

Derechos humanos y derecho internacional humanitario

Módulo de autoformación

**Rodrigo Uprimny Yepes
Inés Margarita Uprimny Yepes
Oscar Parra Vera**

Fundación Social

Consejo Superior de la Judicatura
Escuela Judicial “Rodrigo Lara Bonilla”
Enero 2006

TABLA DE CONTENIDO DEL MODULO

| | |
|---|-----------|
| Presentación Didáctica del Módulo de Derechos Humanos y Derecho Internacional Humanitario..... | 4 |
| Introducción. Fuerza vinculante de los derechos humanos en el ordenamiento jurídico colombiano..... | 6 |
| Unidad 1. Concepto, historia y fundamentación de los derechos humanos..... | 8 |
| I. Objetivos | 8 |
| II. Actividades Pedagógicas | 8 |
| 1. Evolución del contenido de los derechos humanos | 8 |
| 2. Positivización de los derechos humanos..... | 9 |
| 3. Derechos humanos, derechos fundamentales, otros derechos..... | 10 |
| 4. Grandes debates en derechos humanos | 12 |
| III. El ensayo: Concepto, historia y fundamentación de los derechos humanos | 15 |
| 1. Derechos humanos, derechos constitucionales y derechos fundamentales: similitudes y diferencias..... | 16 |
| 2. Evolución del contenido de los derechos humanos. Generaciones de derechos, Estado social y democrático de derecho y clasificación de los derechos..... | 22 |
| 3. Clasificación de los derechos. Integralidad e interdependencia de los derechos.... | 28 |
| 4. Grandes debates en derechos humanos. La universalidad de los derechos humanos frente a la diversidad cultural | 31 |
| IV. Autoevaluación..... | 34 |
| ■Unidad 2. Derecho internacional, derecho interno y bloque de constitucionalidad: la fuerza jurídica interna de los derechos humanos..... | 36 |
| I. Objetivos | 36 |
| 5. Actividades Pedagógicas..... | 36 |
| Unidad 3. Dimensión internacional de los derechos humanos | 49 |
| I. Objetivos | 49 |
| II. Actividades Pedagógicas..... | 49 |
| 1. Paz, soberanía y derechos humanos: la filosofía de los sistemas internacionales de protección de los derechos humanos | 49 |
| 2. El principio de subsidiariedad y complementariedad | 51 |
| 3. Los funcionarios judiciales, el principio de subsidiariedad y el deber de aplicar los estándares internacionales de derechos humanos | 52 |
| 4. Fuentes del Derecho Internacional | 55 |
| 5. Principales instancias internacionales de protección de los derechos humanos..... | 55 |
| III. El ensayo: Introducción al Derecho Internacional de los Derechos Humanos..... | 56 |
| 1. Fundamento de los Sistemas Internacionales de Protección de los Derechos Humanos..... | 56 |
| 2. Fuentes del derecho internacional y del derecho internacional de los derechos humanos..... | 57 |

| | |
|--|-----------|
| 3. El Sistema Universal de Protección de los Derechos Humanos: Naciones Unidas | 62 |
| 4. El Sistema Interamericano de Protección de Derechos Humanos | 69 |
| 5. Reflexiones finales..... | 77 |
| IV. Autoevaluación..... | 78 |
| Unidad 4. Derecho internacional humanitario y derecho penal internacional..... | 79 |
| I. Objetivos | 79 |
| II. Actividades pedagógicas | 79 |
| 1. Derechos humanos y Guerra | 79 |
| 2. Principio de distinción..... | 80 |
| 3. Normatividad aplicable | 82 |
| 4. Justicia Penal Internacional..... | 83 |
| III. El ensayo: Derecho Internacional Humanitario y Derecho Penal Internacional | 83 |
| 1. El sentido del Derecho Internacional Humanitario..... | 84 |
| 2. Principios básicos del DIH..... | 86 |
| 3. Normatividad aplicable | 91 |
| 4. Corte Penal Internacional..... | 93 |
| 5. Reflexiones finales..... | 96 |
| IV. Autoevaluación..... | 97 |
| Unidad 5. Propuesta dogmática y metodológica para la solución de casos sobre derechos fundamentales..... | 98 |
| I. Objetivos | 98 |
| II. Actividades Pedagógicas..... | 98 |
| 1. Análisis de casos | 98 |
| 2. Obligaciones de los Estados | 102 |
| 3. El problema del contenido esencial de los derechos humanos..... | 102 |
| 4. Juicio de proporcionalidad | 105 |
| III. El ensayo: Propuesta dogmática y metodológica para la solución de casos donde entran en conflicto derechos fundamentales..... | 110 |
| 1. Precisión de la normatividad relevante y subsunción <i>prima facie</i> | 111 |
| 2. Examen de imputación a partir de las obligaciones de las partes | 111 |
| 2. Determinación del contenido no susceptible de restricción: contenido <i>prima facie</i> del derecho y contenido esencial de los derechos fundamentales..... | 121 |
| 3. Evaluación de justificaciones y resolución de tensiones entre derechos y otros bienes a partir de un análisis de restricciones. Juicios de ponderación y proporcionalidad y test de igualdad..... | 124 |
| 4. Precisión del remedio judicial apropiado | 133 |
| IV. Autoevaluación | 134 |

PRESENTACIÓN DIDÁCTICA DEL MÓDULO DE DERECHOS HUMANOS Y DERECHO INTERNACIONAL HUMANITARIO

El presente módulo fue realizado siguiendo los lineamientos básicos de la Escuela Judicial Rodrigo Lara Bonilla sobre formación de jueces. Esta “*metodología integral unificada para la formación y capacitación de la rama judicial*” de la escuela se funda en unos principios pedagógicos y un esquema pedagógico de autoformación y formación en grupos de aprendizaje por medio de multiplicadores¹. El módulo busca adaptarse a esos lineamientos pedagógicos, no sólo porque son aquellos que la Escuela Judicial implementa en todos sus cursos sino además porque los autores los compartimos y los consideramos apropiados.

Así, filosóficamente, el esquema de la escuela, que califica de “andragogía”, se caracteriza por tomar en consideración que la formación en los distintos temas no está dirigida a la población en general sino a un grupo profesional específico, ya que se trata de adultos, que trabajan en una organización específica (la rama judicial) y que cumplen una función particular (administrar justicia). El módulo debe tomar en cuenta esas particularidades del aprendizaje de jueces. No es pues cualquier formación en derechos humanos, sino una formación destinada a jueces. Por ello adoptamos un enfoque constructivista en el campo educativo, perspectiva según la cual los trabajos prácticos y la reflexión sobre la propia experiencia, permiten a los funcionarios judiciales avanzar en la teoría y práctica de los derechos humanos. Por esa razón, el módulo utiliza las siguientes estrategias metodológicas:

- (i) propone estudios de casos,
- (ii) desarrolla análisis de textos clásicos y normas,
- (iii) plantea discusiones, preguntas y problemas,
- (iv) propone trabajos investigativos o formas de reflexión individual o colectiva sobre los derechos humanos, y
- (v) sugiere una bibliografía básica para quienes quieran profundizar en el tema.

Cabe anotar que, a través de un ensayo, en cada unidad los autores presentan además sus propias posiciones y preferencias teóricas sobre los temas, con el fin de que el discente pueda conocer las perspectivas de los autores.

Estas decisiones metodológicas explican la estructura de las distintas unidades, que comienzan con una presentación de los objetivos de la unidad y siguen con las actividades pedagógicas propuestas. A partir de la realización de dichas actividades, es posible una lectura crítica de cada ensayo, que se encuentra al final de las unidades, seguido de algunos ejercicios de autoevaluación. Quien utiliza el módulo como material de autoaprendizaje debe realizar las actividades pedagógicas antes de la lectura del ensayo al final de cada unidad, toda vez que de

¹ Sobre este enfoque, ver Néstor Arboleda Toro, *Aprender a aprender. Módulo del discente*. Bogotá: Consejo Superior de la Judicatura, Escuela Judicial “Rodrigo Lara Bonilla”, 2002.

esa manera los trabajos pedagógicos rinden mejores frutos. Sin embargo, también conviene que el funcionario judicial reexamine dichos ejercicios luego de haber leído el ensayo, en donde se hace explícita nuestra visión sobre el tema. Ello le permitirá tomar una posible distancia crítica frente a nuestros planteamientos.

De otro lado, el esquema de aprendizaje de la escuela combina varias actividades distintas, a saber, la formación de facilitadores por parte de los autores del módulo, el trabajo de los facilitadores con otros grupos de jueces, la autoformación personal o en grupos pequeños por los jueces y la realización de talleres de réplica. El módulo fue entonces diseñado para que pueda ser usado en cada una de esas actividades, como se explica a continuación.

En primer término, es usado para la formación de los facilitadores en un taller realizado por los autores del módulo con los aspirantes a facilitadores que hayan sido seleccionados por la escuela judicial. Este taller, además de contribuir a la formación de los facilitadores, juega un papel esencial de retroalimentación, pues ayuda a detectar las insuficiencias pero también las fortalezas del módulo, lo cual permitirá realizar los correspondientes ajustes, antes de la publicación formal del módulo. Este taller resalta además el carácter participativo de la formación judicial dentro del esquema pedagógico de la Escuela.

En segundo término, el módulo está diseñado de manera tal que permite una autoformación personal o en grupos de trabajo pequeños, tal y como lo prevé el esquema pedagógico de la escuela. Para ello precisamente el módulo incluye la combinación de actividades pedagógicas individuales o grupales con la lectura del ensayo realizado por los autores, y la culminación con unas actividades de revisión. No es pues un simple libro doctrinario sino un documento destinado al autoaprendizaje de jueces.

Finalmente, el esquema mismo del módulo por unidades está pensado no sólo para la realización de esas labores de autoaprendizaje personal o grupal sino además para la realización de los talleres. En efecto, el módulo está realizado para que pueda ser trabajado en un taller de dos días, obviamente luego de la correspondiente labor personal realizada por los participantes en su autoformación personal y en grupos pequeños. El esquema básico es entonces que en un medio día se desarrolle y consolide el tema de la unidad 1 sobre “Concepto, historia e importancia de los derechos humano” y la unidad 2 sobre bloque de constitucionalidad; el segundo medio día estaría dedicado al estudio de las unidades 3 y 4 sobre dimensión internacional de los derechos humanos, derecho internacional humanitario y derecho penal humanitario, mientras que la totalidad del segundo día debería estar reservada a los problemas específicas de aplicación judicial de los derechos humanos previstos en la unidad 5. Este énfasis en la unidad 5 se explica naturalmente por cuanto se trata de una formación destinada a funcionarios judiciales.

INTRODUCCIÓN. FUERZA VINCULANTE DE LOS DERECHOS HUMANOS EN EL ORDENAMIENTO JURÍDICO COLOMBIANO

Uno de los grandes avances de la Constitución de 1991 lo constituye el haber dotado de fuerza vinculante a la normatividad internacional de derechos humanos. Ello hace que los contenidos normativos propios de los derechos humanos sean derecho obligatorio suprallegal, y en general constitucional, que debe ser aplicado por los funcionarios estatales, incluidos los jueces, y respetado por los particulares. El bloque de constitucionalidad, figura creada jurisprudencialmente, responde a ese valor superior que tiene la normatividad internacional sobre derechos humanos².

De otra parte, la apuesta constitucional por un Estado Social y Democrático de Derecho compromete el entendimiento de la democracia constitucional como un sistema anclado en los derechos humanos. Así las cosas, estos derechos constituyen el principal referente para evaluar la legitimidad de un ordenamiento jurídico-político.

El presente módulo tiene como punto de partida estos dos elementos que hacen importante el estudio de los derechos humanos en el campo jurídico colombiano: su fuerza vinculante y su valor como presupuestos formales y materiales de la democracia. Ahora bien, los jueces están llamados a involucrar en su labor la perspectiva de derechos humanos si se tiene en cuenta no sólo que éstos son normas jurídicas vinculantes sino, además, que en el constitucionalismo contemporáneo se ha insistido en el protagonismo de los jueces en orden a garantizar los derechos. Sin embargo, en la práctica, y desafortunadamente, todavía existe en algunos jueces, ciertas resistencias o dificultades en la aplicación de las normas de derechos humanos en los casos que resuelven.

En este contexto, y entre diversas opciones metodológicas, el presente módulo aborda la temática de derechos humanos y derecho humanitario con referencia a la función judicial. Se busca entonces que el funcionario judicial:

- (i) Fortalezca su comprensión del concepto y la fundamentación de los derechos humanos.
- (ii) Tenga una conciencia más clara de las implicaciones de la fuerza normativa, tanto a nivel nacional como internacional, de los derechos humanos.
- (iii) Interiorice el papel de la función judicial frente a los Sistemas Internacionales de Protección de Derechos Humanos como sistemas de protección caracterizados por el principio de subsidiariedad.

² La escuela judicial está elaborando un módulo específico sobre bloque de constitucionalidad al cual remitimos. Por lo pronto, destacamos que la Corte Constitucional ha entendido dicho bloque como “el conjunto de 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 al texto constitucional por mandato de la propia Constitución” (Sentencia C-225 de 1995).

- (iv) Utilice las herramientas y estándares del derecho internacional de los derechos humanos y del derecho internacional humanitario.

Estos objetivos son desarrollados en cinco unidades. La primera ofrece elementos conceptuales para entender el concepto de derechos humanos y las problemáticas que plantea esta categoría. La segunda aborda el estudio de la fuerza jurídica interna de los derechos humanos. La tercera y cuarta unidades se concentran en la proyección de los derechos humanos en el derecho internacional, de tal manera que se entienda la forma como la función judicial se relaciona con la activación de instancias internacionales de protección. La utilización de las herramientas y estándares en derechos humanos en el ejercicio cotidiano de la función judicial es estimulada en la unidad quinta.

Ahora bien, esta selección de temas implica excluir asuntos de vital importancia para dar cuenta de la relación entre derechos humanos y función judicial. Se trata de los mecanismos de incorporación de los instrumentos internacionales y de los mecanismos internos de protección de derechos humanos. Al respecto, debe anotarse que la Escuela Judicial coordina la elaboración de un módulo sobre acción de tutela y otro sobre bloque de constitucionalidad, razón por la cual remitimos a dichos textos en orden a integrarlos en el análisis de los derechos humanos. Así mismo, otro importante tema lo constituye el debate sobre la interpretación de los derechos fundamentales, asunto que no es tratado en el presente texto por cuanto se incluye en los módulos sobre interpretación judicial e interpretación constitucional. Finalmente, algunos temas filosóficos que subyacen a los derechos humanos se encuentran desarrollados en el módulo sobre filosofía del derecho.

UNIDAD 1. CONCEPTO, HISTORIA Y FUNDAMENTACIÓN DE LOS DERECHOS HUMANOS

I. Objetivos

Presentar y estudiar el concepto de derechos humanos y las discusiones que el mismo genera.

Determinar la importancia que la historia y la fundamentación de los derechos humanos tienen en la aplicación judicial de los mismos.

Reflexionar sobre la importancia del concepto de derechos humanos como referente de legitimidad del Estado contemporáneo y del ordenamiento jurídico.

Dar cuenta de las diversas clasificaciones de los derechos humanos, sus relaciones con categorías vecinas como los derechos fundamentales y la forma como estas diferenciaciones tienen relevancia en su aplicación judicial.

II. Actividades Pedagógicas

Instrucciones. Antes de dar paso a las actividades pedagógicas conviene recordar algunas pautas metodológicas que sirven para el logro de los objetivos pedagógicos planteados para este módulo sobre derechos humanos y derecho humanitario. Como se explicó en la introducción general, la idea es que al utilizar el módulo como material de autoaprendizaje se realicen las actividades pedagógicas antes de leer el artículo final de cada unidad, toda vez que de esa manera estas actividades pedagógicas rinden mejores frutos. Asimismo, es de gran provecho reexaminar esos mismos ejercicios luego de haber leído el artículo, para poder también tener una distancia crítica frente a lo que allí se plantea.

1. Evolución del contenido de los derechos humanos

El objetivo de esta actividad es que el dicente se aproxime a la evolución histórica del contenido de los derechos humanos.

Formulación

El inicio del artículo 1 de la Declaración de Derechos del Hombre y del Ciudadano de 1789 establece que “(l)os hombres nacen libres e iguales en derechos (...)”. Por su parte, el artículo 1 de la Declaración Universal de Derechos Humanos de 1948 consagra que “(t)odos los seres humanos nacen libres e iguales en dignidad y derechos (...)”. ¿Estos dos

enunciados tienen el mismo contenido normativo o no? Elabore un párrafo al respecto o discuta el punto con sus colegas, en las reuniones en grupo.

Respuesta

Algunos pueden considerar que la alusión a la dignidad constituye una diferenciación central entre ambos postulados. De otra parte, otros podrían centrarse en las diferencias que surgen del empleo de la palabra “hombres” en la primera declaración frente a aquella más amplia de “seres humanos” usada por la Declaración Universal. Esas diferencias literales pueden tener algún significado, aunque podría objetarse que no son realmente tan relevantes, pues la Declaración de 1789 se encuentra inmersa en la tradición kantiana por lo que es razonable argumentar que la idea de dignidad se encuentra implícita en ella. Además, razonablemente se puede considerar que la referencia a “todos los hombres” de esta declaración incluye, contemporáneamente, tanto a hombres como a mujeres. ¿Debería entonces concluirse que ambas normas tienen el mismo significado, pues esas diferencias literales no son decisivas?

No parece así. Precisamente mediante este ejercicio queremos insistir en que a pesar de sus similitudes literales, los dos textos tienen diferencias profundas que derivan de la evolución del contenido de los derechos humanos. Por ejemplo, como destaca Bobbio, de quien nos inspiramos para este ejercicio, es necesario distinguir entre igualdad de derecho frente a igualdad de hecho o, en otras palabras, entre igualdad formal e igualdad sustancial. En efecto, la igualdad en los derechos (igualdad material) significa algo más que la mera igualdad frente a la ley como exclusión de toda discriminación no justificada (igualdad formal)³. Significa gozar igualmente, por parte de todos los ciudadanos, de los derechos constitucionalmente garantizados. En cierta manera, esta igualdad sustancial puede llegar a jugar un papel, incluso, de reingeniería social y redistribución del poder, en orden a fomentar el empoderamiento de grupos históricamente excluidos y la superación de jerarquías inaceptables.

En el ensayo al final de esta unidad abordamos en detalle esas diferencias. Esta breve reflexión justifica la necesidad de situar las consecuencias que para la aplicación judicial de los derechos humanos tiene la evolución del contenido de los mismos. Pero no solo su contenido, también la evolución de su status es de profunda relevancia para la aplicación judicial, aspecto que procedemos a estudiar a continuación.

2. Positivización de los derechos humanos

El objetivo de esta actividad es que el dicente se aproxime a la naturaleza y los alcances del proceso de positivización de los derechos humanos y entienda su relevancia en la función judicial.

Formulación

En uno de sus textos, al describir el proceso de positivización de los derechos, Norberto Bobbio afirma que “los derechos del hombre nacen como derechos naturales universales, se

³ Norberto Bobbio, *Igualdad y Libertad*, Trad. de P. Aragón, Barcelona, Paidós, 1993, p. 75.

desarrollan como derechos positivos particulares para hallar luego su plena realización como derechos positivos universales. La Declaración Universal contiene en germen la síntesis de un movimiento dialéctico que comienza con la universalidad abstracta de los derechos naturales, pasa a la particularidad concreta de los derechos positivos nacionales, termina con la universalidad ya no abstracta sino concreta de los derechos positivos universales”⁴. Discuta el texto de Bobbio. Determine los momentos históricos que corresponden a las categorías que Bobbio utiliza (por qué en cierta época se habló de universalidad abstracta y en otra de particularidad concreta?). Preciado ello, explique hasta qué punto estas expresiones arrojan luces para entender si los derechos humanos son derechos naturales, derechos morales o derechos positivos.

Respuesta

Norberto Bobbio sitúa en qué tipo de normatividad podemos ubicar a los derechos humanos. Afirma entonces que han pasado desde una universalidad abstracta, propia del iusnaturalismo, hacia una particularidad concreta, que corresponde a su positivización en los estados, para finalizar en una universalidad concreta, adscrita a la positivización a nivel internacional. Se habla de universalidad abstracta porque los derechos humanos se predicaban de todos los seres humanos pero la concreción de su sentido es todavía precaria. Este último aspecto es el que evoluciona hacia referentes específicos que a la postre se universalizan.

Bobbio destaca que cuando los derechos humanos se consideraban únicamente como derechos naturales, la única defensa posible contra su violación por parte del Estado era también un derecho natural, el denominado derecho de resistencia. Posteriormente, las constituciones que reconocieron la protección jurídica de algunos derechos generaron que el derecho natural de resistencia se transformara en un derecho positivo de promover una acción judicial contra el Estado. A la postre, las declaraciones universales surgieron con el objeto de amparar a aquellos ciudadanos de Estados que no reconocían a los derechos humanos como derechos dignos de protección.

De otra parte, Bobbio destaca que los derechos humanos son el producto no de la naturaleza sino de la civilización humana. Además, en cuanto derechos históricos, son cambiantes, es decir, susceptibles de transformación y expansión. Ello explica que en una primera época de positivización, el énfasis se concentra en documentos y mecanismos de protección generales. Durante las últimas décadas los avances se proyectan en documentos específicos que intervienen sobre asuntos más concretos y protegen a poblaciones específicas.

3. Derechos humanos, derechos fundamentales, otros derechos

El objetivo de esta actividad es precisar las diferencias y relaciones de los derechos humanos con los derechos fundamentales, tomando como referencia el debate sobre responsabilidad en derechos humanos.

⁴ Norberto Bobbio, “Presente y futuro de los derechos del hombre”, en *Anuario de Derechos Humanos*, Madrid, Universidad Complutense, Facultad de Derecho, Instituto de Derechos Humanos, 1981.

Formulación

Una empresa multinacional, radicada desde hace setenta años en un país latinoamericano, viene desarrollando una política laboral caracterizada por una fuerte flexibilización. Con el tiempo, se ha impedido la supervivencia del sindicato de trabajadores y, además, se han desconocido normas de convenciones colectivas pactadas en décadas anteriores. El descontento manifestado por cincuenta trabajadores, mediante una carta dirigida al jefe de personal, fue sancionado con despido. A la postre, los trabajadores solicitaron el reintegro ante un juez laboral, sin embargo, la empresa multinacional no adelantó pronunciamiento jurídico alguno en el proceso, alegando que la ley que le rige es transnacional y se encuentra por encima del ordenamiento jurídico del respectivo país. Así mismo, la multinacional afirma que las empresas transnacionales no son responsables por la violación de derechos humanos, toda vez que nunca firmaron un tratado internacional al respecto. ¿Es admisible la posición de la empresa multinacional? Fundamente su respuesta.

Respuesta

El debate sobre la responsabilidad por la violación de derechos humanos es un debate que aún se encuentra abierto. En el ensayo que corresponde a esta unidad, presentamos los principales argumentos al respecto. Por lo pronto, debe destacarse que a favor de concentrar este tipo de responsabilidad únicamente en el Estado se alega que los Estados son los únicos que se obligan en los pactos internacionales, que los derechos humanos surgieron históricamente para frenar la arbitrariedad estatal y que los particulares pueden ser juzgados a través del derecho penal ordinario. Así las cosas, la multiplicación de los agentes violadores de derechos humanos terminaría diluyendo la responsabilidad del Estado, aspecto que lo sitúa, preferentemente, como víctima.

Por su parte, quienes defienden la posibilidad de que los particulares respondan por violación de derechos humanos, insisten en que los derechos humanos son también un poder real de oposición contra la arbitrariedad de los poderes privados. Además, señalan lo grave que resultaría la impunidad frente a crímenes atroces cometidos por particulares.

Más allá de la respuesta jurídica que se debe ofrecer al caso, lo que nos interesa con este ejercicio es señalar la necesidad de distinguir los diversos ámbitos de proyección y aplicación de los derechos humanos. En particular, es necesario que el funcionario judicial tenga claros los ámbitos que corresponden a los derechos humanos, los derechos fundamentales, el derecho humanitario y el derecho penal internacional. En el ensayo que se ofrece en esta unidad, se defiende la idea según la cual el Estado es el único agente responsable de derechos humanos desde el punto de vista del derecho internacional. Ello no deja en la impunidad las conductas de los particulares, las cuales pueden ser juzgadas a través del derecho penal, como violación de derechos fundamentales, o en el contexto del derecho penal internacional, si se tipifican los crímenes correspondientes y existe competencia de la Corte Penal Internacional. Tampoco existe desprotección a nivel interno en razón de la eficacia horizontal de los derechos fundamentales.

4. Grandes debates en derechos humanos

Los derechos humanos son derecho positivo vinculante para los jueces. Este módulo está centrado en la aplicación judicial de estos derechos. Sin embargo, ello no implica desconocer los profundos debates filosóficos que genera esta categoría jurídica, ética y política. A continuación nos referiremos a dos de estos debates filosóficos: (i) el problema de la universalidad de los derechos humanos frente a los desafíos del multiculturalismo y (ii) el debate sobre la fundamentación de los derechos humanos.

4.1. El problema de la universalidad de los derechos humanos

4.1.1. Formulación

A continuación se señalan dos casos que contextualizan el debate sobre la relatividad cultural y los derechos humanos.

Caso 1. Tres niñas francesas de religión musulmana asistieron a una escuela pública cubiertas por el velo musulmán, llamado *chador*. Las autoridades de la escuela ordenaron a las niñas que se quitaran los respectivos velos, alegando que debían vestirse como el resto de los estudiantes. Las niñas, apoyadas por sus padres y por la comunidad islámica, se negaron a cumplir la orden de las autoridades escolares, razón por la cual fueron expulsadas. Teniendo en cuenta que este caso empezó a repetirse en otras escuelas, el gobierno requirió la opinión del Consejo de Estado. Éste organismo decidió que los y las estudiantes francesas tenían el derecho a expresar sus creencias religiosas en las escuelas públicas, siempre y cuando se respete la libertad de los otros y con la condición de que tal expresión no altere el normal desenvolvimiento de la enseñanza y el orden en las escuelas.

Caso 2. En muchos países de África –e incluso en algunos países europeos-, se practica la “circuncisión” femenina, procedimiento consistente en la mutilación de parte de los órganos genitales de la mujer. Millares de niñas mueren a causa de infecciones provocadas por dicha operación, que llevan a cabo, generalmente, brujos o curanderos. La práctica se desarrolla sin mayores condiciones higiénicas. La mutilación genera traumatismos en toda la vida sexual de la mujer que es sometida a ella. A favor de esta práctica, algunas dirigentes africanas (es decir, mujeres que ejercen liderazgo en sus países) insisten en que, debido al fin del colonialismo, los principios y valores de occidente no pueden decidir, en forma arrogante, sobre lo que les conviene o no a las mujeres africanas. De otra parte, diversas encuestas demuestran que un grupo importante de la población femenina –en algunos países incluso la mayoría- considera que esta práctica no debe prohibirse. Se insiste en que una costumbre tan arraigada tiene que ser juzgada dentro del contexto particular de cada sociedad. En efecto, en algunos países africanos cuando las niñas alcanzan la pubertad y conservan intactos sus órganos sexuales, son consideradas prostitutas y muy probablemente no encuentren un marido que las acepte. Así mismo, se resalta que en estas sociedades la fuerza de la religión implica un abandono de cierta visión hedonista de la existencia, donde el placer sexual juega un papel importante. Finalmente, los defensores de la práctica insisten en que los esfuerzos actuales se deberían concentrar en campañas publicitarias para que los padres, en lugar de acudir ante

personas sin capacitación médica, recurran a los hospitales públicos para desarrollar la ablación del clítoris en condiciones de higiene. En contravía de quienes defienden la práctica, algunos consideran que toda práctica cultural debe ser respetada siempre y cuando no constituya una violación de los derechos humanos, toda vez que estos derechos son universales.

4.1.2. Preguntas y ejercicios

Como se observa, ambos casos evidencian la tensión entre los derechos humanos y el relativismo cultural. Divida entonces a los participantes en el taller en tres grupos:

Grupo 1- Usted representa a quienes, en ambos casos, defienden la prevalencia de la especificidad cultural. Elabore entonces una argumentación jurídica para sustentar su posición.

Grupo 2- Usted representa a quienes defienden la superioridad de la visión occidental de los derechos humanos. Elabore la argumentación jurídica correspondiente.

Grupo 3- Usted es un juez que enfrenta los casos. ¿Cómo los decidiría? Sustente su decisión.

Para el trabajo de autoformación, sólo responda a la pregunta planteada al Grupo 3.

