratamientos y experimentos médicos no consensuales.

En el caso de afectaciones del derecho a la salud, reflejadas a manera de discapacidades, de carácter físico, intelectual o sensorial, el compromiso internacional adquirido por los estados consiste en proteger especialmente a las personas afectadas con algún tipo de limitación y sancionar los abusos o maltratos que contra ellas se cometan.

COMENTARIO:

Si bien es cierto que, como consecuencia del reconocimiento de las limitaciones impuestas por la escasez de recursos económicos, el Pacto Internacional de Derechos Sociales, Económicos y Culturales establece la aplicación progresiva de los derechos allí consignados, también lo es que existen ciertas obligaciones de efecto inmediato a cargo de los Estados Partes.

“Por estar estrechamente vinculado con el ejercicio de otros derechos humanos, tales como el trabajo, la dignidad humana, la alimentación, la vivienda y el medio ambiente sano, el derecho a la salud no puede ser concebido solamente como la ausencia de afecciones o enfermedades, sino como el derecho al disfrute de toda una gama de facilidades, bienes, servicios y condiciones necesarios para alcanzar el más alto nivel posible de bienestar físico y mental y el disfrute de una vida en condiciones dignas.”

C

En lo que respecta al derecho a la salud, los Estados Partes tienen la obligación inmediata de garantizar su ejercicio sin discriminación alguna y la obligación de adoptar medidas que permitan avanzar lo más expedita y eficazmente posible hacia la plena realización del artículo 12 del Pacto.

Dichas medidas, tal como sucede con los demás derechos humanos, deben estar dirigidas a garantizar la observancia de tres tipos o niveles de obligación a los estados: la obligación de respetar, proteger y cumplir.

La obligación de respetar comporta para los estados el deber de abstenerse de denegar o limitar el acceso igual a todas las personas a los servicios de salud preventivos, curativos y paliativos y abstenerse de imponer prácticas discriminatorias como política de Estado. La obligación de proteger, por su parte, incluye la obligación de adoptar leyes u otras medidas para velar por el acceso igual a la atención en salud y los servicios relacionados con la salud proporcionados por terceros; velar por que la privatización del sector de la salud no represente una amenaza para la disponibilidad, accesibilidad, aceptabilidad y calidad de los servicios de atención en salud; y asegurar que los profesionales de la salud reúnan las condiciones necesarias de educación, experiencia y deontología. Finalmente, la obligación de cumplir comporta para los estados el deber de garantizar la atención en salud, en particular estableciendo programas de inmunización contra las principales enfermedades infecciosas, y velar por el acceso igual de todos los factores determinantes del derecho a la salud, como alimentos nutritivos y agua potable, servicios básicos de saneamiento de vivienda y condiciones de vida adecuadas.

Adicionalmente, los Estados Partes tienen la obligación fundamental de asegurar como mínimo la satisfacción de niveles esenciales de cada uno de los derechos enunciados en el Pacto, incluida la atención primaria básica en la salud, así como de garantizar el suministro adecuado de agua limpia potable y el acceso a un hogar, una vivienda y unas condiciones sanitarias básicas.

Estas obligaciones, en concepto del Comité de Derechos Sociales, Económicos y Culturales⁶⁴, son inderogables, motivo por el cual un Estado Parte nunca ni bajo ninguna circunstancia puede justificar su incumplimiento. Así las cosas, en lo que toca con las obligaciones básicas a cargo de los estados, la distinción entre la incapacidad y la renuencia a cumplir tales obligaciones, carece de importancia.

C

3. Derecho a la vivienda adecuada

De conformidad con el artículo 25.1 de la Declaración Universal de Derechos Humanos, "toda persona tiene derecho a un nivel de vida adecuado que le asegure así como a su familia, la salud y el bienestar y en especial la alimentación, el vestido, la vivienda, la asistencia médica y los servicios sociales necesarios."

"Adicionalmente, los Estados Partes tienen la obligación fundamental de asegurar como mínimo la satisfacción de niveles esenciales de cada uno de los derechos enunciados en el Pacto, incluida la atención primaria básica en la salud, así como de garantizar el suministro adecuado de agua limpia potable y el acceso a un hogar, una vivienda y unas condiciones sanitarias básicas".

En el mismo sentido, el párrafo 1 del artículo 11 del Pacto Internacional de Derechos Sociales, Económicos y Culturales, dispone que:

Los Estados Partes en el presente Pacto reconocen el derecho toda persona a un nivel de vida adecuado para sí y su familia, incluso alimentación, vestido y vivienda adecuados, y a una mejora continua de las condiciones de existencia.

Reconocido de este modo, el derecho humano a la vivienda adecuada tiene importancia fundamental para el disfrute de los demás derechos sociales, económicos y culturales.

Es por ello, entonces, que al Estado social de derecho se le exige esforzarse en la construcción de las condiciones indispensables para asegurar a todos los habitantes del país una vida digna dentro de las posibilidades económicas que estén a su alcance. El fin de potenciar las capacidades de la persona requiere, pues, de las autoridades una actuación efectiva que permita mantener o mejorar el nivel de vida, el cual incluye la alimentación, la vivienda, la seguridad social y los escasos medios dinerarios para desenvolverse en sociedad⁶⁵.

Para determinar qué formas de vivienda constituyen una "vivienda adecuada" en los términos del Pacto, deben tenerse en cuenta, entre otros, los siguientes aspectos:

a) La seguridad jurídica de la tenencia. Una vivienda adecuada es aquella que asegura a todas las personas, independientemente del tipo de tenencia, un adecuado nivel de protección legal contra el desalojo forzoso⁶⁶, el hostigamiento u otras amenazas.

C

b) Disponibilidad de servicios, materiales, facilidades e infraestructuras. Una vivienda adecuada debe contener ciertos servicios indispensables para la seguridad, la salud, la comodidad y la nutrición.

c) Habitabilidad. Una vivienda adecuada debe ser habitable, en el sentido de poder ofrecer espacio adecuado a sus habitantes y de protegerlos del frío, la humedad, el calor, la lluvia, el viento u otras amenazas contra la salud, de riesgos estructurales y de vectores de enfermedad.

“Al Estado social de derecho se le exige esforzarse en la construcción de las condiciones indispensables para asegurar a todos los habitantes del país una vida digna dentro de las posibilidades económicas que estén a su alcance. El fin de potenciar las capacidades de la persona requiere de las autoridades actuar efectivamente para mantener o mejorar el nivel de vida, el cual incluye la alimentación, la vivienda, la seguridad social y los escasos medios dinerarios para desenvolverse en sociedad”.

Adicionalmente, se ha considerado que una vivienda adecuada debe estar dotada de agua potable o sana para satisfacer las necesidades de alimentación y cumplir con las funciones higiénicas y de aseo personal, el acceso a la energía eléctrica y los servicios de drenaje.

COMENTARIO:

En opinión del Comité de Derechos Sociales, Económicos y Culturales⁶⁷, el derecho a la vivienda no se debe interpretar en un sentido estricto o restrictivo que lo equipare, por ejemplo, con el cobijo que resulta del mero hecho de tener un tejado por encima de la cabeza o lo considere exclusivamente como una comodidad. Este derecho debe considerarse más bien como el derecho a vivir en seguridad, paz y dignidad en alguna parte.

La vivienda se constituye, además, como el medio necesario para alcanzar ciertos niveles de protección frente al mundo exterior, posibilidades de higiene adecuada, privacidad y ciertas comodidades.

La vivienda adecuada y segura ha sido reconocida universalmente como un derecho humano básico y esencial para la realización de las aspiraciones humanas. El problema de la vivienda tiene un carácter multidimensional y está relacionado con diversos y primordiales aspectos de la vida humana. Por este

C

motivo, las condiciones que debe cumplir toda solución habitacional son de diversa índole:

(...) una vivienda adecuada significa algo más que disponer de un techo sobre la cabeza: significa disponer de un lugar íntimo adecuado, un espacio adecuado, una seguridad adecuada, iluminación y ventilación adecuadas y una situación adecuada en relación con el trabajo y los servicios básicos, todo ello a un costo razonable⁶⁸.

En estas circunstancias, el derecho a la vivienda que los instrumentos del derecho internacional reconocen a todo ser humano, independientemente de su edad, su situación económica o su posición social, es cualificado, por cuanto exige que su disfrute se produzca en condiciones adecuadas y dignas.

No obstante, a pesar de estos desarrollos bastante conocidos, son numerosos y recurrentes los problemas que trae consigo la satisfacción del derecho a la vivienda, así como los tropiezos que generalmente tienen que superar, no sin dificultad, quienes desean en cierta forma acceder a una vivienda que cumpla con los requisitos mínimos de dignidad humana.

“El derecho a la vivienda no se debe interpretar en un sentido estricto o restrictivo que lo equipare, por ejemplo, con el cobijo que resulta del mero hecho de tener un tejado por encima de la cabeza o lo considere exclusivamente como una comodidad. Este derecho debe considerarse más bien como el derecho a vivir en seguridad, paz y dignidad en alguna parte.”

En respuesta a esta situación, aunque de forma tímida, la jurisprudencia constitucional ha dirigido sus esfuerzos a procurar que el acceso al derecho a la vivienda se produzca en condiciones de equidad a partir del análisis objetivo de una determinada reglamentación con el fin de observar el cumplimiento de parámetros razonables, objetivos y equitativos en los procesos de asignación de bienes escasos como la vivienda⁶⁹.

77

r

¿Cuál cree usted que debe ser la actitud de los jueces de la República en la realización de los derechos sociales, económicos y culturales?



a) A partir de la lectura completa de los materiales normativos, jurisprudenciales y doctrinarios citados en la presente unidad, ¿qué elementos nuevos incorporaría en la argumentación jurídica expuesta?

b) Desde el 13 de febrero de 1999 la joven Marcela Poveda ha sido internada en 10 oportunidades en el Hospital Psiquiátrico San Rafael de la ciudad de Pasto, con un promedio de tres ingresos por año, debido a que sufre de esquizofrenia paranoide, síndrome mental orgánico compulsivo-epilepsia, y psicosis grado III.


A juicio de los médicos especialistas del Hospital, Marcela no debe continuar internada, pues el tratamiento le puede ser suministrado de manera ambulatoria. Según el último dictamen médico, los niveles de agresividad han disminuido, las crisis epilépticas están controladas y no presentan alteración mental psicótica activa. En estas condiciones, la Junta médica dispuso el traslado de la paciente a su hogar, en donde, con la orientación de un equipo interdisciplinario, recibirá la atención médica que requiere.

Esa decisión, según expresa la madre de Marcela, amenaza los derechos fundamentales a la salud, a la integridad física, a la vida en condiciones dignas y a la paz, no sólo de su hija enferma, sino de ella y de sus otros tres hijos menores de edad, a nombre de quienes presenta acción de tutela.

También afirma que, durante el tiempo que lleva fuera del hospital, Marcela se ha negado a tomar sus medicamentos con la regularidad prescrita por los especialistas, lo cual hace que sus crisis sean cada vez más frecuentes y que sus comportamientos agresivos se intensifiquen. Además, señala que, por ser cabeza de familia y estar encargada de la manutención de su hogar, no cuenta con el tiempo necesario para atender a un enfermo.

finalmente, dice la actora que Marcela es beneficiaria del Plan Obligatorio de Salud y, por tal motivo, el Hospital tiene la obligación de asumir la atención integral del paciente, en la que debe entenderse incluida la hospitalización. Por ello, la pretensión de la demanda consiste en que el Hospital San Rafael *“se abstenga de entregar o darle salida a su hija”*.

El centro asistencial, por su parte, se opone a la pretensión de la actora, aduciendo que el equipo médico ya ha hecho todo lo humanamente posible para tratar la enfermedad de Marcela, y que, en ese punto del tratamiento, la responsabilidad por la continuidad del mismo recae en la familia.

	<p style="text-align: center;">¿Cómo se relaciona el principio constitucional de solidaridad social con el caso anterior?</p> <p style="text-align: center;">¿Tiene este principio alguna conexidad con la normatividad internacional?</p> <p style="text-align: center;">¿Cómo debería ser resuelto el caso, a la luz de la normatividad internacional?</p> <p>c) Realice los ejercicios 1, 2 y 3 correspondientes al capítulo de derechos sociales, económicos y culturales del tomo III de la <i>Compilación de jurisprudencia y doctrina nacional e internacional</i>, pp. 247 a 249.</p>
---	---

Notas

⁵⁶ Comisión Interamericana de Derechos Humanos. Informe anual de 1993. *Compilación de jurisprudencia y doctrina*, tomo II, p. 179.

⁵⁷ Corte Constitucional, sentencia C-251/97. En el mismo sentido puede consultarse la observación general N° 9 del Comité de Derechos Sociales, Económicos y Culturales. *Compilación de jurisprudencia y doctrina*, tomo II, p. 168.

⁵⁸ Comité de Derechos Sociales, Económicos y Culturales, observación general N° 9. *Compilación de jurisprudencia y doctrina*, tomo II, p. 168.

⁵⁹ Corte Constitucional, sentencia C-109/95. En el mismo sentido pueden consultarse los Principios de Limburgo Nos. 18 y 19.

⁶⁰ Comité de Derechos Sociales, Económicos y Culturales, observación general N° 3. *Compilación de jurisprudencia y doctrina*, tomo II, p. 161.

⁶¹ Comisión Interamericana de Derechos Humanos, informe anual de 1993. En el mismo sentido puede consultarse la observación general N° 3 del Comité de Derechos Sociales, Económicos y Culturales. *Compilación de jurisprudencia y doctrina*, tomo II, pp. 179 y 161.

⁶² Observación general N° 14. *Compilación de jurisprudencia y doctrina*, tomo II, p. 289.

⁶³ *Ibíd.*

⁶⁴ *Ibíd.*

⁶⁵ Corte Constitucional, sentencia T- 426/92.

⁶⁶ En la Observación general N° 7 el Comité de Derechos Sociales, Económicos y Culturales, definió el término “desalojos forzosos” 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. *Compilación de jurisprudencia y doctrina*, tomo II, p. 221.

UNIDAD III

⁶⁷ Observación general N° 4. *Compilación de jurisprudencia y doctrina*, tomo II, p. 211.

⁶⁸ Proyecto de declaración de principios y plan de acción mundial preparatorio de la Conferencia de las Naciones Unidas sobre los Asentamientos Humanos Habitat II. En: Observación general N° 7. *Compilación de jurisprudencia y doctrina*, tomo II, p. 221.

⁶⁹ Cfr. Corte Constitucional, sentencias T-499/95 y T-617/96.

Unidad

4

Derechos de los grupos indígenas

O

- Resaltar que la pluralidad étnica pregonada por la Carta sólo puede llegar a ser una realidad para las comunidades indígenas colombianas cuando, para la solución de sus problemas y necesidades, se dé plena aplicación a las reglas de maximización de la autonomía y de minimización de las restricciones.

O

- Mostrar las diferencias de una argumentación basada exclusivamente en el derecho nacional y otra basada, adicionalmente, en normas de carácter internacional.
- Mostrar cómo, en la práctica judicial, el derecho internacional se constituye en una importante herramienta para enfrentar los problemas que involucran derechos humanos.

<div data-bbox="202 192 320 316" style="border: 1px solid black; padding: 10px; text-align: center;"> <h1>n</h1> </div>	<p>Normas aplicables (no exhaustivo):</p> <ul style="list-style-type: none"> • Constitución Política, arts. 10, 13, 70, 171, 176, 246, 286 • Convenio 169 OIT, arts. 2 y 8. • Declaración Universal de los Derechos Humanos. • Pacto Internacional de Derechos Sociales, Económicos y Culturales, art. 2.
<div data-bbox="202 551 315 680" style="border: 1px solid black; padding: 10px; text-align: center;"> <h1>j</h1> </div>	<p>Jurisprudencia aplicable (no exhaustivo):</p> <ul style="list-style-type: none"> • Corte Constitucional, sentencias T-380/93, C-530/93, C-058/94, T-349/96. • Comité de Derechos Humanos, observación general N° 23. • Comité de Derechos Humanos, caso Lovalace contra Canadá, comunicación N° 24/77, decisión adoptada el 30 de julio de 1981. • Comité de Derechos Humanos, caso Ominayak contra Canadá, comunicación N° 167/84, decisión adoptada el 26 de marzo de 1990. • Comisión Interamericana de Derechos Humanos, caso 11.101 (Colombia), Informe 36/00 aprobado el 13 de abril de 2000. • Comisión Interamericana de Derechos Humanos, informe sobre la situación de derechos humanos de un sector de la población nicaragüense de origen Miskito. 16 de mayo de 1984. • Comisión Interamericana de Derechos Humanos, la situación de los derechos indígenas en las Américas. 31 de agosto de 2000. • Corte Interamericana de Derechos Humanos, caso Aloeboetoe y otros, sentencia del 10 de septiembre de 1993.

¿Cree usted que para asegurar las pretensiones de reconocimiento de las identidades culturales y la igualdad de derechos de las minorías étnicas es necesario el otorgamiento de derechos especiales de grupo?

¿Cuál cree usted que es el alcance de la autonomía que la Constitución Política reconoce a las comunidades indígenas?



INCORPORACIÓN DEL DIDH EN LA PRÁCTICA JUDICIAL COLOMBIANA

EJEMPLO TIPO 1

Los hechos del caso

En reforma aprobada por el Congreso de la República de Colombia a la Ley 134 de 1994 o Ley Estatutaria sobre Mecanismos de Participación Ciudadana, se impuso en todo el territorio nacional y para todos los ciudadanos colombianos el voto obligatorio. Al surtirse el control automático de constitucionalidad ante la Corte Constitucional algunos intervinientes consideran que la norma es violatoria del derecho a la autonomía de los pueblos indígenas.

Consideraciones para decidir

1. El problema jurídico a resolver

Compete determinar si el voto obligatorio es violatorio de los derechos que la Constitución reconoce a los pueblos indígenas.

2. Los derechos de las minorías indígenas

La Constitución Política colombiana reconoce el valor inherente a la diversidad cultural y a la pluralidad, al incluir en su artículo séptimo como uno de los fines esenciales del Estado, el reconocimiento y la protección de la diversidad étnica y cultural de la nación colombiana.

Este principio se desarrolla a lo largo de la Constitución en los artículos 10 (oficialidad local de los dialectos y lenguas de las minorías étnicas); 70 (igualdad entre las culturas); 171 y 176 (participación especial en el Senado y la Cámara de Representantes); 246 (jurisdicción especial indígena); y 286 (configuración de los resguardos indígenas como entidades territoriales con autonomía administrativa y presupuestal y capacidad para ser representadas judicial y extrajudicialmente), entre otros.

El artículo 13 superior, por su parte, también contribuye a la protección de las minorías y comunidades indígenas al condenar y repudiar, de un lado, las diferencias de trato y de oportunidades que se fundan en discriminaciones por razones de sexo, raza, origen nacional o familiar, lengua, religión, opinión política o filosófica; y al consagrar, de otro, un mandato de diferenciación positiva a favor de aquellas personas que, por su condición económica, física o mental, se encuentran en circunstancias de debilidad manifiesta.