4.1.3. Respuesta

En el ensayo correspondiente a esta unidad, defendemos la existencia de ciertos mínimos de derechos humanos que están llamados a permitir el diálogo intercultural. Para algunos, ambos casos pueden resultar fáciles si, en el primer caso, se inclina la balanza hacia el multiculturalismo mientras que, en el segundo caso, se reivindique la prevalencia de los derechos humanos. Con todo, estas respuestas iniciales pueden problematizarse si se considera que el uso del *chador* representa un signo de sometimiento de la mujer respecto del varón, lo cual constituye una grave afrenta del derecho a la igualdad de las mujeres. De allí la importancia de precisar diferencias entre uno y otro caso. Autoras como Silvina Álvarez consideran que en el primer caso lo que aceptamos es la diversidad de hechos que no encierran en sí mismos valor moral. Por el contrario, en el segundo caso, darle prevalencia al relativismo “equivale a ignorar que hemos pasado del terreno de la cultura al terreno de la moral”. Para Álvarez, el relativismo moral se opone a los derechos humanos en tanto universales, absolutos e inalienables, por ello, “si defendemos los derechos humanos nos vemos obligados a rechazar el relativismo moral. (...) La defensa de los derechos humanos nos compromete con una moral crítica capaz de discriminar entre aquellas prácticas que son moralmente aceptables y aquellas que no lo son”⁵. Por lo pronto, uno de los componentes del ensayo que sigue a continuación busca insistir en las tensiones que genera la universalidad de los derechos humanos frente a los contextos culturales.

⁵ Silvina Álvarez, “Derechos humanos de las mujeres y relativismo cultural”, en Pilar Pérez Cantó y Elena Postigo (Eds.), *Autoras y protagonistas*, Madrid: IUEM-Universidad Autónoma de Madrid, NYU, 2000, pp. 408-409. Para Álvarez, el principio del daño ayuda a dilucidar cuáles son las prácticas que cercenan la autonomía de la mujer: “allí donde haya una intromisión en la esfera de libertad de la mujer se hace necesario intervenir para revertir esa situación”.

4.2. El debate sobre la fundamentación de los derechos humanos

El objetivo de esta actividad es señalar las divergencias existentes en torno a los alcances de la fundamentación de los derechos humanos.

4.2.1. Formulación

Es posible señalar dos tendencias que critican los esfuerzos por una fundamentación, absoluta o racional, de los derechos humanos. Por una parte, Norberto Bobbio⁶, desde una tradición positivista, considera que no es posible ofrecer una fundamentación de los derechos humanos sin caer en una alusión iusnaturalista a ideas como “naturaleza humana”, “persona moral” o “ley natural”. De otra parte, los positivistas insisten en que el reconocimiento jurídico de los derechos (la positivización) permite superar el debate sobre fundamentación⁷ o, al menos, lo hace innecesario. Finalmente, Bobbio destaca que lo importante no es la fundamentación de los derechos sino su realización y garantía.

De otra parte, otra crítica contra la fundamentación proviene del pragmatismo de Richard Rorty⁸. Este autor rechaza cualquier esfuerzo metafísico por sustentar racionalmente los derechos humanos. Frente a ello, Rorty considera que lo importante para salvaguardar los derechos humanos es impulsar la educación en sentimientos. Esto último permitiría que los individuos puedan practicar la tolerancia, el respeto por la vida del otro y la solidaridad. Concluye entonces que el fundacionalismo podría convertirse incluso en un obstáculo, puesto que la definición de rasgos que definan lo específicamente humano terminaría fomentando una discriminación entre quienes poseen dichos rasgos y quienes no.

Frente a estas dos posiciones, autores como Angelo Papacchini reivindican la pertinencia del problema del fundamento de los derechos humanos. Así las cosas, este autor ofrece un modelo de fundamentación centrado en la idea de dignidad humana. En primer lugar, Papacchini señala que “el consenso logrado con la Declaración Universal de la ONU, en 1948, deja una cantidad de cuestiones controvertidas, y resulta un fundamento *insuficiente* para resolver muchas dudas acerca de las prioridades asignadas a determinados derechos, o el alcance específico de cada uno de ellos”⁹. En otras palabras, se insiste en la necesidad de la fundamentación para no dejar al azar o a la correlación de fuerzas la solución sobre los conflictos entre derechos y el alcance de los mismos. Así mismo, la propuesta de Papacchini asume la dignidad humana como valor básico de los derechos pero fundamentada a partir de la dinámica del reconocimiento:

⁶ Norberto Bobbio, “Sobre el fundamento de los derechos del hombre”, en Ídem., *El problema de la guerra y las vías de la paz*. Barcelona: Gedisa, 1982.

⁷ Esta postura se refleja en el texto de Victor Abramovich y Christian Courtis, *Los derechos sociales como derechos exigibles*. Madrid: Trotta, 2002.

⁸ Richard Rorty, “Derechos Humanos, Racionalidad y Sentimentalidad”, en S. Shute y S. Hurley (eds.), *Sobre los Derechos Humanos*. Madrid: Trotta, 1998.

⁹ Angelo Papacchini, *Los derechos humanos, un desafío a la violencia*. Bogotá: Altamir Ediciones, 1997, p. 32.

“La dinámica del reconocimiento permite una explicación a mi juicio razonable de la obligación de respetar la humanidad del otro, sin necesidad de apelar a un imperativo categórico ahistórico, asumido como un simple “hecho de la razón”: la progresiva toma de conciencia de los caminos sin salida y de las contradicciones en que se pierde una voluntad unilateral de dominación, constituye una estrategia más apropiada para sustentar el imperativo de la no-violencia y el respeto por la vida y la libertad”.

4.2.2. Preguntas

Divida a los participantes en el taller en tres grupos:

Grupo 1- Defienda el rechazo de la fundamentación desde la perspectiva de Bobbio.

Grupo 2- Defienda el rechazo de la fundamentación racional desde la postura de Rorty.

Grupo 3- Reivindique el interés por la fundamentación, a partir de la propuesta de Angelo Papacchini.

Para el trabajo de autoformación, responda a la siguiente pregunta: ¿cuál le parece la postura más apropiada?

4.2.3. Respuesta

Las perspectivas que brevemente se han reseñado muestran que, a pesar de que el presente módulo se concentra en la aplicación judicial de los derechos humanos, subsiste aún el debate sobre la fundamentación de los mismos. Y este debate tiene alcances en el modelo de aplicación judicial por el que se opte, toda vez que la definición y alcances de los ámbitos normativos de los derechos humanos depende en parte de la fundamentación particular que se acoja.

III. El ensayo: Concepto, historia y fundamentación de los derechos humanos¹⁰

En este ensayo se desarrolla una aproximación histórica y conceptual a los derechos humanos para lo cual, en una primera parte, se da cuenta del concepto de los derechos humanos y su relación con otras categorías jurídicas. La segunda parte se concentra en la evolución del contenido de los derechos humanos en articulación con el concepto de Estado Social y Democrático de Derecho. Esto permitirá una propuesta de clasificación de los derechos humanos.

¹⁰ Este ensayo está basado en Rodrigo Uprimny, *La dialéctica de los derechos humanos en Colombia*, Bogotá: Fundación Universitaria Autónoma de Colombia, 1992, pp. 206 y ss. y en Rodrigo Uprimny, “Algunas reflexiones sobre responsabilidad por la violación de derechos humanos en la Constitución”, en VV.AA, *La responsabilidad en derechos humanos*, Bogotá: Universidad Nacional de Colombia, 1996.

1. Derechos humanos, derechos constitucionales y derechos fundamentales: similitudes y diferencias

Los derechos humanos tienen, al menos, una triple dimensión: son una categoría ética, puesto que constituyen uno de los marcos más aceptados de lo que podría ser una ética moderna secularizada que regula convivencia pacífica entre los ciudadanos en una democracia. De otro lado, tienen una dimensión política, puesto que hoy muchas reivindicaciones sociales son expresadas en forma de derechos humanos y éstos aparecen como un instrumento de crítica a la actuación de los poderes políticos. Y, finalmente, los derechos humanos son una categoría jurídica del derecho internacional público, puesto que son valores que han sido positivizados en numerosos instrumentos internacionales, en los cuales se han definido diversos tipos de obligaciones, tanto positivas como negativas, para los Estados¹¹.

Este status diverso de los derechos humanos, o si se quiere, su distinto uso lingüístico, plantea problemas y confusiones, puesto que es muy fácil pasar, de manera imperceptible, de un uso de este concepto a otro uso. Como señala Savater, "transversales a la ética, al derecho y a la política, intentan proporcionar el código donde las exigencias de éstas se reúnen sin confundirse. De aquí provienen sus peculiares insuficiencias y también su innegable y aún creciente fascinación"¹².

Esta utilización del término de derechos humanos en distintos niveles del discurso práctico, de manera simultánea, se debe además a la enorme carga emotiva de esta palabra y a su papel trascendental como instrumento de legitimación y deslegitimación política en las sociedades contemporáneas¹³. Los derechos humanos no son únicamente un concepto técnico jurídico que puede ser utilizado ascépticamente, o de manera puramente descriptiva y técnica, puesto que tienen una carga ética y valorativa muy fuerte ya que, en esta época de crisis de paradigmas políticos, grandes sectores los invocan como una especie de sustitutos normativos frente a la relativa decadencia de las oposiciones ideológicas; por ello, tanto los gobiernos como los grupos opositores más diversos los invocan como principio de justificación de sus conductas y como arma de crítica ante sus adversarios.

En tales condiciones ¿es posible construir un concepto operativo de los derechos humanos? Tal vez no sea posible establecer un concepto unitario de los derechos humanos capaz de abarcar esas múltiples dimensiones normativas en las que se invoca este término, puesto que son demasiado ético-políticos para ser puramente jurídicos, pero hoy están positivizados y tienen una evidente dimensión jurídica para ser puramente ético-políticos. Por ello, un camino prudente es reconocer que la categoría derechos humanos se utiliza, al menos, en tres esferas normativas diversas: la política, la ética y el derecho público internacional. Se trata obviamente de esferas íntimamente relacionadas, pero que tal vez conviene distinguir, con el fin de afinar las categorías conceptuales relevantes y el papel de la función judicial en este campo.

¹¹ En el mismo sentido, Fernando Savater, *Ética como amor propio*, México: Mondadori, 1991, pp. 163 y ss.

¹² *Ibidem.*, p 164.

¹³ Cf. Antonio Pérez Luño. *Derechos humanos, estado de derecho y constitución*. Madrid: Tecnos, 1991, pp.22 y ss.

1.1. Los derechos humanos como categoría del derecho público internacional

Así, frente al derecho internacional público actualmente vigente, los derechos humanos configuran un conjunto de obligaciones de respeto y garantía que tiene el Estado, frente a las personas, de suerte que en este campo parece claro que sólo el Estado es responsable por la violación de esos derechos¹⁴. Y esto no es un capricho semántico de la filosofía jurídica dominante a nivel internacional, sino que tiene importantes fundamentos. Así, son los Estados y no los particulares quienes se han obligado por intermedio de los pactos internacionales. Históricamente, esas garantías fueron concebidas para hacer frente a los abusos estatales. Filosóficamente, esa especificidad de los derechos humanos se justifica por cuanto la sociedad y los ciudadanos delegan en el Estado el monopolio de la violencia: es necesario entonces establecer mecanismos de protección específicos de los ciudadanos inermes frente a ese poder armado. Esos mecanismos son los derechos humanos.

Cuando los otros particulares realizan acciones que vulneran sus derechos, se trata de delitos y el ciudadano puede siempre recurrir a la autoridad estatal para que ésta lo proteja. Pero cuando es el Estado quien vulnera sus derechos, el ciudadano no tiene otros mecanismos de protección diferentes a los derechos humanos. Por ello los derechos humanos -como instrumentos propios del derecho internacional- son una instancia que complementa y cierra los mecanismos internos de protección a la dignidad humana, ya que sólo cuando han fallado éstos, se puede recurrir a las instancias internacionales. Eso explica que las personas únicamente puedan utilizar esos mecanismos internacionales de protección cuando carecen de recursos en su propio país para enfrentar las violaciones a sus derechos humanos, o han agotado tales recursos sin éxito. E igualmente, justifica la atribución de la responsabilidad internacional al Estado, puesto que, como se trata de mecanismos subsidiarios que operan cuando el propio Estado ha violado los derechos humanos, o ha sido incapaz de garantizar su goce a las personas bajo su jurisdicción, es natural que la condena internacional sea contra el Estado respectivo.

Finalmente, se invoca también un argumento práctico para defender esta restricción del concepto de violación de derechos humanos únicamente al Estado. La multiplicación de agentes violadores ha sido utilizada por diferentes gobiernos para diluir su responsabilidad frente a los derechos humanos, ya sea para justificar sus propios abusos, ya sea para atribuirlos a otros agentes. Los Estados buscan aparecer así más como víctimas de las violaciones de derechos humanos que como agentes violadores. Por eso la extensión del concepto de violación de derechos humanos tendería a diluir las responsabilidades del Estado.

1.2. Derechos humanos y conflicto armado

Es pues claro que frente al derecho internacional, sólo el Estado es responsable por la violación de los derechos humanos en situaciones de normalidad. Pero ¿qué sucede en los casos de conflicto armado, cuando se erosiona el monopolio estatal del uso legítimo de la

¹⁴ Este punto se basa en Rodrigo Uprimny, "Violencia, derechos humanos y orden democrático en América Latina" en VV.AA, *Derechos humanos, democracia y desarrollo en América Latina*, Bogotá: Novib, 1993.

fuerza, que constituye el fundamento básico de la exclusividad de la responsabilidad estatal? En tales eventos, entra a operar el llamado Derecho Internacional Humanitario o derecho de los conflictos armados, el cual, reconociendo que en determinadas circunstancias nos vemos enfrentados a conflictos bélicos, considera que es factible lograr un cierto equilibrio entre las necesidades de la guerra y las consideraciones humanitarias, centradas en la dignidad humana¹⁵.

Según esta normatividad, si el objetivo de la guerra es únicamente debilitar el potencial militar del enemigo, es posible establecer ciertas reglas que eviten muertes o destrucciones innecesarias. El derecho internacional humanitario busca entonces introducir un "ius in bello", es decir una normatividad para los conflictos armados, que reduzca los efectos colaterales de la guerra y defina los derechos humanos mínimos inderogables, incluso en las peores situaciones de conflicto armado. Así, se prohíben, de manera general, los ataques a la población no combatiente y el uso de medios de guerra desproporcionados. Y en forma específica, se excluyen conductas como las ejecuciones extrajudiciales, las torturas, los tratos crueles o las mutilaciones¹⁶.

En estos casos, se considera que el derecho humanitario no es aplicable sólo al Estado sino a los diversos actores que se encuentran en confrontación armada, puesto que no sólo la presencia de ese conflicto bélico ha roto el monopolio estatal de la violencia sino que esta normatividad impone obligaciones a esos actores, en gran medida en beneficio de la población no combatiente.

1.3. Los derechos humanos como categoría ético política

Desde este punto de vista, podríamos considerar los derechos humanos como exigencias éticas de bienes asociados a la dignidad humana y que concretan en diferentes etapas históricas nuestras demandas de libertad e igualdad frente a las otras personas, y en especial frente a los poderes en general y al poder político en particular¹⁷.

En ese orden de ideas, si tomamos en cuenta esas exigencias normativas como una ética civil de la democracia, por la naturaleza misma de la ética, es razonable extender el campo de los sujetos responsables a todas las personas, o al menos a todas aquellas situaciones de dominación, públicas o privadas, políticas, económicas o de cualquiera otra índole, en donde la dignidad de una persona puede verse afectada.

En cambio, la situación es más polémica cuando se confiere a los derechos humanos una dimensión más política, y éstos aparecen como criterios esenciales para juzgar la legitimidad y justicia de un determinado ordenamiento político o del comportamiento de

¹⁵ Un mayor desarrollo sobre el DIH puede verse en la tercera unidad de este módulo.

¹⁶ Sobre la importancia hermenéutica en el constitucionalismo colombiano de esas prohibiciones absolutas del derecho humanitario, ver la sentencia C-225 de 1995 de la Corte Constitucional, Fundamentos jurídicos 35 y 36.

¹⁷ Ver sobre este punto Angelo Papachini, *Filosofía y derechos humanos* (2a Ed.), Cali: Ciudad y Democracia, 1995, pp 22 y ss. Igualmente ver Antonio Pérez Luño. *Op. cit.*, pp. 48 y ss.

ciertos actores políticos. En efecto, en este campo, algunos sostienen que se debe seguir atribuyendo el monopolio de la responsabilidad política al Estado, en lo esencial por las mismas razones por las cuales el derecho internacional estableció esa exclusividad (Cf supra). Sin embargo, se han desarrollado también argumentos sólidos y muy sugestivos en favor de una extensión del concepto de violación de derechos humanos en esta esfera para incluir a agentes no estatales. En primer término, algunos consideran que ésta es la mejor forma de conferir un real poder de "oposición" de un ciudadano contra otros poderes privados que realicen acciones susceptibles de afectar el goce de sus derechos, argumento de peso, cuando se tiene en cuenta la existencia de poderes no estatales tan poderosos como las grandes empresas multinacionales, las organizaciones criminales o la banca internacional.

De otro lado, e invirtiendo en parte el argumento práctico de quienes defienden la concepción clásica sobre violación a los derechos humanos, algunos consideran que limitar la expresión "violación a los derechos humanos" a los simples actos del Estado puede conducir a condonar crímenes atroces por particulares. Esta limitación, lejos entonces de conducir a hacer más sólida la protección estatal, tiende a disminuir la protección del individuo inerme. En tercer término, la restricción de la noción de violación a agentes estatales deja de lado los deberes sociales de los particulares en materia de derechos humanos, consagrados tanto por los instrumentos internacionales como por numerosas constituciones. Finalmente, esa limitación es aún más perjudicial cuando se trata de sociedades con un Estado fraccionado territorialmente y en las cuales el monopolio de la violencia es cuestionado al Estado por la existencia de otros grupos armados, de otros verdaderos contraestados y paraestados, puesto que frente a esas organizaciones -como las guerrillas- los ciudadanos inermes tienen el mismo derecho a reclamar el respeto de sus derechos a como lo hacen frente al Estado. "En efecto: -según estas tesis- el sentido de la proclamación de los derechos humanos -más allá de la letra condicionada por las circunstancias- era el de darle a la sociedad un arma ética y política de defensa frente a las eventuales arbitrariedades de los actores políticos armados que pretenden representada"¹⁸.

Con base en esos argumentos, algunos consideran que es necesario entonces extender el alcance de la noción de violación de derechos humanos, ya sea para incluir a todos los particulares -posición tal vez minoritaria-, ya sea para que el ciudadano pueda enfrentarse a todo poder -sea estatal o no estatal-, ya sea, para tener en cuenta al menos a los actores políticos armados no estatales (grupos armados irregulares), ya sea para incluir los actores armados con proyecto político y con pretensión de ser representantes legítimos de intereses sociales, puesto que ellos actúan como cuasiestados -visión que ha venido adquiriendo cada vez mayor fuerza-.

¹⁸ Luis Alberto Restrepo. "Los equívocos de los derechos humanos en Colombia" en *Análisis Político*, 16, Bogotá: Universidad Nacional de Colombia, p. 23.

1.4. Los derechos constitucionales y los derechos fundamentales, como categorías del derecho público interno

Finalmente, a nivel del derecho público interno, los contenidos propios de la tradición de los derechos humanos han sido incorporados en la mayoría de los ordenamientos constitucionales contemporáneos. Se habla entonces de los derechos constitucionales y fundamentales que son, en el plano constitucional, el equivalente jurídico de los derechos humanos, a nivel del derecho internacional público. Así, según Pérez Luño, hay una cierta tendencia a "reservar la denominación 'derechos fundamentales' para designar los derechos humanos positivados a nivel interno, en tanto que la fórmula 'derechos humanos' es la más usual en el plano de las declaraciones y convenciones internacionales"¹⁹. Igualmente señala Robert Alexy, que los derechos humanos son suprapositivos o morales, y que al ser incorporados en una Constitución "los derechos humanos se positivizan como derechos fundamentales"²⁰.

Por su parte, la diferencia entre los derechos constitucionales en general y los derechos fundamentales es esencialmente de reforzamiento de garantía. En efecto, no todos los derechos constitucionalizados son derechos fundamentales ya que éstos últimos gozan de unas garantías suplementarias. Así, en el constitucionalismo colombiano los derechos fundamentales pueden ser protegidos por medio de la tutela (CP art. 86), tienen reserva de ley estatutaria (CP art. 152) y la reforma constitucional de alguno de ellos está sujeta a garantías suplementarias (CP art. 377).

En cambio, un aspecto que merece una cierta atención es el debate sobre la fuerza jurídica de estos derechos constitucionales²¹. Así, hasta mediados de este siglo, los derechos constitucionales -entonces denominados sobretodo derechos públicos subjetivos- constituían garantías exclusivamente contra el Estado, pero no regían las relaciones entre los particulares. El fundamento de esta concepción jurídica es la visión liberal clásica del Estado y la sociedad, según la cual las amenazas a las libertades individuales provienen únicamente del Estado, puesto que la sociedad se estructura, no con base en relaciones de poder sino a partir de la libre autonomía individual. La crisis de esta visión, asociada precisamente a la consolidación del Estado social de derecho, llevó a la formulación de la tesis de la eficacia horizontal de los derechos fundamentales entre particulares ("drittwirkung"), según la cual los derechos constitucionales -denominados a partir de tal momento derechos fundamentales- igualmente rigen los vínculos en la sociedad, por cuanto entre los particulares también existen relaciones de poder susceptibles de afectar la dignidad humana. Los derechos fundamentales se proyectan entonces a las relaciones entre particulares y, por consiguiente, los poderes privados deben responder por la violación de los derechos fundamentales.

¹⁹ Antonio Pérez Luño. *Op. cit.*, p. 31.

²⁰ Robert Alexy. *Teoría del discurso y Derechos Humanos* (Trad. de L. Villar Borda) Bogotá: Universidad Externado de Colombia, 1995, p. 65.

²¹ La bibliografía sobre el tema es bastante extensa. Para visiones sintéticas, ver, por ejemplo, Pérez Luño. *Op. cit.*, pp. 312 y ss, así como Robert Alexy. *Teoría de los Derechos Fundamentales*. Madrid: Centro de Estudios Constitucionales, 1993, pp. 510 y ss.

Los derechos humanos y el derecho penal internacional

Debe anotarse que el derecho penal internacional ha ofrecido nuevos elementos en esta discusión sobre la responsabilidad en derechos humanos²². En la tipificación de los crímenes de competencia de la Corte Penal Internacional (en el Estatuto de Roma) se determinó que las personas naturales son las responsables ante esta instancia internacional. Así las cosas, los particulares pueden responder por los crímenes de genocidio, de lesa humanidad, de guerra o de agresión.

Un intento de sistematización

La anterior presentación nos ha mostrado que unos mismos valores -asociados a lo que corrientemente denominamos de manera genérica "derechos humanos"- se proyectan en distintos órdenes normativos, lo cual tiene consecuencias diferentes en relación con el sujeto o los sujetos responsables por su vigencia. Podríamos resumir esa situación en los siguientes cuadros. En el primero de ellos asociamos los usos alternativos del término "derechos humanos" a diferentes contextos lingüísticos, en los cuales son posibles distintos sujetos responsables.

Cuadro No. 1. Derechos humanos, órdenes normativos y sujetos responsables

| Orden normativo o contexto lingüístico | Otras denominaciones usuales | Sujetos Responsables |
|--|--|---|
| Ética interpersonal | Ética Civil o valores de convivencia | Todas las personas, o al menos todo poder |
| Ético-político | Derechos morales o derechos naturales o criterios de legitimidad | - Todas las personas - Todos los poderes - Todo poder armado con pretensión política - Los Estados |
| Derecho internacional en normalidad | Derechos humanos | Los Estados |
| Derecho internacional en conflicto armado | Derecho humanitario | Los contendientes armados (Partes en conflicto) |
| Derecho penal internacional | | Todas las personas |
| Derecho Constitucional en el Estado de derecho liberal clásico | Libertades públicas o derechos públicos subjetivos | El Estado |

²² Un mayor desarrollo sobre el derecho penal internacional puede verse en la unidad tres del presente módulo.

| | | |
|---|--|--|
| Derecho Constitucional en el Estado social y democrático de derecho | Derechos constitucionales y derechos fundamentales | El Estado y los particulares, cuando se configuran relaciones de poder o se afecta el interés general. |
|---|--|--|

El segundo cuadro desarrolla las relaciones y diferencias entre las tres normatividades jurídicas básicas en derechos humanos.

Cuadro No. 2. Marcos normativos internacionales de protección

| | Derecho Internacional de los Derechos Humanos (DIDH) | Derecho Internacional Humanitario (DIH) | Derecho Penal Internacional (DPI) |
|--|---|--|--|
| Ámbito de aplicación | En todo momento | Durante los conflictos armados | Cuando se comete un crimen internacional |
| Sujetos de obligaciones | Estado | Partes en conflicto | Personas |
| Sujetos activos | Agentes del Estado o particulares (con la tolerancia, apoyo o anuencia del Estado) | Personas que participan directamente en las hostilidades | Personas naturales |
| Sujetos pasivos | Cualquier Persona | Personas protegidas | Cualquier persona |
| Denominación de los atentados | Violaciones de derechos humanos | Infracciones al derecho internacional humanitario | Crímenes Genocidio De lesa humanidad De Guerra De Agresión |
| Entes u organismos encargados de su investigación y sanción | Investigación y juzgamiento de la justicia nacional y en su defecto, Organismos de los sistemas internacionales | Investigación y juzgamiento de la justicia nacional. En su defecto y en su momento, la CPI como crimen de guerra | Investigación y juzgamiento de la justicia nacional y en su defecto Tribunales Internacionales, la CPI |

2. Evolución del contenido de los derechos humanos. Generaciones de derechos, Estado social y democrático de derecho y clasificación de los derechos

No solo los derechos humanos han evolucionado históricamente en el sentido de su positivización sino que también su contenido se ha modificado según generaciones de derechos. Así, se suele hablar de tres generaciones de derechos, una primera, referida a los derechos civiles y políticos, una segunda referida a los derechos económicos, sociales y culturales y una tercera en relación con derechos colectivos y derechos de la solidaridad. Al respecto, ofrecemos las siguientes precisiones metodológicas. Aun cuando la clasificación por generaciones de derechos es usual, nos parece que no ilustra la riqueza de la evolución histórica, toda vez que, por ejemplo, en los derechos civiles y políticos existen importantes diferencias en las nociones de libertad autonomía y libertad participación. Por ello, siguiendo a Bobbio, preferimos hablar de grandes momentos de los derechos humanos, lo cual sitúa a estas categorías como respuestas de las sociedades a los desafíos que se les plantean. Como consecuencia de lo anterior, optamos por dar cuenta de la evolución del Estado Social y Democrático de Derecho en orden a contextualizar el desarrollo histórico de los derechos humanos. Por ello, inicialmente haremos una breve alusión a la evolución histórica según el modelo de las generaciones para luego presentar una evolución del contenido de los derechos humanos a la luz de la consolidación histórica del mencionado tipo de estado. Finalmente, y como conclusión de esta evolución, se presenta una clasificación en donde se distinguen (i) los derechos civiles y de autonomía, (ii) las libertades económicas, (iii) los derechos políticos, (iv) los derechos económicos, sociales y culturales, y (v) los derechos colectivos, que se proyectan en los derechos de la solidaridad y los derechos multiculturales.

2.1. Evolución histórica de los derechos humanos según generaciones de derechos

En general se distinguen tres fases en la evolución del concepto de derechos humanos. La correspondiente a las revoluciones burguesas, donde la proyección de la filosofía liberal privilegia la autonomía privada. En segundo lugar, encontramos la derivada del pensamiento socialista, donde se busca asegurar una igualdad efectiva entre los coasociados. Y, finalmente, los modernos derechos de la solidaridad, los cuales buscan la protección de la humanidad como especie. A continuación hacemos una breve alusión a cada generación.

2.1.1. Las revoluciones burguesas y los derechos humanos: Los derechos civiles y políticos

La primera noción de derechos humanos es fruto de las revoluciones burguesas. Empieza a estructurarse en Inglaterra, se desarrolla en forma profunda durante la guerra de independencia norteamericana -en especial bajo el influjo de las declaraciones de derechos de los diferentes Estados de la Unión y muy particularmente de la Constitución del Estado de Virginia- hasta tomar cuerpo con la Revolución Francesa.