C

“Los grupos de minorías étnicas, religiosas o lingüísticas, y sus miembros en sí mismos considerados, son titulares del derecho a tener su propia vida cultural, a profesar y a practicar su propia religión y a emplear su propio idioma.”

Adicionalmente, en virtud del inciso 5 del artículo 68 superior, las comunidades indígenas se encuentran constitucionalmente habilitadas para educar a sus hijos con los dialectos tradicionales y para preservar sus costumbres religiosas y culturales.

De otro lado, la Ley 21 de 1991, aprobatoria del Convenio 169 de la OIT sobre pueblos indígenas y tribales en países independientes, establece ciertas reglas para el tratamiento de los pueblos indígenas. Veamos:

Artículo 8°.

1. Al aplicar la legislación nacional a los pueblos interesados deberán tomarse debidamente en consideración sus costumbres o su derecho consuetudinario.

2. Dichos pueblos deberán tener el derecho de conservar sus costumbres e instituciones propias, siempre que éstas no sean incompatibles con los derechos fundamentales definidos por el sistema jurídico nacional ni con los derechos humanos internacionalmente reconocidos. Siempre que sea necesario, deberán establecerse procedimientos para solucionar los conflictos que puedan surgir en la aplicación de este principio.

3. La aplicación de los párrafos 1 y 2 de este artículo no deberá impedir a los miembros de dichos pueblos ejercer los derechos reconocidos a todos los ciudadanos del país y asumir las obligaciones correspondientes.

Sumado a lo anterior, el artículo 2 del mencionado convenio consagra la obligación de los estados de desarrollar una acción coordinada y sistemática con miras a proteger los derechos de los pueblos indígenas o tribales y garantizar el respeto de su integridad. Esta acción debe incluir medidas:

- a) Que aseguren a los miembros de dichos pueblos gozar, en pie de igualdad, de los derechos y oportunidades que la legislación nacional otorga a los demás miembros de la población;
- b) que promuevan la plena efectividad de los derechos sociales, económicos y culturales de esos pueblos, respetando su identidad social y cultural, sus costumbres y tradiciones, y sus instituciones;

85

C

c) que ayuden a los miembros de los pueblos interesados en eliminar las diferencias socioeconómicas que pueden existir entre los miembros indígenas y los demás miembros de la comunidad nacional, de una manera compatible con sus aspiraciones y formas de vida.

El principio constitucional de la protección de la diversidad cultural ocupa, pues, un lugar preponderante dentro de nuestro ordenamiento jurídico, llegando incluso a constituirse en el fundamento de los pronunciamientos de la Corte en los que se han visto involucrados los intereses de las diversas etnias que ocupan el territorio colombiano⁷⁰.

La aplicación de este principio presenta, sin embargo, dos dificultades al intérprete: en primer lugar, su generalidad, que conlleva un alto grado de indeterminación; en segundo término, su naturaleza conflictiva, que implica la necesidad de ponderación respecto a otros principios constitucionales que gozan de igual jerarquía.

Para superar el primero de los problemas la Corte ha considerado útil acudir a la definición de lo que es una cultura o, en términos más actuales, una etnia, ya que es éste el objeto al que se refiere la norma. De acuerdo con la doctrina especializada, para considerar que existe una "etnia" deben identificarse en un determinado grupo humano dos condiciones: una subjetiva y una objetiva⁷¹.

La primera condición, se refiere a lo que se ha llamado la conciencia étnica y puede explicarse de la siguiente manera:

(...) [es] la conciencia que tienen los miembros de su especificidad, es decir, de su propia individualidad a la vez que de su diferenciación de otros grupos humanos, y el deseo consciente, en mayor o menor grado, de pertenecer a él, es decir, de seguir siendo lo que son y han sido hasta el presente⁷².

La segunda, por el contrario, se refiere a los elementos materiales que distinguen al grupo, comúnmente reunidos en el concepto de "cultura". Este término hace relación básicamente al "conjunto de creaciones, instituciones y comportamientos colectivos de un grupo humano. (...) el sistema de valores que caracteriza a una colectividad humana"⁷³. En este conjunto se entienden agrupadas, entonces, características como la lengua, las instituciones políticas y jurídicas, las tradiciones y recuerdos históricos, las creencias religiosas, las costumbres (folklore) y la mentalidad o psicología colectiva que surge como consecuencia de los rasgos compartidos⁷⁴.

C

Para superar el segundo de los problemas planteados, esto es, el que tiene que ver con la ponderación de los principios constitucionales que gozan de igual protección, tales como el autonomía y la libertad, la Corte ha concluido que “en desarrollo del principio de la diversidad cultural en las normas constitucionales citadas, y considerando que sólo con un alto grado de autonomía es posible la supervivencia cultural⁷⁵, puede concluirse como regla para el intérprete la de la maximización de la autonomía de las comunidades indígenas y, por lo tanto, la de la minimización de las restricciones a las indispensables para salvaguardar intereses de superior jerarquía”⁷⁶.

Esta regla supone que al ponderar los intereses que puedan enfrentarse en un caso concreto al interés de la preservación de la diversidad étnica de la nación, sólo serán admisibles las restricciones a la autonomía de las comunidades, cuando se cumplan las siguientes condiciones:

- a) Que se trate de una medida necesaria para salvaguardar un interés de superior jerarquía (por ejemplo, la seguridad interna).
- b) Que se trate de la medida menos gravosa para la autonomía que se les reconoce a las comunidades étnicas.

Ahora bien, para determinar la gravedad de la lesión, el intérprete tendrá que remitirse, de todas maneras, a las características específicas de la comunidad de la que se trata, puesto que no todas le otorgarán la misma importancia a las posibilidades de determinar cada uno de sus asuntos.

COMENTARIO

En atención a lo dispuesto por el artículo 27 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, los grupos de minorías étnicas, religiosas o lingüísticas, y sus miembros en sí mismos considerados, son titulares del derecho a tener su propia vida cultural, a profesar y a practicar su propia religión y a emplear su propio idioma.

De acuerdo con el Comité de Derechos Humanos, el reconocimiento de tales derechos tiene por objeto garantizar la preservación y el desarrollo continuo de la identidad cultural, religiosa y social de las minorías interesadas, enriqueciendo el tejido social en su conjunto. Así las cosas, resulta imperativo que esos derechos sean protegidos como tales, sin que se les confunda con el derecho a la libre determinación y con otros derechos personales conferidos a todas y cada una de las personas con arreglo al Pacto de Derechos Civiles y Políticos⁷⁷.

Es importante, pues, diferenciar entre los conceptos de “protección a las minorías” e “igualdad y no discriminación”

<div data-bbox="194 174 311 280" style="border: 1px solid black; text-align: center; width: 60px; height: 60px; margin: 0 auto;"> c </div>	<p data-bbox="381 165 977 220"><i>reconocidos en los artículos 27 y 26, respectivamente, del Pacto.</i></p> <p data-bbox="381 232 1043 551"><i>La prevención de la discriminación –ha dicho la Comisión Interamericana de Derechos Humanos– “significa impedir cualquier conducta que restrinja o niegue el derecho a una persona a la igualdad. La protección de las minorías, por otra parte, aunque se inspira igualmente en los principios de igualdad de tratamiento de todos los pueblos, requiere una acción positiva (...) La protección de las minorías, por tanto, requiere acción positiva para salvaguardar los derechos de las minorías siempre y cuando el pueblo en cuestión (sus padres en el caso de lo niños menores de edad) deseen mantener sus diferencias de idioma y cultura”⁷⁸.</i></p>
<p data-bbox="55 678 85 706">88</p> <div data-bbox="194 666 311 771" style="border: 1px solid black; text-align: center; width: 60px; height: 60px; margin: 0 auto;"> r </div>	<p data-bbox="381 675 1025 757">¿Por qué cree usted que los derechos individuales comunes no son suficientes para alcanzar el objetivo constitucional de la promoción de la identidad cultural?</p>
<div data-bbox="194 924 311 1030" style="border: 1px solid black; text-align: center; width: 60px; height: 60px; margin: 0 auto;"> e </div>	<p data-bbox="381 919 1043 1030">a) ¿Conoce alguna otra decisión o normatividad nacional o internacional que pueda contribuir a fortalecer o complementar el ejercicio anterior? En caso afirmativo incorpórela en la argumentación de la segunda instancia.</p> <p data-bbox="381 1044 1043 1184">b) Piense de qué forma puede armonizarse el principio de respeto y de la promoción a la identidad cultural con la cláusula de prevalencia del interés general y con el principio constitucional de que los recursos del subsuelo pertenecen a la Nación.</p> <p data-bbox="381 1199 1000 1310">c) Realice los ejercicios 1 y 2 correspondientes al capítulo de derechos de los niños del tomo III de la <i>Compilación de jurisprudencia y doctrina nacional e internacional</i>, pp. 254 y 255.</p>

Notas

⁷⁰ Véanse, entre otras, las sentencias T-380/93, C-530/93, C-058/94 y T-377/94.

⁷¹ Sentencia T-349/96.

⁷² José A. de Obieta Chalbaud, *El derecho humano de la autodeterminación de los pueblos*, p. 43. Citado por la Corte Constitucional Sentencia T-349/96.

⁷³ *Ibidem*, p. 38.

⁷⁴ *Ibidem*, p. 39.

⁷⁵ El derecho a la diversidad cultural encuentra su fundamento en el derecho a la libre autodeterminación de los pueblos, reconocido en el artículo 9 de la Carta Política y en el artículo 1 del Pacto de Derechos Civiles y Políticos de 1966. Como derecho específico de los pueblos indígenas está consagrado en el Convenio 169 de la OIT, ratificado por la Ley 21 de 1991. Así mismo, este derecho ha sido elaborado jurisprudencialmente en las sentencias de la Corte Constitucional T-428/92, T-380/93, C-058/94, T-342/94, entre otras.

⁷⁶ Corte Constitucional, sentencia T-349/96.

⁷⁷ Comité de Derechos Humanos. Observación general N° 23. *Compilación de jurisprudencia y doctrina*, tomo II, p. 553.

⁷⁸ Comisión Interamericana de Derechos Humanos. Informe sobre la situación de derechos humanos en un sector de la población nicaragüense de origen Miskito, mayo 16 de 1984. *Compilación de jurisprudencia y doctrina*, tomo II, p. 586.

Unidad

5

Derechos de las mujeres

O

- Subrayar que el principio de universalidad como criterio de interpretación en materia de derechos fundamentales, puede contribuir a la ampliación del ámbito de protección estatal de los derechos humanos a través de sus agentes.
- Realizar una aproximación a los distintos problemas a los que se ven enfrentadas las mujeres dentro de los contextos familiar y laboral.
- Resaltar el hecho de que en la realidad económica, social y política del país, la mujer constituye un sujeto discriminado y vulnerable, por lo tanto, la realización efectiva del derecho a la igualdad, exige por parte del Estado y sus autoridades la ejecución

O

- Mostrar las diferencias de una argumentación basada exclusivamente en el derecho nacional y otra basada, adicionalmente, en normas de carácter internacional.
- Mostrar cómo, en la práctica judicial, el derecho internacional se constituye en una importante herramienta para enfrentar los problemas que involucran derechos humanos.

<div data-bbox="202 192 320 316" style="border: 1px solid black; padding: 10px; text-align: center; width: 60px; margin: 0 auto;"> <h1 style="margin: 0;">n</h1> </div>	<p>Normas aplicables (no exhaustivo):</p> <ul style="list-style-type: none"> • Constitución Política de Colombia, art. 43. • Código Sustantivo del Trabajo, arts. 23, 27, 59, 62. • Convención Interamericana para prevenir, sancionar y erradicar la violencia contra la mujer, “Convención de Bellém do Pará”. • Convención sobre la eliminación de todas las formas de discriminación contra la mujer, art. 1. • Convenios 3 y 11 de la Organización Internacional del Trabajo. • Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre, arts. II, VII, XII, XIV. • Declaración de los Derechos del Niño. Principio 4. • Declaración Universal de Derechos Humanos. Preámbulo, arts. 23 núm. 3, 25 núm. 2. • Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, arts. 2, 10. • Recomendaciones 12 y 95 de la Organización internacional del Trabajo.
<div data-bbox="202 950 315 1081" style="border: 1px solid black; padding: 10px; text-align: center; width: 60px; margin: 0 auto;"> <h1 style="margin: 0;">j</h1> </div>	<p>Jurisprudencia aplicable (no exhaustivo):</p> <ul style="list-style-type: none"> • Corte Constitucional, sentencias T-568 de 1996, T-270 de 1997, T-470 de 1997, T-426 de 1998, SU-995 de 1999 y T-1461 de 2000. • Comité de Derechos Humanos, observación general N° 18. • Comité de Derechos Humanos, observación general N° 28. • Comité de Derechos Humanos, caso Aumeeruddy-Cziffra y otras contra Mauricio Comunicación N° 35/1978. • Comité de Derechos Humanos, caso Broeks contra Países Bajos. Comunicación N° 172 de 1984. • Comité de Derechos Humanos, caso Ato del Avellanal contra Perú. Comunicación N° 202 de 1986. • Corte Interamericana de Derechos Humanos, opinión consultiva OC-4 de 1984. • Corte Constitucional, sentencias T-408/96, T- 270/97, T-426/98.

¿Considera usted que actúa de mala fe quien, conociendo que se encuentra en estado de gravidez, no comunica tal circunstancia a todas aquellas personas, jurídicas o naturales, con quienes aspira a vincularse laboralmente? Imagine el caso a partir del hecho hipotético de que su esposa haya actuado de tal forma en alguna ocasión; o que su esposo le haya sugerido actuar en dicha forma.

¿Considera usted que existe algún ámbito de la vida social, política, económica o cultural de un país del que, por sus particulares características, la mujer pueda estar excluida, sin que se configure una discriminación?



INCORPORACIÓN DEL DIDH EN LA PRÁCTICA JUDICIAL COLOMBIANA

EJEMPLO TIPO 2

Los hechos del caso

Mara Niño se vinculó a la empresa Arts Asociados en el mes de marzo de 1998 mediante contrato de trabajo a término fijo de un año. En el mes de febrero de 1999, después de que Mara informara por escrito a la empresa de su estado de gravidez, recibió una comunicación en la cual se le anunciaba que su contrato no sería renovado en razón a que su nuevo estado no se compadecía con la imagen fresca que la empresa debía proyectar. Igualmente se le advirtió que el pago del último salario causado y de las prestaciones sociales derivadas de la relación laboral se efectuaría dentro de los diez días siguientes al vencimiento del plazo inicialmente estipulado.

Han transcurrido seis meses desde que se dio por terminado el contrato de trabajo y Mara aún no ha recibido las sumas de dinero adeudadas. Adicionalmente, en las oportunidades en que se ha acercado a las instalaciones de la empresa a reclamar su liquidación, la trabajadora ha tenido que soportar los malos tratos y las humillaciones de su antiguo patrón.

Esta situación condujo a Mara a hacer uso de la acción de tutela. Sin embargo, sus peticiones fueron desestimadas porque los juzgadores de instancia consideraron que aquellas podían ser satisfechas a través de otro medio de defensa judicial. Así las cosas, la trabajadora optó, de un lado, por presentar una queja ante el inspector de trabajo y, de otro, por ejercer la correspondiente acción ordinaria laboral ante el juez competente, sin que hasta el momento haya obtenido respuesta alguna a sus peticiones.

La decisión de primera instancia:

1. El problema jurídico a resolver

En la presente ocasión corresponde examinar las consecuencias derivadas del no pago de los salarios y prestaciones sociales, del despido por motivo del embarazo y de los malos tratos de los que fue objeto la trabajadora.

2. El derecho al pago oportuno de salarios y su relación con el mínimo vital

La remuneración en calidad de retribución, está encaminada a la satisfacción del derecho a la subsistencia y al mínimo vital del trabajador. Por tal motivo, su cancelación debe hacerse de forma oportuna, so pena de obstaculizar el desarrollo del

C

operario y de su familia en condiciones de dignidad, que les permitan no sólo existir biológicamente sino además realizarse integralmente como personas⁷⁹.

Así lo expresó tajantemente la Corte Constitucional en la sentencia SU-995/99:

(...) el no pago o el pago tardío del salario genera la violación de múltiples derechos fundamentales y hace precisa la pronta intervención del funcionario judicial para poner término al abuso del empleador y restituir las garantías del trabajador.

El pago de los salarios y prestaciones conlleva, pues, el cumplimiento de obligaciones laborales primarias de contraprestación económica y la satisfacción integral de los requerimientos vitales de los sujetos que prestan su servicio de manera subordinada.

“La remuneración en calidad de retribución, está encaminada a la satisfacción del derecho a la subsistencia y al mínimo vital del trabajador, motivo por el que debe ser cancelada oportunamente so pena de obstaculizar el desarrollo del operario y su familia en condiciones de dignidad, que les permitan no sólo existir biológicamente sino además realizarse integralmente como personas”.

Por ser consecuencia directa del principio de dignidad humana y del modelo de Estado social de derecho, el derecho al mínimo vital obliga al Estado a considerar a la persona en su plena dimensión no sólo material sino espiritual, y a reconocer, en consecuencia, que su subsistencia digna no se agota en la simple manutención mediante el suministro de alimentos sino que involucra todas las necesidades inherentes a su condición de ser humano inserto en la familia y en la sociedad.

El mínimo vital conlleva, pues, el cubrimiento de tres derechos, a saber: el derecho a la seguridad social, el derecho a la salud y el derecho al trabajo. En general, quienes más frecuentemente ven vulnerado su derecho al mínimo vital y acuden ante la jurisdicción en aras de obtener protección, son los ancianos, las mujeres en estado de embarazo y los trabajadores cuyas prestaciones, llámense pensión, licencia de maternidad o salario, no han sido reconocidas, no obstante el derecho subjetivo que les asiste, o han sido dejados de cancelar por las entidades correspondientes, alterando de esta forma el desenvolvimiento vital de los sujetos y amenazando con ello su existencia, pues las prestaciones que reclaman se convierten en su única fuente de subsistencia.

Existen casos en los cuales, sin embargo, este derecho al mínimo vital es protegido aun cuando no se han radicado a

C

favor de los actores derechos subjetivos. Esta situación, da origen a un sentido claramente político del derecho a la subsistencia toda vez que se constituye en una prestación surgida del deber de protección genérica del Estado a favor de grupos de población históricamente marginales de todo debate político.

El derecho a la subsistencia, entonces, tiene conexión directa con el desarrollo de las políticas públicas, debido a que es indispensable un conjunto de directrices orientadas a satisfacer los servicios básicos de la población menos favorecida. De esta manera el derecho a la subsistencia en condiciones dignas, o mínimo vital, se constituye en un reto para el funcionamiento del sistema democrático dentro del Estado y la mayor efectividad que se pretende deben alcanzar las políticas públicas en bien de la población.

La apreciación de este derecho incorpora un doble sentido, ya que constituye sin duda una herramienta para estimular el desarrollo y protección efectiva de los derechos prestacionales o de segunda generación y así mismo es un derecho susceptible de reclamo y exigencia por parte de las personas.

“Existen casos en los cuales, sin embargo, este derecho al mínimo vital es protegido aun cuando no se han radicado a favor de los actores derechos subjetivos. Esta situación, da origen a un sentido claramente político del derecho a la subsistencia toda vez que se constituye en una prestación surgida del deber de protección genérica del Estado a favor de grupos de población históricamente marginales de todo debate político.”

3. La protección especial a la maternidad

En perfecta consonancia con el artículo 13 de la Constitución Política, que establece a cargo del Estado la obligación de proteger especialmente a aquellas personas que por su condición física o mental se encuentren en circunstancias de debilidad manifiesta, el artículo 43 superior consagra ciertas garantías a favor de la mujer embarazada. Veamos:

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.

El Estado apoyará de manera especial a la mujer cabeza de familia.

C

Este estatus especial de que goza la mujer en estado de gravidez se ha traducido, en la esfera de las relaciones laborales, en una legislación y una jurisprudencia ampliamente protectoras, que buscan, ante todo, evitar que la futura madre sea objeto de tratos discriminatorios que menoscaben el derecho que le asiste de gozar de estabilidad en el empleo.

Es por ello que tanto el Código Sustantivo del Trabajo, como la doctrina constitucional consideran contrario a derecho todo despido cuyo motivo sea el embarazo o la lactancia.

Así, pues, apoyándose en el artículo 239 del CST, la Corte Constitucional ha sostenido que todo despido que se produzca durante el período amparado por el fuero de maternidad, sin estar directamente relacionado con una causal objetiva y relevante que lo justifique, es totalmente ineficaz siempre que la trabajadora haya notificado su estado oportunamente al empleador en las condiciones que establece la ley, y que el despido se haya efectuado sin la correspondiente autorización previa del funcionario competente⁸⁰.

Y es que, tal como lo ha reconocido la jurisprudencia constitucional, una de las manifestaciones más claras de discriminación sexual ha sido y sigue siendo el despido injustificado de las mujeres que se encuentren en estado de gravidez, debido a los eventuales sobre costos o incomodidades que tal fenómeno puede implicar para las empresas⁸¹.

En tratándose de contratos a término indefinido, las causales objetivas y razonables que justifican el despido están expresamente consignadas en el artículo 62 del CST. En relación con los contratos a término fijo el vencimiento del plazo, en principio, se erige como una causal objetiva que justifica el despido.

Sin embargo, dado que este tipo de contratos también se ajustan al principio de estabilidad en el empleo que predica el art. 53 de la Constitución⁸², es necesario que la terminación de la relación laboral no sólo esté precedida del vencimiento del plazo. Resulta imperativo, además, que las causas que originaron la contratación hayan desaparecido, pues si ellas aún subsisten no es dable dar por terminado el contrato de trabajo, más aún cuando la Constitución obliga al Estado y a la sociedad a brindar una protección especial a la mujer en estado de embarazo.

El reconocimiento de la maternidad como un hecho biológico de importantes implicaciones en la vida del ser humano, determina que ese especial grado de protección reconocido a favor de la trabajadora en estado de gravidez se manifieste, adicionalmente, en el otorgamiento de licencias de remuneración o prestaciones de seguridad social que buscan,

C

ante todo, brindarle a la madre el descanso necesario para poder reponerse del parto y prodigarle al recién nacido las atenciones que requiere. El descanso se acompaña del pago del salario de la mujer gestante, a fin de que ella pueda dedicarse a la atención de la criatura. El pago del dinero correspondiente al auxilio de maternidad es de vital importancia tanto para el desarrollo del niño como para la recuperación de la madre⁸³.

Por tal motivo, siempre que el pago de la licencia de maternidad se constituya en la única fuente de sostenimiento de la mujer en estado de embarazo o mujer cabeza de familia, su falta de cancelación afecta la posibilidad de suplir su mínimo vital y constituye la afectación del derecho a la subsistencia. Por este motivo, el Estado debe otorgar un amparo que permita a la mujer hacer frente a su difícil situación⁸⁴.

Sólo mediante el otorgamiento de licencias de maternidad es posible, de un lado, garantizar la igualdad real y efectiva de quien por su condición física se encuentra en condiciones de debilidad manifiesta, y de otro, prodigarle al recién nacido las atenciones que requiere para asegurar su normal crecimiento físico y mental.

4. La violencia contra la mujer

De igual manera que en otros ámbitos de la vida civil, el principio de dignidad humana debe permear las relaciones laborales.

Por tal motivo, el artículo 59 del Código Sustantivo del Trabajo prohíbe a los patronos ejecutar o autorizar cualquier acto que vulnere o restrinja los derechos de los trabajadores o atente contra su dignidad.

En el caso puesto a consideración del despacho, puede afirmarse sin asomo de duda que la conducta del empleador, consistente en malos tratos e insultos, atenta contra la dignidad de la demandante y, en ese sentido, desconoce la norma sustantiva ya señalada.

“(...) siempre que el pago de la licencia de maternidad se constituya en la única fuente de sostenimiento de la mujer en estado de embarazo o mujer cabeza de familia, su falta de cancelación afecta la posibilidad de suplir su mínimo vital y constituye la afectación del derecho a la subsistencia.”

La decisión de segunda instancia

Se considera ajustada a derecho la decisión en virtud de la cual el a quo despachó de forma favorable las pretensiones de la demanda. No obstante, es importante precisar que existen otras razones de derecho internacional que avalan la legalidad del fallo.

C

1. El derecho al pago oportuno de salarios y prestaciones y su relación con el mínimo vital

La retribución del servicio prestado no sólo constituye la más importante obligación a cargo del patrono y el más importante derecho a favor del trabajador, también constituye la causa de la relación laboral y, en consecuencia, uno de los elementos esenciales del contrato de trabajo.

Adicionalmente, y en razón de sus profundas implicaciones jurídicas, políticas y sociales, la remuneración se erige como un derecho humano ampliamente reconocido.

En efecto, el numeral 3 del artículo 23 de la Declaración Universal de Derechos Humanos señala que:

Toda persona que trabaja tiene derecho a una remuneración equitativa y satisfactoria, que le asegure, así como a su familia, una existencia conforme a la dignidad humana y que será completada, en caso necesario por cualesquiera otros medios de protección social.

En el mismo sentido, el artículo XIV de la Declaración Americana de Derechos y Deberes del Hombre, prescribe:

Toda persona que trabaja tiene derecho de recibir una remuneración que, en relación con su capacidad y destreza, le asegure un nivel de vida conveniente para sí misma y para su familia.

2. La protección especial a la maternidad

En el ámbito internacional, la situación de la mujer embarazada ha sido objeto de tratamiento normativo. En efecto, el artículo 25 núm. 2 de la Declaración Universal de Derechos Humanos reconoce a favor de la maternidad y de la infancia el derecho a tener cuidados y asistencia especiales.

Por su parte, el art. VII de la Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre establece que:

Toda mujer en estado de gravidez o en época de lactancia, así como todo niño, tienen derecho a protección, ayuda y cuidados especiales.

Adicionalmente, el principio de no discriminación, que envuelve la garantía de "igualdad jurídica, entendida como el derecho a no ser objeto de distinciones, deberes, cargas o limitaciones injustas, irrazonables o arbitrarias⁸⁵, impone a los estados la obligación de prohibir toda discriminación y de asegurar a todas las personas protección igual y efectiva contra cualquier acto que se funde en motivos de raza, sexo,

C

color, idioma, religión, opiniones políticas o de cualquier otra índole, origen nacional o social, posición económica o cualquier otra condición social⁸⁶.

Al igual que otros grupos específicos de población, las mujeres han sido tradicionalmente objeto de tratamientos discriminatorios en diversos ámbitos de la vida social, tales como el laboral y el familiar. Así lo reconoció expresamente el Comité de Derechos Humanos de las Naciones Unidas:

La desigualdad que padecen las mujeres en el mundo en el disfrute de sus derechos está profundamente arraigada en la tradición, la historia y la cultura, incluso en las actitudes religiosas. El papel subordinado que tiene la mujer en algunos países queda de manifiesto por la elevada incidencia de selección prenatal por el sexo del feto y el aborto de sexo femenino⁸⁷.

Esta situación ha instituido a nivel mundial la conciencia entre los estados de la necesidad de crear instrumentos de protección de los derechos de las mujeres. Así, la Convención sobre la eliminación de todas las formas de discriminación contra la mujer expedida en Nueva York (Ley 51 de 1981) consagra la obligación para los estados de adoptar todas las medidas que sean necesarias para garantizar la participación de la mujer en igualdad de condiciones con el hombre en todas las esferas de la vida social, económica, política y familiar, y para abolir la discriminación en todas sus formas y manifestaciones⁸⁸.

“(...) el principio de no discriminación (...) impone a los estados la obligación de prohibir toda discriminación y de asegurar a todas las personas protección igual y efectiva contra cualquier acto que se funde en motivos de raza, sexo, color, idioma, religión, opiniones políticas o de cualquier otra índole, origen nacional o social, posición económica o cualquier otra condición social”.

En el ámbito de las relaciones laborales, el cumplimiento de la referida obligación se manifiesta en la prohibición de despedir a una mujer por causa del embarazo y en la necesidad de reconocer a su favor una licencia de maternidad. Así lo consagra expresamente la Convención sobre la eliminación de todas las formas de discriminación contra la mujer citada anteriormente y que estableció en relación con el respeto a la estabilidad laboral y la licencia de maternidad, lo siguiente:

Artículo 11. 2. A fin de impedir la discriminación contra la mujer por razones de matrimonio o maternidad y asegurar la efectividad de su derecho a



trabajar, los Estados Partes tomarán medidas adecuadas para:

a- Prohibir, bajo pena de sanciones, el despido por motivo de embarazo o licencia de maternidad y la discriminación en los despidos sobre la base del estado civil;

b. Implantar la licencia de maternidad con sueldo pagado o con prestaciones sociales comparables sin pérdida del empleo previo, la antigüedad o beneficios sociales.

3. La violencia contra la mujer

La conducta del empleador desconoce el literal b del artículo 4 de la Convención americana para prevenir, sancionar y erradicar la violencia contra la mujer (Ley 248 de 1995) que reconoce a favor de toda mujer el derecho a que se respete su integridad psíquica y moral en cualquier ámbito, sea público o privado.

En los términos de dicho convenio, la mujer se encuentra protegida contra la violencia, esto es, contra cualquier acción o conducta, basada en su género, que le cause muerte, daño o sufrimiento sexual o psicológico (art. 1).

Y es que la violencia contra la mujer, además de ser una manifestación de las relaciones de poder desiguales entre mujeres y hombres que trasciende todos los sectores de la sociedad indistintamente, constituye una violación de los derechos humanos y las libertades fundamentales y limita a la mujer el reconocimiento, goce y ejercicio de tales derechos y libertades⁸⁹.

Dentro del contexto social internacional y colombiano, la importancia de este convenio surge del reconocimiento de que existen diversas modalidades de violencia que afectan la dignidad, la vida y a la integridad de las mujeres, que no sólo vulneran su afectividad y deterioran su autoestima, sino que además socavan su autonomía y desconocen su dignidad como persona.

En el mismo sentido, la Declaración final de la Conferencia Mundial de Derechos Humanos de 1993, predica que la violencia contra la mujer y todas las formas de acoso y explotación sexuales, en particular las derivadas de prejuicios culturales y de la trata internacional de personas son incompatibles con la dignidad y valía de la persona humana y deben ser eliminadas⁹⁰.

r

Alba Lucía Rodríguez es una mujer campesina de 22 años de edad, que desde hace varios años se encuentra recluida en una cárcel condenada a más de 42 años de prisión, acusada de haber asesinado a su hijo minutos después de haberlo dado a luz.

El embarazo de Alba Lucía fue el resultado de una violación, y su parto se produjo sin asistencia alguna en medio de la clandestinidad y la soledad de una letrina campesina.

Al decir de su abogada, Ximena Castilla, en el proceso adelantado contra Alba Lucía existen graves irregularidades, estas son: la presentación de pruebas ilegalmente producidas, omisión de pruebas y la tergiversación de pruebas existentes.

Muchos grupos y sectores sociales, especialmente aquellos que luchan por la defensa de los derechos de las mujeres, acusan a la justicia colombiana de ser misógina. ¿Cuál es su posición al respecto?

102


e

a) ¿Conoce alguna otra decisión o normatividad nacional o internacional que pueda contribuir a fortalecer o complementar el ejercicio anterior? En caso afirmativo incorpórela en la argumentación hecha en la primera instancia.

b) Marta Caicedo contrajo matrimonio con el señor Luis Segura en el año de 1994. De esta unión nacieron tres hijos. A raíz del mal trato que su esposo le infligía, la señora Caicedo decidió separarse de él (separación de hecho) y trasladarse con sus hijos a la ciudad de Montería, lugar donde se radicó e inició sus estudios de derecho en la jornada nocturna; sin embargo, su ex compañero la sigue coaccionando, injuriando y amenazando para que regrese a vivir con él, llegando incluso a intimidarla con un arma de fuego.

Según relato de la señora Caicedo, en cierta oportunidad su esposo se presentó en su residencia y en forma violenta entró a las alcobas, y sustrajo sin su autorización sus vestidos y todos sus documentos personales, llevándose, además, a los dos hijos menores.

Consulte las normas pertinentes de la Convención Interamericana para Prevenir, Sancionar y Erradicar la Violencia contra la Mujer y de la Convención sobre la Eliminación de todas las formas de Discriminación contra la Mujer, de Naciones Unidas, así como la jurisprudencia nacional e internacional, y responda las siguientes preguntas. En todos los casos fundamente su respuesta.

	<p style="text-align: center;">¿Cuál considera usted que es el mecanismo judicial más eficaz para contribuir a la protección de los derechos vulnerados?</p> <p style="text-align: center;">¿Qué derechos se violaron?</p> <p style="text-align: center;">¿Qué instrumentos de derecho internacional utilizaría para dar solución al caso planteado, de acuerdo con el mecanismo elegido?</p> <p>c) Realice los ejercicios 1, 2 y 3 correspondientes al capítulo de derechos de la mujer, tomo III de la <i>Compilación de jurisprudencia y doctrina nacional e internacional</i>, pp. 250 a 252.</p>
---	---

Notas

⁷⁹ Corte Constitucional, sentencia T-1461/00.

⁸⁰ Sentencia T-426/98.

⁸¹ Corte Constitucional, sentencia T- 470/97.

⁸² La Corte Constitucional ha sostenido que “la estabilidad no se refiere a la duración infinita del contrato de trabajo, sino que lo relevante es la expectativa cierta y fundada del trabajador de conservar el empleo en cuanto cumpla con sus obligaciones laborales y el interés del empleador, motivado en las necesidades de la empresa de prolongar o mantener el contrato”. Sentencia C-588/95.

⁸³ Corte Constitucional, sentencia T-568/96.

⁸⁴ Corte Constitucional, sentencia T-270/97.

⁸⁵ Este último alcance fue otorgado por la Corte Interamericana de Derechos Humanos, opinión consultiva OC-4/84, *Compilación de jurisprudencia y doctrina*, tomo II, p. 383.

⁸⁶ Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, artículo 26, *Compilación de instrumentos*, p. 24.

⁸⁷ Comité de Derechos Humanos, observación general N° 18. *Compilación de jurisprudencia y doctrina*, tomo II, p. 333.

⁸⁸ En el contexto de esta Convención, se entiende por discriminación “toda 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”.

⁸⁹ Preámbulo de la Convención interamericana para prevenir, sancionar y erradicar la violencia contra la mujer, “Convención de Belém do Pará”. *Compilación de instrumentos internacionales* (en adelante

UNIDAD V

Compilación de instrumentos) de la Oficina del Alto Comisionado de las Naciones Unidas en Colombia para los Derechos Humanos, p. 212.

9º Conferencia Mundial de Derechos Humanos, Declaración y Programa de Acción de Viena, *Compilación de instrumentos*, p. 615.

Unidad

6

Derechos de los niños

O

- Destacar el carácter prevalente y preferente que los derechos de los niños ostentan dentro del ordenamiento constitucional colombiano.

O

- Mostrar las diferencias de una argumentación basada exclusivamente en el derecho nacional y otra basada, adicionalmente, en normas de carácter internacional.
- Mostrar cómo, en la práctica judicial, el derecho internacional se constituye en una importante herramienta para enfrentar los problemas que involucran derechos humanos.

<div data-bbox="202 192 320 316" style="border: 1px solid black; padding: 10px; text-align: center; width: 60px; margin: auto;"> n </div>	<p>Normas aplicables (no exhaustivo):</p> <ul style="list-style-type: none"> • Constitución Política, arts. 44, 67, 68, • Código del Menor • Convención Americana sobre los Derechos del Hombre, art. 19 • Convención sobre los Derechos del Niño • Convenio N° 138 sobre la edad mínima de admisión al empleo • Convenio 182 sobre las peores formas de trabajo infantil • Declaración de Ginebra sobre los Derechos del Niño • Declaración de los Derechos del Niño • Declaración Universal de los Derechos Humanos • Directrices de las Naciones Unidas para la prevención de la delincuencia juvenil • Pacto Internacional de derechos civiles y políticos, arts. 24 • Pacto Internacional de derechos sociales, económicos y culturales, arts. 2, 10 y 13 • Protocolo facultativo de la Convención sobre los Derechos del Niño relativo a la participación de los niños en los conflictos armados. • 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. • Reglas mínimas de las Naciones Unidas para la administración de justicia en menores, "Reglas de Beijing".
<div data-bbox="202 1193 315 1324" style="border: 1px solid black; padding: 10px; text-align: center; width: 60px; margin: auto;"> j </div>	<p>Jurisprudencia aplicable (no exhaustivo):</p> <ul style="list-style-type: none"> • Corte Constitucional, sentencias T-002/92, T-309/93, T-326/93, T-349/96, SU-225/98, T-415/98. • Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, observación general N° 13. • Comité de Derechos Humanos, observación general N° 17. • Comité de Derechos Humanos, caso Hendriks contra Países Bajos, comunicación N° 201/95, decisión aprobada el 27 de julio de 1998. • Corte Interamericana de Derechos Humanos, caso Villagrán Morales y otros, sentencia del 19 de noviembre de 1999.

¿Cree usted que el concepto de inimputabilidad debe ser modificado en la legislación penal, en razón a que muchos grupos armados al margen de la ley se valen de menores de edad para cometer actos delictivos?

¿Imagina alguna situación en la que pueda afirmarse, sin asomo de duda, que los niños no son víctimas del conflicto armado interno que vive el país? ¿Su hijo estaría en esa hipótesis?



INCORPORACIÓN DEL DIDH EN LA PRÁCTICA JUDICIAL COLOMBIANA

EJEMPLO TIPO 2

Los hechos del caso

Debido a las amenazas de una catástrofe natural por el desbordamiento de los ríos aledaños a su territorio, la comunidad de pescadores testigos de Jehová decidió trasladarse de su asentamiento al municipio XXX. Merced a la prolongada estadía en este lugar, las madres decidieron enviar a sus hijos a la escuela primaria rural del municipio. Sin embargo, debido a sus tradiciones religiosas, las directivas del establecimiento educativo negaron el ingreso de los menores, encontrando eco en algunos padres de familia que se sumaron al rechazo de los niños, creyendo que su cercanía a los otros menores sería contraproducente para su desarrollo educativo, social y cultural.