Se busca ante todo establecer unos límites al poder del Estado, el cual se considera que no puede invadir la esfera privada de la actividad del individuo. Los derechos humanos nacen en cierto sentido contra el Estado puesto que originariamente no son concebidos como una exigencia de conducta positiva del poder público sino como el establecimiento de unos límites

infranqueables a su intervención. Al decir de Jellinek, "sabemos que los derechos de libertad no son de naturaleza positiva, sino negativa, que no se fundan en una pretensión respecto de la acción, sino en un 'no hacer' del Estado"²³.

Las primeras declaraciones de derechos fueron más "liberales" que "democráticas" puesto que se preocuparon más de establecer unos límites a la intervención estatal que de definir las modalidades de participación popular en el ejercicio del poder y/o en la designación de los gobernantes. Se oponía entonces la noción moderna de libertad (libertad-autonomía) definida como seguridad y tranquilidad frente al Estado y como "poder hacer todo lo que no perjudique a otro"²⁴ - a la noción predominante en la Antigüedad (la libertad-participación) según la cual se era libre en tanto se participaba de la acción pública. Es cierto que también se integraron algunos elementos democráticos, a través de la consolidación de la democracia representativa y de la definición de los derechos políticos, pero la finalidad esencial de las declaraciones de derechos humanos de las revoluciones burguesas fue la de precisar los límites del Estado.

2.1.2. La influencia socialista y los derechos humanos: Los derechos económicos, sociales y culturales

La noción clásica de los derechos humanos corresponde al discurso estratégico de una burguesía en proceso de consolidación que buscaba destruir la monarquía feudal, acceder al poder político y asegurar una órbita de autonomía privada necesaria al desarrollo de la producción mercantil. Por eso, la idea inicial de los derechos del hombre estuvo asociada a la teoría de la división de los poderes, puesto que tal separación fue concebida como un mecanismo para limitar la arbitrariedad estatal y asegurar una esfera de autonomía privada, frente a los riesgos de un poder que, además de monopolizar el ejercicio de la violencia en un territorio dado, no tuviera límites.

Esta libertad-independencia de las revoluciones burguesas devino sin embargo, según la crítica hecha por el pensamiento socialista, una simple libertad formal. La escisión del hombre en ciudadano abstracto y trabajador mostraba que el individuo real solo era libre en tanto que ciudadano, mientras que en la vida de todos los días, en su trabajo y en sus relaciones con los demás, estaba atado y encadenado al proceso de producción capitalista. En esas condiciones, sólo quien era propietario podía gozar verdaderamente de los derechos humanos de primera generación, que eran entonces el paraíso de la propiedad privada como bien lo había mostrado Marx, para quien "(n)inguno de los llamados derechos humanos va mas allá del hombre egoísta, el hombre que en la sociedad burguesa está separado de la comunidad, aislado de sus semejantes y enclaustrado en sí mismo, en su interés privado y en su voluntad particular"²⁵.

Como vemos, el ciudadano de la revolución francesa era en gran parte el propietario, puesto que el intercambio mercantil era lo que permitía la relación entre esos individuos separados y

²³ Georg Jellinek, *La Declaración de los Derechos del Hombre y del Ciudadano*, México: Nueva España, s.a.e., p 77.

²⁴ Esa es la clásica definición del artículo cuarto de la Declaración de los Derechos del Hombre y del Ciudadano de la Revolución Francesa de 1789.

²⁵ Citado por Robert Freedman, *Marxist Social Thought*. New York: Harvest Book, p 245.

aislados. En últimas, los derechos humanos del iusnaturalismo se convirtieron así en simples libertades formales que legitimaban la explotación capitalista. Para la crítica marxista, el desfase entre la igualdad formal en la esfera de la circulación y la explotación capitalista y la desigualdad en el campo de la producción restan entonces todo contenido emancipador a los derechos humanos y a los valores que éstos pudieron haber encarnado en la época de ascenso de las revoluciones burguesas.

Ahora bien, debe distinguirse entre una crítica socialista radical y otra moderada. La versión radical resaltaba el papel que podían jugar los derechos humanos como encubrimiento de la dominación. Sin embargo, esta crítica radical no fue objeto de recepción en esta evolución de los derechos humanos, toda vez que implicaba el cuestionamiento de la idea misma de derechos humanos o la sustitución de los derechos civiles y políticos por los derechos sociales. Por su parte, la crítica moderada (asociada a autores como Bloch, Lasalle o Bernstein) consideraba que los derechos civiles y políticos eran insuficientes, toda vez que se requería no solo de libertad negativa sino también de libertad fáctica para que fueran posibles. En atención a ello, esta postura alimentaba la idea de que los derechos de primera generación debían ser complementados (y no sustituidos) por los derechos sociales.

En esas circunstancias, se concluye que para asegurar una verdadera eficacia de los derechos humanos, para que éstos no sean un simple enunciado formal sin concreción práctica que encubre la explotación capitalista, es necesario asegurar a todos los miembros de la sociedad unas condiciones materiales mínimas acordes con su dignidad humana, mediante el establecimiento de mecanismos crecientes de participación, que eviten los efectos discriminatorios de las simples libertades civiles y políticas. De allí surge la concepción de los derechos económicos, sociales y culturales que suponen una limitación del carácter absoluto de la autonomía individual y la propiedad privada. Esta nueva concepción implica entonces el abandono de la filosofía liberal en lo económico y la instauración de una concepción política interventora.

2.1.3. Los derechos de la solidaridad o derechos de la tercera generación

Estos nuevos derechos -que son esencialmente el derecho a la paz, al desarrollo, a la libre autodeterminación, al medio ambiente y al patrimonio común de la humanidad- tienen como finalidad la preservación de la especie humana considerada como un todo. Por tal razón se habla de derechos de la solidaridad ya que, al decir de Karel Vasak, estos derechos "son nuevos ya que son a la vez oponibles al Estado y exigibles de él; pero sobre todo (y ésta es su característica esencial) ellos no pueden ser realizados sino por la acción solidaria de todos los actores del juego social: Estados, individuos y otras entidades públicas y privadas"²⁶. Especial mención merece el derecho al desarrollo -considerado como una especie de "derecho síntesis" toda vez que engloba numerosos derechos ya reconocidos- que ha adquirido prácticamente el status de derecho humano positivamente reconocido, al haber sido consagrado mediante la Resolución 41/120 de la Asamblea General de las Naciones Unidas, el 4 de diciembre de

²⁶ Karel Vasak, "Pour une troisième génération des droits de l'homme", en *Etudes et essais sur le Droit International Humain et sur les principes de la Croix Rouge en l'honneur de Jean Pictet*. Ginebra: CICR, Martinus Nijhoff Publishers, 1984, p 839.

1986²⁷, en la cual muy significativamente el único país que se abstuvo de votar fue Estados Unidos.

2.2. Estado Social, Democrático y Pluricultural de Derecho y derechos humanos²⁸

Ya hemos señalado nuestro interés en dar cuenta de la evolución del Estado constitucional para ofrecer luces respecto a la evolución en el contenido de los derechos humanos. El Estado Social y Democrático de Derecho es un resultado complejo, a veces contradictorio, de tres tradiciones diversas, que en cierta medida representan los diferentes componentes ideológicos y los principios constitutivos de este tipo de Estado.

De un lado, es un Estado liberal, que recoge las aspiraciones del Estado de derecho clásico del siglo XIX. Según esta filosofía, lo importante es el control al Estado a fin de limitarlo, por mecanismos como la división de poderes y el control constitucional. Prima entonces la protección de las llamadas libertades contra el Estado, por lo cual la democracia es entendida ante todo como un procedimiento que limita la arbitrariedad del poder para asegurar esos derechos de las personas. La libertad es definida entonces como la ausencia de interferencias a nuestra autonomía, esto es, según la clásica definición de Benjamín Constant, la libertad es el plácido goce de la independencia individual. La igualdad que se protege es la igualdad formal ante la ley, esto es, una igualdad al servicio de las libertades, puesto que en el fondo la pretensión del pensamiento liberal es que las libertades de todos los ciudadanos sean igualmente protegidas.

De otro lado, es un Estado democrático que reposa sobre la soberanía popular, esto es, en la igualdad de las personas en el diseño de las instituciones y en la formación de la voluntad política. Lo importante desde esta perspectiva es el origen de las decisiones jurídicas y políticas, por lo cual la democracia, conforme a las clásicas enseñanzas de Rousseau, es entendida como un procedimiento igualitario de formación del poder con base en el predominio del principio de mayoría. La libertad es entonces definida como la participación en los destinos colectivos del orden político, pues es libre aquel que sigue la norma que él mismo se ha dado, por lo cual la igualdad es pensada ante todo como una igualdad política.

Finalmente, es un Estado social, que reposa en la idea de que el poder político debe lograr para los asociados una justicia material mínima: lo importante es entonces el resultado de la acción pública, de suerte que la democracia es entendida más como un efecto material del ejercicio del poder, esto es, como una cierta igualdad social conseguida gracias a la acción estatal. Esta concepción está asociada entonces a la llamada libertad positiva, esto es, aquella que deriva de la existencia de prestaciones positivas por parte del Estado. En el siguiente cuadro se resume el alcance de estos principios constitutivos del Estado social y democrático de derecho.

²⁷ Para una presentación de la evolución del derecho al desarrollo y de las problemáticas que le están asociadas (¿Es un derecho humano o un simple objetivo de política estatal? ¿Es o no compatible con la tradición misma de los derechos humanos?, etc) ver Philip ALTON. "Making Space for New Human Rights: The Case of the right to Development". en *Harvard Human Rights Yearbook*, Vol. I, 1988.

²⁸ Una presentación de esta evolución puede verse en Rodrigo Uprimny, "Estado social de derecho y decisión judicial correcta: un intento de recapitulación de los grandes modelos de interpretación jurídica", en VV.AA., *Hermeneútica jurídica*, Bogotá: Ediciones Rosaristas, 1997.

Cuadro No. 3. Principios constitutivos del Estado social y democrático de derecho

| | Liberalismo clásico | Democracia clásica | Socialismo Moderno |
|--|--|---|---|
| Ejemplos de autores | Locke, Constant, Tocqueville | Rousseau | Marx, Lasalle, Berstein |
| Eje central de estas corrientes | Los límites al poder: así se protege la libertad y autonomía del individuo | El origen del poder: igual participación de todos en el Estado | Los resultados del poder y la solidaridad social, que permitan una igualdad material mínima. |
| Noción de libertad | Libertad “negativa” o plácido goce de la independencia individual | Libertad “participación” o acatar las leyes que uno mismo se ha dado | Liberta “positiva” o posibilidad efectiva de hacer algo, porque se poseen los medios |
| Noción de igualdad | Igualdad formal ante la ley y eliminación de privilegios. La igualdad al servicio de las libertades | Igualdad política o derecho de participar en decisiones colectivas | Igualdad social o equidad material mínima |
| Noción de democracia | Representativa, como garantía contra la arbitrariedad y como posibilidad de delegar el poder para dedicarse a lo privado | Lo más participativa posible, y con el mayor control social a los elegidos | Social, pues cada cual debe aportar según su capacidad y recibir según sus necesidades |
| Tipos de derechos | Contra el Estado o derechos civiles y libertades económicas | En el Estado o derechos políticos | A través del Estado o derechos prestacionales (económicos, sociales y culturales) |
| Status propiedad y libertad económica | Protección absoluta pues se asimilan a los derechos civiles | Limitaciones potenciales por fuerza del principio de mayoría | Limitaciones efectivas e inevitables para lograr mayor igualdad material |
| Principales diseños institucionales y conceptos jurídicos | Separación de poderes, principio de legalidad y declaraciones de derechos. Ulteriormente control constitucional | Principio de mayoría, mecanismos de participación y universalidad del derecho al voto | Función social de la propiedad, intervención del Estado, deberes de solidaridad y discriminación positiva |

Fuera de lo anterior, y con el fin de superar las exclusiones que implicó el proyecto homogeneizador de la Constitución de 1886, la Constitución de 1991 también recoge las aspiraciones multiculturales, y por ello plantea construir un orden pluriétnico, que reconoce en la diversidad una de sus riquezas constitutivas. Nuestra Constitución no recoge simplemente la idea del Estado Social de Derecho desarrollada por el constitucionalismo europeo, sino que la enriquece, y en cierta medida reformula, con la incorporación de los desafíos del multiculturalismo²⁹.

Estas dimensiones del Estado social y democrático de derecho son complejas, puesto que esos principios diversos no son siempre compatibles. Así, en la primera parte del siglo XIX, el debate se centró en la oposición entre liberales y demócratas. En efecto, la democracia clásica admite un poder sin límites, siempre y cuando se fundamente en la voluntad popular, mientras que los derechos liberales nacen como limitaciones a esa soberanía, pues tienen inicialmente un contenido individualista. De otra parte, el debate en el siglo XX gira en torno a las complejas relaciones entre la tradición socialista y la democracia liberal, las cuales han tenido también fuertes repercusiones judiciales. Actualmente uno de los grandes debates es el de reconocer derechos multiculturales. Por lo pronto, esta evolución del estado, armonizada con la historia de las generaciones de derechos, nos permite ofrecer el siguiente modelo de clasificación de los derechos humanos.

3. Clasificación de los derechos. Integralidad e interdependencia de los derechos

Conforme a lo señalado hasta aquí, podemos intentar una síntesis de la evolución del concepto de derechos humanos, la cual nos permitirá a la vez establecer unos criterios de clasificación al respecto. Vimos que la noción global de derechos humanos ha evolucionado pasando del concepto liberal e individualista clásico (derechos civiles y políticos) a la concepción moderna, democrática y de fuerte inspiración socialista, de derechos económicos, sociales y culturales. Se habla también de una tercera fase -o generación- de derechos humanos, los derechos de la solidaridad. Así las cosas, se ha pasado de la "libertad-autonomía a la libertad-participación, de los derechos individuales a los derechos colectivos y a los derechos de las colectividades"³⁰.

Podemos entonces distinguir inicialmente dos grandes grupos de derechos, que tienen especificidades en cuanto a su fundamentación conceptual, su dinámica evolutiva y sus posibilidades de protección: los derechos de autonomía y los derechos sociales. Posteriormente, ajustamos la clasificación para distinguir entre (i) derechos de autonomía, (ii) libertades económicas y derecho de propiedad, (iii) derechos de participación, (iv) derechos sociales y (v) derechos colectivos, que incluyen los derechos de solidaridad y los derechos multiculturales.

²⁹ Sobre esta idea ver Rodrigo Uprimny, "Constitución de 1991, Estado Social y Derechos Humanos: Promesas incumplidas, diagnósticos y perspectivas", en VV.AA., *El debate a la Constitución*, Bogotá: ILSA, 2002.

³⁰ Karel Vasak. *Op. cit.*, p 838.

De un lado tenemos entonces los derechos contra el Estado que son los liberales. Ellos protegen una esfera de autonomía individual que el poder político no puede intervenir, obligación jurídica negativa cuyo desconocimiento implica responsabilidad estatal directa. Son pues verdaderos derechos subjetivos públicos con respecto de los cuales se han desarrollado mecanismos judiciales y semi-judiciales de protección, tanto a nivel nacional como internacional. Una precisión es sin embargo necesaria: a pesar de que la obligación para el Estado frente a estos derechos civiles y políticos es en esencia de abstención, es decir un imperativo de respetarlos y no violarlos, existe igualmente para el poder político un deber jurídico genérico y más amplio, cual es el de garantizar a todas las personas el libre y pleno goce de los mismos, como lo establecen los artículos 2 y 3 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, y el artículo 1 de la Convención Americana. Esto significa que un Estado compromete jurídica y políticamente su responsabilidad no sólo cuando un agente que actúa a nombre suyo viola uno de estos derechos, sino también cuando no previene ni sanciona, pudiendo hacerlo, la realización de las violaciones³¹.

De otra parte, encontramos los derechos sociales o derechos frente al Estado que suponen una obligación positiva de intervención estatal para que éstos sean realizados "progresivamente". Debido a la obligación impuesta al Estado de realizar tan solo progresivamente tales derechos -aspecto que fue establecido tanto por la declaración universal como por los pactos internacionales al respecto- es más difícil establecer el grado de responsabilidad estatal por incumplimiento de tal cometido. Por ello muchos autores consideran que tales derechos no tienen sanción jurídica por cuanto su desconocimiento no implica automáticamente responsabilidad estatal para indemnizar perjuicios.

Con todo, la realización de los derechos sociales tiene como punto de partida el sistema que organice el Estado para responder a la demanda de servicios de la comunidad. Por esta razón, la doctrina les asigna el carácter de **derechos prestacionales**, lo cual significa que requieren de un desarrollo político, legislativo, económico y técnico para garantizar su expansión y cobertura³². Las prestaciones que involucran los derechos sociales son de **carácter programático** porque requieren de un proceso en el que se diseñan y planifican las instituciones y el sistema que los hace posibles. Ello exige tiempo y la apropiación de recursos que luego deben ser destinados bajo una serie de parámetros que deben ser discutidos democráticamente. Su realización es, en este sentido, progresiva. Ahora bien, en ciertas situaciones especiales los derechos prestacionales se transforman en derechos subjetivos. A partir de ello, la jurisprudencia de la Corte ha establecido algunos supuestos bajo los cuales se puede entender los derechos sociales como derechos subjetivos y como derechos fundamentales³³, en particular, deben destacarse el criterio de conexidad con derechos fundamentales, la aplicación hacia sujetos de especial protección y el reconocimiento de derechos sociales directamente fundamentales en relación con su contenido esencial.

³¹ Ver al respecto Corte Interamericana de Derechos Humanos, Caso Velásquez Rodríguez, sentencia del 29 de julio de 1988, párr. 177.

³² Sentencia T-978 de 2001.

³³ Ver al respecto, entre otras, las sentencias T-207 de 1995 y T-595 de 2002, Una fundamentación de los derechos sociales como derechos subjetivos puede verse en Rodolfo Arango, *El concepto de derechos sociales fundamentales*, Bogotá: Universidad Nacional de Colombia, Legis, 2005.

Conforme a lo anterior es pues posible afinar más nuestro análisis y clasificar los derechos humanos en grupos básicos de derechos. En primer término están los derechos civiles propiamente dichos que corresponden a los derechos individuales clásicos y protegen al individuo como tal. Son pues el derecho a la vida, a la integridad personal, a la intimidad, a la honra, a la seguridad individual, a las garantías procesales, a la libertad de pensamiento y de cultos, etc. Estos derechos civiles son llamados por ciertos autores derechos de la persona o libertades individuales o fundamentales o, también, libertades límites puesto que constituyen barreras infranqueables para el Estado³⁴. En segundo término, y directamente ligadas a estos derechos civiles, algunos autores incluyen las libertades económicas y el derecho de propiedad. Sin embargo, como ya lo señalamos con anterioridad, éstas han perdido el carácter absoluto que tuvieron al inicio de las revoluciones burguesas, puesto que se reconoce que la garantía de los derechos de segunda generación implica la limitación de estas libertades económicas. En tercer término, figuran los derechos políticos que tienen más que ver con la noción de libertad como participación en los destinos de la comunidad. Es decir, son nociones que intentan articular el concepto antiguo de la libertad (la libertad-participación) con el llamado concepto moderno de la misma (la libertad-independencia). En cuarto término, figuran los derechos económicos, sociales y culturales que se fundamentan en la exigencia de una prestación positiva por parte del Estado. Finalmente encontramos los derechos colectivos, donde se proyectan los derechos de la solidaridad y los derechos multiculturales.

Este examen nos ha permitido pues distinguir y definir varios grupos básicos de derechos humanos correspondientes a diferentes aspectos constitutivos de la noción de derechos humanos. Esta clasificación nos parece aceptable puesto que se ha desprendido naturalmente del examen de la evolución histórica y de la noción filosófica de los derechos humanos. La unidad de los derechos humanos no resulta entonces de una identidad lógica previa de sus diversos componentes, de tal suerte que se pudiese definir a nivel abstracto una concepción integral de derechos del hombre susceptible de respetar fácilmente el principio aristotélico de no contradicción. Si alguna unidad existe, ésta es una unidad dinámica, problemática, que resulta de la confluencia de diversos elementos contradictorios en equilibrio cambiante. Es pues una "unificación dinámica"³⁵, siempre en curso. Los derechos humanos -esa religión política del demócrata laico- son pues la aspiración a la construcción de un orden justo, pero debido a la ambivalencia inherente a sus elementos constitutivos, diversas combinaciones son posibles. Así, la preservación de las libertades económicas a toda costa puede traducirse en una restricción creciente de otros derechos humanos; en muchos aspectos, ese parece ser el caso de la dialéctica de los derechos en nuestro país.

En síntesis: es necesario comprender que la problemática de los derechos del hombre es de carácter integral, en el sentido de que solamente mediante la garantía tanto de los derechos civiles y políticos como económicos, sociales y culturales "puede realizarse el ideal del ser humano libre, liberado del temor y de la miseria", como lo señalan acertadamente los Pactos de la ONU. Esa visión integral de los derechos del hombre y -aún mas importante, la

³⁴ Así por ejemplo, COLLIARD habla de las libertades fundamentales o de la persona cuando se refiere a estos derechos civiles (Cf, Op - Cit p 201). DUVERGER propone la distinción entre libertades límites y libertades encuadradas (Cf Institutions Politiques et Droit Constitutionnel, Paris: Thémis, 1970, p 75 y ss)

³⁵ La expresión es utilizada por Jacques Maritain en la Introducción al libro de la UNESCO, *Los derechos del hombre*. México: Fondo de Cultura Económica, 1949, p 21.

aspiración a la vigencia integral de los mismos- no nos deben llevar a engaños haciéndonos olvidar el carácter intrínsecamente contradictorio tanto del concepto como de la realidad misma de los derechos fundamentales. Aspiración a la totalidad, a la integralidad, a la unificación dinámica pero, al mismo tiempo, naturaleza intrínsecamente contradictoria. He allí el germen de la dialéctica de los derechos humanos. Pero una dialéctica que, como bien señala Ernst Bloch, debe llevarnos a recuperar lo mejor de la tradición de la Ilustración, pues ha llegado el momento "de unir funcionalmente y superar las diferencias en las antiguas intenciones de dicha de las utopías sociales y las antiguas intenciones de dignidad de las teorías iusnaturalistas"³⁶.

4. Grandes debates en derechos humanos. La universalidad de los derechos humanos frente a la diversidad cultural³⁷

El objetivo del presente módulo es resaltar el carácter de los derechos humanos como fuente de derecho vinculante en el ejercicio de la función judicial. Con todo, ello no implica desconocer la existencia de controversias filosóficas de gran importancia, como las relacionadas con la fundamentación de los derechos humanos. Por lo pronto, y resaltando su importancia en el constitucionalismo actual, nos referiremos al debate inherente al conflicto entre los postulados de universalidad de los derechos humanos frente a casos de diversidad cultural. El problema puede ser formulado de la siguiente manera: ¿son los derechos humanos universales o una imposición occidental? Una respuesta al respecto puede encontrarse en la propia práctica judicial.

Consideramos que el primer paso para profundizar en este tema lo constituye el reconocimiento de la razón jurídica como razón polifónica o dialógica. La interpretación de los derechos humanos busca ordenar derechos que, como lo hemos presentado, son contradictorios, por lo cual gira en torno a la idea de lograr la unidad dentro de la multiplicidad. En forma sugestiva, algunos autores han caracterizado estas formas de razonamiento como "dialógicas" o "polifónicas" puesto que son un permanente arbitraje y reequilibrio entre valores discordantes y perspectivas enfrentadas³⁸. Como fue señalado, la unidad de los derechos humanos no es un punto de partida sino un proceso, ya que resulta de un permanente proceso de ajuste entre los diversos valores y perspectivas que ellos encarnan.

Este modelo judicial polifónico o dialógico puede ser relevante para enfrentar las tensiones entre la defensa del universalismo de los derechos humanos y el reconocimiento del pluralismo cultural, ya que muestra que la unidad de los derechos humanos no debe ser concebida como un a priori lógico ligado a nociones metafísicas, como dios o la naturaleza humana, sino que debe ser fruto de un reconocimiento y diálogo entre las culturas. Por ello es que podría hablarse de la "Uni-diversalidad" de los derechos humanos, precisamente

³⁶ Ernst BLOCH. Op- Cit, XII.

³⁷ Este segmento está basado en Rodrigo Uprimny, "La uni-diversalidad de los derechos humanos" en VV.AA., *Colombia: la alegría de pensar*. Bogotá: Universidad Autónoma de Colombia.

³⁸ Las expresiones son de Timsit, citado por François Ost. François Ost. "Originalité des méthodes d'interprétation de la Cour européenne des droits de l'homme" en Mireille Delmas-Marty, *Raisonnement la raison d'Etat*, Paris : PUF.

para defender la idea de que ellos deben ser pensados como un resultado progresivo de una comunicabilidad entre las diversas culturas, a través de la puesta en perspectiva y la relativización de las mismas, pero sin que ello implique el abandono de la posibilidad de la comprensión crítica de las mismas. La apertura hacia otras civilizaciones, para luego de oír y comprender sus razones y motivos, criticar algunos de sus elementos, no excluye sino que por el contrario es el presupuesto mismo para buscar acuerdos relativos con respecto a asuntos comunes.

En esa medida, es posible defender perspectivas dialógicas para fundamentar la universalidad de los derechos humanos, ya sea en las formas más abstractas planteadas por los defensores de la ética comunicativa³⁹, ya sea por medio del desarrollo efectivo de diálogos interculturales en torno al principio de reciprocidad, o la regla formal de justicia, esto es, a partir de un proceso de mestizaje de los derechos humanos, tal y como lo ha planteado Boaventura de Sousa Santos, quien califica esa experiencia como una hermenéutica diatópica o dialógica⁴⁰. Esta hermenéutica parte de la constatación de que las concepciones de dignidad humana de las distintas culturas son siempre parciales, por cuanto los valores y lugares comunes “de una cultura individual son tan incompletos como la cultura en que se producen, no importa lo fuertes que sean”. Sin embargo, en general esa insuficiencia no se percibe desde la propia cultura. En tal contexto, la finalidad de la hermenéutica diatópica no es “alcanzar la completitud, puesto que este es un objetivo imposible de alcanzar, sino, por el contrario, elevar lo máximo posible la conciencia de la incompletitud recíproca, involucrándose en un diálogo con un pie en cada cultura. Aquí reside su carácter diatópico”⁴¹. En esa experiencia dialógica, el escrutinio de las debilidades recíprocas de cada cultura, que parte precisamente del reconocimiento del valor de las otras miradas culturales, permite entonces construir ciertos valores multiculturales.

Así, son derechos humanos aquellos que una tradición cultural reclamaría para sus propios miembros y debe por consiguiente conceder a los integrantes de otras tradiciones, si espera que los otros le otorguen un tratamiento recíproco. De esa manera, los derechos humanos pueden pretender ser universales y multiculturales pues son el resultado y la condición del diálogo entre las culturas.

Un ejemplo de aplicación práctica de lo anterior podemos encontrarlo en la jurisprudencia de la Corte Constitucional. Ese tribunal ha debido enfrentar las tensiones entre el respeto a los derechos de la persona y el reconocimiento del pluralismo en varios fallos y ha tenido una evolución significativa que bien vale la pena reseñar. Así, en una primera decisión (sentencia T-254 de 1994), la Corte defendió la primacía de los derechos fundamentales individuales sobre el pluralismo, pues estableció que esos derechos “constituyen el mínimo obligatorio de convivencia para todos los particulares”, por lo cual representan “un límite material al principio de diversidad étnica y cultural y a los códigos de valores propios de las diversas comunidades indígenas que habitan el territorio nacional”. Con tal criterio, esa

³⁹ En la obra *La Dialéctica de los derechos humanos en Colombia*. Bogotá: FUAC, 1992, pp 87 y ss, y 187 y ss, Rodrigo Uprimny intenta esta fundamentación de los derechos humanos por medio de la ética comunicativa.

⁴⁰ Para esta concepción de hermenéutica diatópica, ver Boaventura de Sousa Santos. *La globalización del derecho*. Bogotá: UN, ILSA, 1998, pp 193 y ss. Ver también de este autor, *De la mano de Alicia. Lo social y lo político en la post-modernidad*. Bogotá: Siglo del Hombre Editores, Uniandes, p 355 y ss.

⁴¹ Boaventura de Sousa Santos, *De la mano de Alicia, Loc-cit.*, p 357.

sentencia concluyó que las autoridades indígenas habían violado el debido proceso de uno de sus miembros, a quien habían expulsado, junto con su familia, del resguardo, luego de encontrarlo culpable de hurto. Según la Corte, la decisión de las autoridades indígenas desconocía la proporcionalidad e individualidad de la pena.