La decisión de primera instancia

1. El problema jurídico a resolver

Compete determinar qué garantías constitucionales amparan a los menores indígenas frente a la decisión adoptada por las autoridades educativas.

2. El derecho a la educación

Al tenor del artículo 67 de la Constitución Política, el derecho a la educación ofrece varios aspectos que vale la pena resaltar:

La educación como derecho:

Como derecho, la educación supone la oportunidad que tiene la persona humana de acceder a la diversidad de valores que depara la cultura, que le permiten adquirir conocimientos para alcanzar el pleno desarrollo de su personalidad, los cuales la colocan en la posibilidad real de participar, en igualdad de condiciones, en el ejercicio de otros derechos fundamentales, como el del trabajo, el libre desarrollo de la personalidad o la libertad de escoger profesión u oficio, que son condición para lograr una especial calidad de vida. La educación, de otra parte, habilita al ser humano para conocer y apreciar racionalmente los principios y valores democráticos y de participación ciudadana previstos en la Constitución.

En la sentencia T-309 de 1993, la Corte Constitucional tuvo oportunidad de señalar, cómo el desconocimiento del derecho a

C

la educación se traduce en la violación de los derechos a la igualdad y al libre desarrollo de la personalidad. Así se pronunció la Corporación:

Se desconoce el derecho a la igualdad, ya que por la función misma que cumple el proceso educativo, la educación es uno de aquellos derechos que realiza materialmente el principio, y en la medida en que la persona tenga igualdad de posibilidades educativas, tendrá igualdad de oportunidades en la vida para efectos de su realización como persona. (...)

Se quebranta el derecho al libre desarrollo de la personalidad, pues es entendido que entre los fines que a la educación se asignan, figuran, entre otros, el de propiciar el libre desarrollo de la personalidad, de acuerdo con las aptitudes y aspiraciones del individuo, fomentando al mismo tiempo la conservación y superación de la persona a través de la transmisión de conocimientos, técnicas, actitudes y hábitos. Dicho derecho posee el carácter de esencial a toda persona, y, por lo tanto, fundamental.

La importancia esencial de la educación se destaca entonces cuando se advierte que asume el carácter de un derecho instrumental o derecho medio, en cuanto se convierte, como se ha anotado, en la clave del desarrollo de la personalidad y del ejercicio de otros derechos cuya efectividad sería utópica sin su mediación, al tiempo que cumple el objetivo constitucional de formar un hombre respetuoso de los derechos humanos, amante de la paz y la democracia, y receptivo al cumplimiento de los deberes que son correlativos a los derechos y libertades reconocidos en la Constitución.

Y es que impedir a una persona el acceso a los conocimientos que sólo la educación transmite, significa negarle la posibilidad de ser y de obtener las capacidades para desempeñar los oficios y ejercitar los saberes que demanda la sociedad del mundo moderno, enriquecida día a día por inventos científicos y tecnológicos que obligan al hombre a adquirirlos como elemento esencial de supervivencia.

“La importancia esencial de la educación se destaca, entonces, cuando se advierte que asume el carácter de un derecho instrumental o derecho medio, en cuanto se convierte, como se ha anotado, en la clave del desarrollo de la personalidad y del ejercicio de otros derechos cuya efectividad sería utópica sin su mediación”.

Xavier Zubiri, filósofo español, al hacer referencia a las potencialidades del hombre señala que “la persona con sus

C

capacidades accede a unas posibilidades, las cuales una vez apropiadas se naturalizan en las potencias y facultades con lo cual cambian las capacidades. Con estas nuevas capacidades, las personas se abren en un nuevo ámbito de posibilidades. Es el ciclo capacidad, posibilidad, capacitación: en la teoría como proceso⁹¹.

En estas condiciones, en un Estado social de derecho como el colombiano, pluralista y fundado en el principio de igualdad de oportunidades, la educación y, por medio de ella, el conocimiento, se constituyen en los instrumentos necesarios para garantizar un orden político, económico y social justo, a la vez que se erigen como fines del sistema político.

Adicionalmente, por su ubicación dentro del texto constitucional, la educación es uno de los llamados derechos de segunda generación. Sin embargo, desde muy temprano y en numerosas oportunidades, la Corte Constitucional se ha ocupado de este derecho otorgándole el carácter de fundamental, haciéndolo, por tanto, susceptible de protección por vía de tutela⁹².

No obstante su fundamentabilidad, la educación no tiene un carácter absoluto, pues ofrece un doble aspecto. "Es un derecho-deber en cuanto no solamente otorga prerrogativas a favor del individuo, sino que comporta exigencias de cuyo cumplimiento depende en buena parte la subsistencia del derecho, pues quien no se somete a las condiciones para su ejercicio, como sucede con el discípulo que desatiende sus responsabilidades académicas o infringe el régimen disciplinario que se comprometió a observar, queda sujeto a las consecuencias propias de tales conductas: la pérdida de las materias o la imposición de las sanciones previstas dentro del régimen interno de la institución"⁹³, siempre que se observen las garantías del debido proceso.

No obstante, la Constitución no concibe la educación como un derecho radicado exclusivamente en cabeza de los sujetos del proceso educativo, esto es, de los educandos. En efecto, con fundamento en el artículo 68 superior, éste es un derecho del que también son titulares los padres de familia, consistente en la posibilidad de escoger el tipo de educación que desean para sus hijos menores de edad.

Este derecho excluye, en consecuencia, 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 estimen deseable para su mejor porvenir⁹⁴.

C

La educación como servicio público:

Si bien la educación es un derecho fundamental y se consagra como un servicio público, en cuanto que constituye una actividad de interés general que se ha de satisfacer, bien por el Estado o bajo su vigilancia por los particulares, su prestación está condicionada por las limitaciones que surgen de las propias posibilidades operativas y de cobertura de las instituciones que la ofrecen (limitación material) y, además, por los requerimientos académicos y administrativos (limitación técnica) que éstas reclaman de quienes pretenden acceder a sus aulas.

Los referidos condicionamientos –ha dicho la Corte Constitucional⁹⁵– “deben ser apreciados en función de la valoración de las deficiencias en la prestación del servicio y como una interferencia indeseable que el Estado debe estar presto a superar, dado que el derecho a la educación está erigido como derecho constitucional fundamental de aplicación inmediata, lo cual impone a aquel como deber ineludible una respuesta inmediata a las necesidades insatisfechas de educación, cuya satisfacción es prioritaria, a través del llamado ‘gasto público social’, como componente prioritario de los planes de desarrollo y de presupuesto de la Nación y de las entidades territoriales (art. 366 C.P.)”.

“Si bien la educación es un derecho fundamental y se consagra como un servicio público, en cuanto que constituye una actividad de interés general que se ha de satisfacer, bien por el Estado o bajo su vigilancia por los particulares, su prestación está condicionada por las limitaciones que surgen de las propias posibilidades operativas y de cobertura de las instituciones que la ofrecen (limitación material) y, además, por los requerimientos académicos y administrativos (limitación técnica) que éstas reclaman de quienes pretenden acceder a sus aulas”.

No obstante su carácter de servicio público, la educación no puede ser entendida como la entronización del monopolio estatal⁹⁶, ya que, con fundamento en el artículo 68 superior, los particulares se encuentran expresamente autorizados – dentro de las condiciones de creación y gestión que establezca la ley– para fundar establecimientos educativos.

Corresponde, pues, al Estado la regulación y el ejercicio de la suprema inspección y vigilancia de la educación, con el objeto de velar por su calidad, por el cumplimiento de sus fines y por la mejor formación moral, intelectual y física de los educandos. También es de su incumbencia mantener un sistema transparente y eficaz de supervisión del cumplimiento de tales

C

finés, así como garantizar el adecuado cubrimiento del servicio y asegurar a los menores las condiciones necesarias para su acceso y permanencia en el sistema educativo⁹⁷.

Los fines de la educación:

A la luz de los artículos 67 y 70 de la Carta Política, el objetivo del proceso educativo es promover y fomentar, en igualdad de oportunidades, el acceso a la cultura, al conocimiento y a la ciencia de todos los colombianos.

Adicionalmente, con fundamento en el artículo 5.1. de la Ley 115 de 1993, la educación en Colombia debe adelantarse propendiendo por el pleno desarrollo de la personalidad de los educandos, sin más limitaciones que las que le imponen los derechos de los demás y el orden jurídico, dentro de un proceso de formación integral, física, psíquica, intelectual, moral, espiritual, social, afectiva, ética, cívica y demás valores humanos.

La Corte Constitucional, por su parte, ha sentado su propia doctrina al respecto:

La tarea educativa debe partir del supuesto de su finalidad netamente humana, en cuanto el objetivo primordial de la educación es la formación de la persona, titular de un ámbito propio de libertad que debe respetarse. La misión y el deber de los educadores, conforme a la Constitución, es la de formar a la persona en los principios, valores y reglas de vida que garanticen las condiciones propicias para su desenvolvimiento posterior en la sociedad, sin invadir ese espacio de libertad⁹⁸.

Para el desarrollo de esta misión, la propia Constitución ha dotado a los planteles educativos de autonomía, como garantía para el pleno ejercicio y disfrute del derecho a la libertad de enseñanza.

“Tratándose de planteles educativos de carácter oficial, los alcances del derecho a la libertad de enseñanza y del principio de autonomía se encuentran aún más restringidos, pues, con fundamento en el artículo 68 de la Carta, las instituciones de este tipo no pueden, bajo ninguna circunstancia, exigir a sus miembros el acatamiento de unos postulados éticos determinados contra su voluntad, ya que ello desconoce completamente los principios pluralista y de igualdad de oportunidades que inspiran nuestro modelo de Estado”.



El alcance de este derecho y del principio de autonomía no son, empero, absolutos. Ellos se encuentran limitados por la Constitución, la ley y los derechos de los demás. En efecto, si bien es cierto que el derecho a la libertad de enseñanza implica la adopción de una postura ética por parte de las instituciones educativas y el deber jurídico de los estudiantes de acatarla, en virtud del acuerdo contractual que regula las relaciones entre ellos y la institución, también lo es que dicha concepción ética debe respetar el núcleo esencial de los demás derechos involucrados en el proceso educativo, tales como el libre desarrollo de la personalidad, la igualdad y la libertad de conciencia y de cultos.

Tratándose de planteles educativos de carácter oficial, los alcances del derecho a la libertad de enseñanza y del principio de autonomía se encuentran aún más restringidos, pues, con fundamento en el artículo 68 de la Carta, las instituciones de este tipo no pueden, bajo ninguna circunstancia, exigir a sus miembros el acatamiento de unos postulados éticos determinados contra su voluntad, ya que ello desconoce completamente los principios pluralista y de igualdad de oportunidades que inspiran nuestro modelo de Estado.

3. Los derechos de los niños

En la legislación colombiana, es menor todo aquél que no haya cumplido dieciocho años.

Por tal motivo, la protección especial reconocida en el artículo 44 de la Carta Política, cobija no sólo a los niños sino también a los adolescentes⁹⁹.

En relación con ellos, compete al Estado, en cooperación con la sociedad y la familia, la obligación de asistirlos y protegerlos para garantizar, sin discriminación alguna, su desarrollo armónico e integral y el ejercicio pleno de sus derechos, entre los que se cuentan la vida, la integridad física, la salud y la seguridad social, la alimentación equilibrada, su nombre y nacionalidad, tener una familia y no ser separado de ella, el cuidado y el amor, la educación y la cultura, la recreación y la libre expresión de la opinión.

En lo que tiene que ver con los derechos de los niños, la Carta Política de 1991 presenta una importante variación con respecto a la Constitución anterior.

En efecto, mientras que en la Constitución de 1886 los derechos de los infantes no fueron objeto de una regulación particular, en la actual Constitución estos derechos gozan de una identidad propia y de una protección casi ilimitada,

C

justamente en razón a la naturaleza y la especial condición de su titular.

Particularmente interesado en dotarlos de un contenido normativo específico, el Constituyente de 1991 otorgó a estos derechos un carácter prevalente, fundamental y expansivo, de cuya observancia, respeto y protección son igualmente responsables la familia, la sociedad y el Estado.

Este reconocimiento especial se justifica en razón a la propia condición del infante, porque frente a él, "todo está por hacer, todo por otorgar, todo por ofrecer, siendo, como es, un ser débil y vulnerable"¹⁰⁰.

La situación de indefensión en que se encuentra el niño frente al resto del conglomerado social justifica, pues, que, en caso de conflicto entre sus derechos y los derechos de otro sujeto jurídicamente protegido, aquéllos adquieran prevalencia y, en consecuencia, una mayor protección por parte del Estado y la sociedad.

"Particularmente interesado en dotarlos de un contenido normativo específico, el Constituyente de 1991 otorgó a estos derechos (los de los niños) un carácter prevalente, fundamental y expansivo, de cuya observancia, respeto y protección son igualmente responsables la familia, la sociedad y el Estado."

Con respecto al carácter prevalente de los derechos de los menores en situaciones de conflicto, la Corte Constitucional se ha pronunciado, como sigue:

La Constitución Política es tajante al señalar que "los derechos de los niños prevalecen sobre los derechos de los demás"; la razón esencial de tal prevalencia, no es otra que la situación de indefensión en que se encuentra colocado el infante frente al resto del conglomerado social, y por ende, la mayor protección que a él deben brindarle tanto el Estado como la sociedad¹⁰¹.

Dice además el alto Tribunal:

Una de las bases de la civilización consiste en no someter a los más débiles, sino, por el contrario, promoverlos y defenderlos reconociendo su dignidad personal, y el trato preferencial, que deben dárseles en virtud de la proporcionalidad, esencia de la justicia distributiva, que consiste en dar a cada cual según sus necesidades. Esto no significa que se rompa el principio de igualdad, sino todo lo contrario: es lo justo como proporción, o sea, una equivalencia proporcional que suple las deficiencias de quien incondicionalmente es

C

sujeto de derechos... La debilidad de un infante no es negación del derecho, sino afirmación de su necesidad y fundamento del merecimiento de una actitud preferencial hacia él.

“La situación de indefensión en que se encuentra colocado el niño frente al resto del conglomerado social justifica, pues, que, en caso de conflicto entre sus derechos y los derechos de otro sujeto jurídicamente protegido, aquéllos adquieran prevalencia y, en consecuencia, una mayor protección por parte del Estado y la sociedad.”

Así las cosas, la prevalencia constitucionalmente reconocida a los derechos de los menores armoniza plenamente con el mandato de igualdad contenido en el artículo 13 superior, en virtud del cual el Estado debe proteger especialmente a aquellas personas que, por su condición económica, física o mental, se encuentran en circunstancias de debilidad manifiesta, sin discriminación alguna por razones de raza, color, sexo, idioma, opinión política o cualquier otra condición suya, de sus padres o de sus representantes legales.

“Para efectos de protección constitucional, el concepto de niños incluye a los adolescentes y a todos aquellos que no hayan cumplido la mayoría de edad.”

La decisión de segunda instancia

Se considera ajustada a derecho la decisión en virtud de la cual el a quo despachó de forma favorable las pretensiones de la demanda. No obstante, es importante precisar que existen otras razones de derecho internacional que avalan la legalidad del fallo.

1. Derecho a la educación

La educación es un derecho humano intrínseco y un medio indispensable para realizar otros derechos humanos. De ahí que, tal como lo ha reconocido el Comité de Derechos Sociales, Económicos y Culturales, el derecho a la educación se halle cobijado por la prohibición de discriminación consagrada en el artículo 2 del Pacto Internacional de Derechos Sociales, Económicos y Culturales, prohibición ésta que “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”¹⁰².



Reconocida como la herramienta más importante con que cuentan los adultos y los menores económica y socialmente marginados para salir de la pobreza, participar en sus comunidades y hacer efectivos otros derechos humanos¹⁰³, la educación se encuentra expresa y extensamente reconocida, en sus diferentes aspectos (acceso, permanencia, libertad de conciencia, libertad de cátedra), en el artículo 13 del Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales (Ley 74 de 1968):

1. Los Estados Partes en el presente Pacto reconocen el derecho de toda persona a la educación. Convienen en que la educación debe orientarse hacia el pleno desarrollo de la personalidad humana y del sentido de su dignidad, y debe fortalecer el resto de los derechos humanos y las libertades fundamentales. Convienen asimismo en que la educación debe capacitar a todas las personas para participar efectivamente en una sociedad libre, favorecer la comprensión, la tolerancia y la amistad entre todas las naciones y entre todos los grupos raciales, étnicos o religiosos, y promover las actividades de las Naciones Unidas en pro del mantenimiento de la paz.

2. Los Estados Partes en el presente Pacto reconocen que, con el objeto de lograr el pleno ejercicio de este derecho,

a) La enseñanza primaria debe ser obligatoria y asequible a todos gratuitamente;

b) 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 enseñanza progresiva de la enseñanza gratuita;

c) 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 el aprendizaje progresivo de forma gratuita;

d) 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 educación primaria;

e) Se debe proseguir 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.

C

3. Los Estados Partes en el presente Pacto se comprometen a 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.

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 educación dada en esas instituciones se ajuste a las normas mínimas que prescriba el Estado.

Reconocida entonces como un derecho humano, la educación, al igual que los otros derechos de este tipo, impone varios tipos o niveles de obligaciones a los estados: respetar, proteger y cumplir. Adicionalmente, les impone las obligaciones de facilitar y de proveer.

La obligación de respetar exige que los Estados Partes eviten las medidas que obstaculicen o impidan el disfrute del derecho a la educación. La obligación de proteger impone a los Estados Partes adoptar medidas que eviten que el derecho a la educación sea obstaculizado por terceros. La de dar cumplimiento (facilitar) exige que los estados adopten medidas positivas que permitan a individuos y comunidades disfrutar del derecho a la educación y les presten asistencia. Por último, los Estados Partes tienen la obligación de dar cumplimiento (facilitar el) al derecho a la educación. Como norma general, los Estados Partes están obligados a dar cumplimiento a (facilitar) 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. No obstante, el alcance de esta obligación está supeditado siempre al texto del Pacto¹⁰⁴.

Sin embargo, como bien lo ha reconocido el Comité, para que las anteriores obligaciones sean una realidad palpable y auténtica, es necesario que se den, en los respectivos estados, ciertas condiciones materiales que posibiliten su acatamiento. En opinión del Comité, las condiciones que permitirían su realización son las siguientes:

- Disponibilidad. Debe haber instituciones y programas de enseñanza en cantidad suficiente en el ámbito del Estado Parte.
- Accesibilidad. Las instituciones y los programas de enseñanza han de ser accesibles, material y económicamente, a todos, sin discriminación, en el ámbito del Estado Parte.

C

- **Aceptabilidad.** La forma y el fondo de la educación, comprendidos los programas de estudios 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.
- **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 sociales y culturales variados.

Y es que sólo existiendo condiciones materiales que posibiliten la observancia por parte de los estados de las obligaciones arriba mencionadas, podrá asegurarse en gran medida la efectiva realización de los fines del proceso educativo y el compromiso de cambio social que a éste le ha sido encomendado.

“La educación no sólo es una responsabilidad del Estado, pues en su cumplimiento también deben concurrir la sociedad y la familia.”

2. Los derechos de los niños

Por su particular situación de indefensión, y por personificar el conjunto de expectativas que las sociedades actuales construyen a futuro, los niños constituyen una categoría de sujetos especialmente protegidos, y gozan, de forma exclusiva, de una serie de derechos y garantías que buscan, ante todo, crear a su alrededor un ambiente de dignidad y tolerancia dentro del cual puedan crecer y desarrollarse normalmente.

Es con éste propósito, que el artículo 24 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos reconoce a favor de los infantes los derechos a ser inscritos inmediatamente después de su nacimiento, a tener un nombre y una nacionalidad.

Pese a no contener un amplio catálogo de derechos, la norma en comento no puede interpretarse en el sentido de que los derechos allí previstos son los únicos que el Pacto reconoce a los niños, ya que éstos gozan, en cuanto individuos, de todos los derechos civiles enunciados en él. Así lo expresó tajantemente el Comité de Derechos Humanos¹⁰⁵.

El artículo 24 reconoce además el derecho de todo niño, sin discriminación alguna, a las medidas de protección que su condición de menor requiere, tanto por parte de su familia como de la sociedad y del Estado. Lo anterior entraña, sin



lugar a dudas, la adopción de medidas especiales para proteger a los niños, además de las medidas que los estados deben adoptar en virtud del artículo 2 del Pacto para garantizar a todas las personas el disfrute de los derechos previstos en él.

En el mismo sentido, el artículo 19 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos señala que:

Todo niño tiene derecho a las medidas de protección que su condición de menor requieren por parte de la familia, la sociedad y el Estado.

Dichas medidas, en concepto de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, consisten, entre otras, en el mandato de no discriminación, en la asistencia especial a los niños privados de su medio familiar, en la garantía de la sobrevivencia y el desarrollo del niño, en el derecho a un nivel de vida adecuado y de reinserción social de todo niño víctima de abandono o explotación¹⁰⁶.

Ello supone la existencia de ciertos deberes a cargo del Estado de los cuales éste no puede sustraerse. Tales deberes aparecen consignados en la Convención sobre los derechos del niño, aprobada por la Ley 12 de 1991. Veamos:

Artículo 2

1. Los Estados Partes respetarán los derechos enunciados en la presente Convención y asegurarán su aplicación a cada niño sujeto a su jurisdicción, sin distinción alguna, independientemente de la raza, el color, el sexo, el idioma, la religión, la opinión política o de otra índole, el origen nacional, étnico o social, la posición económica, los impedimentos físicos, el nacimiento o cualquier otra condición del niño, de sus padres o de sus representantes legales.

2. Los Estados Partes tomarán todas las medidas apropiadas para garantizar que el niño se vea protegido contra toda forma de discriminación o castigo por causa de la condición, las actividades, las opiniones expresadas o las creencias de sus padres, o sus tutores o de sus familiares.

Artículo 3

1. En todas las medidas concernientes a los niños que tomen las instituciones públicas o privadas de bienestar social, los tribunales, las autoridades administrativas o los órganos legislativos, una consideración primordial a que se atenderá será el interés superior del niño.

2. Los Estados Partes se comprometen a asegurar al niño la protección y el cuidado que sean necesarios para su bienestar, teniendo en cuenta los derechos y deberes de sus padres, tutores u otras personas responsables de él

<div data-bbox="186 187 303 293" style="border: 1px solid black; padding: 10px; text-align: center; width: 80px; margin: auto;"> C </div>	<p>ante la ley y, con ese fin, tomarán todas las medidas legislativas y administrativas adecuadas.</p> <p>3. Los Estados Partes se asegurarán de que las instituciones, servicios y establecimientos encargados del cuidado o la protección de los niños cumplan las normas establecidas por las autoridades competentes, especialmente en materia de seguridad, sanidad, número y competencia de su personal, así como en relación con la existencia de una supervisión adecuada.</p> <p style="text-align: center;">Artículo 4</p> <p>Los Estados Partes adoptarán todas las medidas administrativas, legislativas y de otra índole para dar efectividad a los derechos reconocidos en la presente Convención. En lo que respecta a los derechos económicos, sociales y culturales, los Estados Partes adoptarán esas medidas hasta el máximo de los recursos de que dispongan y, cuando sea necesario, dentro del marco de la cooperación internacional.</p> <p>Se refleja claramente en este Convenio el compromiso de las entidades gubernamentales en el desarrollo óptimo de la niñez. Apoyadas obviamente de los diversos sectores sociales y fundamentalmente del núcleo familiar, en el que los padres tienen la responsabilidad primordial de la crianza y desarrollo de sus hijos, sin discriminación alguna por motivos de raza, color, sexo, idioma, religión, origen nacional o social, posición económica o nacimiento. Sustenta esta afirmación el artículo 24 del Pacto de Derechos Civiles y Políticos en su primer numeral.</p>
<div data-bbox="186 1088 303 1208" style="border: 1px solid black; padding: 10px; text-align: center; width: 80px; margin: auto;"> r </div>	<p>¿Qué opinión le merece la actitud asumida por los habitantes del barrio Eduardo Santos de la ciudad de Bogotá que, en su oportunidad, tuvieron una actitud hostil en relación con el jardín infantil que habría de albergar a varios niños menores de cinco años, hijos de indigentes, recicladores y trabajadoras sexuales?</p>

e

¿Qué le diría a un hijo suyo que estuviera en ese jardín?

a) ¿Conoce alguna otra decisión o normatividad nacional o internacional que pueda contribuir a fortalecer o complementar el ejercicio anterior? En caso afirmativo incorpórela en la argumentación de la segunda instancia.

b) Las Farc reclutaron en la “zona de distensión” niños a partir de los doce años. La oficina de la Alta Comisionada de la ONU para los DDHH pudo observar la presencia de menores uniformados y llevando armas en las filas de los diferentes grupos guerrilleros del país. Este reclutamiento se lleva a cabo mediante persuasión o de manera forzosa.

¿Qué normas de derecho internacional se lesionan con la conducta descrita?

¿Qué delito o delitos se tipifican en el caso expuesto?

c) Atendiendo las políticas de ajuste fiscal dictadas por el gobierno central, mediante acuerdo municipal se dispone la reestructuración del municipio de Planicie. La misma se reduce a ordenar la supresión de dos establecimientos públicos municipales: el orfanato y el ancianato, debido a los altos costos que generaban al fisco municipal. Con la medida se afectan notoriamente los niños y los ancianos beneficiarios, pero también el conjunto de empleados que los atendían.

Asumiendo que los distintos grupos de afectados hicieron uso de los mecanismos jurídicos adecuados para la defensa de sus intereses, ¿cómo respondería a las respectivas demandas instauradas?

d) Realice los ejercicios 1 y 2 correspondientes al capítulo de derechos de los niños del tomo III de la *Compilación de jurisprudencia y doctrina nacional e internacional*, pp. 253 y 254.

Notas

⁹¹ Xavier Zubiri, citado por Luis José González y Germán Martínez en *Educación para el cambio*, Bogotá, Editorial El Buho, 1989, p. 137. Tomado de Xavier Zubiri, *Siete ensayos de antropología filosófica*, Bogotá, Usta, 1982.

⁹² Sentencias T-002/92 y T-569/94.

⁹³ Corte Constitucional, sentencia T-493/92.

⁹⁴ Corte Constitucional, sentencia T-409/92. De conformidad con el artículo 13 del Pacto Internacional de Derechos Sociales, Económicos y Culturales, los estados deben respetar la libertad de los padres y tutores legales para que sus hijos o pupilos reciban un educación religiosa o moral conforme a sus propias convicciones y para escoger escuelas distintas de las públicas, siempre que “aquellas satisfagan las normas mínimas que el Estado prescriba o apruebe.” Observación general N° 13, *Compilación de jurisprudencia y doctrina*, tomo II, p. 263.

⁹⁵ Sentencia T-236/94.

⁹⁶ Corte Constitucional, sentencia T-017/95.

122

⁹⁷ Comité de Derechos Sociales, Económicos y Culturales, observación general N° 13, *Compilación de jurisprudencia y doctrina*, tomo II, pp. 273 y 275.

⁹⁸ Sentencia T-243/99.

⁹⁹ Corte Constitucional, sentencia C-019/93.

¹⁰⁰ Corte Constitucional, sentencia T-326/93. En el mismo sentido, la Corte Interamericana de Derechos Humanos ha afirmado que el fundamento del deber de protección de los niños a cargo del Estado, contenido en el artículo 19 de la Convención sobre los derechos del niño, radica en la vulnerabilidad e incapacidad de éstos para asegurar por sí mismos el respeto de sus derechos. Caso Villagrán Morales y otros, sentencia del 19 de noviembre de 1999, *Compilación de jurisprudencia y doctrina*, tomo II, p. 524.

¹⁰¹ Sentencia T-415/98.

¹⁰² Observación general N° 13, *Compilación de jurisprudencia y doctrina*, tomo II, p. 251.

¹⁰³ Comité de Derechos Sociales, Económicos y Culturales, observación general N° 13, *Compilación de jurisprudencia y doctrina*, tomo II, p. 251.

¹⁰⁴ *Ibidem*.

¹⁰⁵ Observación general N° 17, *Compilación de jurisprudencia y doctrina*, tomo II, p. 487.

¹⁰⁶ Caso Villagrán Morales y otros, sentencia del 19 de noviembre de 1999, *Compilación de jurisprudencia y doctrina*, tomo II, p. 528

Unidad

7

Derecho internacional humanitario y desplazados

O

- **Mostrar que, en virtud de la figura del bloque de constitucionalidad, los instrumentos de derecho internacional no constituyen una herramienta auxiliar en la función de administrar justicia, ni menos aún, un instrumento decorativo y erudito de los fallos judiciales, sino que hacen parte del derecho interno y, por lo tanto, tienen carácter vinculante para todas las autoridades públicas y los particulares.**
- **Recalcar que las normas de derecho internacional humanitario son parte integrante del ius cogens, razón por la cual ellas tienen plena aplicación en nuestro país y son de imperativa observancia para todos los actores del conflicto.**
- **Crear en los jueces penales colombianos la convicción de que los desafíos que les impone la aplicación del nuevo Código Penal, especialmente en lo que toca con el título que se ocupa de los bienes y personas protegidas por el derecho internacional humanitario, pueden llegar a ser superados de forma satisfactoria si logran acercarse y apropiarse de las normas de derecho internacional y de los pronunciamientos de los organismos internacionales encargados de promover su observancia.**

n**Normas aplicables (no exhaustivo):**

- Constitución Política, arts. 4, 93 y 214.
- Código de Procedimiento Penal, art. 159.
- Ley 387/97.
- Decreto 2569/00.
- Convención Americana sobre Derechos Humanos.
- Convenios de Ginebra, art. 3 común.
- Convención sobre la prohibición del empleo, almacenamiento, producción o transferencia de minas antipersonal y sobre su destrucción.
- Convenio sobre prohibiciones o restricciones del empleo de ciertas armas convencionales que puedan considerarse excesivamente nocivas o de efectos indiscriminados.
- Declaración de San Petesburgo de 1868 con el objeto de prohibir el uso de determinados proyectiles en tiempo de guerra.
- Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos.
- Pacto Internacional de Derechos Sociales, Económicos y Culturales.
- Principios rectores de los desplazamientos internos.
- Protocolo adicional a los Convenios de Ginebra del 12 de agosto de 1949, relativo a la protección de los conflictos armados internacionales (Protocolo I).
- Protocolo adicional a los Convenios de Ginebra del 12 de agosto de 1949 relativo a la protección de los conflictos armados sin carácter internacional (Protocolo II).
- Reglamento relativo a las leyes y costumbre de la guerra terrestre.



Jurisprudencia aplicable (no exhaustivo):

- Corte Constitucional, sentencias C-574/92, T-265/94, C-225/95, SU-1150/00, T-327/01.
- Comentario del artículo 3 común a los Convenios de Ginebra, relativo a la protección de las víctimas de los conflictos armados sin carácter internacional.
- Comentario del Título I del Protocolo II adicional a los Convenios de Ginebra, relativo a la protección de las víctimas de los conflictos armados sin carácter internacional.
- Instituto Internacional de Derecho Humanitario, Declaración de normas generales relativas a la conducción de las hostilidades aplicables en caso de conflicto armado no internacional y prohibiciones y limitaciones del empleo de ciertas armas en los conflictos armados no internacionales. 7 de abril de 1990.
- Corte Interamericana de Derechos Humanos, caso Las Palmeras, sentencia del 4 de febrero de 2000.
- Comisión Interamericana de Derechos Humanos, caso 11.142 (Colombia), Informe 26/97 aprobado el 30 de septiembre de 1997.
- Comisión Interamericana de Derechos Humanos, caso 11.137 (Argentina), Informe 55/97 aprobado el 18 de noviembre de 1997.
- Comisión Interamericana de Derechos Humanos, tercer informe sobre la situación de los derechos humanos en Colombia, capítulo IV, febrero de 1999.

¿En qué medida cree que la observancia del DIH puede contribuir a encontrar una solución política negociada del conflicto armado interno colombiano?

¿Cuáles considera usted que son los más graves e importantes problemas que afronta la población desplazada por la violencia?



INCORPORACIÓN DEL DIDH EN LA PRÁCTICA JUDICIAL COLOMBIANA

EJEMPLO TIPO 2

Los hechos del caso

En noviembre del año 2000, más de doscientos campesinos provenientes de las zonas rurales de varios municipios del Urabá antioqueño, arribaron a la ciudad de Medellín atemorizados por las amenazas de que habían sido objeto por miembros de las Autodefensas Unidas de Colombia, AUC. De acuerdo con el relato de los campesinos, días atrás, varios hombres, portando insignias distintivas de este grupo paramilitar, habían incursionado en sus dominios y, con lista en mano, habían asesinado y torturado a varios de ellos acusándolos de ser auxiliares de la guerrilla. A los aterrorizados espectadores, les concedieron un plazo de 48 horas para abandonar sus pertenencias y salir de estos territorios.

En este contexto, mediante tutela, las familias desplazadas exigen de los gobiernos nacional, departamental y municipal el suministro de ayuda humanitaria tendiente a obtener su reasentamiento dentro de condiciones tales que les permitan el pleno disfrute de sus derechos fundamentales.

La decisión de primera instancia:

1. El problema jurídico planteado:

Compete en esta oportunidad determinar cuáles son las obligaciones del Estado colombiano en relación con las personas desplazadas por la violencia.

2. El deber de sancionar e investigar a los responsables del desplazamiento:

El nuevo Código Penal, a diferencia del Decreto 2700 de 1991, sanciona con prisión de diez (10) a veinte (20) años, multa de mil (1.000) a dos mil (2.000) salarios mínimos legales mensuales vigentes e inhabilitación para el ejercicio de derechos y funciones públicas de diez (10) a veinte (20) años, a todo aquél que, con ocasión de un conflicto armado interno y sin que medie justificación militar, traslade o desplace forzosamente de su sitio de asentamiento a la población civil.

La deportación, expulsión, traslado o desplazamiento forzado de población civil, junto con otras veintinueve conductas, hace

C

parte del título único del Código Penal relativo a los delitos contra las personas y los bienes protegidos por el derecho internacional humanitario.

El compromiso adquirido como Alta Parte contratante de los Convenios de Ginebra, obligaba al Estado colombiano en general, y al poder legislativo en particular, a adoptar las medidas legislativas necesarias para determinar las adecuadas sanciones penales que debían aplicarse a quienes cometieran u ordenaran cometer conductas contrarias a las personas y bienes protegidos por el derecho internacional humanitario.

3. Las obligaciones derivadas de la Ley 387 de 1997 y su decreto reglamentario

Con fundamento en el artículo 1° de la Ley 387 de 1997, por la cual se adoptan medidas para la prevención del desplazamiento forzado, es desplazado “toda persona que se ha visto forzada a migrar dentro del territorio nacional abandonando su localidad de residencia o actividades económicas habituales, porque su vida, su integridad física, su seguridad o libertad personales han sido vulneradas o se encuentran directamente amenazadas, con ocasión de cualquiera de las siguientes situaciones: conflicto armado interno, disturbios y tensiones interiores, violencia generalizada, violaciones masivas de los Derechos Humanos, infracciones al Derecho Internacional Humanitario u otras circunstancias emanadas de las situaciones anteriores que puedan alterar o alteren drásticamente el orden público”.

El desplazamiento forzado aparece, pues, para la persona que lo padece, la violación de una larga lista de derechos fundamentales entre los que se puede mencionar, entre otros, el derecho a la vida, a la paz, a la libre circulación por el territorio nacional, el trabajo, la integridad personal, la dignidad humana, la educación –particularmente de los menores que se ven obligados a huir–, la vivienda en condiciones dignas.

Esta situación ha sido descrita por la Corte Constitucional, como sigue:

No existe discusión acerca de que el desplazamiento forzado aparece una violación múltiple, masiva y continua de los derechos de las personas obligadas a migrar. 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.

C

El desplazamiento forzado comporta obviamente una vulneración del derecho de los nacionales a escoger su lugar de domicilio, al igual que de 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 muy afectados derechos económicos, sociales y culturales, y frecuentemente son sometidos a la dispersión de sus familias¹⁰⁷.

Frente a esta situación, el Estado colombiano, 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 de 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.

Dado el carácter urgente que posee la atención a los colombianos expulsados de sus hogares por causa de la violencia y las dificultades que para este fin plantean la ausencia de coordinación entre las entidades encargadas de asistirlos y las omisiones mencionadas en relación con la aplicación de las normas dictadas para ese propósito, corresponde al Presidente de la República, en primera instancia, en su calidad de Jefe de Estado, Jefe de Gobierno y Suprema Autoridad Administrativa, ocuparse directamente de la situación de emergencia social generada por el fenómeno del desplazamiento forzado¹⁰⁸.

En su calidad de Jefe de Estado, el Presidente de la República debe velar por que los colombianos que se encuentran en condición de debilidad manifiesta –como ocurre con las personas desplazadas– reciban la asistencia que merecen como asociados de la comunidad política cuya existencia y unidad él representa; como Jefe de Gobierno él está llamado a conjurar la situación de perturbación del orden público que genera la emergencia social provocada por el desplazamiento forzado; y como Suprema Autoridad Administrativa tiene la capacidad de



dictar las instrucciones necesarias para lograr que la administración pública cumpla con sus obligaciones para con las personas desplazadas.

Precisamente, el Decreto 2569 de 2000, reglamentario de la Ley 387 de 1997, expedido por el Presidente de la República en ejercicio de las potestades de que goza en su calidad de Suprema Autoridad Administrativa, confió a la Red de Solidaridad Social –que es un establecimiento público del orden nacional, dotado de personería jurídica, autonomía administrativa y patrimonio propio, adscrito al Departamento Administrativo de la Presidencia de la República– una de tales obligaciones, cual es la de promover el mejoramiento de las condiciones de vida de la población desplazada del país.