Esta sentencia fue criticada por varios antropólogos y juristas, quienes consideraron que la doctrina de la Corte erosionaba el reconocimiento constitucional del pluralismo étnico y de la autonomía de las comunidades, puesto que una aplicación estricta y total de ciertos derechos constitucionales -como el debido proceso o la prohibición de los castigos físicos- puede conducir a la parálisis misma de la jurisdicción indígena, que funciona con otros criterios. Las decisiones posteriores de la Corte parecen recoger esas críticas, pues el tribunal varía parcialmente su jurisprudencia. Así, la sentencia C-139 de 1996 señala que no es cierto que todos los derechos constitucionales representen un límite a la jurisdicción indígena, por cuanto se estaría vaciando el contenido de la autonomía de esas comunidades, con grave perjuicio al pluralismo. Según la Corte, “para que una limitación a dicha diversidad esté justificada constitucionalmente, es necesario que se funde en un principio constitucional de un valor superior al de la diversidad étnica y cultural. De lo contrario, se restaría toda eficacia al pluralismo que inspira el texto de la Carta”.

Ese giro hermenéutico de la Corte en favor del pluralismo es aún más claro en la sentencia T-349 de 1996, en donde el tribunal afirma que “sólo con un alto grado de autonomía es posible la supervivencia cultural”, por lo cual, la regla para el intérprete cuando determina el alcance de la jurisdicción indígena debe ser “**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”. Por ende, según la Corte, sólo son admisibles las restricciones a la autonomía de estas autoridades si se trata de una medida que sea estrictamente necesaria y proporcionada para salvaguardar un interés de superior jerarquía. Con base en ese estándar, la sentencia concluye que cuando una comunidad indígena juzga a uno de sus miembros, los límites de las autoridades “sólo pueden estar referidos a lo que verdaderamente resulta intolerable por atentar contra los bienes más preciados del hombre”. Y ese núcleo de derechos intangibles incluye únicamente, según la Corte, la legalidad de las penas, el derecho a la vida, la prohibición de la esclavitud y la prohibición de la tortura, por cuanto sólo frente a tales valores “puede predicarse la existencia de un verdadero consenso intercultural” y tales derechos “se encuentra dentro del núcleo de derechos intangibles que reconocen todos los tratados de derechos humanos, derechos que no pueden ser suspendidos ni siquiera en las situaciones de conflicto armado.”

Con base en tal criterio, la Corte ha admitido la procedencia de ciertos castigos físicos en las comunidades indígenas, como el ceпо (Sentencia T-349 de 1996) o los fuetazos (Sentencia T-523 de 1997), siempre y cuando éstos se desarrollen dentro de ciertos contextos culturales que los justifican. Así, en relación con el fuate aplicado por la comunidad Paez, la Corte concluyó que la medida era válida, no sólo porque “el sufrimiento que esta pena podría causar al actor, no reviste los niveles de gravedad requeridos para que pueda considerarse como tortura, pues el daño corporal que produce es mínimo” sino además, por cuanto ese castigo no representa una pena degradante que “humille al individuo groseramente delante de otro o en su mismo fuero interno”, porque

“esta es una práctica que se utiliza normalmente entre los paeces y cuyo fin no es exponer al individuo al “escarmiento” público, sino buscar que recupere su lugar en la comunidad.”

Esta evolución jurisprudencial es notable no sólo por el esfuerzo de la Corte Constitucional colombiana por comprender la lógica interna de funcionamiento de la administración de justicia indígena, sino también por cuanto, en el fondo, existe en la postura de ese tribunal un reconocimiento de las debilidades del sistema de justicia penal occidental. En efecto, la inhumanidad de las cárceles colombianas y su ineficacia preventiva y resocializadora subyacen a la argumentación de la Corte pues constituyen uno de los argumentos decisivos para admitir la legitimidad de ciertos castigos de las comunidades indígenas, que en un primer momento pueden parecer inaceptables, como el cepo o el fuate.

El anterior ejemplo ilustra la fecundidad de la búsqueda de una apropiación transcultural de los derechos humanos. Así, la perspectiva indígena muestra la crueldad, y tal vez la irracionalidad de las penas de prisión, mientras que la tradición occidental podría también cuestionar ciertas formas autoritarias de control social de las comunidades tradicionales. En tal contexto, una discusión y diálogo entre estas culturas tal vez permita no sólo un mayor reconocimiento del otro sino también que avancemos a la estructuración de sistemas judiciales más humanos.

Estas prácticas de diálogo intercultural para construir la universalidad de los derechos humanos pueden ser extendidas a todos los ámbitos ya que el derecho a la diferencia cultural, para tener algún sentido, significa que todas las culturas -tanto aquellas que asumen la forma de estado nacional como las minorías nacionales dentro de un mismo país- deben tener ese derecho, lo cual implica el reconocimiento de normas transculturales y universalizables que constituyan el marco de entendimiento y diálogo entre las civilizaciones. Paradójicamente, sólo reconociendo normas para toda la humanidad se puede pensar en una verdadera tolerancia a la diversidad cultural. Pero sólo aceptando la diversidad cultural podremos realmente reconocer la igualdad de todos los seres humanos y construir una universalidad de los derechos humanos, que no sea sinónimo de una uniformización empobrecedora de las culturas sino de un enriquecimiento dentro de la diversidad. Y en eso consiste la “uni-diver-salidad” de los derechos humanos, que es una forma posible para defender la universalidad de los derechos humanos conservando la riqueza y diversidad de las distintas opciones culturales y personales.

IV. Autoevaluación

1. Con base en el ensayo sobre “Concepto, historia y fundamentación de los derechos humanos”, ¿qué ajustes efectuaría en relación con las respuestas ofrecidas a las diversas actividades pedagógicas planteadas en la unidad?
2. Utilizando las herramientas contenidas en el mencionado ensayo y en otros módulos de la Escuela Judicial, determine algunos aportes que el ejercicio de la función judicial ofrece a la discusión sobre la diferencia entre derechos morales (derechos naturales), derechos humanos y derechos fundamentales.

3. ¿De qué manera se proyecta en la Constitución de 1991 esa evolución histórica del contenido de los derechos humanos?
4. Lea los artículos de la Constitución de 1991 que reconocen diversos tipos de derechos. Discuta a qué tipo de tradición corresponden algunos de ellos.

■ UNIDAD 2. DERECHO INTERNACIONAL, DERECHO INTERNO Y BLOQUE DE CONSTITUCIONALIDAD: LA FUERZA JURÍDICA INTERNA DE LOS DERECHOS HUMANOS⁴²

I. Objetivos

Entender la especificidad de la recepción interna de la normatividad internacional de los derechos humanos en el constitucionalismo contemporáneo y en el colombiano en particular.

Resaltar la fuerza vinculante de los derechos humanos en el ordenamiento colombiano, en virtud del bloque de constitucionalidad.

Introducir el concepto de bloque de constitucionalidad como la figura que sistematiza esa recepción constitucional específica de los derechos humanos

II. Actividades Pedagógicas

Instrucciones. Antes de dar paso a las actividades pedagógicas conviene recordar algunas pautas metodológicas que sirven para el logro de los objetivos pedagógicos planteados para este módulo sobre derechos humanos y derecho humanitario. Como se explicó en la introducción general, la idea es que al utilizar el módulo como material de autoaprendizaje se realicen las actividades pedagógicas antes de leer el artículo final de cada unidad, toda vez que de esa manera estas actividades pedagógicas rinden mejores frutos. Asimismo, es de gran provecho reexaminar esos mismos ejercicios luego de haber leído el artículo, para poder también tener una distancia crítica frente a lo que allí se plantea.

1. La recepción constitucional específica de los tratados de derechos humanos.

La Corte Constitucional sostiene en la sentencia C-400 de 1998, que la Constitución prima en general sobre los tratados, por lo cual, un tratado, incluso ratificado, podría ser declarado inconstitucional. Pero en otras sentencias, como la C-225 de 1995, la misma Corte Constitucional ha planteado que los tratados de derechos humanos tienen rango constitucional. ¿Considera usted que esas dos tesis son contradictorias? ¿O, por el contrario, es posible armonizarlas?

⁴² Por obvias razones, esta unidad se basa en gran medida en el trabajo de Rodrigo Uprimny. *Bloque de constitucionalidad, derechos humanos y proceso penal*. Bogotá, Escuela Judicial, 2005.

Elabore un ensayo de dos páginas sobre ese punto. En caso de que realice el trabajo en grupo, discuta el punto con sus colegas.

Una vez que haya realizado esta actividad, lea el punto 1 del ensayo del final de la unidad, en donde planteamos una posible respuesta a ese interrogante.

2. El status jurídico de los tratados de derechos humanos y el bloque de constitucionalidad.

Lea atentamente los artículos 4 y 93 de la Constitución. Lea igualmente los apartes de la sentencia C-225 de 1995 sobre el Protocolo II de Ginebra, que elaboran el concepto de bloque de constitucionalidad. A partir de lo anterior, ¿cuál cree usted que es la fuerza jurídica interna que tiene el artículo 13 de la Convención Interamericana sobre libertad de expresión? ¿Tiene esa norma rango constitucional o no?

Elabore un ensayo de dos páginas sobre ese punto. En caso de que realice el trabajo en grupo, discuta el punto con sus colegas.

Una vez que haya realizado esta actividad, lea el punto 2 del ensayo del final de la unidad, en donde planteamos una posible respuesta a ese interrogante.

3- El bloque de constitucionalidad y la posible fuerza jurídica de otros estándares internacionales de derechos humanos.

Los anteriores ejercicios le han mostrado que los tratados de derechos humanos tienen una fuerza jurídica especial, en virtud del bloque de constitucionalidad. Pero las normas internacionales de derechos humanos no son únicamente tratados; existen otros estándares internacionales de derechos humanos, como pueden ser aquellos derivados la costumbre internacional en este campo. También encontramos otros documentos, como son las decisiones de instancias internacionales como la Corte Interamericana de derechos o ciertas recomendaciones en la materia de ciertas instancias internacionales, como la Comisión de derechos humanos. ¿Qué fuerza jurídica tienen en el ordenamiento interno esos otros estándares internacionales de derechos humanos?

Elabore un ensayo de dos páginas sobre ese punto. En caso de que realice el trabajo en grupo, discuta el punto con sus colegas.

Una vez que haya realizado esta actividad, lea el punto 3 del ensayo del final de la unidad, en donde planteamos una posible respuesta a ese interrogante.

III- El ensayo: El bloque de constitucionalidad y la fuerza vinculante de los derechos humanos en el ordenamiento colombiano.

Los derechos humanos se tornan en derechos constitucionales y en derechos fundamentales al ser institucionalizados por la constitución de un país. Esto supone además que sean dotados de mecanismos especiales de protección.

Antes de la Constitución de 1991, este proceso de constitucionalización de los derechos humanos en Colombia era precario, lo cual explicaba, aunque no justificaba, una actitud judicial consistente en negar valor jurídico a los derechos humanos. Así, antes de la Constitución de 1991, los jueces colombianos no aplicaban las normas internacionales de derechos humanos, a pesar de que Colombia había ratificado esos tratados. Y muchos discutían acerca de la fuerza jurídica de esos tratados, para lo cual recurrían a las clásicas discusiones entre monismo y dualismo sobre las relaciones entre el derecho internacional y el derecho interno. Por ello, quienes defendían la aplicación interna de los tratados, se sentían obligados a adherir a tesis monistas internacionalistas, mientras que quienes apoyaban la supremacía constitucional, tenían dificultades para defender la prevalencia de las normas internacionales de derechos humanos.

Esto cambió con la Constitución de 1991: y es la Constitución de 1991, en armonía con una tendencia importante del constitucionalismo contemporáneo, establece una solución a esa situación, que consiste en conferir un tratamiento jurídico especial al derecho internacional de los derechos humanos, lo cual ha sido sistematizado por la Corte Constitucional con la figura del bloque de constitucionalidad, que permitió una incorporación vigorosa del derecho internacional de los derechos humanos en la práctica jurídica.

Ese progreso jurídico en materia de derechos humanos puede entonces ser sintetizado así: antes de la Constitución de 1991, las normas de derechos humanos prácticamente no tenían ninguna aplicación judicial en nuestro país. Con contadas y notables excepciones, los jueces colombianos no conocían ni aplicaban esas disposiciones. En cambio, al amparo de la Constitución de 1991, la justicia constitucional ha sido vigorosa en la protección de los derechos de las personas y de las minorías, así como en su intención por controlar los abusos de las autoridades y de los poderosos.

Hoy los derechos humanos, en virtud del bloque de constitucionalidad, son entonces derecho positivo vinculante para todas las autoridades y por ello deben ser tenidos en cuenta por los jueces en sus decisiones judiciales. Y esto es importante no solamente en los casos propiamente constitucionales –como las acciones de tutela o los procesos de control abstracto- sino también en los juicios ordinarios, ya que los jueces tienen el deber de tomar en cuenta la Constitución también cuando resuelven asuntos penales, civiles o laborales, por cuanto, como lo dice el artículo 4º superior, la Constitución es norma de normas y prevalece sobre cualquier otra disposición que le sea contraria. Por ello los jueces deben tener en cuenta la normatividad internacional de derechos humanos, por cuanto ésta, por mandato de la propia Constitución, tiene fuerza jurídica constitucional.

Este ensayo sistematiza esa evolución, mostrando la recepción específica del derecho internacional de los derechos humanos (punto I), para luego analizar el status jurídico de

dichos tratados y su relación con el bloque de constitucionalidad (punto II), para luego examinar la fuerza jurídica de otros estándares internacionales de derechos humanos (punto III).

1- La recepción constitucional de los tratados de derechos humanos: más allá del dualismo y el monismo en las relaciones entre el derecho internacional y el derecho interno.

La Constitución de 1991 tiene varias cláusulas que confieren una fuerza especial a los tratados de derechos humanos.. Cuatro disposiciones jugarán entonces un papel trascendental: de un lado, el artículo 53, según el cual, “los convenios internacionales del trabajo debidamente ratificados, hacen parte de la legislación interna”. De otro lado, el artículo 93, que establece que ciertas normas internacionales de derechos humanos “prevalecen en el orden interno”, y que “los derechos y deberes consagrados en esta Carta, se interpretarán de conformidad con los tratados internacionales sobre derechos humanos ratificados por Colombia”. En tercer término, el artículo 94 que incorpora la cláusula de derechos innominados, pues precisa que “la enunciación de los derechos y garantías contenidos en la Constitución y en los convenios internacionales vigentes, no debe entenderse como negación de otros que, siendo inherentes a la persona humana, no figuren expresamente en ellos”. Finalmente, el artículo 214, que regula los estados de excepción, e indica que incluso en esos momentos de crisis, no pueden “suspenderse los derechos humanos ni las libertades fundamentales”, y que “en todo caso se respetarán las reglas del derecho internacional humanitario”.

Ahora bien, eso no es exclusivo de Colombia. En otros países sucede algo semejante, por una razón muy sencilla: sus constituciones, al igual que la Carta de 1991, confieren un tratamiento especial y privilegiado a los tratados de derechos humanos⁴³.

Esta tendencia parece comenzar con la Constitución portuguesa, con su conocido artículo 16, que establece que “*los preceptos constitucionales y legales relativos a los derechos fundamentales deben ser interpretados e integrados en armonía con la Declaración Universal de Derechos Humanos.*” En América Latina, la Constitución Peruana de 1979 parece innovar en ese tratamiento constitucional especial a los tratados de derechos humanos, seguida por las constituciones de Guatemala de 1985 y de Nicaragua de 1987. Las constituciones contemporáneas de otros países, como Venezuela, muestran esta tendencia del constitucionalismo contemporáneo, y en especial del constitucionalismo iberoamericano de los años ochenta y noventa, de reconocer un status y una jerarquía particular a los tratados de derechos humanos.

Esta técnica jurídica y constitucional de conferir un lugar especial a los tratados de derechos humanos se funda en razones conceptuales y políticas sólidas y tiene implicaciones jurídicas muy importantes.

⁴³ Sobre ese tratamientos constitucional especial a los tratados de derechos humanos, ver Dulitzky, Ariel (2004) “La aplicación de los tratados sobre derechos humanos por los tribunales locales: un estudio comparado” en Abregú, Martín. Courtis, Christian *La aplicación de los tratados de derechos humanos por los tribunales locales*. Buenos Aires, CELS, pp 34 y ss;.

De un lado, ese tratamiento privilegiado se justifica porque existe una afinidad axiológica y normativa profunda entre el derecho internacional contemporáneo, que a partir de la Carta de las Naciones Unidas y de la Declaración Universal de los Derechos Humanos de 1948, sitúa a los derechos humanos en su cúspide, y el derecho interno contemporáneo, que ubica de modo equivalente a los derechos constitucionales y fundamentales. Es pues natural que las nuevas constituciones enfatizen esa afinidad confiriendo un status especial a los instrumentos internacionales de derechos humanos.

En segundo término, ese tratamiento especial a los tratados de derechos humanos también se justifica por cuanto dichas convenciones tienen especificidades jurídicas notables. En efecto, mientras que en general los tratados clásicos establecen obligaciones recíprocas entre los Estados y se acuerdan en beneficio mutuo de los Estados, los tratados de derechos humanos tienen la particularidad de que los Estados los adoptan pero no son sus beneficiarios ni destinatarios, por la sencilla razón de que dichas convenciones están dirigidos a proteger la dignidad de la persona humana. Ese punto ha sido resaltado por la doctrina, por las cortes internacionales y por los tribunales constitucionales de manera reiterada⁴⁴ y tiene al menos una consecuencia jurídica trascendental: a los tratados de derechos humanos no se aplica el principio de reciprocidad, por lo cual un Estado no puede alegar el incumplimiento de un tratado de derechos humanos por otro Estado con el fin de excusar sus propias violaciones de estas normas, por la sencilla razón de que dichos tratados tienen la particularidad de que sus reglas constituyen garantías en beneficio de la persona: se imponen obligaciones a los Estados pero no para su beneficio mutuo sino para amparar la dignidad human. Por ende, como dice Dulitzky:

“La naturaleza particular de este tipo de convenios justifica el tratamiento especial que diversas Constituciones latinoamericanas le dispensan a los derechos internacionalmente protegidos por tratados. Es obvio que no será lo mismo el efecto interno e internacional que produzca la ratificación de un tratado internacional general que la de un tratado de protección de derechos humanos. Esta es una de las justificaciones a las que los constituyentes se preocupan por darle un especial tratamiento a las convenciones internacionales de derechos humanos⁴⁵”

Las anteriores razones se ven fortalecidas si se tiene en cuenta que, en el ordenamiento internacional que se estructura después de la Segunda Guerra Mundial, el respeto de los derechos humanos es considerado como un asunto que directamente preocupa a la comunidad internacional, que progresivamente establece mecanismos para su protección internacional. Por consiguiente, los Estados no pueden invocar su soberanía interna para justificar violaciones a los derechos humanos ya que tienen la obligación internacional de respetarlos. Es pues razonable que para maximizar el cumplimiento de esos mandatos

⁴⁴ Ver entre otros Corte Interamericana. Opinión Consultiva 01 de 1981, parr 24, Igualmente la Opinión consultiva 0C-2 de 1982, parr 47. Corte Internacional de Justicia. Opinión Consultiva sobre la Convención para la prevención del Genocidio de 1951. Corte Europea de Derechos Humanos. Caso Soering del 7 de julio de 1989, parr 87. En Colombia, la Corte Constitucional ha destacado también ese punto. Ver sentencias C-574 de 1992 y C-225 de 1995, Fundamento 9.

⁴⁵ Ariel Dulitzky, *Op-cit*, p 38

internacionales, los Estados constitucionales confieran a esos estándares internacionales la máxima jerarquía interna.

Este tratamiento constitucional especial y privilegiado a los tratados de derechos humanos tiene a su vez dos consecuencias normativas muy importantes, que son a su vez dos razones suplementarias que justifican esa técnica constitucional.

De un lado, jurídicamente, ese tratamiento permite sacar, al menos en parte, a los tratados de derechos humanos del complejo debate sobre las relaciones entre el derecho internacional y el derecho (monismo y dualismo) en la medida en que la propia constitución confiere fuerza constitucional especial a las normas internacionales de derechos humanos, sin perjuicio del lugar jerárquico que puedan tener los otros tratados en el ordenamiento jurídico interno. Esto significa que un ordenamiento constitucional puede conferir jerarquía constitucional, o incluso supraconstitucional, a las normas internacionales de derechos humanos, sin que eso signifique obligatoriamente que todos los tratados tienen dicha jerarquía. Así, la Constitución argentina, después de la reforma constitucional de 1994, establece que, como regla general, los tratados no tienen rango constitucional, aunque tienen jerarquía suprallegal; sin embargo, esa misma reforma confiere rango constitucional a un listado específico de tratados de derechos humanos y posibilita que otros tratados de derechos humanos accedan a ese rango, si el Congreso así lo determina, por una mayoría calificada. Igualmente, en el caso colombiano, la Corte Constitucional ha precisado que, como regla general, la Constitución prevalece sobre los tratados en el orden interno, en virtud de la cláusula de supremacía constitucional, con excepción de aquellos tratados que tienen un tratamiento constitucional privilegiado y que integran el bloque de constitucionalidad, como son los tratados de derechos humanos⁴⁶.

De otro lado, y directamente ligado a lo anterior, ese tratamiento interno favorable de los tratados de derechos humanos permite una retroalimentación permanente y dinámica entre el derecho constitucional y el derecho internacional en el desarrollo de los derechos humanos. Así, las constituciones quedan, en cierta medida, vinculadas, en forma casi automática, a los desarrollos internacionales de los derechos humanos, por el reenvío que el texto constitucional hace al derecho internacional de los derechos humanos. Así, en virtud de la vinculación que el artículo 10 de la constitución de 1978 española establece entre los derechos fundamentales y los tratados de derechos humanos, cuando establece que los primeros deben interpretarse tomando en consideración los segundos, la doctrina española ha establecido que España es una “*Estado internacionalmente limitado*” y que la interpretación de los derechos fundamentales no sólo debe ser una interpretación “*constitucionalmente adecuada*” pues “*conforme a la Constitución*” sino también una interpretación “*internacionalmente adecuada*” pues “*conforme al derecho internacional*”⁴⁷.

A su vez, y teniendo en cuenta que, como se explicará más en detalle en la unidad 2, los “*principios generales de derecho reconocidos por las naciones civilizadas*” son una de las

⁴⁶ Ver, entre otras, la sentencia C-400 de 1998, Fundamentos 36 y ss.

⁴⁷ Para la reseña sintética de esta doctrina, ver - Manili, Pablo Luis (2002). “La recepción del derecho internacional del derecho internacional de los derechos humanos por el derecho constitucional iberoamericano” en Méndez Silva, Ricardo (Ed) (2002) *Derecho Internacional de Los Derechos Humanos*. México, pp 374 y ss.

fuentes reconocidas del derecho internacional, conforme lo señala el artículo 38 del estatuto de la Corte Internacional de Justicia, entonces es razonable que el derecho internacional tenga en cuenta los avances del derecho constitucional en materia de derechos humanos para el propio desarrollo del derecho internacional, pues la adopción constitucional generalizada de determinadas normas de derechos humanos puede ser considerada como una expresión del establecimiento de un principio general de derecho.

De esa manera, se ha desarrollado, al menos en materia de derechos humanos, un verdadero “*derecho constitucional internacional*”, según la terminología de ciertos autores, o un “*derecho de los derechos humanos*”, según otras denominaciones, que surge de la convergencia dinámica entre el derecho constitucional y el derecho internacional, que se auxilian mutuamente en la protección de la dignidad humana⁴⁸. El desarrollo del derecho de los derechos humanos es entonces dinamizado tanto por el derecho internacional como por el derecho constitucional, debiendo el intérprete optar, en función del principio de favorabilidad o *pro hómine*, por la norma más favorable a la realización de la dignidad de la persona.

La técnica de tratamiento constitucional privilegiado y especial a los tratados de derechos humanos, y la figura del bloque de constitucionalidad que le está asociada, permite entonces a los jueces nacionales aplicar directamente, y de manera preferente, esos estándares internacionales, sin tener que obligatoriamente entrar en el debate sobre si la Carta acoge las tesis monistas, dualistas o de la integración sobre las relaciones entre el derecho internacional y el derecho interno. Esto no significa que ese debate no tenga ninguna relevancia en este campo de los derechos humanos, pues sigue teniendo alguna importancia. Pero ese tratamiento constitucional privilegiado de la normatividad internacional de derechos humanos facilita enormemente su aplicación por los operadores jurídicos nacionales, que ya no conocen los dilemas que podrían enfrentar anteriormente los jueces nacionales.

Así, anteriormente, dichos jueces podían preguntarse si esa normatividad era directamente aplicable o no, ya que a veces se sostiene que un tratado, para poder ejecutarse internamente, requiere normas que lo desarrollen; pero esa preocupación desaparece para los tratados de derechos humanos, pues si la constitución es norma aplicable y dichos tratados están integrados a ella, entonces es claro que el operador jurídico debe aplicar internamente las normas internacionales de derechos humanos. Existe pues una presunción de operatividad y autoejecutabilidad de dichos tratados en el plano interno, por lo cual deben aplicarse, salvo que aparezca claramente que se trata de normas programáticas, como lo ha señalado uniformemente la doctrina y la jurisprudencia argentinas⁴⁹, con criterios plenamente aplicables al ordenamiento colombiano, como se explicará más en detalle en la unidad 2 de este módulo.

Igualmente, en el pasado, los jueces podían tener perplejidades frente a una eventual contradicción entre un tratado de derechos humanos y la constitución, pues podían dudar entre aplicar la Carta, en función del respeto de la supremacía constitucional, o el tratado, para no comprometer la responsabilidad internacional. Ese difícil dilema puede ser resuelto

⁴⁸ Ver Dulitzky., Op-cit, p 34. La expresión del “derecho de los derechos humanos” es de Ayala Corrao, mientras que la expresión de “derecho constitucional internacional” es defendida contemporáneamente por Flavia Piovesán.

⁴⁹ Ver Vega y Graham, pp 42 y ss.

más fácilmente ahora, pues si los tratados de derechos humanos se entienden integrados a la Constitución, entonces el eventual conflicto normativo no debe ser resuelto en función del principio jerárquico sino del principio de favorabilidad o *pro hómine*, que explicaremos ulteriormente, debiendo aplicarse la norma más favorable a los derechos humanos.

2. El bloque de constitucionalidad y el status jurídico de los tratados de derechos humanos y derecho internacional humanitario.

Esta incorporación al plano interno del derecho internacional de los derechos humanos se ha desarrollado en Colombia en gran medida con la figura del bloque de constitucionalidad, la cual hace referencia a aquellas normas que tienen fuerza constitucional por mandato mismo del texto constitucional sin que necesariamente se hallen explicitadas en el mismo. Esas normas son esencialmente los tratados de derechos humanos, pues a ellos remiten varias disposiciones de la Carta, como ya se señaló.

A pesar de esa importancia creciente de las normas internacionales de derechos humanos en la jurisprudencia constitucional desde 1992, la expresión “*bloque de constitucionalidad*” sólo aparecerá a mediados de 1995, con la sentencia C-225 de ese año⁵⁰. En esa ocasión, la Corte, luego de definir que, conforme al inciso primero del artículo 93 de la Carta, las normas humanitarias prevalecían en el orden interno, puesto que se trataba de derechos humanos que no podían ser suspendidos en estados de excepción, debió estudiar cuál era el lugar jerárquico que ocupaban esas disposiciones en nuestro ordenamiento. Y podían plantearse distintas tesis. Una de ellas es que prima la Constitución, porque el artículo 4º dice que la Constitución es norma de normas y que en todo caso de incompatibilidad entre la Constitución y “*la ley u otra norma jurídica*”, se aplicarán las disposiciones constitucionales. Resulta entonces, que si la Constitución entrara en contradicción con un tratado de derecho humanitario, primaría la Constitución. Pero conforme a otra tesis, el artículo 93 de la Carta establece la primacía de los tratados de derecho humanitario, porque esa norma dispone que 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*”. A este debate en el que, de un lado se da primacía a la Constitución y, de otro, se da primacía a los tratados internacionales, la Corte Constitucional, de manera salomónica, dio la siguiente solución: si hay dos disposiciones constitucionales aparentemente contrarias, el artículo 4º que da primacía a la Constitución y el artículo 93 que da primacía a los tratados internacionales, esto quiere decir que están en el mismo nivel jerárquico. De este modo, la solución que ha dado la Corte en cuanto a la relación entre los tratados de derechos humanos y la Constitución, a nivel de la jerarquía y la fuerza normativa interna, es la tesis de que

⁵⁰ En algunas ocasiones anteriores a esa sentencia C-225 de 1995, la Corte usó esporádicamente la expresión bloque de constitucionalidad pero no la desarrolló conceptualmente o le atribuyó un sentido un poco diverso. Así, las sentencias C-488 de 1993 y C-089 de 1994 usan la expresión pero para insistir en que la Constitución debe ser interpretada como un todo. Por su parte, la sentencia C-555 de 1994, Fundamento 32, usa la expresión, para señalar que la ley estatutaria de libertad religiosa integra con el texto constitucional un bloque de constitucionalidad, con lo cual se aproxima al sentido que ulteriormente la Corte atribuirá a esa figura; sin embargo no hay verdaderamente un desarrollo del concepto. Por ello es razonable concluir que el primer uso sistemático de la figura por la Corte Constitucional es el análisis contenido en la sentencia C-225 de 1995.

ambos están al mismo nivel, conforme a la figura del bloque de constitucionalidad. Conviene transcribir *in extenso* el aparte correspondiente, por su importancia metodológica en este tema. Según la Corte:

“A partir de todo lo anterior se concluye que los convenios de derecho internacional humanitario prevalecen en el orden interno. Sin embargo, ¿cuál es el alcance de esta prevalencia? Algunos doctrinantes y algunos intervinientes en este proceso la han entendido como una verdadera supraconstitucionalidad, por ser estos convenios normas de ius cogens. Esto puede ser válido desde la perspectiva del derecho internacional puesto que, conforme al artículo 27 de la Convención de Viena sobre el derecho de los tratados, una Parte no podrá invocar las disposiciones de su derecho interno como justificación del incumplimiento de un tratado. Con menor razón aún podrán los Estados invocar el derecho interno para incumplir normas de ius cogens como las del derecho internacional humanitario. Pero, desde la perspectiva del derecho constitucional colombiano, esta interpretación debe ser matizada, puesto que la Constitución es norma de normas (CP art. 4º). ¿Cómo armonizar entonces el mandato del artículo 93, que confiere prevalencia y por ende supremacía en el orden interno a ciertos contenidos de los convenios de derechos humanos, con el artículo 4º que establece la supremacía no de los tratados sino de la Constitución?”

La Corte considera que la noción de "bloque de constitucionalidad", proveniente del derecho francés pero que ha hecho carrera en el derecho constitucional comparado, permite armonizar los principios y mandatos aparentemente en contradicción de los artículos 4º y 93 de nuestra Carta.

(...)

Como vemos, 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. Son pues verdaderos principios y reglas de valor constitucional, esto es, son 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 stricto sensu.

En tales circunstancias, la Corte Constitucional coincide con la Vista Fiscal en que el único sentido razonable que se puede conferir a la noción de prevalencia de los tratados de derechos humanos y de derecho internacional humanitario (CP arts 93 y 214 numeral 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).

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”.

A partir de esa fecha, la Corte comienza a usar con mayor frecuencia la noción de bloque de constitucionalidad en sus decisiones, tanto cuantitativa como cualitativamente, en especial para referirse a los tratados de derechos humanos. De esa manera, la corte Constitucional ha tendido a reconocer fuerza constitucional a los tratados de derechos humanos ratificados por Colombia, en virtud del artículo 93 de la Constitución.

Es cierto que en estricto sentido, el asunto es más complejo y enredado, pues ese artículo 93 distingue entre dos tipos de tratados: de un lado, aquellos “que reconocen los derechos humanos y que prohíben su limitación en los estados de excepción”, los cuales, según el inciso primero, “prevalecen en el orden interno”; y, de otro lado, aquellos tratados que no tienen esa naturaleza, frente a los cuales el inciso segundo establece una cláusula interpretativa y no jerárquica, según la terminología de ciertos autores, pues señala que los derechos constitucionales deben ser interpretados de conformidad con esos tratados, pero no establece que dichos tratados prevalezcan en el orden interno.

Esos dos mandatos no son fácilmente armonizables, y por ello la Corte Constitucional ha tenido vacilaciones importantes sobre la jerarquía interna de los tratados de derechos humanos. En ciertas sentencias, la Corte ha sostenido que únicamente integran el bloque de constitucionalidad aquellos componentes de los tratados de derechos humanos relativos a derechos que no pueden ser limitados en estados de excepción, pues sólo ellos prevalecen en el orden interno, según el inciso primero del artículo 93 constitucional⁵¹; pero en otras sentencias, la Corte ha sostenido que también los otros contenidos de los tratados de derechos humanos tienen dicha jerarquía si se refieren a derechos constitucionales, en virtud del inciso segundo del artículo 93 constitucional⁵², tesis que me parece la interpretación constitucionalmente más apropiada.

En otro módulo desarrollamos en detalle este punto⁵³, pero independientemente de la tesis que se defiende, lo que es claro es que los tratados de derechos humanos ratificados por Colombia tienen todos claramente aplicación directa en el orden interno, teniendo la mayoría de ellos fuerza constitucional.

3- El bloque de constitucionalidad y la posible fuerza jurídica de otros estándares internacionales de derechos humanos.

Las normas contenidas en los tratados de derechos humanos ya son en sí mismas importantes. Pero en ciertos casos, pueden ser mucho más importantes las interpretaciones que de las mismas han hecho ciertos doctrinantes y en especial las instancias internacionales de derechos humanos, como la Corte Interamericana o el Comité de Derechos Humanos del PIDCP. Y la razón es la siguiente: en ocasiones, el lenguaje mismo de los convenios de derechos humanos es abierto. Así, varias de esas normas protegen a las personas contra injerencias “arbitrarias” en su intimidad. Sin embargo, ¿qué significa que una injerencia sea arbitraria? Para responder a ese

⁵¹ En particular cf. las sentencias C-327 de 1997, fundamento 3, C-191 de 1998 y C-582 de 1999.

⁵² Cf., entre otras, las sentencias C-10 de 2000, T-1303 de 2001 y T-1319 de 2002

⁵³ Ver Rodrigo Uprimny. *Bloque de Op-cit*, unidad 2.

interrogante, es muy útil tener en cuenta la jurisprudencia desarrollada por estos órganos, que ha ido definiendo poco a poco, a través de decisiones de casos individuales, o por medio de comentarios generales a los pactos de derechos humanos, el alcance de esos conceptos abiertos⁵⁴.

Las normas contenidas en los tratados de derechos humanos ya son en sí mismas importantes. Pero en ciertos casos, pueden ser mucho más importantes las interpretaciones que de las mismas han hecho ciertos doctrinantes y en especial las instancias internacionales de derechos humanos, como la Corte Interamericana o el Comité de Derechos Humanos del PIDCP. Y la razón es la siguiente: en ocasiones, el lenguaje mismo de los convenios de derechos humanos es abierto. Así, varias de esas normas protegen a las personas contra injerencias “arbitrarias” en su intimidad. Sin embargo, ¿qué significa que una injerencia sea arbitraria? Para responder a ese interrogante, es muy útil tener en cuenta la jurisprudencia desarrollada por estos órganos, que ha ido definiendo poco a poco, a través de decisiones de casos individuales, o por medio de comentarios generales a los pactos de derechos humanos, el alcance de esos conceptos abiertos⁵⁵.

Con todo, podría objetarse que en el ordenamiento interno colombiano, la jurisprudencia internacional, como la desarrollada por la Corte Interamericana o el Comité del PIDCP no tiene ningún valor, porque no es formalmente fuente de derecho. Y que menos aún tiene valor la jurisprudencia de otros sistemas de derechos humanos, a los cuales Colombia no se encuentra sometida, como la desarrollada por la Corte Europea de Derechos Humanos.

Sin embargo, esas objeciones no son válidas, por las siguientes razones.

De un lado, Colombia se ha comprometido a respetar los tratados de derechos humanos, y por ello, en función del principio *Pact Sunt Servanda*, todos los funcionarios del Estado, incluyendo a los jueces, deben esforzarse por aplicar esos tratados.

De otro lado, es la propia Carta la que remite a esa doctrina y jurisprudencia en el artículo 93-2, cuando señala que los derechos constitucionales deben ser interpretados de conformidad con los tratados de derechos humanos ratificados por Colombia, puesto que esa norma hace relevante constitucional la “interpretación doctrinaria⁵⁶” de esos tratados adelantada por las instancias internacionales de protección de derechos humanos, tal y como lo ha señalado la Corte Constitucional en varias sentencias.

⁵⁴ Los ejemplos son innumerables, pero, entre muchos otros, conviene destacar la Observación General No 13 del Comité del PIDCP sobre el alcance del debido proceso y las sentencias de la Corte Interamericana en los casos Genie Lacayo (29 de enero de 1997), Loayza Tamayo (17 de septiembre de 1997) y Castillo Petrucci y otros (30 de mayo de 1999).

⁵⁵ Los ejemplos son innumerables, pero, entre muchos otros, conviene destacar la Observación General No 13 del Comité del PIDCP sobre el alcance del debido proceso y las sentencias de la Corte Interamericana en los casos Genie Lacayo (29 de enero de 1997), Loayza Tamayo (17 de septiembre de 1997) y Castillo Petrucci y otros (30 de mayo de 1999). Una excelente compilación doctrinaria es O'Donnell, 2004, capítulos 4, 5 y 6, y O'Donnell, Uprimny y Villa, Tomo I, pp 329 y ss.

⁵⁶ Sobre este concepto de “interpretación doctrinaria” en derecho internacional, ver O'Donnell, 2001, p 71 y ss.

Finalmente, incluso la jurisprudencia de otros sistemas de derechos humanos es relevante, por cuanto el propio sistema de fuentes del derecho internacional así lo indica. En efecto, el artículo 38 del Estatuto de la Corte Internacional de Justicia, que es la norma de referencia en materia de sistema de fuentes del derecho internacional público, indica que son fuentes no sólo (i) los tratados y (ii) la costumbre sino también (iii) los principios generales de derecho admitidos por las naciones civilizadas y (iv) las decisiones judiciales y las doctrinas de los publicistas más autorizados de las distintas naciones. En esa medida, las decisiones de la Corte Europea de Derechos Humanos son relevantes por la similitud de contenidos en materia de derechos humanos entre la Convención Europea y el PIDCP y la CA, por lo que la jurisprudencia europea puede ser considerada como doctrina autorizada para interpretar el alcance de las cláusulas de la CA y del PIDCP. Eso explica que en numerosas sentencias, la Corte Interamericana haya recurrido a la doctrina derivada de las decisiones del Tribunal Europeo de Derechos Humanos como elemento para interpretar el alcance de la CA. Un ejemplo, entre muchos otros, es la sentencia del 12 de noviembre de 1997 del caso Caso Suárez Rosero, en donde, en el párrafo 72, la Corte Interamericana acoge los criterios de la Corte Europea sobre la noción de plazo razonable y dice expresamente:

“Esta Corte comparte el criterio de la Corte Europea de Derechos Humanos, la cual ha analizado en varios fallos el concepto de plazo razonable y ha dicho que se debe tomar en cuenta tres elementos para determinar la razonabilidad del plazo en el cual se desarrolla el proceso: a) la complejidad del asunto, b) la actividad procesal del interesado y c) la conducta de las autoridades judiciales (cf. Caso Genie Lacayo, Sentencia de 29 de enero de 1997. Serie C No. 30, párr 77; y Eur. Court H.R., Motta judgment of 19 February 1991, Series A No. 195-A, párr. 30; Eur. Court H.R., Ruiz Mateos v. Spain Judgment of 23 June 1993, Series A No. 262, párr. 30). “

Existen finalmente otros documentos internacionales que no sólo pueden ser relevantes para interpretar el alcance de las normas que hacen parte del bloque de constitucionalidad sino que incluso pueden llegar a ser considerados parte del bloque mismo. Se trata de declaraciones o principios elaborados por importantes doctrinantes, o por cuerpos especializados, y que adquieren un valor jurídico importante, debido a que son adoptados por órganos internacionales, como la Asamblea General de Naciones Unidas, o al reconocimiento mismo que van ganando, en la medida en que son considerados expresiones de derecho internacional consuetudinario o doctrina autorizada. Algunos ejemplos, entre muchos otros, son los “Principios básicos relativos a la independencia de la judicatura”⁵⁷, la “Declaración sobre los principios fundamentales de justicia para las víctimas de delitos y del abuso de poder”⁵⁸, las “Reglas mínimas de las Naciones Unidas para la administración de la justicia de menores (“Reglas de Beijing”)⁵⁹, o los llamados “Principios de Joinet” sobre impunidad y derechos de las víctimas⁶⁰.

⁵⁷ Adoptados por el Séptimo Congreso de las Naciones Unidas sobre Prevención del Delito y Tratamiento del Delincuente, celebrado en Milán del 26 de agosto al 6 de septiembre de 1985, y confirmados, por la Asamblea General en sus resoluciones 40/32 de 29 de noviembre de 1985 y 40/146 de 13 de diciembre de 1985

⁵⁸ Adoptada por la Asamblea General en su resolución 40/34, de 29 de noviembre de 1985

⁵⁹ Adoptadas por la Asamblea General de Naciones Unidas en su resolución 40/33, de 29 de noviembre de 1985

⁶⁰ Ver Organización de Naciones Unidas. Subcomisión para la Prevención de la Discriminación y la Protección de las Minorías. Sobre la Impunidad de Perpetradores de Violaciones a los Derechos Humanos.

En sentido estricto, ninguno de esos documentos hace parte directamente del bloque de constitucionalidad pues no son tratados de derechos humanos ni adquieren fuerza jurídica automática por el sólo hecho de haber sido aprobados por la Asamblea General de la ONU. Por ello sería un error invocarlos como si fueran en sí mismos un tratado o por sí mismos un texto vinculante, porque no lo son. Sin embargo, no se trata de documentos irrelevantes para la valoración e interpretación de las normas del procedimiento penal colombiano, por cuanto algunos de esos documentos pueden adquirir un notable valor doctrinario, o ser considerados expresiones y codificaciones del derecho consuetudinario, o adquirir valor jurisprudencial por su uso por tribunales nacionales e internacionales. Así, las Reglas de Beijing fueron explícitamente usadas por la Corte Interamericana en el caso de los llamados “*niños de la calle*”⁶¹, mientras que los principios de Joinet sobre impunidad son no sólo considerados la doctrina más autorizada sobre el tema sino que, además, han sido reiteradamente invocados por distintos tribunales, incluyendo la Corte Constitucional⁶². Por consiguiente, esos textos, aunque no hacen parte mecánicamente del bloque de constitucionalidad, pueden ser utilizados, con las debidas precauciones, para interpretar el alcance de los derechos fundamentales.

IV. Autoevaluación

Preguntas:

- Resuma en dos párrafos qué se entiende por bloque de constitucionalidad y cuál es su importancia en la recepción del derecho internacional de los derechos humanos.
- ¿Qué fuerza jurídica puede reconocersele, tanto en el plano internacional, como en el ordenamiento interno colombiano, a la “*Declaración sobre los principios fundamentales de justicia para las víctimas de delitos y del abuso de poder*”. Elabore un ensayo de cuatro párrafos sobre el sistema de fuentes en Colombia, en donde incluya el tema del bloque de constitucionalidad.

Relator Especial Louis Joinet, UN Doc. E/CN.4/Sub.2/1993/6, 19 de julio de 1993, revisado por E/CN.4/Sub.2/1994/11 y E/CN.4/Sub.2/1996/18 (Informe Final).

⁶¹ Ver la Sentencia del 19 de Noviembre de 1999 del caso Villagrán Morales y Otros, párrafo 197.

⁶² Ver sentencia C-228 de 2002, Fundamento 4.2.

UNIDAD 3. DIMENSIÓN INTERNACIONAL DE LOS DERECHOS HUMANOS

I. Objetivos

Entender la lógica de los sistemas internacionales de protección de los derechos humanos y el papel del principio de subsidiariedad

Presentar y estudiar las fuentes y especificidades del Derecho Internacional de los Derechos Humanos.

Conocer los principales organismos de protección de derechos humanos a nivel internacional, tanto del nivel universal (sistema de Naciones Unidas), como regional (sistema interamericano).

Que el funcionario judicial adquiera conciencia de la importancia de sus fallos para evitar la responsabilidad internacional del Estado.

III. Actividades Pedagógicas

Instrucciones. Antes de dar paso a las actividades pedagógicas conviene recordar algunas pautas metodológicas que sirven para el logro de los objetivos pedagógicos planteados para este módulo sobre derechos humanos y derecho humanitario. Como se explicó en la introducción general, la idea es que al utilizar el módulo como material de autoaprendizaje se realicen las actividades pedagógicas antes de leer el artículo final de cada unidad, toda vez que de esa manera estas actividades pedagógicas rinden mejores frutos. Asimismo, es de gran provecho reexaminar esos mismos ejercicios luego de haber leído el artículo, para poder también tener una distancia crítica frente a lo que allí se plantea.

1. Paz, soberanía y derechos humanos: la filosofía de los sistemas internacionales de protección de los derechos humanos

Formulación

El primer considerando del preámbulo de la “Declaración Universal de Derechos Humanos” de 1948 establece: “Considerando que la libertad, la justicia y la paz en el mundo tienen por base el reconocimiento de la dignidad intrínseca y de los derechos iguales e inalienables de todos los miembros de la familia humana”.

Pregunta

¿Considera usted que este considerando es puramente retórico o por el contrario implica una visión de las relaciones internacionales? Elabore un ensayo de una página al respecto. Solo una vez que haya realizado esta actividad, proceda a leer los siguientes apartes.

Respuesta

La Segunda Guerra Mundial fue una guerra atroz puesta en marcha por regímenes totalitarios, que habían vulnerado masivamente la dignidad humana. La tragedia, el dolor y el sufrimiento de esta guerra dejaron dos enseñanzas básicas. La primera es la más obvia, y es que ha habido regímenes totalitarios que acabaron con la dignidad humana y eso no es admisible en términos de justicia. La segunda es menos conocida, pero es también profunda e importante y es que, entre más autocrático sea un régimen, más propenso es a la agresión externa. Por consiguiente, si uno construye una sociedad internacional fundada en democracias, las posibilidades de guerra internacional, serán menores. El orden internacional derivado de la Segunda Guerra Mundial parece entonces aceptar la perspectiva de Kant, quien en su proyecto de paz perpetua, si bien consagraba el principio de no intervención, pues establecía que ningún Estado debía inmiscuirse por la fuerza en la constitución y gobierno de otra nación, planteaba en su primer artículo que una de las condiciones esenciales para la paz mundial era que el régimen interno de los Estados fuese republicano⁶³, que en el lenguaje de Kant puede ser entendido como la exigencia que los Estados respeten los derechos humanos. La idea básica del filósofo alemán es que la guerra es más difícil entre naciones democráticas que respetan los derechos de la persona pues las decisiones sobre la paz o la guerra no dependen de los caprichos del gobernante sino de la voluntad de los ciudadanos libres e iguales. Esta idea puede parecer ingenua, pero no lo es tanto. En el siglo XX no ha habido ningún caso de guerra entre dos democracias; las guerras han sido de democracias contra regímenes autoritarios o de regímenes autoritarios entre sí.

La anterior filosofía anima la Carta de San Francisco, que proclama entre los propósitos de las Naciones Unidas no sólo mantener la paz y seguridad internacionales sino además el estímulo del respeto a los derechos humanos y a las libertades fundamentales de todos (Art 1º). Y en directa armonía con lo anterior, la Declaración Universal de los Derechos Humanos de 1948 comienza señalando que "*la libertad, la justicia y la paz en el mundo tienen por base el reconocimiento de la dignidad intrínseca y los derechos iguales e inalienables de todos los miembros de la familia humana*". Esto muestra que la Declaración establece un vínculo entre la paz mundial y el respeto de los derechos de la persona, como nuevo argumento por el cual el problema de las violaciones de los derechos humanos ya no es asunto de la soberanía de los Estados, sino que interesa directamente a la comunidad internacional.

La comunidad internacional reacciona entonces contra las atrocidades de la segunda guerra mundial y para evitar su recurrencia crea, entre otras cosas, los Sistemas Internacionales de

⁶³ Ver Emanuel Kant, *La paz perpetua*. Madrid: Tecnos, 1985.

Protección de Derechos Humanos (SIPDH) que están edificados sobre las duras enseñanzas de Auschwitz y de la Segunda Guerra Mundial.

2. El principio de subsidiariedad y complementariedad

2.1. Pregunta

Lea los artículos 44 a 47 de la Convención Americana de Derechos Humanos y los artículos 1, 17, 19 y 20 del Estatuto de la Corte Penal Internacional y a partir de esta lectura, trate de explicar en que consisten los principios de subsidiariedad y complementariedad. Sólo una vez que haya contestado esta pregunta, proceda a leer los siguientes apartes.

2.2. Respuesta

Con las instancias internacionales, la soberanía de los Estados no fue abolida sino únicamente limitada. Así, uno de los principios rectores de la articulación entre los sistemas internos de protección de derechos humanos y de sanción de su violación, y los Sistemas Internacionales de Protección de los Derechos Humanos (SIPDH), que son los principios de subsidiariedad y complementariedad. Según estos principios, los SIPDH son complementarios de los sistemas internos, y en esta medida, obran con un criterio de subsidiariedad.

Es decir, los SIPDH solo obran ante la ineficacia de los sistemas nacionales de justicia. Se le da primero la oportunidad al Estado de hacer justicia y sólo se puede acudir a las instancias internacionales si se demuestra que el proceso interno no fue instruido de manera independiente e imparcial de conformidad con las garantías del derecho internacional. Por lo anterior, uno de los principales elementos que se estudian en el momento de analizar una petición individual presentada ante las instancias internacionales como la Comisión Interamericana de Derechos Humanos o el Comité de Derechos Humanos de Naciones Unidas, es el agotamiento de los recursos internos, conforme a los principios del Derecho Internacional generalmente reconocidos.

Por su parte, frente a la Corte Penal Internacional, uno de los criterios esenciales para que un caso sea o no admisible es que el Estado lo esté o no investigando internamente. Si el Estado se encuentra investigando los crímenes de manera seria, no aparente, el caso no es admisible ante el Tribunal Penal Internacional, por más de que el mismo sea competente. El Estatuto de la Corte Penal Internacional distingue entonces entre competencia y admisibilidad. Así, el Tribunal es competente para casos de genocidio, crímenes de guerra y crímenes de lesa humanidad, pero si internamente el Estado concernido está estudiando seriamente el caso, a pesar de que el Tribunal Penal Internacional sea competente, las denuncias no serían admisibles, debido al principio de subsidiariedad.

3. Los funcionarios judiciales, el principio de subsidiariedad y el deber de aplicar los estándares internacionales de derechos humanos

3.1. Formulación de la actividad

Este ejercicio intenta evaluar hasta qué punto los funcionarios judiciales tienen un deber de aplicar los estándares internacionales de derechos humanos. Ahora bien, conforme al bloque de constitucionalidad, dicho deber existe, pues la Carta de 1991 constitucionalizó los tratados de derechos humanos, tal y como se explica en la unidad anterior de este módulo. La pregunta que subsiste es si ese deber podría existir incluso si esos tratados de derechos humanos no estuvieran constitucionalizados en Colombia. Suponga entonces la siguiente escena:

Dos colegas jueces discuten. El primero argumenta que, salvo si la Constitución expresamente lo ordena, un juez no tendría el deber de aplicar un tratado de derechos humanos ratificado por Colombia. El otro juez busca refutar esa posición. ¿Qué argumentos jurídicos podría usar para tal efecto? Redacte un ensayo de dos páginas al respecto, antes de examinar la posible respuesta que ofrecemos a continuación.

3.2. Respuestas posibles

El anterior ejercicio no es hipotético. Muchos jueces lo han enfrentado y han ofrecido argumentos sólidos que explican ese deber judicial de aplicar los estándares internacionales de derechos humanos. Como ilustración ofrecemos los siguientes dos ejemplos, uno de nuestra Corte Constitucional y otro de la Corte Suprema argentina.

Así, en la sentencia C-109 de 1995, la Corte Constitucional defendió la posibilidad de establecer sentencias “integradoras”, que integraban los mandatos de derechos humanos en el ordenamiento legal, con base en el siguiente argumento (Fundamento 18):

“De otro lado, este tipo de decisiones integradoras también encuentra fundamento en el principio de efectividad establecido por el artículo 2º de la Carta, puesto que los órganos del Estado en general, y los jueces y la Corte Constitucional en particular, deben buscar, en sus actuaciones, hacer realidad los principios, derechos y deberes constitucionales así como el orden de valores que la Constitución aspira a instaurar. Es pues natural que los jueces, y en particular el juez constitucional, integren en sus sentencias los mandatos constitucionales.

Este principio de efectividad encuentra perfecta correspondencia con la normatividad internacional en materia de derechos humanos y, en particular, con los deberes de respeto y garantía que los Estados tienen en este campo. En efecto, la Convención Interamericana y los Pactos de Derechos Humanos de las Naciones Unidas señalan que es deber de los Estados no sólo respetar los derechos civiles y políticos sino, además,

garantizar, sin discriminación alguna, su libre y pleno goce a toda persona sujeta a su jurisdicción (Convención Interamericana art. 1º; Pacto de derechos civiles y políticos art. 2º ord 1º). Por ello, estos pactos, que han sido todos ratificados por Colombia y por ende prevalecen en el orden interno (CP art. 93), señalan que los Estados Partes se comprometen a adoptar, con arreglo a sus procedimientos constitucionales, "las medidas legislativas o de otro carácter que fueren necesarias para hacer efectivos (subrayas no originales)" los derechos humanos (Convención Interamericana art. 2º; Pacto de derechos civiles y políticos art. 2º ord 2º). Ahora bien, la Corte Constitucional, en acuerdo con una doctrina muy autorizada en este campo (Ver, por ejemplo. German Bidart Campos. Tratado de Derecho Constitucional Argentino. Tomo III sobre los Pactos Internacionales sobre Derechos Humanos y la Constitución. Buenos Aires: Eudeba, 1989. pp 129 y ss), considera que 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 humanos. Es pues legítimo que los jueces, y en particular la Corte Constitucional, integren a la normatividad, al momento de tomar sus decisiones, los derechos reconocidos en la Constitución y en los pactos."

Por su parte, la Corte Suprema de Justicia de Argentina defendió la aplicación judicial de los tratados de derechos humanos ratificados por ese país, incluso antes de que fueran constitucionalizados por la reforma de 1994, en la sentencia del 7 de julio de 1992 en el caso Ekmekdjian, Miguel A. c. Sofovich, Gerardo y otros. En esa sentencia, la Corte Suprema de ese país aplicó directamente el derecho de rectificación previsto por la Convención Interamericana, que había sido ratificada por ese país, con base en el siguiente argumento:

"16) Que, en tal sentido, la violación de un tratado internacional puede acceder tanto por el establecimiento de normas internas que prescriban una conducta manifiestamente contraria, cuanto por la omisión de establecer disposiciones que hagan posible su cumplimiento. Ambas situaciones resultarían contradictorias con la previa ratificación internacional del tratado; dicho de otro modo, significarían el incumplimiento o repulsa del tratado, con las consecuencias perjudiciales que de ello pudieran derivarse.

17) Que un tratado internacional constitucionalmente celebrado, incluyendo su ratificación internacional, es orgánicamente federal, pues el Poder Ejecutivo concluye y firma tratados (art. 86, inc. 14, Constitución Nacional), El Congreso Nacional los desecha o aprueba mediante leyes federales (art. 67, inc. 19, Constitución Nacional) y el Poder Ejecutivo nacional ratifica los tratados aprobados por ley, emitiendo un acto federal de autoridad nacional. La derogación de un

tratado internacional por una ley del Congreso violenta la distribución de competencias impuesta por la misma Constitución Nacional, porque mediante una ley se podría derogar el acto complejo federal de la celebración de un tratado. Constituiría un avance inconstitucional del Poder Legislativo nacional sobre atribuciones del Poder Ejecutivo nacional, que es quien conduce, exclusiva y excluyentemente, las relaciones exteriores de la Nación (art. 86, inc. 14, Constitución Nacional).

18) Que la Convención de Viena sobre el derecho de los tratados -aprobada por ley 19.865, ratificada por el Poder Ejecutivo nacional el 5 de diciembre de 1972 y en vigor desde el 27 de enero de 1980- confiere primacía al derecho internacional convencional sobre el derecho interno. Ahora esta prioridad de rango integra el ordenamiento jurídico argentino. La convención es un tratado internacional, constitucionalmente válido, que asigna prioridad a los tratados internacionales frente a la ley interna en el ámbito del derecho interno, esto es, un reconocimiento de la primacía del derecho internacional por el propio derecho interno.