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

El acceso efectivo por parte de la población desplazada a tales programas o estrategias de acción se encuentra garantizado por el principio constitucional de buena fe.

Ello indica, de un lado, que la posibilidad real de beneficiarse de esos planes no se encuentra sujeta a la certificación de “condición de desplazado” proferida por el Ministerio del Interior, y de otro, para lograr su inclusión en el Registro Nacional de Desplazados y recibir así la ayuda del gobierno, basta con aportar una prueba siquiera sumaria del hecho del desplazamiento¹⁰⁹.

La decisión de segunda instancia:

Se considera ajustada a derecho la decisión en virtud de la cual el *aqvo* despachó de forma favorable las pretensiones de la demanda. No obstante, es importante precisar que el juzgador de primera instancia pasó por alto importantes instrumentos normativos que contribuyen a enriquecer la discusión en torno al tema.

1. El artículo 93 de la Constitución Política:

Los tratados y convenios internacionales ratificados por el Congreso, que reconocen los derechos humanos y que prohíben su limitación en los estados de excepción, prevalecen en el orden interno. Los derechos

C

y deberes consagrados en esta Carta, se interpretarán de conformidad con los tratados internacionales sobre derechos humanos ratificados por Colombia.

Con fundamento en la norma transcrita, para que un tratado o convenio internacional tenga prevalencia en el orden interno, se requiere que reconozca un derecho humano y que, por su contenido, no sea susceptible de suspensión durante la vigencia de los estados de excepción.

En tales circunstancias es claro que los tratados de derecho internacional humanitario, como los Convenios de Ginebra de 1949 (Ley 5 de 1960) y los Protocolos adicionales I y II (entrados en vigor para Colombia en virtud de la no improbación otorgada por la Comisión Especial Legislativa el 4 de septiembre de 1991 y en virtud de la Ley 171 de 1994, respectivamente), cumplen tales presupuestos, puesto que ellos reconocen derechos humanos que no pueden ser limitados ni durante los conflictos armados, ni durante los estados de excepción.

“Para que un tratado o convenio internacional tenga prevalencia en el orden interno, se requiere que reconozca un derecho humano y que, por su contenido, no sea susceptible de suspensión durante la vigencia de los estados de excepción.”

Adicionalmente, tal como lo ha reconocido la Corte Constitucional, existe una perfecta coincidencia entre los valores protegidos por la Constitución colombiana y los convenios de derecho internacional humanitario, puesto que todos ellos se apoyan en el respeto de la dignidad de la persona humana. En efecto, esta Corporación ya había señalado que “las disposiciones del derecho internacional humanitario que tratan sobre el manejo de las personas y las cosas vinculadas a la guerra, como las que señalan la forma de conducir las acciones bélicas, se han establecido con el fin de proteger la dignidad de la persona humana y para eliminar la barbarie en los conflictos armados”¹¹⁰.

En virtud de esta finalidad específica, los tratados de derechos humanos en estricto sentido y los convenios de derecho humanitario, adquieren el carácter de *ius cogens* y conforman el régimen internacional de protección de la persona humana.

El derecho internacional humanitario es, ante todo, un catálogo axiológico cuya validez absoluta y universal no depende de su consagración en el ordenamiento positivo¹¹¹. Esto explica por qué las normas humanitarias son obligatorias para los estados y las partes en conflicto, incluso si éstos no han aprobado los tratados respectivos. Al respecto dijo la Corte Constitucional:

C

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.

Así las cosas, no es legítimo que un actor armado irregular, o una fuerza armada estatal, consideren que no tienen que respetar en un conflicto armado las normas mínimas de humanidad, por no haber suscrito estos actores los convenios internacionales respectivos.

Del mismo modo, la fuerza normativa del derecho internacional humanitario, derivada de la aceptación universal de sus contenidos normativos por los pueblos civilizados y de la evidencia de los valores de humanidad que estos instrumentos internacionales recogen, impide la exigencia por parte de los actores enfrentados del *principio de reciprocidad*.

En efecto, dado que la obligación humanitaria no es una facultad de las partes en conflicto sino un derecho de los no combatientes, no puede alguno de aquellos alegar el incumplimiento del derecho humanitario por su contrincante con el fin de excusar sus propias violaciones de estas normas¹¹². Por eso, este derecho tiene la particularidad de que sus reglas constituyen garantías inalienables estructuradas de manera singular: se imponen obligaciones a los actores armados, en beneficio no propio sino de terceros: la población no combatiente y las víctimas de ese enfrentamiento bélico.

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 en nuestro país no sólo el derecho internacional humanitario es válido en todo tiempo sino que,

C

además, opera una incorporación automática del mismo “al ordenamiento interno nacional, lo cual, por lo demás, es 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*”¹¹³.” 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 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*”¹¹⁴.

“En virtud de esta específica finalidad, los tratados de derechos humanos en estricto sentido y los convenios de derecho humanitario, adquieren el carácter de ius cogens y conforman el régimen internacional de protección de la persona humana.”

2. La doctrina del bloque de constitucionalidad

En los términos del artículo 93 de la Carta Política prevalente no significa supraconstitucional. En efecto, desde una perspectiva de derecho constitucional, las normas de derecho internacional humanitario no pueden ser concebidas como normas supraconstitucionales por el sólo hecho de ser prevalentes en el orden interno, pues ello generaría una incompatibilidad manifiesta con el artículo 4° superior, según el cual la Constitución es norma de normas.

La necesidad de armonizar los principios y mandatos contenidos en los artículos 4° y 93 de la Carta Política ha

C

llevado a la Corte Constitucional a apelar a la figura del bloque de constitucionalidad, proveniente del derecho francés y fuertemente arraigada en el derecho constitucional comparado¹¹⁵, según la cual “las normas y tratados internacionales a que se refiere el artículo 93 tienen la misma jerarquía normativa de las reglas contenidas en el texto constitucional y entran a complementar la parte dogmática de la Constitución de 1991”¹¹⁶. En virtud de la noción del bloque de constitucionalidad, las normas de derecho internacional que reconocen derechos humanos y que prohíben su limitación en los estados de excepción adquieren, pues, el carácter de verdaderos principios y reglas de valor constitucional, esto es, de normas situadas en el nivel constitucional, a pesar de que puedan a veces contener mecanismos de reforma diversos al de las normas del articulado constitucional *strictu sensu*.

“A partir de la jurisprudencia desarrollada por la Corte Constitucional, la figura del bloque de constitucionalidad, proveniente del derecho francés y fuertemente arraigada en el derecho constitucional comparado, se ha convertido en la única herramienta de interpretación capaz de armonizar los principios y mandatos aparentemente en contradicción de los artículos 4º y 93 de nuestra Carta”.

La aplicación de este instrumento permite la sujeción de la actividad de las autoridades públicas no sólo a la Constitución y a la ley, sino también a cierto tipo de tratados y convenios internacionales. La revisión de la constitucionalidad de las actuaciones de las autoridades debe hacerse, en consecuencia, no sólo a la luz del texto formal de la Carta sino también de ciertas disposiciones de carácter supralegal con relevancia constitucional.

De acuerdo con la jurisprudencia desarrollada por la Corte Constitucional sobre el particular, el bloque de constitucionalidad está integrado por el Preámbulo, el articulado de la Constitución, los tratados de límites ratificados por Colombia, los tratados de derecho humanitario, los tratados ratificados por Colombia que reconocen derechos intangibles, los artículos de los tratados de derechos humanos ratificados por Colombia, cuando se trate de derechos reconocidos por la Carta, y la doctrina elaborada por los tribunales internacionales en relación con esas normas internacionales, las leyes orgánicas y las leyes estatutarias¹¹⁷.

La pertenencia al bloque de constitucionalidad está dada, en algunos casos, por mandato expreso de la propia Constitución, como en el caso del derecho internacional humanitario (art. 214, inc. 2º C.P.) y de los tratados de derechos humanos que reconocen derechos humanos y que prohíben su limitación en

C

los estados de excepción (art. 93 ídem); y en algunos otros, dicha pertenencia está determinada por el *principio de indivisibilidad*, tal como sucede con los derechos y garantías inherentes a la persona humana (art. 94 C.P.).

No obstante, la Corte Constitucional ha ampliado este criterio reconociendo la posibilidad de que se incluyan otros derechos humanos de naturaleza distinta. Al respecto, esta Corporación ha dicho que otros tratados pueden entrar a formar parte de este bloque siempre que sea *la misma Carta* la que les otorgue esta categoría, o sea el juez constitucional quien lo haga interpretando la misma. De esta manera, ha reconocido la incorporación de los tratados de fronteras y los Convenios de la OIT al bloque de constitucionalidad¹¹⁸.

En tales circunstancias –ha dicho la Corte Constitucional¹¹⁹–, “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 2º) 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 (CP art. 4º), 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).

“El bloque de constitucionalidad está compuesto por aquellas normas y principios que, sin aparecer formalmente en el articulado del texto constitucional, son utilizados como parámetros del control de constitucionalidad de las leyes, por cuanto han sido normativamente integrados a la Constitución, por diversas vías y por mandato de la propia Constitución.”

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.

3. El artículo 3º común de los Convenios de Ginebra

En caso de conflicto armado sin carácter internacional y que surja en el territorio de una de las Altas Partes contratantes, cada una de las Partes contendientes tendrá la obligación de aplicar, por lo menos, las disposiciones siguientes:

1. Las personas que no participen directamente en las hostilidades, incluso los miembros de las fuerzas armadas que hayan depuesto las armas y las personas

C

que hayan quedado fuera de combate por enfermedad, herida, detención o cualquier otra causa, serán en toda circunstancia, tratadas con humanidad, sin distinción alguna de carácter desfavorable, basada en la raza, el color, la religión o las creencias, el sexo, el nacimiento o la fortuna, o cualquier otro criterio análogo.

A tal efecto, están y quedan prohibidas en cualquier tiempo y lugar, respecto de las personas arriba mencionadas:

a) los atentados a la vida y a la integridad personal, especialmente el homicidio en todas sus formas, las mutilaciones, los tratos crueles, torturas y suplicios;

b) la toma de rehenes;

c) los atentados a la dignidad personal, especialmente los tratos humillantes y degradantes;

d) las condenas dictadas y las ejecuciones efectuadas sin juicio previo emitido por tribunal regularmente constituido, provisto de las garantías judiciales reconocidas como indispensables por los pueblos civilizados.

1. Los heridos y enfermos serán recogidos y cuidados. Un organismo humanitario imparcial, tal como el Comité Internacional de la Cruz Roja, podrá ofrecer sus servicios a las Partes contendientes.

Las Partes contendientes se esforzarán, por otra parte, en poner vigor por vía de acuerdos especiales a la totalidad o parte de las demás disposiciones del presente Convenio.

La aplicación de las disposiciones precedentes no tendrá efecto sobre el estatuto jurídico de las Partes contendientes.

El artículo transcrito es la única disposición de los Convenios de Ginebra aplicable a los conflictos armados no internacionales. Por contener de manera general y amplia los principios mínimos de carácter humanitario que deben observar las partes que intervienen en este tipo de conflictos, el artículo 3 común se constituye en la norma más importante del derecho de los conflictos armados que regula situaciones internas, llegando incluso a ser considerada como una "Convención en miniatura"¹²⁰.

Este artículo garantiza la aplicación de normas humanitarias reconocidas como esenciales por los pueblos civilizados y da una base legal a las intervenciones caritativas del Comité Internacional de la Cruz Roja o de cualquier otro organismo humanitario imparcial, intervenciones que, en el pasado, habían sido muy a menudo rehusadas como una injerencia inamistosa en los asuntos internos de un Estado.

C

En cuanto a su aplicación, esta norma exige, de un lado, que se trate de un conflicto armado sin carácter internacional¹²¹ y, de otro, que surja en el territorio de las Altas Partes contratantes. Adicionalmente, debe producirse entre fuerzas armadas (expresión que, aunque no distinguida en el art. 3º, se prefiere aplicar hoy a las que pertenecen al gobierno establecido y están regularmente constituidas en conformidad a la ley nacional) o entre grupos armados (los que forman los rebeldes con el propósito de luchar), o entre aquéllas y éstos.

En todo caso, los actores armados enfrentados están en la obligación de respetar las normas humanitarias consagradas en esta disposición, las cuales se resumen en una sola: trato humanitario hacia las personas protegidas. Esta obligación, tanto en el caso de las fuerzas armadas estatales como en el de los grupos armados, se fundamenta, de un lado, en el hecho de que ambas agrupaciones tienen pretensiones político-militares que pueden afectar de la misma manera a las personas y a los bienes en un territorio determinado, y de otro, en principios humanitarios y no en la existencia previa de otros requisitos ni en la capacidad de los contendientes para observarlos. Así las cosas, es claro que el surgimiento de este deber se produce *ipso jure* y que su exigibilidad no se encuentra sujeta al *principio de reciprocidad*¹²².

En lo que tiene que ver con otro ámbito de aplicación, los Convenios de Ginebra protegen fundamentalmente a las personas que no participan directamente en las hostilidades, o aquellas que habiendo participado, han depuesto las armas o se encuentran fuera de combate. El criterio de *participación directa* –ha dicho la doctrina¹²³– implica una relación causal entre la actividad que se desarrolla y el daño ocasionado al enemigo en el lugar y el tiempo en los cuales la actividad tuvo lugar.

La norma en comento protege de esta manera a la población civil, a los no combatientes y a las víctimas de la confrontación. Distinguir entre combatientes y no combatientes (principio de distinción), resulta, en consecuencia, fundamental para determinar el ámbito de aplicación personal del artículo 3 común¹²⁴.

“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 el ordenamiento jurídico y deben ser acatadas por todos los habitantes del territorio colombiano.”

C

4. El artículo 17 del Protocolo adicional a los Convenios de Ginebra del 12 de agosto de 1949, relativo a la protección de las víctimas de los conflictos armados sin carácter internacional (Protocolo II).

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 tuviere 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.

Con fundamento en el artículo 93 de la Constitución Política, las disposiciones del Protocolo II no sólo son aplicables en nuestro país sino que además tienen un carácter prevalente.

Adicionalmente, la manifestación hecha por el gobierno nacional ante la Comisión Interamericana de Derechos Humanos¹²⁵ en el sentido de aceptar la existencia de un conflicto armado interno en su territorio, hace imperativa la aplicación de las normas de dicho Protocolo, así como del artículo 3º común a los Convenios de Ginebra y las otras reglas consuetudinarias y principios que rigen en las hostilidades de este tipo.

Así las cosas, el Estado colombiano no puede sustraerse del cumplimiento de las obligaciones humanitarias impuestas por dichas normas, a saber, procurar que la población civil desplazada sea acogida en condiciones satisfactorias de alojamiento, salubridad, higiene, seguridad y alimentación, pues de la capacidad del Estado y la sociedad para resolver este problema depende en buena medida la forma que tomará el futuro del país.

Al respecto, la Corte Constitucional se ha pronunciado en los siguientes términos:

Evidentemente, la atención a más de un millón de personas desplazadas supone una inmensa tarea para el Estado colombiano. Pero, además, en el reto de desarrollarla a cabalidad se compromete la legitimidad del Estado: si el Estado –que de acuerdo con la teoría es la asociación que debe monopolizar el ejercicio de la fuerza– no fue capaz de impedir que sus asociados fueran expulsados de sus lugares de origen, tiene por lo menos que garantizarle a los cientos de miles de colombianos que han tenido que abandonar sus hogares y afrontar condiciones extremas de existencia, la atención necesaria para poder reconstruir sus vidas. Este es precisamente uno de los puntos que debe

C

distinguir el Estado colombiano de los otros centros de poder bélico que se han erigido en el país. Su capacidad de integrar y recibir aceptación por parte de los asociados –es decir, de ejercer dominio, en términos weberianos– depende de su disposición para hacer cumplir los presupuestos a los que se obliga por la Constitución Política, los cuales son los de ser un Estado democrático –que permite la participación de los ciudadanos–, de derecho –es decir, que respeta las libertades de los asociados– y social, en la medida en que no le es indiferente el bienestar de los colombianos, sino que se compromete a garantizarlo¹²⁶.

“Así las cosas, el Estado colombiano no puede sustraerse del cumplimiento de las obligaciones humanitarias impuestas por dichas normas, a saber, procurar que la población civil desplazada sea acogida en condiciones satisfactorias de alojamiento, salubridad, higiene, seguridad y alimentación, pues de la capacidad del Estado y la sociedad para resolver este problema depende en buena medida la forma que tomará el futuro del país”.

Sumado a lo anterior, la víctima del desplazamiento goza de los derechos de justicia, verdad y reparación.

El derecho a la verdad –ha dicho la Corte Constitucional–¹²⁷ “otorga al sujeto pasivo de la conducta punible la posibilidad de buscar el mayor esclarecimiento, dentro del proceso penal, de las circunstancias del desplazamiento –agentes causantes (no sólo el grupo armado culpable, sino también los autores intelectuales y materiales concretos), móviles de los agentes para la perpetuación del delito de desplazamiento forzado, etc. Adicionalmente este derecho involucra la posibilidad de tener conocimiento del curso del proceso a la vez que facilita la investigación por parte de los funcionarios del Estado en la medida en que las víctimas fueron testigos del hecho”.

“Y es que en lo que tiene que ver con el derecho internacional humanitario, a diferencia de lo que sucede con el derecho internacional de los derechos humanos, la competencia para conocer de los actos ilícitos que lo desconocen no está radicada en autoridades internacionales sino en los propios estados.”

El derecho a la verdad se encuentra reconocido en los principios 16.1 y 16.2 de los Principios Rectores de los Desplazamientos Internos. Veamos:

C

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 desplazados internos desaparecidos y cooperarán con los organismos internacionales competentes dedicados a esta labor. Informarán a los parientes más próximos de la marcha de la investigación y les notificarán los posibles resultados.

El derecho a la justicia, por su parte, se constituye en un arma efectiva contra la impunidad en cuando garantiza el acceso a la administración de justicia a quien fue víctima del delito, radicando, en consecuencia, en cabeza del Estado colombiano, el deber de velar por que la ocurrencia de tal hecho punible sea castigada por su aparato jurisdiccional a través del procesamiento, condena y ejecución de la pena del sujeto activo del delito.

Finalmente, el derecho a la reparación conlleva, como lo consagra el principio 29.2 de los Principios Rectores de los Desplazados Internos una actuación diligente del Estado en la efectiva recuperación de los bienes que se vieron compelidos a abandonar con motivo del desplazamiento o su equivalente:

Las autoridades competentes tienen la obligación y la responsabilidad de prestar asistencia a los desplazados internos que hayan regresado o se hayan reasentado en otra parte, para la recuperación, en la medida de lo posible, de las propiedades o posesiones que abandonaron o de las que fueron desposeídos cuando se desplazaron. Si esa recuperación es imposible, las autoridades competentes concederán a esas personas una indemnización adecuada u otra forma de reparación justa o les prestarán asistencia para que la obtengan.

5. La determinación de los elementos de tipo penal de la deportación, expulsión, traslado o desplazamiento forzado de población civil

En la determinación del contenido de cada uno de los elementos del tipo descrito en el artículo 159 del Código Penal, las reglas del derecho internacional humanitario resultan de vital importancia, puesto que ellas constituyen una guía autorizada de interpretación ante la omisión legislativa y doctrinaria en tal sentido.