Esta convención ha alterado la situación del ordenamiento jurídico argentino contemplada en los precedentes de Fallos: 257:99 y 271:7 (La Ley, 43-458; 131-773), pues ya no es exacta la proposición jurídica según la cual "no existe fundamento normativo para acordar prioridad" al tratado frente a la ley. Tal fundamento normativo radica en el art. 27 de la Convención de Viena, según el cual "Una parte no podrá invocar las disposiciones de su derecho interno como justificación del incumplimiento de un tratado".

19) Que la necesaria aplicación del art. 27 de la Convención de Viena impone a los órganos del Estado argentino asignar primacía al tratado ante un eventual conflicto con cualquier norma interna contraria o con la omisión de dictar disposiciones que, en sus efectos, equivalgan al incumplimiento del tratado internacional en los términos del citado art. 27.

Lo expuesto en los considerandos precedentes resulta acorde con las exigencias de cooperación, armonización e integración internacionales que la República Argentina reconoce, y previene la eventual responsabilidad del Estado por los actos de sus órganos internos, cuestión a la que no es ajena la jurisdicción de esta Corte en cuanto pueda constitucionalmente evitarla. En este sentido, el tribunal debe velar porque las relaciones exteriores de la Nación no resulten afectadas a causa de actos u omisiones oriundas del derecho argentino que, de producir aquel efecto, hacen cuestión federal trascendente.

20) Que en el mismo orden de ideas, debe tenerse presente que cuando la Nación ratifica un tratado que firmó con otro Estado, se obliga internacionalmente a que sus órganos administrativos y jurisdiccionales lo apliquen a los supuestos que ese tratado contemple, siempre que contenga descripciones lo suficientemente concretas de tales supuestos de hechos que hagan posible su aplicación inmediata. Una norma es operativa cuando está dirigida a una situación de la realidad en la que puede operar inmediatamente, sin necesidad de instituciones que deba establecer el Congreso."

4. Fuentes del Derecho Internacional

4.1 Pregunta

La Comisión de Derechos Humanos de Naciones Unidas le confirió al experto Louis Joinet el mandato de elaborar unos principios sobre impunidad y violación de derechos humanos. El experto presentó un informe en el que precisó los derechos de las víctimas o sus familiares en estos casos. Posteriormente, dicha Comisión avaló estos principios. ¿Es posible afirmar que dichos principios son obligatorios? Como elemento para responder tenga en cuenta el artículo 38 del Estatuto de la Corte Internacional de Justicia. No lea la respuesta que sigue a continuación, hasta que haya realizado esta reflexión.

4.2 Respuesta

Principios de derecho internacional como éstos, no son expresamente obligatorios, como si lo sería un tratado. Estos principios son generalmente elaborados por importantes doctrinantes o cuerpos especializados de los organismos internacionales. El artículo 38 del Estatuto de la Corte Internacional de Justicia establece las fuentes del derecho internacional y manifiesta que la doctrina de importantes publicistas es medio auxiliar para determinar las reglas del derecho. Por consiguiente, principios como éstos son documentos importantes para la valoración e interpretación de normas de derechos humanos. Pueden ser tomados como reconocida doctrina o ser considerados como expresiones y codificaciones del derecho consuetudinario, o adquirir valor jurisprudencial por su uso por tribunales nacionales e internacionales. Los principios de Joinet sobre impunidad son no sólo considerados la doctrina más autorizada sobre el tema sino que, además, han sido reiteradamente invocados por distintos tribunales, incluyendo la Corte Constitucional⁶⁴. Por consiguiente, pueden ser utilizados para interpretar el alcance de normas de derechos humanos.

5. Principales instancias internacionales de protección de los derechos humanos

5.1 Pregunta

Lea los artículos 33 a 69 de la Convención Americana de Derechos Humanos y en tres párrafos explique cuales son las principales instituciones de protección de los derechos humanos del sistema interamericano y las fases de su procedimiento.

5.2 Respuesta

Como usted verá es un sistema complejo que articula dos instituciones la Comisión Interamericana de Derechos Humanos y la Corte Interamericana de Derechos Humanos. La composición, funcionamiento y procedimiento de estas dos instancias se explicará en el texto de esta unidad sobre el “sistema interamericano”.

⁶⁴ Ver sentencia C-228 de 2002, Fundamento 4.2.

III. El ensayo: Introducción al Derecho Internacional de los Derechos Humanos

El objeto del ensayo correspondiente a esta unidad es presentar la dimensión internacional de los derechos humanos para lo cual se analizará i) el fundamento de los sistemas de protección, ii) sus principales fuentes y iii) los principales sistemas y mecanismos. Es importante que los jueces conozcan sobre estos aspectos toda vez que, en virtud del bloque de constitucionalidad, los derechos humanos son normas vinculantes en el constitucionalismo colombiano y además, como se explica en el ensayo, una inadecuada o ineficiente proyección de la función judicial puede comprometer la responsabilidad internacional del Estado colombiano.

1. Fundamento de los Sistemas Internacionales de Protección de los Derechos Humanos

Los Sistemas Internacionales de Protección de Derechos Humanos (SIPDH) tienen como base la tragedia, el dolor y el sufrimiento provocados por la Segunda Guerra Mundial. Este episodio histórico es dos cosas a la vez: es de un lado una guerra atroz, pero es, además, una guerra puesta en marcha por regímenes totalitarios, que habían vulnerado masivamente la dignidad humana. La comunidad internacional reacciona entonces contra esas atrocidades y para evitar su recurrencia crea, entre otras cosas, los SIPDH, que están entonces edificados sobre las duras enseñanzas de Auschwitz y de la Segunda Guerra Mundial, que son básicamente dos:

De un lado, la II Guerra Mundial enseña que no se puede confiar ciegamente en los Estados ni en la autodeterminación de los pueblos para la protección de la dignidad humana, por cuanto regímenes totalitarios, a veces legitimados plebiscitariamente, pueden cometer atrocidades contra sus ciudadanos, como lo hicieron los regímenes Nazi y Fascista.

Pero esa no es la única enseñanza. Esta terrible guerra parece indicar que entre más autoritario y totalitario sea un régimen en el plano interno, más agresivo tiende a ser en las relaciones internacionales, y por ello se cuestiona la idea de que la paz mundial se podía construir, como se pensaba en el siglo XIX, a partir del reconocimiento ilimitado de la soberanía de los Estados.

Esas son dos enseñanzas importantes de la Segunda Guerra Mundial. Y, precisamente, la Carta de las Naciones Unidas de 1945 y la Declaración Universal de Derechos Humanos de 1948 responden a esas enseñanzas con una idea innovadora: el tema de los derechos humanos y de la dignidad humana ya no haría parte de la soberanía de los Estados, sino que se vuelve un asunto internacional pues a partir de ese momento hace parte del orden público internacional. Si se lee la Carta de las Naciones Unidas o Carta de San Francisco, se puede observar que ella, a pesar de que reconoce la igualdad soberana de los Estados (arts 2 y 79), es muy cuidadosa en no señalar que los Estados gozan de soberanía, sino que habla de materias que hacen parte de la “jurisdicción interna de los Estados” (art. 2.7). Es

decir, que conforme a la Carta de las Naciones Unidas, los Estados tienen dominio sobre ciertos asuntos, pero no gozan de soberanía, como ésta era entendida en el siglo XIX y a principios del siglo XX. Y no tienen una soberanía plena porque hay asuntos que son una preocupación legítima de la comunidad internacional, y uno de los fundamentales es la protección de los derechos de la persona. Estos derechos son entonces un límite a la soberanía de los Estados, o si se quiere, los Estados, dentro de su dominio reservado o jurisdicción interna no tienen la potestad de violarlos.

Las instancias de protección de los derechos humanos tienen dos vertientes básicas. De un lado, el Derecho Penal Internacional que, a diferencia de los otros sistemas, se preocupa por establecer sanciones penales individualizadas. La justicia penal internacional tuvo su auge en los años que siguieron a la post.guerra, con los Tribunales de Nuremberg y de Tokio y la aprobación de la Convención contra el genocidio pero, por factores muy diversos, pasó al olvido durante cuatro décadas y renació hace pocos años con los tribunales ad-hoc en Yugoslavia y Ruanda y finalmente con la Corte Penal Internacional.

De otro lado, los mecanismos que se generan con la Convención Europea de Derechos Humanos de 1950, que da origen a los sistemas de protección internacionales que imputan responsabilidades al Estado, pero no establecen responsabilidades individualizadas. Estos tienen su origen en la Convención Europea de 1950, que va a servir de modelo para que surjan posteriormente otros sistemas de protección a nivel universal y regional.

Con estas instancias internacionales, la soberanía de los Estados no fue abolida sino únicamente limitada. De esta relación surge, entonces, el principio rector de la articulación entre los sistemas internos de protección de derechos humanos y de sanción de su violación, y los Sistemas Internacionales de Protección de los Derechos Humanos (SIPDH), que es el principio de subsidiariedad o complementariedad. Según este principio, los SIPDH son complementarios de los sistemas internos, y en esta medida, obran con un criterio de subsidiariedad. Por lo anterior, uno de los principales elementos que se estudian en el momento de analizar una petición individual presentada ante las instancias internacionales como la Comisión Interamericana de derechos Humanos o el Comité de Derechos Humanos de Naciones Unidas, es el agotamiento de los recursos internos, conforme a los principios del Derecho Internacional generalmente reconocidos.

En la actualidad existe un sistema universal de protección de los derechos humanos, el sistema de Naciones Unidas y tres sistemas regionales: el sistema interamericano, sistema europeo y el africano. Cada uno de estos sistemas ha consolidado estándares que tienen importancia como fuentes del derecho internacional de los derechos humanos, aspecto que se explica a continuación.

2. Fuentes del derecho internacional y del derecho internacional de los derechos humanos

El artículo 38 del Estatuto de la Corte Internacional de Justicia establece como fuentes del derecho internacional los tratados internacionales, la costumbre internacional (como prueba de una práctica generalmente aceptada como derecho), los principios generales del derecho

reconocidos por las naciones civilizadas y las decisiones judiciales y las doctrinas de los publicistas de mayor competencia en las distintas naciones, como medio auxiliar para la determinación de las reglas del derecho.

La costumbre y los tratados son las dos fuentes principales del derecho internacional. La costumbre fue por varios siglos la fuente más importante. Para que se configure la costumbre son necesarios dos elementos: la práctica generalizada y la *opinio juris*. La práctica generalizada, no significa que sea necesariamente utilizada de manera unánime por la comunidad internacional sino que tenga una aceptación amplia y representativa de diferentes Estados (Estados de diferentes regiones y sistemas jurídicos). La *Opinio Juris*, significa que los Estados tienen la convicción que esta norma es obligatoria y que tienen la obligación de cumplirla. La *Opinio Juris* se puede inferir de los actos y omisiones de los Estados⁶⁵.

Los tratados tienen una relevancia particular, al codificar el derecho internacional consuetudinario y generar nuevas obligaciones internacionales, por acuerdo entre los Estados. Son obligatorios para los estados que los han ratificado o se adhieren a ellos, en virtud del principio “*Pacta sunt Servanda*”, consagrado en el artículo 26 de la Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados⁶⁶ que establece que “todo tratado en vigor obliga a las partes y debe ser cumplido de buena fe”. Un tratado es obligatorio para los Estados parte desde la entrada en vigor del mismo para este Estado. Cada tratado dispone las condiciones para su entrada en vigor (por ejemplo, número de Estados que han debido ratificar el tratado). Algunos tratados autorizan que se les hagan reservas y el Estado no estaría entonces obligado por estos puntos siempre y cuando las reservas no sean incompatibles con el objeto y fin del tratado, tal y como lo establece el artículo 19 de la “Convención de Viena sobre el derecho de los tratados”.

Tradicionalmente se consideró que los Estados eran los destinatarios del derecho internacional ya que este derecho surgió para resolver los problemas que pudiesen surgir entre los diferentes Estados. Sin embargo, después de la segunda guerra mundial, fueron creados de manera sistemática instrumentos internacionales de protección de los derechos humanos cuya finalidad es el reconocimiento y protección de los derechos de los individuos.

La evolución del derecho internacional de los derechos humanos llevó en un comienzo a un proceso de especificación de estos derechos. Se fueron creando entonces un conjunto de instrumentos internacionales aprobados y suscritos por los Estados en los cuales se reconocen los derechos iguales e inalienables de todos los seres humanos. Este derecho tuvo un gran desarrollo después de la segunda guerra mundial, debido a las gravísimas violaciones a los derechos humanos cometidas durante el régimen hitleriano. Está recopilado en casi 200 instrumentos.

⁶⁵ Corte Internacional de Justicia, caso de la Plataforma Continental del mar del Norte, sentencia de 1969, citado por Akehurt's “modern Introduction to internacional Law”.

⁶⁶ Adoptada en Viena el 23 de mayo de 1969. Entró en vigor para Colombia el 10 de mayo de 1985 en virtud de la ley 32 de 1985.

Podemos señalar diferentes criterios de distinción de estos instrumentos. Por ejemplo:

- Instrumentos universales (instrumentos del sistema de Naciones Unidas) o regionales (instrumentos del sistema interamericano, europeo o africano)
- Tratados (Pacto, Convención, Protocolo), Declaraciones y Principios.

En principio, la diferencia entre tratados y declaraciones se basa en que los primeros son de carácter obligatorio para los Estados partes, mientras que las declaraciones y los principios no tienen este carácter. Sin embargo, es necesario precisar que esta distinción no es tan rígida. En efecto, las grandes declaraciones de 1948 (Declaración Universal de Derechos Humanos y Declaración Americana de Derechos y Deberes del Hombre) han venido adquiriendo carácter vinculante porque los Estados les han atribuido esa calidad, por su uso repetitivo y la convicción de su obligatoriedad. Por consiguiente, estos dos instrumentos internacionales han adquirido carácter consuetudinario.

Por ejemplo, la obligatoriedad de la Declaración Universal de Derechos Humanos fue reconocida, en la Proclamación de la Conferencia de Teherán en 1968 en la cual se dice que: “La Declaración enuncia una concepción común a todos los Pueblos de los derechos iguales e inalienables de todos los miembros de la familia humana y la declara obligatoria para la comunidad internacional”.

Con relación a la Declaración Americana de Derechos y Deberes del Hombre, ésta ha sido reconocida como obligatoria por su relación con normas de la Carta de la OEA. Al respecto, dijo la Corte Interamericana de Derechos Humanos, en la Opinión Consultiva 10 de 1989:

“Para Los Estados Miembros de la Organización, la Declaración es el texto que determina cuales son los derechos humanos a que se refiere la Carta. De otra parte, los artículos 1.2.b. y 20 del Estatuto de la Comisión definen, igualmente, la competencia de la misma respecto de los derechos humanos enunciados en la Declaración. Es decir, para estos Estados la Declaración Americana constituye, en lo pertinente y en relación con la Carta de la Organización, una fuente de obligaciones internacionales”⁶⁷.

Igualmente, hubo un proceso de especificación de los instrumentos internacionales en los que se buscaba dar protección especial a un grupo de personas o tratar una violación específica de derechos humanos. Se crearon entonces documentos especiales para algunos grupos de personas, como por ejemplo, sobre los derechos de la mujer (“la Convención para la Eliminación de la Discriminación contra la Mujer” o “la Convención Interamericana para prevenir, erradicar y sancionar la violencia contra la mujer”), derechos de los niños (“la Convención sobre los Derechos del Niño”). Igualmente, se crearon instrumentos para proteger un derecho en específico como “la Convención contra la tortura y otros tratos o penas crueles, inhumanos y degradantes”, “la Convención para la prevención y sanción del delito de genocidio” o “los principios básicos relativos a la independencia de la judicatura”, entre muchos otros.

⁶⁷ Corte Interamericana de Derechos Humanos, Opinión Consultiva OC-10 de 1989, párr.45.

Como vimos, las normas contenidas en los tratados de derechos humanos ya son en sí mismas importantes. Pero en ciertos casos, pueden ser mucho más relevantes las interpretaciones que de las mismas han hecho ciertos doctrinantes y en especial las instancias internacionales de derechos humanos, como la Corte Interamericana o el Comité de Derechos Humanos del PIDCP. Y la razón es la siguiente: en ocasiones, el lenguaje mismo de los convenios de derechos humanos es abierto. Por ejemplo, varias de esas normas protegen a las personas contra injerencias “arbitrarias” en su intimidad. Sin embargo, ¿qué significa que una injerencia sea arbitraria? Para responder a ese interrogante, es muy útil tener en cuenta la jurisprudencia desarrollada por estos órganos, que ha ido definiendo poco a poco, a través de decisiones de casos individuales, o por medio de comentarios generales a los pactos de derechos humanos, el alcance de esos conceptos abiertos⁶⁸.

Finalmente, incluso la jurisprudencia de otros sistemas de derechos humanos es relevante, por cuanto el artículo 38 del Estatuto de la Corte Internacional de Justicia, así lo indica. En esa medida, las decisiones de la Corte Europea de Derechos Humanos son relevantes por la similitud de contenidos en materia de derechos humanos entre la Convención Europea y el PIDCP y la CADH, por lo que la jurisprudencia europea puede ser considerada como doctrina autorizada para interpretar el alcance de las cláusulas de la CADH y del PIDCP. Eso explica que en numerosas sentencias, la Corte Interamericana haya recurrido a la doctrina derivada de las decisiones del Tribunal Europeo de Derechos Humanos como elemento para interpretar el alcance de la CADH. Un ejemplo, entre muchos otros, es la sentencia del 12 de noviembre de 1997 del caso Caso Suárez Rosero, en donde, en el párrafo 72, la Corte Interamericana acoge los criterios de la Corte Europea sobre la noción de plazo razonable y dice expresamente:

“Esta Corte comparte el criterio de la Corte Europea de Derechos Humanos, la cual ha analizado en varios fallos el concepto de plazo razonable y ha dicho que se debe tomar en cuenta tres elementos para determinar la razonabilidad del plazo en el cual se desarrolla el proceso: a) la complejidad del asunto, b) la actividad procesal del interesado y c) la conducta de las autoridades judiciales (cf. Caso Genie Lacayo, Sentencia de 29 de enero de 1997. Serie C No. 30, párr 77; y Eur. Court H.R., Motta judgment of 19 February 1991, Series A No. 195-A, párr. 30; Eur. Court H.R., Ruiz Mateos v. Spain Judgment of 23 June 1993, Series A No. 262, párr. 30)”.

Existen finalmente otros documentos internacionales que son relevantes por sí mismos o para interpretar el alcance de otros instrumentos internacionales de derechos humanos. Se trata de declaraciones o principios elaborados por importantes doctrinantes, o por cuerpos especializados, y que adquieren un valor jurídico importante, debido a que son adoptados

⁶⁸ Los ejemplos son innumerables, pero, entre muchos otros, conviene destacar la Observación General No 13 del Comité del PIDCP sobre el alcance del debido proceso y las sentencias de la Corte Interamericana en los casos Genie Lacayo (29 de enero de 1997), Loayza Tamayo (17 de septiembre de 1997) y Castillo Petruzzi y otros (30 de mayo de 1999). Una compilación doctrinaria puede verse en O'Donnell, *Protección Internacional de los Derechos Humanos*. Bogotá: OACNUDH, 2004, capítulos 4, 5 y 6, y O'Donnell, Uprimny y Valencia, *Compilación de Jurisprudencia y Doctrina Internacional*, Tomo I, pág. 329 y ss.

por órganos internacionales, como la Asamblea General de Naciones Unidas, o al reconocimiento mismo que van ganando, en la medida en que son considerados expresiones de derecho internacional consuetudinario o doctrina autorizada. Algunos ejemplos, entre muchos otros, son los “Principios básicos relativos a la independencia de la judicatura”⁶⁹, la “Declaración sobre los principios fundamentales de justicia para las víctimas de delitos y del abuso de poder”⁷⁰, las “Reglas mínimas de las Naciones Unidas para la administración de la justicia de menores (“Reglas de Beijing”)⁷¹, o los llamados “Principios de Joinet” sobre impunidad y derechos de las víctimas⁷².

Estos documentos hacen parte del llamado *soft law*, toda vez que no son tratados de derechos humanos, ni adquieren fuerza jurídica automática por el sólo hecho de haber sido aprobados por la Asamblea General de la ONU. Por ello sería un error invocarlos como si fueran en sí mismos un tratado o por sí mismos un texto vinculante, porque no lo son. Sin embargo, no se trata de documentos irrelevantes para la valoración e interpretación de las normas de derechos humanos, por cuanto algunos de esos documentos pueden adquirir un notable valor doctrinario, o ser considerados expresiones y codificaciones del derecho consuetudinario, o adquirir valor jurisprudencial por su uso por tribunales nacionales e internacionales. Así, las Reglas de Beijing fueron explícitamente usadas por la Corte Interamericana en el caso de los llamados “*niños de la calle*”⁷³, mientras que los principios de Joinet sobre impunidad son no sólo considerados la doctrina más autorizada sobre el tema sino que, además, han sido reiteradamente invocados por distintos tribunales, incluyendo la Corte Constitucional⁷⁴. Por consiguiente, esos textos, aunque no expresamente obligatorios, pueden ser utilizados, con las debidas precauciones, para interpretar el alcance de normas de derechos humanos.

Sin embargo, estos instrumentos internacionales de derechos humanos, serían insuficientes si no se contara con mecanismos de protección de derechos humanos en el ámbito supranacional que operen cuando los sistemas nacionales sean ineficaces. Se crearon entonces instancias internacionales de protección de derechos humanos y de esta manera se autorizó a los individuos a acceder a estos mecanismos, para buscar protección internacional de sus derechos cuando los Estados no la brinden.

A continuación se estudiará el funcionamiento de las instancias internacionales de protección relevantes para Colombia: el sistema universal o de las Naciones Unidas y el sistema interamericano. Se estudiarán los principios que orientan estos sistemas y sus principales instituciones, sin entrar en detalles de todos los procedimientos, ya que el objeto

⁶⁹ Adoptados por el Séptimo Congreso de las Naciones Unidas sobre Prevención del Delito y Tratamiento del Delincuente, celebrado en Milán del 26 de agosto al 6 de septiembre de 1985, y confirmados, por la Asamblea General en sus resoluciones 40/32 de 29 de noviembre de 1985 y 40/146 de 13 de diciembre de 1985

⁷⁰ Adoptada por la Asamblea General en su resolución 40/34, de 29 de noviembre de 1985

⁷¹ Adoptadas por la Asamblea General de Naciones Unidas en su resolución 40/33, de 29 de noviembre de 1985

⁷² Ver Organización de Naciones Unidas. Subcomisión para la Prevención de la Discriminación y la Protección de las Minorías. Sobre la Impunidad de Perpetradores de Violaciones a los Derechos Humanos. Relator Especial Louis Joinet, UN Doc. E/CN.4/Sub.2/1993/6, 19 de julio de 1993, revisado por E/CN.4/Sub.2/1994/11 y E/CN.4/Sub.2/1996/18 (Informe Final).

⁷³ Ver la Sentencia del 19 de Noviembre de 1999 del caso Villagrán Morales y otros, párrafo 197.

⁷⁴ Ver sentencia C-228 de 2002, Fundamento 4.2.

de este manual no es que los operadores judiciales se conviertan en litigantes internacionales, sino que conozcan estos sistemas y sean concientes de la importancia de sus fallos y de la protección de los derechos humanos que pueden hacer a través de ellos y así se evite comprometer la responsabilidad del Estado a nivel internacional. En los funcionarios judiciales, como agentes del Estado, recae igualmente la responsabilidad de que no se comprometa la responsabilidad internacional del Estado.

3. El Sistema Universal de Protección de los Derechos Humanos: Naciones Unidas⁷⁵

Se estudiará, a continuación, el funcionamiento del sistema universal de protección de los derechos humanos. En un comienzo se verán los mecanismos extraconvencionales y posteriormente los convencionales.

3.1. Mecanismos extraconvencionales de protección de los derechos humanos en el sistema universal

Los mecanismos extraconvencionales de protección de los derechos humanos tienen su origen en la Carta de las Naciones Unidas. Los principales organismos son:

- La Comisión de Derechos Humanos
- La Subcomisión de Promoción y Protección de los Derechos Humanos
- La Oficina del Alto Comisionado para los Derechos Humanos

Se hará en seguida una breve explicación de cada uno de estos organismos.

3.1.1. La Comisión de Derechos Humanos y sus procedimientos especiales

La Comisión de Derechos Humanos (en adelante la Comisión o la CDH) fue creada en 1946 por el Consejo Económico y Social de Naciones Unidas (ECOSOC), en virtud del artículo 68 de la Carta de la ONU que pide al ECOSOC crear comisiones para los asuntos económicos y sociales y para la promoción de los derechos humanos.

Está compuesta por 53 Estados miembros elegidos por un periodo de tres años por el ECOSOC, los cuales tienen derecho a votar en el momento de adoptar resoluciones u otras decisiones. Los Estados no miembros pueden participar con voz pero sin voto en sus sesiones. Se autorizan también las intervenciones orales o escritas de organizaciones no gubernamentales (ONG) que tengan estatus consultivo ante el ECOSOC. La Comisión sesiona una vez al año por un periodo de seis semanas entre marzo y abril.

Una de las labores más importantes de la Comisión es contribuir a la codificación de los derechos humanos. Para realizar esto la CDH conforma grupos de trabajo. Importantes

⁷⁵ Este ensayo está basado en, Inés Margarita Uprimny, “El sistema universal de protección de los derechos humanos: Naciones Unidas”

instrumentos internacionales de derechos humanos han sido aprobados en la Comisión. Por ejemplo, en las sesiones de marzo-abril de 2000 fueron aprobados dos Protocolos adicionales a la Convención sobre Derechos del Niño relativos a la participación de los niños en los conflictos armados y a la venta, la prostitución infantil y la utilización de niños en la pornografía. Actualmente se está discutiendo otro importante instrumento: La Convención Internacional sobre Desaparición Forzada.

Otra de sus funciones es investigar violaciones masivas y flagrantes de derechos humanos en un país o en una región. Se hace un debate público y la Comisión puede expresar su preocupación sobre la situación de derechos humanos en un país por medio de una Declaración de su Presidente, la cual es adoptada por consenso, incluyendo al Estado involucrado. Esta es leída durante las sesiones de la Comisión. Desde 1996 hasta la fecha, cada año se ha elaborado y leído una Declaración del Presidente de la Comisión de Derechos Humanos sobre la situación de derechos humanos en Colombia. Esto muestra la preocupación de la comunidad internacional por la situación de derechos humanos y derecho humanitario en nuestro país. Al ser adoptada por consenso le da una particular relevancia a esta Declaración y muestra que el Estado colombiano está de acuerdo con lo planteado en ella, ya que participó activamente en sus discusiones y aceptó el texto final.

La CDH también puede adoptar una resolución sobre un país que le preocupa. En esta Resolución puede decidir establecer un procedimiento especial para que realice una investigación y un informe sobre la situación de derechos humanos en ese país. Estos procedimientos especiales pueden ser un grupo de trabajo o un Relator Especial, mecanismos que se explicarán en seguida.

Una de las grandes críticas a la Comisión de Derechos Humanos es su carácter político, pues está integrada por representantes de los Estados y no por expertos independientes, lo cual explica que algunos países con graves situaciones de derechos humanos nunca hayan sido objeto de un mecanismo especial o de una resolución de la Comisión. Por ello se ha planteado su reforma.

Procedimientos especiales

Son unos procedimientos públicos especiales nombrados por la Comisión de Derechos Humanos por medio de una Resolución, en la que se decide nombrar a un experto o a un grupo de expertos, para que estudie la situación de derechos humanos en un país o un tema específico de derechos humanos. De esta forma surgen los Grupos de Trabajo o los Relatores Especiales geográficos o temáticos. A continuación se hará una breve explicación de estos procedimientos.

Procedimientos geográficos

Se le da el encargo a un experto o a un grupo de expertos para que haga un estudio sobre la situación de derechos humanos en un país o en una región determinada e informe a la CDH. El más usual es el Relator Especial pero igualmente puede tener otras denominaciones, pero el mandato es muy similar. Los primeros organismos especializados de la Comisión que se crearon fueron para investigar la situación en Africa Meridional (desde 1967 hasta 1995) y

para los territorios palestinos ocupados (desde 1967). Durante los ochenta se consolidaron estos procedimientos.

El primero en América Latina fue para Chile. Se conformó inicialmente un grupo de trabajo de 1975 a 1979 y desde 1979 hasta 1990 este país tuvo un relator especial. El Salvador, Guatemala, Cuba y Haití también han tenido un mecanismo geográfico de la Comisión encargado de estudiar la situación de derechos humanos en estos países. Argentina, a pesar de las graves violaciones que ocurrieron en su país durante la dictadura militar no tuvo nunca un relator especial, lo cual es una muestra de las deficiencias de un órgano político como la CDH. Actualmente países como Afganistán, Burundi, Camboya, Chad, Cuba, Haití, Liberia, Myanmar, la República Democrática del Congo, República democrática de Corea, Somalia, Sudán, territorios palestinos ocupados desde 1967 y Uzbekistán, cuentan con un procedimiento geográfico de la Comisión.

El relator debe presentar un informe anual a la Comisión sobre la situación de derechos humanos en el país objeto de estudio y en ese momento la Comisión decide si le renueva el mandato. Los relatores pueden visitar el país del cual deben hacer el informe, pero para esto requieren invitación del Estado. Si no son invitados deben realizar su informe con los recursos disponibles.

Procedimientos temáticos:

La Comisión de Derechos Humanos nombra un experto (generalmente Relator Especial) o un grupo de expertos (Grupos de Trabajo) para que estudien un tema específico de derechos humanos.

El primer mecanismo temático que se creó fue el grupo de trabajo sobre desapariciones forzadas en 1980. Los mecanismos temáticos han aumentado en los últimos años, en particular se han creado procedimientos relativos a derechos económicos, sociales y culturales. Actualmente hay, entre otros, relatores especiales para las ejecuciones extrajudiciales, la tortura, la independencia de jueces y abogados, la libertad de opinión y expresión, la educación, la violencia contra la mujer, defensores de derechos humanos, indígenas y discriminación racial. Existen igualmente grupos de trabajo sobre desapariciones forzadas, detención arbitraria, entre otros.

Al igual que los mecanismos geográficos, los temáticos deben presentar anualmente un informe a la Comisión. Cada año el relator especial o el grupo de trabajo puede decidir hacer una visita a un país en el cual el tema o derecho estudiado ha tenido serias dificultades, país sobre el cual hace un informe especial. Los otros países los incluye en su informe general. Para realizar su informe cuentan con los mismos recursos que los mecanismos geográficos.

Estos relatores y grupos de trabajo han visitado Colombia, algunos en varias ocasiones y han presentado un informe con conclusiones y recomendaciones específicas para el país. Estos informes son importantes para el poder judicial porque varios de ellos hacen recomendaciones específicas sobre la importancia de llevar a cabo procesos judiciales

independientes e imparciales y la lucha contra la impunidad por violaciones a derechos humanos

Estos mecanismos pueden, en casos particulares, realizar llamamientos urgentes a un gobierno, para proteger a una persona que está en peligro. Por ejemplo, el relator especial sobre ejecuciones extrajudiciales puede pedir a un gobierno que tome las medidas necesarias para proteger a una persona amenazada o el relator sobre la tortura, puede pedir que cesen los actos que atentan contra la integridad física de una persona determinada.

3.1.2. La Subcomisión para la Promoción y Protección de los Derechos Humanos

La Subcomisión es un órgano auxiliar de la Comisión de Derechos Humanos. Fue creada por la Comisión en 1947. Está integrado por 26 expertos independientes elegidos por la Comisión por un periodo de tres años. A diferencia de la Comisión, éstos no son representantes de los gobiernos sino que actúan a título personal, y la doctrina les ha asignado un papel de *semijueces*.

La Subcomisión realiza investigaciones, estudios y proyectos de futuros instrumentos internacionales de derechos humanos. Elabora entonces recomendaciones que deben ser aprobadas por la Comisión. Uno de los estudios que ha sido particularmente importante en el caso de Colombia y es relevante para jueces y magistrados es el “Conjunto de Principios para la protección y Promoción de los derechos humanos mediante la lucha contra la impunidad”⁷⁶. Estos principios fueron elaborados por Louis Joinet e incluyen y desarrollan los derechos a la verdad, justicia y reparación.

3.1.3. El Alto Comisionado para los Derechos Humanos

En cumplimiento de una recomendación de la Conferencia Mundial sobre Derechos Humanos que se llevó a cabo en Viena en 1993, la Asamblea General creó por medio de la Resolución 48/141, del 20 de diciembre de 1993, el cargo del Alto Comisionado para los derechos humanos. Empezó a ejercer sus funciones efectivamente a finales de 1994. Es el funcionario principal de la ONU en todo lo que se refiere a los derechos humanos. Es nombrado por el Secretario General de Naciones Unidas por un periodo de cuatro años, renovable. Tiene su sede en Ginebra (Suiza).

Las principales funciones que se le asignan son:

- La promoción y protección de todos los derechos humanos
- desempeñar las tareas que le asignen los órganos competentes del sistema de Naciones Unidas y formularles recomendaciones
- proporcionar asesoramiento y asistencia técnica a los Estados que lo soliciten
- coordinar los programas de educación e información pública en derechos humanos de Naciones Unidas
- prevenir la persistencia de violaciones de derechos humanos

⁷⁶ Naciones Unidas. Doc. E/CN.4/Sub.2/1997/20.

- coordinar la promoción y protección de derechos humanos en el sistema de la ONU
- supervisión del centro de derechos humanos.

El carácter amplio de sus funciones ha llevado a que desarrolle un gran número de tareas. Para el cumplimiento de sus funciones puede abrir oficinas en el terreno como la Oficina de Colombia.

La Oficina en Colombia

La apertura de la Oficina en Colombia del Alto Comisionado para los Derechos Humanos es fruto del acuerdo firmado el 29 de noviembre de 1996, entre el Alto Comisionado para los Derechos Humanos de Naciones Unidas y el gobierno de Colombia. La Oficina se instaló efectivamente en abril de 1997. Desde ese momento su mandato ha sido renovado hasta la fecha.

La Oficina en Colombia tiene un doble mandato:

- Observar la situación de derechos humanos y derecho humanitario
- Asesorar al Estado y a la Sociedad civil

En su labor de observación cumple las siguientes funciones:

- Recibe quejas sobre violación de los derechos humanos e infracciones al derecho humanitario.
- Vela porque las recomendaciones y decisiones formuladas por los órganos internacionales de derechos humanos sean consideradas por las autoridades colombianas.
- Mantiene interlocución con el Estado y la sociedad civil sobre la situación y evolución de los derechos humanos y el derecho humanitario.

Dentro de su labor de asesoramiento la Oficina cumple las siguientes funciones:

- Asesorar al gobierno en la definición global y puesta en práctica de políticas y programas sobre derechos humanos.
- Asesorar al Congreso para que las normas internas se armonicen con las normas internacionales.
- Asesorar a las instituciones nacionales encargadas de la promoción y protección de los derechos humanos, para fortalecer su acción.
- Asesorar a la rama jurisdiccional para promover el respeto de los derechos humanos por medio de una adecuada aplicación e interpretación de las normas.
- Asesorar a entidades nacionales que tienen a su cargo la formación de funcionarios encargados de hacer cumplir la ley, jueces y fiscales. La Oficina ha realizado varios acuerdos con el Consejo Superior de la Judicatura y la Escuela Judicial “Rodrigo Lara Bonilla”. Dentro de este acuerdo, por ejemplo, se han capacitado redes de formadores de jueces y magistrados, en derechos humanos y derecho humanitario.
- Asesorar a representantes de la sociedad civil y organizaciones no gubernamentales en temas relativos a la promoción y protección de los derechos humanos.

Con base en la observación de la Oficina en el terreno, la Alta Comisionada debe presentar anualmente un informe analítico a la Comisión de Derechos Humanos sobre la situación de

derechos humanos en Colombia. En abril del 2005, presentó su octavo informe con 27 recomendaciones dirigidas a autoridades nacionales de las tres ramas del poder público y órganos de control, a las partes en el conflicto armado interno, a sectores representativos de la sociedad civil y a la comunidad internacional.

3.2. Mecanismos convencionales de Protección de los Derechos Humanos en el Sistema Universal

Existen en el sistema de Naciones Unidas numerosas convenciones de derechos humanos pero solo seis de ellas establecieron órganos y mecanismos de control:

Órganos de Control:

- Comité de derechos humanos, creado en virtud del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos.
- Comité para eliminación de discriminación racial, creado por la Convención para eliminación de la discriminación racial.
- Comité para la eliminación de discriminación de las mujeres, creado por la Convención para eliminación de la discriminación contra la mujer.
- Comité contra la tortura, creado por la Convención contra la tortura y otros tratos crueles, inhumanos y degradantes.
- Comité de los derechos del niño creado por la Convención sobre los derechos del niño.
- Comité de derechos económicos, sociales y culturales, creado por el Consejo Económico y Social, órgano establecido por el Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales.

Estos comités están compuestos por expertos independientes, elegidos por los Estados partes.

Funciones de los Comités

a. Examen de informes

Los tratados que crearon los Comités consagran el deber de los Estados partes de presentar informes periódicos a los Comités. En estos informes, los Estados deben analizar el grado de aplicación de las disposiciones de la Convención y las dificultades que han tenido para ello. La función primordial de los Comités cuando examinan los informes es identificar las causas que producen las violaciones así como las estructuras que no funcionan o funcionan mal en el Estado parte y de esta forma prevenir futuras violaciones.

b. Examen de quejas individuales

Otra función que tienen algunos Comités es la de recibir quejas individuales. Sin embargo, solo cuatro de estos instrumentos establecieron este procedimiento:

- La Convención contra la discriminación racial
- El Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos (el protocolo facultativo)

- La Convención contra la tortura
- Protocolo facultativo a la Convención para la Eliminación de la Discriminación contra la Mujer.

Características de la función de examinar quejas individuales:

- Es un mecanismo facultativo.
- El Estado parte debe expresamente aceptar la competencia del Comité en cuestión, para examinar quejas individuales.
- el procedimiento es contradictorio y cuasi-judicial entre el Estado y la víctima.

Reglas de receptabilidad:

Debe ser presentado por escrito, por la propia víctima o por su representante. No puede ser anónimo y la víctima debe estar bajo la jurisdicción del Estado demandado. No puede haber sido presentado ante otra instancia internacional y se deben haber agotado previamente los recursos internos, (con algunas excepciones, como por ejemplo, que excedan los tiempos razonables).

Algunos casos contra Colombia que han sido llevados al Comité de Derechos Humanos de Naciones Unidas:

- Caso Suárez de Guerrero c. Colombia
- Caso Herrera Rubio c. Colombia
- Caso Bautista de Arellana c. Colombia
- Caso Fei c. Colombia
- Caso Fals Borda c. Colombia
- Caso Rafael Rojas García c. Colombia
- Caso Hermanos San Juan c. Colombia

c. *Observaciones Generales*

En los diversos temas que son objeto de su mandato, los organismos de control han proferido un conjunto de observaciones y recomendaciones generales que la doctrina ha considerado como jurisprudencia internacional. Ahora bien, la Corte Constitucional⁷⁷ ha precisado que la jurisprudencia de las instancias internacionales de derechos humanos constituye una pauta relevante para interpretar el alcance de los tratados sobre derechos humanos y, por ende, de los propios derechos constitucionales. Los órganos e instituciones que profieren una interpretación autorizada de las normas de derechos humanos consolidan criterios que deben ser atendidos por el Estado colombiano en razón del principio de buena fe en el cumplimiento de los tratados y en el marco de las obligaciones de respeto, protección y garantía frente a los derechos consagrados en el derecho internacional de los derechos humanos. Esta precisión tiene como fundamento, entre otros, el inciso segundo del artículo 93 de la Constitución.

⁷⁷ Sentencias C-406 de 1996, C-251 de 1997, T-568 de 1999, C-010 de 2000, T-1319 de 2001, C-671 de 2002, T-558 de 2003 y T-786 de 2003, entre otras.

4. El Sistema Interamericano de Protección de Derechos Humanos

Los principales instrumentos de derechos humanos del sistema interamericano son:

- La Declaración Americana de Derechos y Deberes del Hombre, Bogotá, 1948
- La Convención Americana de Derechos Humanos, San José de Costa Rica 1969
- La Convención Interamericana para Prevenir y Sancionar la Tortura, Cartagena, 1985.
- Protocolo a la Convención Americana sobre derechos económicos, sociales y culturales.
- Protocolo a la Convención Americana sobre la Abolición de la pena de muerte, Asunción 1990.
- Convención Interamericana sobre Desaparición forzada de personas, 1994
- Convención para Prevenir, Sancionar y erradicar la violencia contra la Mujer, Belem do Para, 1994
- Convención Americana para la eliminación de todas las formas de discriminación contra las personas con discapacidad, Guatemala, 1999.

El Sistema Interamericano, cuenta con dos órganos principales para la protección de los derechos humanos: la Comisión Interamericana de Derechos Humanos (CIDH) y la Corte Interamericana de Derechos Humanos. A continuación se explicarán los aspectos básicos de estos dos organismos.

4.1. La Comisión Interamericana de Derechos Humanos

La Comisión Interamericana de Derechos Humanos (en adelante la Comisión Interamericana o la CIDH) está compuesta por siete personas, nacionales de algún Estado miembro de la OEA, elegidos por la Asamblea General de la OEA, por un periodo de 4 años, renovables una vez⁷⁸. Dentro de las funciones principales de la CIDH están:

4.1.1. La elaboración de informes sobre países

La CIDH puede elaborar informes periódicos sobre la situación de derechos humanos de los países de la región. En este informe hace un análisis general de la situación y hace recomendaciones para el mejoramiento de la situación. Para la elaboración de este informe, la CIDH cuenta con la posibilidad de realizar “visitas in loco”, es decir, visitar el país objeto de la investigación, contando siempre con la invitación del respectivo Estado⁷⁹. En las visitas a los países, la CIDH puede realizar todas las acciones que estime pertinentes; puede recibir denuncias, visitar cárceles, hacer seguimiento de procesos judiciales, etc.

La CIDH ha hecho tres informes sobre la situación de derechos humanos en Colombia. El “Tercer informe sobre la situación de derechos humanos en Colombia”⁸⁰ fue publicado por

⁷⁸ Artículos 2 y 3 del Estatuto de la Comisión Interamericana

⁷⁹ Artículo 18.g del Estatuto de la CIDH.

⁸⁰ OEA/Ser.L/V/II.102 Doc 9 rev. 1

la CIDH en febrero de 1999. En este informe hace un detallado estudio de la situación de derechos humanos y derecho internacional humanitario en Colombia, haciendo recomendaciones en cada uno de los puntos tratados. En el capítulo sobre la administración de justicia, la CIDH en un comienzo analiza la impunidad que prevalece en Colombia y la falta de respuesta estatal a las demandas de justicia por violaciones a los derechos humanos. Analiza en particular, el sistema de justicia penal militar. Igualmente, hace un estudio del derecho al debido proceso para las personas acusadas penalmente, teniendo como marco de referencia la Convención Americana de Derechos Humanos.

4.1.2. Trámite de casos individuales

La CIDH puede recibir denuncias contra alguno de los Estados de la OEA, por violación a los derechos humanos contenidos en la Convención Americana o algún otro instrumento del sistema interamericano, de una persona o un grupo particular de personas,. La queja debe reunir ciertos requisitos formales, como señalar contener el nombre, la nacionalidad, profesión y domicilio de los denunciantes⁸¹: Igualmente, la queja debe presentarse dentro de los 6 meses siguientes a la fecha de la notificación al afectado, de la decisión definitiva interna. Tampoco puede estar pendiente otro procedimiento internacional similar, como, el Comité de Derechos Humanos de Naciones Unidas.

Lo primero que hace la CIDH es examinar las cuestiones relativas a la admisibilidad de la queja. Unos de los puntos más importantes de la admisibilidad es el agotamiento de los recursos internos. Este requisito es resultado del principio de subsidiariedad de los sistemas internacionales. Según este principio, se debe dar al Estado la posibilidad de investigar, sancionar a los responsables y reparar a las víctimas de violaciones a los derechos humanos. La CIDH solo puede conocer un caso, si en el país donde ocurrieron los hechos, no se hace justicia. El requisito del agotamiento de recursos internos tiene excepciones y no es necesario agotarlos, si en la legislación interna del Estado no existe el debido proceso legal para la protección de los derechos violados o si no se ha permitido a la víctima acceder o agotar los recursos internos o si hay una demora injustificada en la decisión⁸². Por consiguiente podríamos decir que para que prospere una excepción de no agotamiento de recursos internos es necesario que éstos existan, que sean eficaces para investigar y reparar la violación y que la víctima haya tenido acceso a los mismos.

Sobre el requisito de previo agotamiento de los recursos internos, dijo la Corte Interamericana de Derechos Humanos:

“La regla del previo agotamiento de los recursos internos en la esfera del derecho internacional de los derechos humanos, tiene ciertas implicaciones que están presentes en la Convención. En efecto, según ella, los Estados Partes se obligan a suministrar recursos judiciales efectivos a las víctimas de violación de derecho humanos (art. 25), recursos que deben ser sustanciados de conformidad con las reglas del debido proceso legal (art.8.1), todo ello dentro de la

⁸¹ Artículo 46 de la Convención Americana de Derechos Humanos y artículo 28 del Reglamento de la CIDH.

⁸² Artículo 41 del Reglamento de la CIDH.

obligación general a cargo de los mismos Estados, de garantizar el libre y pleno ejercicio de los derechos reconocidos por la Convención a toda persona que se encuentre bajo su jurisdicción (art.1)”⁸³.

Vale la pena resaltar que muchas de las denuncias recibidas contra Colombia en la CIDH son por casos que han sido investigados ante la justicia penal militar y en los que ha habido dilación injustificada de términos, lo cual muestra la importancia de la función judicial en la determinación de la responsabilidad internacional del Estado colombiano. Al respecto la CIDH dijo, por ejemplo, en el caso de “19 comerciantes” (caso de Colombia):

“La Comisión considera que como regla general, una investigación penal debe realizarse prontamente para proteger los intereses de las víctimas, preservar la prueba e incluso salvaguardarlos derechos de toda persona que en el contexto de una investigación sea considerada sospechosa. En el presente caso, a pesar de los datos disponibles desde un principio sobre las actividades de los paramilitares en el Magdalena Medio y sus vínculos con el Ejército, se produjo un retardo manifiesto que impidió recuperar los restos de las víctimas que pudieran haberse encontrado, así como el inicio formal de la investigación, durante un plazo razonable.”⁸⁴

La CIDH continúa diciendo en el mismo caso en relación con la justicia penal militar:

“La Comisión considera que por su naturaleza y estructura, la jurisdicción penal militar no satisface los estándares de independencia e imparcialidad requeridos por el artículo 8(1) de la Convención Americana, y que resultan del todo aplicables al presente caso. En este sentido la Honorable Corte ha expresado recientemente que en un Estado democrático de Derecho la jurisdicción penal militar ha de tener un alcance restrictivo y excepcional y estar encaminada a la protección de intereses jurídicos especiales, vinculados con las funciones que la ley asigna a las fuerzas militares. Así, debe estar excluido del ámbito de jurisdicción militar el juzgamiento de civiles y sólo debe juzgar a militares por la comisión de delitos o faltas que por su propia naturaleza atenten contra bienes jurídicos propios del orden militar (Corte.I.D.H. Caso Durand y Ugarte, Sentenciad el 16 de agosto de 2000, párr. 117)”⁸⁵.

Igualmente en el caso 11.020 (Colombia) dijo la CIDH:

⁸³ Corte Interamericana de Derechos Humanos, caso Velásquez Rodríguez, Excepciones Preliminares, sentencia del 26 de julio de 1987, párr. 91.

⁸⁴ CIDH, Demanda de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos ante la Corte Interamericana de Derechos Humanos en el caso “19 comerciantes” con relación a la República de Colombia, 24 de enero de 2001, párr. 48.

⁸⁵ Ibidem, párr. 53.

“La Comisión ha expresado repetidamente que por su naturaleza y estructura la justicia penal militar no satisface los requerimientos de independencia e imparcialidad establecidos en el artículo 8 de la Convención Americana”.⁸⁶

Posteriormente, si declara el caso admisible, la CIDH evalúa el fondo del caso. Examina si los hechos de la queja configuran violaciones a los derechos humanos. Si así lo considera, hay varias posibilidades:

La Comisión puede proponer por sí misma o por pedido de algunas de las partes la búsqueda de un acuerdo entre los peticionarios y el Estado. Si se llega a este acuerdo y la CIDH da su visto bueno a la **solución amistosa** propuesta, el proceso llega a su fin. Si por el contrario, la solución amistosa fracasa, o no ha sido propuesta, la Comisión debe elaborar un informe confidencial con recomendaciones específicas que es presentado al Estado. El Estado cuenta con tres meses para cumplir con las recomendaciones formuladas. Si el Estado no cumple las recomendaciones en este plazo, la CIDH puede hacer un informe definitivo y publicarlo en su informe anual o enviar el caso a la Corte Interamericana. Hasta hace unos años la decisión de publicar el informe o enviar el caso a la Corte era una decisión discrecional de la CIDH, pero desde la reforma del Reglamento de la CIDH en el 2001, el envío de los casos a la Corte es ahora la regla general. En principio, todos los casos que pueden ir a la Corte (cuando el Estado ha reconocido la competencia contenciosa de la Corte) deben ser enviados por la CIDH, a menos que una decisión fundada de la mayoría de sus miembros considere que se dan alguno de los motivos contemplados en el reglamento de la CIDH para no remitir el caso a la Corte.

4.1.3. Medidas cautelares

La CIDH puede a iniciativa propia o a petición de parte, adoptar medidas cautelares para enfrentar situaciones de gravedad y urgencia y así evitar un daño irreparable en las personas⁸⁷. Estas medidas se toman cuando existe un peligro inminente a los derechos de una persona o un grupo de personas. En el caso de Colombia, la CIDH ha dictado, entre muchas otras, las siguientes medidas cautelares: para la senadora Piedad Córdoba, el gobernador del Departamento del Tolima, Guillermo Alfonso Jaramillo; el representante Gustavo Petro, varias ONG de derechos humanos, el pueblo indígena kankuamo de la Sierra Nevada de Santa Marta, las comunidades afrocolombianas que habitan 49 caseríos en la cuenca del río Naya. En estos casos, la CIDH solicita al Estado colombiano la adopción de medidas necesarias para proteger la vida e integridad física de los beneficiarios e investigar y esclarecer los hechos que propiciaron las medidas cautelares.

⁸⁶ CIDH, caso 11.020 (Colombia) Informe 35/00 aprobado el 13 de abril de 2000, párr. 60, citado por O’Donnell, Uprimny y Valencia, *Compilación de Jurisprudencia y Doctrina*, Tomo I, Naciones Unidas, Bogotá, 2001, pág. 496.

⁸⁷ Artículo 25 Reglamento de la CIDH.

4.2. La Corte Interamericana de Derechos Humanos

La Corte Interamericana de Derechos Humanos (en adelante la Corte) está integrada por siete jueces propuestos y elegidos por los Estados partes de la Convención Americana de Derechos Humanos, por un periodo de 6 años y pueden ser reelegidos por una vez. La Corte tiene dentro de sus funciones: una función consultiva, una función contenciosa y la posibilidad de decretar medidas provisionales.

4.2.1. Función contenciosa

A través de esta función, la Corte establece si el Estado demandado es responsable internacionalmente de haber violado alguno de los derechos contemplados en la Convención Americana. Esta función está limitada a los Estados de la OEA que han ratificado la Convención Americana⁸⁸ y han aceptado la competencia de la Corte Interamericana⁸⁹.

Solo pueden presentar casos ante la Corte, la Comisión Interamericana y los Estados parte de la Convención. Las víctimas no pueden llevar los casos directamente ante la Corte, pero recientemente, en la reforma del reglamento de la Corte, que entró en vigor en junio de 2001, se autoriza a las víctimas a participar autónomamente en todas las etapas del proceso ante la Corte⁹⁰. Antes solo podían hacerlo en la etapa de reparaciones. Es importante anotar que el caso debe haber sido tramitado antes por la CIDH.

Las diferentes etapas del proceso son el examen preliminar de la demanda donde se examinan las cuestiones de admisibilidad; la contestación de la demanda y presentación excepciones preliminares por parte del Estado; audiencias sobre excepciones preliminares, sobre el fondo y eventuales reparaciones.

En la sentencia, la Corte determina si el Estado violó o no la Convención Americana. En caso de que la Corte establezca la responsabilidad internacional del Estado, por la violación de un derecho contenido en la Convención Americana, determinará igualmente las medidas de reparación. La Corte ha fallado tres casos sobre Colombia hasta el momento: Caballero y Santana, las Palmeras y 19 comerciantes, encontrando la Corte, la responsabilidad del Estado colombiano por violaciones a derechos consagrados en la Convención Americana. Están siendo examinados ante la Corte, los siguientes casos: la masacre de Mapiripán, Pueblo Bello, Ituango y Gutiérrez Soler.

En el caso Caballero y Santana, La Corte Interamericana investigó la desaparición forzada de estas dos personas y dijo que:

⁸⁸ De los 35 Estados de la OEA, 25 han ratificado la Convención Americana de Derechos Humanos.

⁸⁹ Colombia ratificó la Convención Americana por medio de la ley 16 de 1972 y esta Convención entró en vigor para Colombia, el 18 de Julio de 1972. Igualmente, Colombia aceptó la competencia contenciosa de la Corte mediante declaración realizada el 21 de junio de 1985.

⁹⁰ Artículo 23 del Reglamento de la Corte.

“Para garantizar plenamente los derechos reconocidos por la Convención, no es suficiente que el gobierno emprenda una investigación y trate de sancionar a los culpables, sino que es necesario, además, que toda esta actividad del gobierno culmine con la reparación a la parte lesionada, lo que en este caso no ha ocurrido. (.....)

Habiendo encontrado la Corte que se ha producido una violación de los derechos humanos protegidos por la Convención, debe disponerse, con base en el artículo 63.1 de la misma, la reparación de las consecuencias de la medida o situación que ha configurado la violación de esos derechos y el pago de una justa indemnización a la parte lesionada.

En el presente caso la reparación debe consistir en la continuación de los procedimientos judiciales para la averiguación de la desaparición de Isidro Caballero y María del Carmen Santana y su sanción conforme al derecho interno colombiano”.⁹¹

En el caso Las Palmeras, la Corte investigó las ejecuciones extrajudiciales de 6 personas ocurridas en el departamento del Putumayo en una operación conjunta de la Policía Nacional y el Ejército. Algunas de las personas ejecutadas fueron vestidas posteriormente con prendas militares y sus ropas fueron quemadas y fueron presentadas como muertos en combate. La Corte encontró responsable al Estado colombiano de la ejecución extrajudicial de estas dos personas y de la violación a las garantías judiciales y protección judicial. Con relación a la violación a las garantías judiciales y protección judicial dijo la Corte:

“51. Al respecto, el Tribunal ya ha establecido que en un Estado democrático de derecho la jurisdicción penal militar ha de tener un alcance restrictivo y excepcional y estar encaminada a la protección de intereses jurídicos especiales, vinculados con las funciones que la ley asigna a las fuerzas militares. Por ello, sólo se debe juzgar a militares por la comisión de delitos o faltas que por su propia naturaleza atenten contra bienes jurídicos propios del orden militar.”

52. A su vez, esta Corte estima pertinente recordar, que la jurisdicción militar se establece por diversas legislaciones con el fin de mantener el orden y la disciplina dentro de las fuerzas armadas. Inclusive, esta jurisdicción funcional reserva su aplicación a los militares que hayan incurrido en delito o falta dentro del ejercicio de sus funciones y bajo ciertas circunstancias [por lo que cuando la justicia militar asume competencia sobre un asunto que debe conocer la justicia ordinaria, se ve afectado el derecho al juez natural y, *a fortiori*, el debido proceso, el cual, a su vez, encuéntrase íntimamente ligado al propio derecho de acceso a la justicia.

55. Por otra parte, en cuanto al *proceso penal ordinario*, la Unidad Nacional de Derechos Humanos de la Fiscalía de la Nación se avocó al conocimiento de la causa el 14 de mayo de 1998, luego de que la Procuradora 233 Judicial Primero Penal así lo solicitara al Inspector General de la Policía que actuaba como Juez de Primera Instancia, con el fin de que se juzgara a los presuntos responsables de la muerte de las víctimas del presente caso en la jurisdicción penal ordinaria. En lo que respecta a este proceso, es de suma importancia señalar que, a la fecha de la presente

⁹¹ Corte Interamericana de Derechos Humanos, caso caballero delgado y Santana, Sentencia del 8 de diciembre de 1995, párr. 58, 68 y 69. Citado por O’ Donnell, Uprimny y Valencia, Tomo I pág. 292 y ss.

Sentencia, éste no se ha concluido, de manera que haya una resolución definitiva que identifique y sancione a los responsables. La investigación penal de dichos hechos lleva más de diez años, lo que demuestra que la administración de justicia no ha sido rápida ni efectiva.