C

Así, en lo que tiene que ver con el alcance del término “población civil”, el artículo 50 del Protocolo I, lo declara comprensivo de “todas las personas civiles”, entendiendo por tales, cualquiera que no sea miembro de las fuerzas armadas o de un grupo organizado de alguna de las partes en conflicto.

“El desplazamiento forzado apareja, pues, para la persona que lo padece, la violación de una larga lista de derechos fundamentales entre los que se pueden mencionar, entre otros, el derecho a la vida, a la paz, a la libre circulación por el territorio nacional, el trabajo, la integridad personal, la dignidad humana, la educación –particularmente de los menores que se ven obligados a huir–, la vivienda en condiciones dignas”.

El Protocolo II, a su vez, contiene los elementos fundamentales del concepto de “fuerzas armadas” al hacer alusión a las “Fuerzas Armadas” de una “Alta Parte contratante” y a las “Fuerzas Armadas disidentes o grupos armados organizados (...)” bajo la dirección de un mando responsable. Parte de la doctrina¹²⁸ señala que, del artículo 43 del Protocolo I, puede inferirse que las fuerzas armadas deben estar vinculadas a una de las partes en conflicto; que deben estar organizadas y que deben operar bajo un mando responsable. Se concluye así, fundamentalmente, que personas civiles son todas aquellas que no son miembros de aquellas organizaciones que reúnen esos requisitos o calidades. De acuerdo con lo anterior, la población civil comprende a todas las otras personas que no participen en las hostilidades, las cuales a su vez se definen por la participación en un ataque, por virtud del cual la parte busca causar daño físico o personal a bienes del enemigo¹²⁹.

El término “civil” también incluye a civiles que están tomando parte en las hostilidades sin el estatus de combatientes. Estas personas, sin embargo, pierden su protección de ataque directo (pero no su estatus de personas civiles), mientras estén participando directamente de las hostilidades. A diferencia de los combatientes, una vez que cesa su participación, estas personas civiles no pueden ya ser atacadas, aunque pueden ser sometidas a juicio y sanción por la parte adversaria, por haber asumido el papel de combatientes. Es claro, entonces, que tanto en los conflictos armados de carácter internacional como en los de carácter interno, la única circunstancia que genera la pérdida de protección a personas civiles de ataques directos es aquella en la que los civiles participan directamente en las hostilidades. Miembros del gobierno y fuerzas armadas disidentes, siendo éstos regulares, irregulares, voluntarios o

C

conscriptos, son combatientes, lo que significa que tienen el derecho de participar directamente en las hostilidades. Como tales, ellos son objetivos militares legítimos sujetos a ataque directo en todo tiempo hasta que son capturados, se han rendido o están fuera de combate por enfermedad, heridas u otra causa¹³⁰.

Adicionalmente, el propio artículo 50 del Protocolo I dispone que "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". En efecto, tal y como lo señala el numeral 3° del artículo 13 del Protocolo II, las personas civiles sólo pierden esta calidad, y pueden ser entonces objetivo militar, únicamente "si participan directamente en las hostilidades y mientras dure tal participación."

De otro lado, en lo que tiene que ver con el segundo elemento del tipo penal, es conveniente aclarar que, aun cuando la norma no lo dice expresamente, el término "conflicto armado" tiene un carácter restringido por cuanto sólo cobija a los enfrentamientos armados de carácter interno.

De acuerdo con la doctrina internacional, los conflictos armados de este tipo se caracterizan por enfrentar partes con estatutos jurídicos diferentes y por desarrollarse dentro de los límites territoriales de un Estado, esto es, dentro de sus fronteras¹³¹.

Sin embargo, no toda oposición violenta ocurrida al interior de un Estado entre sujetos con estatutos jurídicos desiguales puede considerarse conflicto armado. En efecto, los actos aislados y esporádicos de violencia, definidos por el artículo primero del Protocolo II como tensiones internas y disturbios interiores no son conflictos armados. Esta noción implica, entonces, la existencia de hostilidades de carácter colectivo que enfrentan a fuerzas armadas organizadas y dirigidas por un mando responsable¹³².

Finalmente, la existencia de una justificación militar presupone la presencia de razones tácticas y de seguridad que tengan como fin proteger la vida o la integridad personal de las personas involucradas en el conflicto.

<div data-bbox="186 183 303 293" style="border: 1px solid black; padding: 10px; text-align: center; width: 80px; margin: auto;"> r </div>	<p>¿Qué opinión le merece la toma de los desplazados de las instalaciones del Comité Internacional de la Cruz Roja en Bogotá, como mecanismo para presionar al gobierno para que adoptara decisiones y acciones prácticas frente a su difícil situación?</p>
<div data-bbox="186 493 303 602" style="border: 1px solid black; padding: 10px; text-align: center; width: 80px; margin: auto;"> e </div>	<p>a) ¿Conoce alguna otra decisión o normatividad nacional o internacional que pueda contribuir a fortalecer o complementar el ejercicio anterior? En caso afirmativo complemente la argumentación del juez de segunda instancia.</p> <p>b) El 10 de julio de 2001 es asesinado un antiguo miembro de la Unión Patriótica. La parte civil dentro del proceso penal solicita la tipificación del delito de genocidio, en la medida en que se trata de un crimen que se suma al asesinato selectivo de más de dos mil (2.000) miembros del mismo movimiento político.</p> <p style="text-align: center;"><i>¿Qué argumentos a favor o en contra esgrimiría usted para adoptar como juez la decisión respectiva?</i></p> <p>c) Realice los ejercicios 1 y 2 correspondientes al capítulo de conceptos básicos en derecho internacional humanitario del tomo III de la <i>Compilación de jurisprudencia y doctrina nacional e internacional</i>, pp. 260 a 263.</p> <p>d) Realice los ejercicios 1, 2 y 3 correspondientes al capítulo de conflictos armados no internacionales del tomo III de la <i>Compilación de jurisprudencia y doctrina nacional e internacional</i>, pp. 264 a 272.</p> <p>e) Realice los ejercicios 1, 2 y 3 correspondientes al capítulo de desplazamientos forzados del tomo III de la <i>Compilación de jurisprudencia y doctrina nacional e internacional</i>, pp. 258 a 260.</p>

Notas

¹⁰⁷ *Ibíd.*

¹⁰⁸ *Ibíd.*

¹⁰⁹ Corte Constitucional, sentencia T-327 de 1991.

¹¹⁰ Sentencia C-179/94. Sobre el particular puede consultarse también el comentario del artículo 3 común a los Convenios de Ginebra relativo a la protección de las víctimas de los conflictos armados sin carácter internacional, en el aparte relativo al origen y desarrollo de la idea. *Compilación de jurisprudencia y doctrina*, tomo III, p. 11.

¹¹¹ Sentencia C-574/92.

¹¹² Corte Constitucional, sentencia C-225/95. Véase también el comentario del artículo 3º a los Convenios de Ginebra relativo a la protección de las víctimas de los conflictos armados sin carácter internacional. *Compilación de jurisprudencia y doctrina*, tomo III, p. 24.

¹¹³ Corte Constitucional, sentencia C-574/92.

¹¹⁴ Corte Constitucional, sentencia C-225/95.

¹¹⁵ Sobre esta noción, véase Louis Favoreu, “El bloque de constitucionalidad” en *Revista del Centro de Estudios Constitucionales*, N° 5, p. 46 y ss. Igualmente Javier Pardo Falcón, *El Consejo Constitucional Francés*, Madrid: Centro de Estudios Constitucionales, 1990, p. 115 y ss., citados por Rodrigo Uprimny, “El bloque de constitucionalidad en Colombia. Un análisis jurisprudencial y un ensayo de sistematización doctrinal”, en *Compilación de jurisprudencia y doctrina*, tomo I, p. 97.

¹¹⁶ Corte Constitucional, sentencia SU-225/99. M.P.: José Gregorio Hernández Galindo.

¹¹⁷ Aunque el criterio predominante parece ser la inclusión en el bloque de las leyes estatutarias en los estados de excepción (C-708/99), algunas veces se han incorporado estas leyes en sentido lato como en la sentencia C-582/99. Rodrigo Uprimny, “El bloque de constitucionalidad en Colombia. Un análisis jurisprudencial y un ensayo de sistematización doctrinal”, en *Compilación de jurisprudencia y doctrina*, tomo I, p. 152.

¹¹⁸ Véanse, entre otras, las sentencias T-568/99, T-483/00, C-578/95 y C-191/98.

¹¹⁹ Sentencia C-225/95.

¹²⁰ Comentario del artículo 3 de los Convenios de Ginebra relativo a la protección de las víctimas de los conflictos armados sin carácter internacional, *Compilación de jurisprudencia y doctrina*, tomo III, p. 9.

¹²¹ Criterios para distinguir entre verdaderos conflictos y tensiones internas, Comisión Interamericana de Derechos Humanos, caso 11.137 contra Argentina, Informe 55 /97 aprobado el 18 de noviembre de 1997. *Compilación de jurisprudencia y doctrina*, tomo III, p. 83.

¹²² Alejandro Valencia Villa, *Derecho humanitario para Colombia*, Defensoría del Pueblo, Serie Textos de Divulgación N° 8, diciembre de 1994, p. 73.

¹²³ *Ibíd.*, p. 74. Véase además el capítulo IV del Tercer informe de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos sobre la situación de

derechos humanos en Colombia, febrero de 1999. *Compilación de jurisprudencia y doctrina*, tomo II, p. 96.

¹²⁴ No puede, en todo caso, desestimarse la crítica según la cual “la normatividad humanitaria prevista para aplicarse a los conflictos no internacionales es suficiente, por cuanto los estados restringieron el alcance de la propuesta presentada por el Comité Internacional de la Cruz Roja en la conferencia internacional preparatoria de la suscripción de los Protocolos I y II”. Jaime Prieto Méndez, “Apuntes sobre la difusión y la aplicación de las normas humanitarias”, en *Pensamiento Jurídico*, N° 9, p. 204.

¹²⁵ Véase el Tercer informe de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos sobre la situación de derechos humanos en Colombia, febrero de 1999, *Compilación de jurisprudencia y doctrina*, tomo III, p. 96.

¹²⁶ Sentencia SU 1150/00. Sobre el contenido de la obligación estatal de proporcionar protección y asistencia humanitaria a la población desplazada pueden consultarse los Principios Rectores de los Desplazamientos Internos. *Compilación de instrumentos*, p. 333.

¹²⁷ Sentencias T-265/94 y T-327/01.

144

¹²⁸ M. Bothe, K. J. Partsch y W. Solf, *New Rules for Victims of Armed Conflict: Comentary on the Two 1977 Protocols Additional to the Geneva Conventions of 1949*.

¹²⁹ Comisión Interamericana de Derechos Humanos, Tercer informe sobre la situación de derechos humanos en Colombia, febrero de 1999, *Compilación de jurisprudencia y doctrina*, tomo III, p. 96.

¹³⁰ *Ibidem*, p. 116. Véase también Robert K. Goldman, “Derecho internacional humanitario y actores no gubernamentales”, en *Pensamiento Jurídico*, N° 13, p. 138.

¹³¹ Comentario del Título I del Protocolo II relativo a la protección de las víctimas de los conflictos armados sin carácter internacional, *Compilación de jurisprudencia y doctrina*, tomo III, p. 34.

¹³² *Ibidem*.

Unidad

8

El derecho a la igualdad y los derechos de las personas privadas de la libertad

O

- Indicar, con fundamento en la jurisprudencia constitucional, las condiciones bajo las cuales resulta legítima la restricción de los derechos fundamentales de las personas privadas de la libertad.
- Resaltar que todas aquellas medidas que se apoyen en criterios potencialmente discriminatorios tales como la raza, el sexo, el origen nacional o la orientación sexual, deben ser sometidos a un estricto juicio de razonabilidad y proporcionalidad.
- Señalar los principios que existen para abordar los problemas jurídicos que involucran derechos humanos.

O

- Además de conocer, interpretar y aplicar las normas de derecho internacional, su jurisprudencia y doctrina, se quiere propiciar un debate acerca del contenido e incorporación del bloque de constitucionalidad.
- Resaltar las herramientas doctrinarias y jurisprudenciales que permiten un óptimo manejo del derecho a la igualdad.

<div data-bbox="202 192 321 318" style="border: 1px solid black; padding: 10px; text-align: center; font-size: 2em; font-weight: bold;">n</div>	<p>Normas aplicables (no exhaustivo):</p> <ul style="list-style-type: none"> • Código Penitenciario y Carcelario. • Conjunto de Principios para la protección de todas las personas sometidas a cualquier forma de detención o prisión. • Constitución Política, art. 13. • Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre, art. II. • Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, art. 26. • Principios básicos para el tratamiento de los reclusos. • Reglas de las Naciones Unidas para la protección de los menores privados de la libertad. • Reglas mínimas para el tratamiento de los reclusos.
<p>146</p> <div data-bbox="215 724 323 853" style="border: 1px solid black; padding: 10px; text-align: center; font-size: 2em; font-weight: bold;">j</div>	<p>Jurisprudencia aplicable (no exhaustivo):</p> <ul style="list-style-type: none"> • Comité de Derechos Humanos, observación general N° 15. • Comité de Derechos Humanos, observación general N° 18. • Comité de Derechos Humanos, observación general N° 21. • Comité de Derechos Humanos, caso Potter contra Nueva Zelandia, comunicación N° 632/95, decisión adoptada el 28 de julio de 1997. • Comité de Derechos Humanos, caso Polay contra Perú, comunicación N° 577/94, decisión adoptada el 6 de noviembre de 1997. • Comité de Derechos Humanos, caso Makunto contra Zambia, comunicación N° 768/97, decisión adoptada el 23 de julio de 1999. • Comité de Derechos Humanos, caso Gueye y otros contra Francia, comunicación N° 196/85, decisión adoptada el 5 de noviembre de 1987. • Corte Constitucional, sentencias C-093/91, T-403/92, C-022/96, C-086/96, T-706/96, T-153/98, C-481/98, T-327/01. • Corte Interamericana de Derechos Humanos, propuesta de modificación a la Constitución Política de Costa Rica relacionada con la naturalización, opinión consultiva OC-4/94 del 19 de enero de 1984. • Corte Interamericana de Derechos Humanos, observación general N° 21.

A partir de su propia experiencia personal y profesional, señale cuáles son los ámbitos o escenarios en los que el derecho a la igualdad se viola con mayor frecuencia.

Imagine situaciones distintas a la suspensión condicional de la ejecución de la pena y a la libertad condicional, que ameriten suspensión del tratamiento penitenciario.



INCORPORACIÓN DEL DIDH EN LA PRÁCTICA JUDICIAL COLOMBIANA

EJEMPLO TIPO 3

Los hechos del caso

En ejercicio de la acción pública consagrada en el artículo 84 del Código Contencioso Administrativo, varios ciudadanos demandaron la nulidad de las normas del reglamento de régimen interno de la Cárcel Nacional El Arquetipo que prohíben las visitas conyugales entre personas del mismo sexo, por considerar que estas disposiciones desconocen flagrantemente los derechos a la igualdad, al libre desarrollo de la personalidad y a la dignidad de las personas de orientación homosexual que se encuentran privadas de la libertad.

La decisión de primera instancia:

1. El problema jurídico planteado

La compatibilidad entre la norma acusada y los derechos de las personas de orientación homosexual que se encuentran privadas de la libertad, puede ser examinada a la luz de los principios básicos para el tratamiento de los reclusos, adoptados por la Asamblea General de las Naciones Unidas en su Resolución 45/111, del 14 de diciembre de 1990.

2. El caso concreto

La particular situación jurídica y fáctica a la que históricamente se han visto sometidos, ha ocasionado que los reclusos y las personas privadas de la libertad se hayan ido constituyendo como un grupo especialmente vulnerable y marginado.

Es por ello que los organismos internacionales y los propios estados han adoptado una serie de normas y conjuntos de principios que buscan afianzar a nivel mundial la idea de que la persona privada de la libertad merece ser tratada con humanidad y respeto de su dignidad¹³³.

Por ello, instrumentos de derecho internacional tales como las Reglas Básicas para el Tratamiento de los Reclusos, el Conjunto de Principios para la protección de todas las personas sometidas a cualquier forma de detención o prisión, las Reglas Mínimas para el Tratamiento de los Reclusos y las Reglas de las Naciones Unidas para la protección de los menores privados de la libertad, parten del reconocimiento de ciertos derechos y garantías a las

C

cuales estas personas no pueden ser obligadas a renunciar en virtud de su condición, y de ciertas otras que les son inherentes precisamente en razón de ella.

En efecto, el 5° principio para el Tratamiento de los Reclusos, dispone que:

Con excepción de las limitaciones que sean evidentemente necesarias por el hecho del encarcelamiento, los reclusos seguirán gozando de los derechos humanos y las libertades fundamentales consagrados en la Declaración Universal de Derechos Humanos, y cuando el Estado de que se trate sea parte, en el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos y su Protocolo Facultativo, así como los demás derechos estipulados en otros instrumentos de las Naciones Unidas.

En el mismo sentido, el principio 3° del Conjunto de Principios para la protección de todas las personas sometidas a cualquier forma de detención o prisión, prescribe que:

No se restringirá o menoscabará ninguno de los derechos humanos de las personas sometidas a cualquier forma de detención o prisión reconocidas o vigentes en un Estado en virtud de leyes, convenciones, reglamentos o costumbres so pretexto de que el presente Conjunto de Principios no reconoce estos derechos o los reconoce en menor grado.

El disfrute de estos derechos no puede depender, bajo ninguna circunstancia, de criterios como la raza, el color, el sexo, el idioma, la religión, la opinión política o de otra índole, el origen nacional o social, la posición económica, el nacimiento u otros factores, pues al igual que aquellas personas que no tienen restringido su derecho a la libertad individual, los reclusos se encuentran amparados por la principio constitucional de igualdad y el mandato de no discriminación.

La decisión de segunda instancia

Aun cuando podría plantearse la cuestión de si los Principios Básicos para el Tratamiento de los Reclusos hacen parte del bloque de constitucionalidad, se estima que los fundamentos de la decisión del *a quo* tienen cabida dentro del ordenamiento legal interno porque constituyen criterios válidos para interpretar las normas de carácter internacional que consagran derechos.

En efecto, de acuerdo con el principio de retroalimentación, en la interpretación de un derecho humano el juez no puede conformarse con su análisis parcial, sino que debe auscultar



todas las posibilidades normativas a fin de mejorar y complementar su análisis¹³⁴.

Adicionalmente, frente a un problema concreto de interpretación y de aplicación de normas sobre derechos humanos, el operador jurídico debe preferir la que sea más favorable a la persona¹³⁵.

1. El derecho a la igualdad

Si bien es cierto que, en virtud del principio de igualdad, todas las personas nacen libres e iguales ante la ley, y tienen derecho a recibir la misma protección y trato de las autoridades y a gozar de los mismos derechos, libertades y oportunidades, también lo es que no todo trato diferente del Estado hacia el individuo lleva implícita una discriminación. En efecto, la observancia de este principio no excluye necesariamente la posibilidad de dar un tratamiento diferente a personas que, de acuerdo con sus condiciones, hacen razonable la distinción o que, aún en casos en los que hay individuos enfrentados en una misma situación, justifican un trato particularizado.

El derecho a la igualdad ante la ley y a una protección igual de la ley sin discriminaciones no hace, pues, que todas las diferencias de trato sean discriminatorias. Tal como lo ha reconocido el Comité de Derechos Humanos¹³⁶, una diferenciación basada en criterios razonables y objetivos no supone una discriminación prohibida por aquellas normas que, como el artículo 26 del Pacto de Derechos Civiles y Políticos, garantizan a toda persona protección igual y efectiva contra distinciones odiosas.

Para determinar si una diferencia de trato dada contraviene o no las exigencias del principio de igualdad, es necesario entonces verificar si ésta se halla justificada o no en criterios objetivos y razonables. Dicha justificación –ha dicho el Tribunal Europeo de Derechos Humanos¹³⁷– debe apreciarse en relación con la finalidad y los efectos perseguidos por la medida, los cuales, a su vez, deben ser examinados a la luz de los principios que generalmente prevalecen en las sociedades democráticas.

“Si bien es cierto que, en virtud del principio de igualdad, todas las personas nacen libres e iguales ante la ley, y tienen derecho a recibir la misma protección y trato de las autoridades y a gozar de los mismos derechos, libertades y oportunidades, también lo es que no todo trato diferente del Estado hacia el individuo lleva implícita una discriminación.”

C

2. La orientación sexual y el mandato de no discriminación

Los conceptos de igualdad y de no discriminación –ha dicho la Corte Interamericana de Derechos Humanos¹³⁸– “se corresponden mutuamente, como las dos caras de una misma institución: la igualdad es la cara positiva de la no discriminación, la no discriminación es la cara negativa de la igualdad, y ambas la expresión de un valor jurídico de igualdad que está implícito en el concepto mismo del derecho como orden de justicia para el bien común. La igualdad penetró en el derecho internacional cuando ya el derecho constitucional, donde nació, había logrado superar el sentido mecánico original de la ‘igualdad ante la ley’, que postulaba un tratamiento idéntico para todas las situaciones y que llegó en su aplicación a merecer el calificativo de la ‘peor de las injusticias’, y sustituirlo por el concepto moderno de la ‘igualdad jurídica’, entendido como una medida de justicia, que otorga un tratamiento razonablemente igual a todos los que se encuentren en igualdad de circunstancias, sin discriminaciones arbitrarias y reconociendo que los desiguales merecen un trato desigual”.

Así las cosas, no habrá discriminación si una distinción está orientada legítimamente, es decir, si no conduce a situaciones contrarias a la justicia, a la razón o a la naturaleza de las cosas. De ahí que no pueda afirmarse que exista discriminación en todo tratamiento del Estado frente al individuo, siempre que esta distinción parta de supuestos de hecho sustancialmente diferentes y que expresen de modo proporcionado una fundamentada conexión entre esas diferencias y los objetivos de la norma, los cuales no pueden apartarse de la justicia o de la razón, vale decir, no pueden perseguir fines arbitrarios, caprichosos, despóticos o que de alguna manera repugnen a la esencial unidad y dignidad de la naturaleza humana.

Si analizamos las normas que a nivel internacional se ocupan del derecho a la igualdad, observamos que en ninguna de ellas la orientación sexual hace parte de la lista de criterios considerados no válidos para establecer diferencias de trato.

En efecto, el artículo 26 del Pacto de Derechos Civiles y Políticos incorpora el referido derecho en los siguientes términos:

Todas las personas son iguales ante la ley y tienen derecho sin discriminación a igual protección de la ley. A este respeto, la ley prohibirá toda discriminación y garantizará a todas las personas protección igual y efectiva contra cualquier discriminación por motivos de raza, color, sexo, idioma, religión, opiniones políticas o de cualquier otra índole, origen nacional o social,

C

posición económica, nacimiento o cualquier otra condición social.

En el mismo sentido encontramos el artículo II de la Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre que dispone que:

Todas las personas son iguales ante la Ley y tienen los derechos y deberes consagrados en esta declaración sin distinción de raza, sexo, idioma, credo ni otra alguna.

“De ahí que no pueda afirmarse que exista discriminación en todo tratamiento del Estado frente al individuo, siempre que esta distinción parta de supuestos de hecho sustancialmente diferentes y que expresen de modo proporcionado una fundamentada conexión entre esas diferencias y los objetivos de la norma, los cuales no pueden apartarse de la justicia o de la razón, vale decir, no pueden perseguir fines arbitrarios, caprichosos, despóticos o que de alguna manera repugnen a la esencial unidad y dignidad de la naturaleza humana.”

Salta a la vista entonces que, a diferencia de la raza, el sexo o el origen nacional o social, la orientación sexual no constituye, por lo menos a nivel normativo, un criterio no válido de diferenciación.

No obstante, si bien es cierto que los textos transcritos se refieren a unos tipos específicos de discriminación, también lo es –tal como lo ha reconocido el Comité de Derechos Humanos– que el término “discriminación”, así como se emplea en el Pacto, debe entenderse referido a toda distinción, exclusión, restricción o preferencia que se base en determinados motivos que, como la raza, el color, el sexo, el idioma o la religión, tengan por objeto anular o menoscabar el reconocimiento, goce o ejercicio, en condiciones de igualdad, de los derechos humanos y libertades fundamentales de todas las personas¹³⁹.

En este sentido, constituye discriminación por razón de la orientación sexual toda distinción, exclusión o restricción fundada en la opción sexual que tenga por objeto menoscabar o anular el reconocimiento, goce o ejercicio, en condiciones de igualdad, de los derechos humanos y libertades fundamentales de los homosexuales en cualquier esfera de la vida social.

C

3. Metodología para el análisis de casos relacionados con el derecho a la igualdad.

La doctrina y la jurisprudencia constitucional comparadas, así como la práctica de la propia Corte Constitucional, parecen indicar que existen dos grandes enfoques para analizar los casos relacionados con el derecho a la igualdad.

El primero de ellos, que ha sido desarrollado principalmente por la Corte Europea de Derechos Humanos y por los tribunales constitucionales de España y Alemania, se basa en el llamado test o juicio de proporcionalidad.

Su utilización permite al juez estudiar (i) si la medida es o no adecuada, esto es, si ella constituye un medio idóneo para alcanzar un fin constitucionalmente válido; luego (ii) examina si el trato diferente es o no “necesario” o “indispensable”, para lo cual debe el funcionario analizar si existe o no una medida que sea menos onerosa en términos del sacrificio de un derecho o un valor constitucional, y que tenga la virtud de alcanzar con la misma eficacia el fin propuesto; y (iii) finalmente el juez realiza un análisis de “proporcionalidad en estricto sentido” para determinar si el trato desigual no sacrifica valores y principios constitucionales que tengan mayor relevancia que los alcanzados con la medida diferencial.

“Constituye discriminación por razón de la orientación sexual toda distinción, exclusión o restricción fundada en la opción sexual que tenga por objeto menoscabar o anular el reconocimiento, goce o ejercicio, en condiciones de igualdad, de los derechos humanos y libertades fundamentales de los homosexuales en cualquier esfera de la vida social.”

La otra tendencia, impulsada por la jurisprudencia de la Corte Suprema de Estados Unidos, se funda en la existencia de distintos niveles de intensidad en los escrutinios o test de igualdad (estrictos, intermedios o suaves). Así, cuando el test es estricto, el trato diferente debe constituir una medida necesaria para alcanzar un objetivo constitucionalmente imperioso, mientras que si el test es flexible basta que la medida sea potencialmente adecuada para alcanzar un propósito que no esté prohibido por el ordenamiento. En el test intermedio, finalmente, sólo se examina que el sacrificio de los demás para compensar una desigualdad de origen sea proporcional, pues se aplica esencialmente la constitucionalidad de acciones positivas.

Por su parte, los tribunales internacionales encargados de administrar justicia también se han percatado de la utilidad e importancia que reviste este instrumento metodológico en la solución de casos que involucran presuntas violaciones al

C

derecho a la igualdad de las personas. Ello ha sido consecuencia de la conciencia que existe entre los distintos operadores jurídicos sobre las dificultades que reviste distinguir entre discriminaciones arbitrarias, carentes de todo fundamento objetivo y proscritas por los instrumentos de derecho internacional y por la propia Constitución, y las distinciones legítimas que pertenecen íntegramente a la competencia del Ejecutivo y del Legislativo y que no son susceptibles de generar normas incompatibles ni conductas violatorias de los derechos humanos de las personas hacia quienes se dirigen.

En efecto, en el seno de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, el juez Rodolfo Piza Escalante ha advertido que el concepto de discriminación debe calificarse en función de tres criterios básicos, a los que denomina de “razonabilidad”, en función de la naturaleza y fin del derecho o institución que califique; de “proporcionalidad”, en relación con los principios y valores incluidos en la totalidad del ordenamiento al que ese derecho o institución pertenezca; y de “adecuación” a las circunstancias –históricas, políticas, económicas, culturales, espirituales, etc.– de la sociedad en que opera¹⁴⁰.

De acuerdo con el criterio de ‘razonabilidad’, una distinción, por alguno de los motivos enumerados en el artículo 1.1. de la Convención o de los similares implicados en él, sería discriminatoria y, por ende, ilegítima, cuando fuere contraria a los principios de la recta razón, de la justicia y del bien común, aplicados razonablemente a la norma o conducta correspondiente, en función de la naturaleza y fines del derecho o institución a que esa norma o conducta se refieren. La calificación de esos criterios de razonabilidad de cada caso concreto, es tarea de determinación que debe hacerse al interpretar y aplicar el derecho, utilizando, eso sí, mecanismos lo más objetivos posibles, ajustados a aquellos principios.

De acuerdo con el criterio de ‘proporcionalidad’, una distinción, aún siendo razonable en función de la naturaleza y fines del derecho o institución específicos de que se trate, sería discriminatoria si no se adecúa a la posición lógica de ese derecho o institución en la unidad de la totalidad del ordenamiento jurídico correspondiente, es decir, si no encaja armónicamente en el sistema de principios y valores que caracterizan objetivamente ese ordenamiento como un todo.

Finalmente, de acuerdo con el criterio de ‘adecuación’, una distinción, aún razonable y proporcionada con base en los razonamientos de los dos párrafos anteriores, todavía puede resultar

C

discriminatoria e ilegítima en vista de las circunstancias relativas –históricas, políticas, económicas, sociales, culturales, espirituales, ideológicas, etc.– de la concreta sociedad en que las normas o conductas cuestionadas se producen o producen sus efectos. En este sentido, es posible que unas determinadas limitaciones o preferencias, por ejemplo, por razones de nivel educativo, razonables, proporcionadas y justificables en una sociedad desarrollada en un campo, podrían resultar inaceptables en una con un alto grado de alfabetismo: obviamente, a la luz de los principios democráticos no podría calificarse igual la exigencia de saber leer y escribir para poder elegir o ser electo, en una sociedad en la que la gran mayoría de la población es analfabeta, que en una en que no lo es.

4. Los derechos de los reclusos

Las personas que se encuentran privadas de su libertad no pueden ser objeto de tratos contrarios a su dignidad o a su valor intrínseco como personas. Tampoco pueden ser privados del disfrute de aquellos derechos humanos y libertades fundamentales consagrados en diversos instrumentos internacionales que no sean absolutamente incompatibles con la situación de encarcelamiento.

“Así, pues, en el caso específico de los homosexuales, la diferencia de trato que el Estado les dé en relación con otros grupos sociales requiere de una fundamentación que permita desvirtuar que, en el caso particular, la orientación sexual ha sido utilizada como criterio para perpetuar un prejuicio sin asidero empírico y como argumento de persecución y estigmatización.”

Tal es el sentido de la afirmación hecha por el Comité de Derechos Humanos en el sentido de que las personas privadas de la libertad gozan de todos los derechos humanos y las libertades fundamentales reconocidas en los instrumentos de derecho internacional¹⁴¹.

5. La libertad sexual y el derecho a la visita conyugal

La idea según la cual, la abstinencia sexual constituiría una pena accesoria a la pena principal de privación de la libertad impuesta a la persona responsable de haber delinquido, no es compatible con la Constitución Política ni con los instrumentos internacionales de derechos humanos.

Así, si bien es cierto que es perfectamente razonable y ajustado a derecho que la persona reclusa en una cárcel en

<p style="text-align: center;">C</p>	<p>calidad de condenado o sindicado vea restringido su derecho a la libertad sexual, también lo es que esas restricciones no pueden llegar al extremo de anular por completo su ejercicio, puesto que éste no resulta del todo incompatible con las exigencias disciplinarias y de convivencia del establecimiento carcelario.</p> <p>Por ello, en términos generales, ya no es extraño encontrar que los códigos y estatutos penitenciarios de los estados reconocen a favor de las personas privadas de la libertad el derecho a la visita conyugal, sometida, claro está, a precisas exigencias y condicionamientos de tiempo y espacio.</p> <p>El ejercicio de este derecho, en concepto de las Naciones Unidas, no puede estar condicionado a la calificación de la conducta del reo, pues éste no tiene la connotación de un premio o una bonificación por la observancia de buen comportamiento, sino la de una respuesta a una necesidad física y familiar del interno y de su esposa (o) o compañera (o) permanente.</p> <div style="border: 1px solid black; padding: 10px; margin: 10px auto; width: 80%;"><p style="text-align: center;"><i>“Así, si bien es cierto que es perfectamente razonable y ajustado a derecho que la persona reclusa en una cárcel en calidad de condenado o sindicado vea restringido su derecho a la libertad sexual, también lo es que esas restricciones no pueden llegar al extremo de anular por completo su ejercicio, puesto que éste no resulta del todo incompatible con las exigencias disciplinarias y de convivencia del establecimiento carcelario.”</i></p></div>
<p style="text-align: center;">r</p>	<p>Teniendo en cuenta las condiciones de reclusión de los centros carcelarios y penitenciarios del país, ¿qué opinión le merece la no aprobación en el Congreso de la Ley de Jubileo?</p>

e

a) La administración de la Cárcel Nacional El Arquetipo de Bogotá, cuya población carcelaria está constituida por personas detenidas preventivamente por delitos contra el patrimonio económico, la fe pública y la administración de justicia, planea adelantar completas obras de remodelación en tres de los seis patios allí existentes. Según cálculos aproximados, las obras se extenderán por espacio de quince meses.

Dichas obras comportan la construcción de celdas de 6.60 metros cuadrados, con una capacidad para cuatro internos y con un baño en su interior. La ventilación de las mismas, según especificaciones técnicas, se llevaría a cabo por un orificio en la puerta de acceso de 29 cm de ancho por 49 cm de alto.

Para adelantar tales obras, la administración carcelaria dispuso el traslado de los casi 2.500 internos que conforman la población carcelaria de los patios a remodelar a los patios restantes, los cuales, tienen, cada uno, una capacidad para albergar a 500 personas. Igualmente, ordenó el reacondicionamiento de algunos presos en las zonas de recreo en improvisados cambuches y expuestos a las inclemencias del clima, y dispuso el traslado temporal de algunos otros a la Cárcel Nacional El Panóptico de Bucaramanga, cuya población carcelaria está constituida por personas condenadas por delitos contra la seguridad del Estado, el patrimonio económico y la libertad y seguridad personales.

¿Considera usted ajustada a las normas y principios constitucionales y de derecho internacional la actuación de las autoridades administrativas del centro carcelario?

¿Qué normas y principios de derecho internacional resultan comprometidos en el caso en cuestión?

b) En una universidad pública, el Consejo Académico expide un Acuerdo mediante el cual establece el siguiente sistema de ingreso a las distintas facultades:

- El 70% de los cupos se asignarán por concurso público.
- El 10% a los hijos de los profesores de la universidad.
- El 10% a los habitantes de los municipios pobres del departamento en donde funciona la universidad.
- El 5% a los deportistas que demuestren alto rendimiento.
- El 5% a los reinsertados de la zona cubierta académicamente por la universidad.

Un aspirante indígena, que encabeza la lista de las personas que quedaron por fuera del concurso, interpone tutela por considerar que se violan sus derechos y solicita se autorice su ingreso a la universidad.



¿Cómo resolvería el caso y con base en qué argumentos? ¿Considera que el referido acuerdo es contrario al artículo 13 de la Carta Política?

c) Realice los ejercicios 1 y 2 correspondientes al capítulo de igualdad y no discriminación del tomo III de la *Compilación de jurisprudencia y doctrina nacional e internacional*, pp. 249 y 250.

d) Realice los ejercicios 1, 2 y 3 correspondientes al capítulo de los derechos de las personas privadas de la libertad del tomo III de la *Compilación de jurisprudencia y doctrina nacional e internacional*, pp. 225 a 258.

Notas

¹³³ Para determinar qué tratos contrarían los principios de dignidad y humanidad que deben regir las privaciones de la libertad, puede consultarse la comunicación N° 577 de 1994 proferida por el Comité de Derechos Humanos al resolver el caso Polay contra Perú. *Compilación de jurisprudencia y doctrina*, tomo II p. 636.

¹³⁴ Sobre el tema de la interpretación más favorable a la protección de los derechos puede consultarse la sentencia T-327 de 2001 de la Corte Constitucional y el texto de Néstor Pedro Sagüez: *Problemas de interpretación en derechos humanos*.

¹³⁵ Los problemas de interpretación en derechos humanos no han escapado a las preocupaciones de la doctrina. El principio pro-homine, en sus tres dimensiones (interpretación más favorable, aplicación más favorable y principio de retroalimentación) se constituye en una poderosa herramienta para fortalecer y extender el ámbito de aplicación de las normas sobre derechos humanos.

¹³⁶ Comité de Derechos Humanos, caso Gueye y otros contra España, comunicación N° 196 de 1985, decisión adoptada el 5 de noviembre de 1987. *Compilación de jurisprudencia y doctrina*, tomo II, p. 375.

¹³⁷ H.R., Case “relating to certain aspects of the laws on the use of languages in education in Belgium” (Merits), judgment of 23RD July 1968, p. 34. *Compilación de jurisprudencia y doctrina*, tomo II, p. 387.

¹³⁸ Propuesta de modificación a la Constitución Política de Costa Rica relacionada con la naturalización, opinión consultiva OC-4/84 del 19 de enero de 1984, Serie A N° 4, párrs. 56-58, *Compilación de jurisprudencia y doctrina*, tomo II, p. 383.

¹³⁹ Observación general N° 18, *Compilación de jurisprudencia y doctrina*, tomo II, p. 333.

¹⁴⁰ Voto separado en la propuesta de modificación a la Constitución Política de Costa Rica relacionada con la naturalización, opinión consultiva OC-4/84 del 19 de enero de 1984, Serie A N° 4, párrs. 12-16, *Compilación de jurisprudencia y doctrina*, tomo II, p. 383.

¹⁴¹ Observación general N° 21, *Compilación de jurisprudencia y doctrina*, tomo II, p. 631.