56. Más aún, a pesar del tiempo transcurrido, cabe resaltar que, si bien se han llevado a cabo los procesos anteriormente señalados, lo cierto es que los mismos no han llevado a la determinación y sanción de los responsables, lo que propicia una situación de impunidad. Esta Corte ha definido la impunidad como la falta en su conjunto de investigación, persecución, captura, enjuiciamiento y condena de los responsables de las violaciones de los derechos protegidos por la Convención Americana, [bajo la obligación general del] Estado [de] combatir tal situación por todos los medios legales disponibles ya que la impunidad propicia la repetición crónica de las violaciones de derechos humanos y la total indefensión de las víctimas y de sus familiares.

57. La Corte observa que en el presente caso las partes admitieron que los miembros de la policía implicados en los hechos obstaculizaron o no colaboraron de una manera adecuada con las investigaciones iniciadas con el fin de esclarecer el caso, ya que alteraron, ocultaron y destruyeron pruebas.

58. La Corte manifiesta, como lo ha hecho en reiteradas ocasiones, que no basta con la existencia formal de los recursos sino que éstos deben ser eficaces, es decir, deben dar resultados o respuestas a las violaciones de derechos contemplados en la Convención. Este Tribunal ha señalado que no pueden considerarse efectivos aquellos recursos que, por las condiciones generales del país o incluso por las circunstancias particulares de un caso dado, resulten ilusorios. Ello puede ocurrir, por ejemplo, cuando su inutilidad haya quedado demostrada por la práctica, porque el órgano jurisdiccional carezca de la independencia necesaria para decidir con imparcialidad o porque falten los medios para ejecutar sus decisiones; por cualquier otra situación que configure un cuadro de denegación de justicia, como sucede cuando se incurre en retardo injustificado en la decisión. Esta garantía de protección de los derechos de los individuos no supone sólo el resguardo directo a la persona vulnerada sino, además, a los familiares, quienes por los acontecimientos y circunstancias particulares del caso, son quienes ejercen la reclamación en el orden interno. Al respecto, este Tribunal también ha señalado que “el artículo 8.1 de la Convención debe interpretarse de manera amplia de modo que dicha interpretación se apoye tanto en el texto literal de esa norma como en su espíritu”.

59. Además, la Corte ha manifestado que:

del artículo 8 de la Convención se desprende que las víctimas de las violaciones de los derechos humanos, o sus familiares, deben contar con amplias posibilidades de ser oídos y actuar en los respectivos procesos, tanto en procura del esclarecimiento de los hechos y del castigo de los responsables, como en busca de una debida reparación.⁹²

⁹² Corte Interamericana de Derechos Humanos, Caso Las Palmeras (Colombia), Sentencia del 6 de diciembre de 2001, párr. 51 a 59.

El caso de “19 comerciantes” es particularmente importante porque la Corte Interamericana encontró responsable al Estado colombiano por las desapariciones de 19 comerciantes, perpetradas por un grupo paramilitar en el Magdalena Medio. Dijo la Corte:

“Con base en los elementos probatorios aportados a este proceso, el Tribunal considera que, en la época de los hechos relevantes del presente caso, el grupo “paramilitar” que desapareció a los 19 comerciantes tenía estrechos vínculos con altos mandos de la Fuerza Pública de la región del Magdalena Medio, así como también recibía apoyo y colaboración de éstos. Esta Corte tuvo por probado que miembros de la Fuerza Pública apoyaron a los “paramilitares” en los actos que antecedieron a la detención de las presuntas víctimas y en la Comisión de los delitos en perjuicio de éstas.”⁹³

Continúa diciendo la Corte más adelante:

“Es un principio básico del derecho de la responsabilidad internacional del Estado, recogido por el Derecho Internacional de los Derechos Humanos, que tal responsabilidad puede generarse por actos u omisiones de cualquier poder, órgano o agente estatal, independientemente de su jerarquía, que violen los derechos internacionalmente consagrados. Además la Corte ha considerado que “un hecho ilícito violatorio de los derechos humanos que inicialmente no resulte directamente a un Estado, por ejemplo, por ser obra de un particular o por no haberse identificado a los autores de la transgresión, puede acarrear la responsabilidad internacional del Estado, no por ese hecho en sí mismo, sino por falta de debida diligencia para prevenir la violación o para tratarla en términos requeridos por la Convención”.⁹⁴

La Corte encontró al Estado colombiano responsable de las violaciones a los derechos a la vida, a la integridad personal, a la libertad personal, a las garantías judiciales y a la protección judicial en perjuicio de los 19 comerciantes.

4.2.2. Función consultiva

Cualquier Estado de la OEA y cualquier órgano principal de la OEA, en particular la CIDH, puede solicitar a la Corte la interpretación de una norma de derechos humanos contenida en un instrumento internacional aplicable a un Estado de la OEA. Igualmente, un Estado de la OEA puede solicitar a la Corte una opinión sobre la compatibilidad de sus normas internas con los instrumentos internacionales de derechos humanos. Esta sería una forma de prevenir violaciones a los derechos humanos, si el Estado cambia una legislación contraria a los derechos humanos, como resultado de la consulta a la Corte.

Hasta la fecha⁹⁵, se han adoptado 18 opiniones consultivas por parte de la Corte. Son particularmente importantes las opiniones consultivas 8⁹⁶ y 9⁹⁷ para el tema de garantías

⁹³ Corte Interamericana de Derechos Humanos, Caso 19 comerciantes (Colombia), Sentencia de 5 de julio de 2004, párr. 134.

⁹⁴ Ibidem párr. 140.

⁹⁵ Abril de 2005.

judiciales. En estas opiniones, la Corte estableció las garantías judiciales que no pueden ser suspendidas en estados de excepción, entre las cuales se encuentran el habeas corpus y la acción de amparo.

4.2.3. Medidas provisionales

La Convención Americana de Derechos Humanos, autoriza a la Corte, en casos de gravedad y urgencia, a otorgar medidas provisionales a personas o grupos de personas, para evitar daños irreparables. La Corte puede decretar estas medidas en casos que esté investigando o cuando la CIDH le solicita que tome estas medidas, en casos que todavía no son de conocimiento de la Corte. Estas medidas buscan proteger derechos como la vida y la integridad personal. Por ejemplo, Colombia han sido objeto de medidas provisionales en los casos Caballero y Santana, 19 comerciantes, Gutierrez Soler. Igualmente, para las comunidades de Jiguamiandó y del Curbaradó y el Pueblo indígena Kankuamo, y la Comunidad de Paz de San José de Apartadó, entre otros.

la Comunidad de paz de San José de Apartadó cuenta con medidas provisionales de la Corte Interamericana desde octubre del 2000 y han sido renovadas recientemente. En resolución del 15 de marzo de 2005 la Corte Interamericana requirió al Estado colombiano, entre otras cosas, que “adopte las otras medidas que sean necesarias para cumplir estrictamente y en forma inmediata con lo ordenado por la Corte Interamericana de Derechos Humanos, para proteger eficazmente la vida e integridad personal de todos los miembros de la Comunidad de Paz de San José de Apartadó” y que “investigue los hechos que motivaron la adopción y mantenimiento de las medidas provisionales con el fin de identificar a los responsables e imponerles las sanciones correspondientes”⁹⁸.

5. Reflexiones finales

Como ha sido explicado, la función judicial juega un papel decisivo en la determinación de la responsabilidad internacional del Estado colombiano por violaciones a los derechos humanos. En otras palabras, los jueces pueden comprometer la responsabilidad estatal. De allí la importancia de que los jueces conozcan la lógica de los sistemas internacionales de protección y sus principales mecanismos. Además, ello justifica pronunciamientos de la Corte Constitucional como la mencionada sentencia C-109 de 1995 al defender la posibilidad de establecer sentencias “integradoras”, que integren los mandatos de derechos humanos en el ordenamiento legal, con base en el siguiente argumento (Fundamento 18):

“De otro lado, este tipo de decisiones integradoras también encuentra fundamento en el principio de efectividad establecido por el artículo 2° de la Carta, puesto que los órganos del Estado en general, y los jueces y la Corte Constitucional en particular, deben buscar, en sus actuaciones, hacer

⁹⁶ Corte Interamericana de Derechos Humanos, OC8/87 “el habeas Corpus bajo suspensión de garantías”, 30 de enero de 1987.

⁹⁷ OC9/87 “Garantías judiciales en Estados de emergencia”, 6 de octubre de 1987.

⁹⁸ Corte Interamericana de Derechos Humanos. Resolución del 15 de marzo de 2005. Medidas provisionales respecto de la República de Colombia, caso de la Comunidad de Paz de San José de Apartadó.

realidad los principios, derechos y deberes constitucionales así como el orden de valores que la Constitución aspira a instaurar. Es pues natural que los jueces, y en particular el juez constitucional, integren en sus sentencias los mandatos constitucionales.

Este principio de efectividad encuentra perfecta correspondencia con la normatividad internacional en materia de derechos humanos y, en particular, con los deberes de respeto y garantía que los Estados tienen en este campo. En efecto, la Convención Interamericana y los Pactos de Derechos Humanos de las Naciones Unidas señalan que es deber de los Estados no sólo respetar los derechos civiles y políticos sino, además, garantizar, sin discriminación alguna, su libre y pleno goce a toda persona sujeta a su jurisdicción (Convención Interamericana art. 1º; Pacto de derechos civiles y políticos art. 2º ord 1º). Por ello, estos pactos, que han sido todos ratificados por Colombia y por ende prevalecen en el orden interno (CP art. 93), señalan que los Estados Partes se comprometen a adoptar, con arreglo a sus procedimientos constitucionales, "las medidas legislativas o de otro carácter que fueren necesarias para hacer efectivos (subrayas no originales)" los derechos humanos (Convención Interamericana art. 2º; Pacto de derechos civiles y políticos art. 2º ord 2º). Ahora bien, la Corte Constitucional, en acuerdo con una doctrina muy autorizada en este campo (Ver, por ejemplo. German Bidart Campos. Tratado de Derecho Constitucional Argentino. Tomo III sobre los Pactos Internacionales sobre Derechos Humanos y la Constitución. Buenos Aires: Eudeba, 1989. pp 129 y ss), considera que 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 humanos. Es pues legítimo que los jueces, y en particular la Corte Constitucional, integren a la normatividad, al momento de tomar sus decisiones, los derechos reconocidos en la Constitución y en los pactos."

IV. Autoevaluación

1. Haga un recuento esquemático de las diferentes instancias internacionales que se han presentado en esta unidad, con sus principales funciones.
2. Recuerde alguna de sus decisiones judiciales en la que hubiera podido hacer uso de los instrumentos internacionales de derechos humanos y de la jurisprudencia internacional. Como resolvería, después de estudiar esta unidad, el caso?
3. A partir de lo visto en esta unidad, reflexione sobre el papel de los operadores judiciales para evitar la responsabilidad internacional del Estado. Considera usted que los jueces colombianos son concientes de esta importante responsabilidad?

UNIDAD 4. DERECHO INTERNACIONAL HUMANITARIO Y DERECHO PENAL INTERNACIONAL

I. Objetivos

Presentar y analizar los principios y normatividad básicos del Derecho Internacional Humanitario (DIH).

Estudiar los principios básicos, los crímenes y la competencia de la Corte Penal Internacional.

Reflexionar sobre la importancia de una Corte Penal Internacional que investigue y juzgue individuos que han cometido crímenes de su competencia.

II. Actividades pedagógicas

Instrucciones. Antes de dar paso a las actividades pedagógicas conviene recordar algunas pautas metodológicas que sirven para el logro de los objetivos pedagógicos planteados para este módulo sobre derechos humanos y derecho humanitario. Como se explicó en la introducción general, la idea es que al utilizar el módulo como material de autoaprendizaje se realicen las actividades pedagógicas antes de leer el artículo final de cada unidad, toda vez que de esa manera estas actividades pedagógicas rinden mejores frutos. Asimismo, es de gran provecho reexaminar esos mismos ejercicios luego de haber leído el artículo, para poder también tener una distancia crítica frente a lo que allí se plantea.

1. Derechos humanos y Guerra

1.1. Formulación

Dos amigos A y B se encuentran.

- A le dice a B “estoy leyendo sobre derecho internacional humanitario”.
- B le pregunta “que es eso?”
- A le dice “el derecho aplicable a los conflictos armados”
- B se ríe y argumenta “eso es absurdo! Si en la guerra todo se vale. No puede haber un derecho aplicable!”

1.2. Pregunta

¿Qué opina usted de esta discusión? Argúmentelo en tres párrafos.

1.3. Respuesta

Para el hombre de la calle, el derecho internacional humanitario o derecho de los conflictos armados puede parecer un absurdo o una contradicción lógica. En efecto, el derecho es visto en general como una forma regulada y pacífica de resolución de los conflictos, como aquello a lo que se recurre cuando ha fracasado la negociación de una disputa, pero, no queremos llegar a la confrontación violenta. En cambio, la guerra es pensada como el recurso descontrolado a las armas y a la violencia, es decir como aquello que surge cuando ha desaparecido toda negociación y todo derecho. ¿Cómo puede entonces pensarse en una regulación jurídica, es decir normativa, de lo que por esencia aparece como la negación y la ruptura del derecho y de toda normatividad, a saber la guerra? ¿No es entonces una ingenuidad o una contradicción lógica hablar del "derecho de la guerra", puesto que el complemento genitivo (de la guerra) parece contradecir el sentido del sustantivo al que califica (derecho)? ¿No es eso tan absurdo como hablar de un cuadrado de tres lados o de un círculo de ángulos rectos?

En el ensayo que se desarrolla al final de la unidad se se intentará mostrar no sólo que el derecho de los conflictos armados no es absurdo, ni ingenuo, sino que constituye una normatividad razonable y realista, que es además aplicable y de esencial importancia para la actual coyuntura colombiana.

El derecho internacional humanitario no es esa eventual ingenuidad o contradicción lógica que puede parecer a algunas personas, y aparece en toda su dimensión como el mejor instrumento jurídico con que hoy contamos para reducir los estragos de la guerra en Colombia, pues busca limitar el dolor y el sufrimiento innecesario en la guerra.

Ahora bien, el DIH está orientado por unos principios básicos, entre ellos el principio de distinción sobre el cual versa la siguiente actividad pedagógica.

2. Principio de distinción

2.1. Pregunta

Lea el artículo 4 del Protocolo II Adicional a los Convenios de Ginebra relativo a la protección de las víctimas de los conflictos armados sin carácter internacional, donde se enuncia el principio de distinción. Explique el alcance de este principio.

2.2. Respuesta

La Corte Constitucional, al analizar la constitucionalidad de la ley que incorporó al ordenamiento jurídico interno el Protocolo II Adicional a los Convenios de Ginebra, precisó lo siguiente en torno al principio de distinción:

“El principio de distinción entre combatientes y no combatientes.

28- Uno de las reglas esenciales del derecho internacional humanitario es el principio de distinción, según el cual las partes en conflicto deben diferenciar entre combatientes y no combatientes, puesto que estos últimos no pueden ser nunca un objetivo de la acción bélica. Y esto tiene una razón elemental de ser: si la guerra busca debilitar militarmente al enemigo, no tiene por qué afectar a quienes no combaten, ya sea porque nunca han empuñado las armas (población civil), ya sea porque han dejado de combatir (enemigos desarmados), puesto que ellos no constituyen potencial militar. Por ello, el derecho de los conflictos armados considera que los ataques militares contra esas poblaciones son ilegítimos, tal y como lo señala el artículo 48 del protocolo I, aplicable en este aspecto a los conflictos internos, cuando establece que las partes "en conflicto harán distinción en todo momento entre población civil y combatientes, y entre bienes de carácter civil y objetivos militares y, en consecuencia, dirigirán sus operaciones únicamente contra objetivos militares".

El artículo 4º del tratado bajo revisión recoge esa regla, esencial para la efectiva humanización de cualquier conflicto armado, puesto que establece que los no combatientes, estén o no privados de libertad, tienen derecho a ser tratados con humanidad y a que se respeten su persona, su honor, sus convicciones y sus prácticas religiosas.

29- Este artículo 4º también adelanta criterios objetivos para la aplicación del principio de distinción, ya que las partes en conflicto no pueden definir a su arbitrio quien es o no es combatiente, y por ende quien puede ser o no objetivo militar legítimo. En efecto, conforme a este artículo 4º, el cual debe ser interpretado en armonía con los artículos 50 y 43 del protocolo I, los combatientes son quienes participan directamente en las hostilidades, por ser miembros operativos de las fuerzas armadas o de un organismo armado incorporado a estas fuerzas armadas. Por ello este artículo 4º protege, como no combatientes, a "todas las personas que no participen directamente en las hostilidades, o que hayan dejado de participar en ellas". Además, como lo señala el artículo 50 del Protocolo I, en caso de duda acerca de la condición de una persona, se la considerará como civil. Ella no podrá ser entonces objetivo militar. Es más, el propio artículo 50 agrega 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 3º del artículo 13 del tratado bajo revisión, 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."

3. Normatividad aplicable

Pregunta

Lea el artículo 3° común a los Convenios de Ginebra y el artículo 1 del Protocolo II Adicional a los Convenios de Ginebra. Con base en ello determine si en Colombia se presentan las bases para la existencia de un conflicto armado interno de carácter no internacional.

Respuesta

La Corte Constitucional en la sentencia C-225 de 1995 precisó al respecto lo siguiente:

“La aplicabilidad del Protocolo II en Colombia.

25- El artículo 1° regula el ámbito de aplicación material del Protocolo II, y establece unos requisitos "ratione situationis" más estrictos que el artículo 3° común a los Convenios de Ginebra 1949. En efecto, mientras que el artículo 3° común regula todo conflicto armado interno que desborde el marco de los disturbios interiores o las tensiones internas, el Protocolo II exige que los grupos irregulares tengan un mando responsable y un control territorial tal que les permita realizar operaciones militares concertadas y sostenidas, y aplicar las normas humanitarias.

Estas exigencias del artículo 1° podrían dar lugar a largas disquisiciones jurídicas y empíricas destinadas a establecer si el Protocolo II es aplicable o no en el caso colombiano. La Corte considera que esas discusiones pueden ser relevantes a nivel de los compromisos internacionales del Estado colombiano. Sin embargo, frente al derecho constitucional colombiano, la Corte concluye que tal discusión no es necesaria pues, tal como lo señala el concepto del Ministerio Público, los requisitos de aplicabilidad del artículo 1° son exigencias máximas que pueden ser renunciadas por los Estados, ya que el Protocolo II es un desarrollo y complemento del artículo 3° común a los Convenios de Ginebra de 1949. Ahora bien, la Constitución colombiana establece claramente que en todo caso se respetarán las reglas del derecho internacional humanitario (CP art. 214 numeral 2°). Esto significa entonces que, conforme al mandato constitucional, el derecho internacional humanitario, incluyendo obviamente el Protocolo II, se aplica en Colombia en todo caso, sin que sea necesario estudiar si el enfrentamiento alcanza los niveles de intensidad exigidos por el artículo 1° estudiado.

En ese mismo orden de ideas, el ordinal segundo de este artículo señala que el Protocolo II no se aplica "a las situaciones de tensiones internas y de disturbios interiores, tales como los motines, los actos esporádicos y aislados de violencia y otros actos análogos, que no son conflictos armados". La Corte considera que éste también es un requisito de aplicabilidad en relación con los compromisos

internacionales del Estado colombiano pero que, frente al derecho constitucional colombiano, prima la perentoria regla del artículo 214 ordinal 2°. Por consiguiente, frente a situaciones de violencia que no adquieran connotación bélica o las características de un conflicto armado, las exigencias de tratamiento humanitario derivadas del derecho internacional humanitario de todas formas se mantienen. Las normas humanitarias tiene así una proyección material para tales casos, pues pueden también servir de modelo para la regulación de las situaciones de disturbios internos. Esto significa que, en el plano interno, la obligatoriedad de las reglas del derecho humanitario es permanente y constante, pues estas normas no están reservadas para guerras internacionales o guerras civiles declaradas. Los principios humanitarios deben ser respetadas no sólo durante los estados de excepción sino también en todas aquellas situaciones en las cuáles su aplicación sea necesaria para proteger la dignidad de la persona humana.

Este artículo será entonces declarado constitucional, en el entendido de que hace referencia a las condiciones de aplicabilidad Protocolo II frente al derecho internacional, pero que no modifica el claro mandato constitucional, según el cual "en todo caso se respetarán las reglas del derecho internacional humanitario".

4. Justicia Penal Internacional

4.1. Pregunta

¿Conoce usted alguna instancia internacional que investigue y juzgue infracciones al derecho internacional humanitario? No lea la respuesta que sigue a continuación, hasta que haya respondido esta pregunta.

4.2. Respuesta

Existen algunos tribunales internacionales como el tribunal, para la exyugoslavia y Ruanda que investigan infracciones al derecho humanitario, pero cuentan con una limitación geográfica y temporal. Con la creación de la Corte Penal Internacional se podrán investigar infracciones al DIH cometidas en conflictos armados internacionales y no internacionales, en diferentes lugares del mundo, siempre y cuando se cumplan las reglas de admisibilidad que se explicarán en el ensayo de esta unidad.

III. El ensayo: Derecho Internacional Humanitario y Derecho Penal Internacional

El ensayo que corresponde a esta unidad pretende introducir a los elementos básicos del DIH, para lo cual (i) explica inicialmente su lógica para luego examinar (ii) sus principios básicos y (iii) la principal normatividad aplicable al conflicto armado colombiano para terminar con un análisis de (iv) las instancias que sancionan su vulneración.

1. El sentido del Derecho Internacional Humanitario⁹⁹

Para comprender el sentido del derecho internacional humanitario, tal vez convenga pensar previamente en el sentido y en la lógica de la guerra como tal. Y para ello nada mejor que recurrir a Carl Von Clausewitz, no sólo porque este general y teórico militar prusiano sigue siendo el gran clásico en la materia, sino además porque se trata de un autor de un realismo descarnado, desprovisto de toda ingenuidad. Por eso, si a partir de Clausewitz podemos conferir algún sentido al derecho de la guerra, tal vez hayamos mostrado el realismo de esta disciplina jurídica.

Entre las muchas cosas que dijo Clausewitz, se destacarán a continuación sus dos definiciones de guerra. La primera es su definición abstracta, o pura como él la denomina, de la guerra. Para Clausewitz, la guerra es "un duelo a gran escala", "un acto de violencia encaminado a forzar al adversario a someterse a nuestra voluntad"¹⁰⁰. De esta definición, este autor infiere que la guerra, como conflicto de fuerzas y abandonada a su propia lógica, tiende a provocar un uso ilimitado de la fuerza y una polarización de los extremos, pues el objetivo de cada una de las partes es imponer su voluntad al enemigo, para lo cual es necesario derrotarlo violentamente a como dé lugar. La guerra, como enfrentamiento de potencias armadas, tiende entonces a la polarización, a la guerra de exterminio, a la guerra absoluta en la cual ya no existe límite alguno a la manifestación de la violencia. "La tendencia a destruir al enemigo, tendencia inherente al concepto mismo de la guerra"¹⁰¹ conduce lógicamente a una absolutización de las hostilidades. Desde este punto de vista, concluye el militar alemán, "no es posible introducir un principio moderador en la filosofía de la guerra sin incurrir en un absurdo"¹⁰².

Sin embargo, Clausewitz agrega a lo anterior una nueva definición de guerra, la cual ya no está centrada en la dinámica autónoma de los medios (la violencia) o en el puro concepto de conflicto bélico, sino en los fines y objetivos implícitos de toda acción bélica. Según Clausewitz, toda guerra "nace siempre de una situación política y es siempre el resultado de un motivo político". Por eso, "la guerra es una simple continuación, por otros medios, de la política"¹⁰³, sin lugar a dudas la frase más conocida de este autor.

Esta introducción del elemento político modifica sustantivamente las conclusiones derivadas del entendimiento de la guerra como pura oposición de fuerzas militares, pues ella significa que el conflicto bélico está subordinado a objetivos políticos. Las guerras pueden entonces ser muy diversas, según las determinaciones políticas que las desencadenan. Además, la guerra no tiene por qué conducir siempre a la polarización absoluta porque el objetivo político y las contingencias de la propia batalla pueden introducir

⁹⁹ Parte de este ensayo está basado en Rodrigo Uprimny, "Sentido y aplicabilidad del Derecho Internacional humanitario en Colombia" en *Derecho humanitario y Conflicto armado*, Universidad Nacional, Bogotá, 1995.

¹⁰⁰ Carl Von Clausewitz. *Arte y ciencia de la guerra*. (Trad Ramón Ormazábal). Mexico: Grijalbo, 1972, pp. 9 y 10.

¹⁰¹ *Ibidem*, p 12.

¹⁰² *Ibidem* p 11.

¹⁰³ *Ibidem*, p 31.

algunos elementos moderadores. El cálculo, la evaluación de los costos frente a las finalidades perseguidas, moderan así la simple intención hostil que subyace al puro conflicto bélico como búsqueda de destrucción del enemigo. El ingrediente político permite así una relativización de las hostilidades: ya no es necesario destruir al enemigo, pues basta con derrotarlo militarmente para alcanzar unas finalidades políticas particulares. En ese orden de ideas, la guerra implica entonces violencia, pero sólo en cuanto es un "arbitraje por las armas" de una disputa o de un conflicto político¹⁰⁴.

Obviamente es ingenuo pretender que el elemento político siempre conduce a la moderación del conflicto; en determinadas circunstancias, las concepciones políticas y los objetivos estratégicos tienden más a la polarización extrema que a la relativización de las hostilidades, tal y como sucedió durante las guerras de religión en Europa durante los siglos XVI o XVII o como sucede en la actualidad con numerosas guerras étnicas¹⁰⁵. Con todo, del examen de la doble definición de guerra de Clausewitz surgen dos conclusiones importantes: la primera es que hay una dinámica implícita en la confrontación armada como tal que tiende a la polarización, sobre todo cuando el objetivo político se desvanece o pasa a un segundo plano. La intención hostil de exterminio predomina sobre el cálculo político estratégico. Pero la segunda, es que tal polarización no es una fatalidad porque es posible reintroducir a la guerra una mínima racionalidad estratégica, que recupere su dimensión política, porque la guerra no es la violencia arbitraria sino "un medio serio para alcanzar un fin serio"¹⁰⁶. En la concepción de Clausewitz, la pasión y la animosidad, la intención hostil, que alimentan la polarización, aparecen subordinadas a los objetivos políticos del conflicto¹⁰⁷.

Teniendo en cuenta estas tensiones es posible comprender el sentido que puede tener el derecho internacional humanitario, el cual, reconociendo que en determinadas circunstancias nos vemos enfrentados a conflictos bélicos, considera que es factible lograr un cierto equilibrio entre las necesidades de la guerra y las consideraciones humanitarias, centradas en la dignidad humana.

En efecto, gracias a la definición política de Clausewitz, sabemos que la guerra no es la violencia ciega y arbitraria. Puede llegar a serlo, pero en la medida en que esté encaminada a vencer militarmente al enemigo para conseguir objetivos políticos, es entonces posible evitar males superfluos y violencias innecesarias, puesto que no es necesario destruir con crueldad al oponente sino que basta ponerlo fuera de combate militarmente. En tal contexto, la declaración de San Petesburgo de 1868, que prohibió el uso de ciertos proyectiles en tiempos de guerra (balas explosivas o cargadas de materias inflamables de un peso inferior a 400 gramos), muestra bien esa tensión que subyace al derecho internacional humanitario, que busca combinar el respeto a la lógica de la guerra y el respeto de la

¹⁰⁴ La expresión no es de Clausewitz sino de Robert Phillips, citado por Hernando Valencia Villa. *La justicia de las armas: una crítica normativa de la guerra metodológica en Colombia*, Bogotá: Tercer Mundo, IEPRI UN, 1993, p 38.

¹⁰⁵ Sobre esta dinámica, ver Iván Orozco Abad. *Combatientes, rebeldes y terroristas. Guerra y derecho en Colombia*, Bogotá: Temis, IEPRI UN, 1992, en especial capítulo I.

¹⁰⁶ Carl Von Clausewitz. Op-cit, p 30.

¹⁰⁷ Ibidem, p 34.

dignidad humana. Dice el preámbulo de esta declaración, uno de los primeros instrumentos jurídicos del moderno derecho de la guerra:

"Considerando que los progresos de la civilización deben tener por efecto atenuar en cuanto sea posible las calamidades de la guerra;
que la única finalidad legítima que los Estados deben proponerse durante la guerra es el debilitamiento de las fuerzas militares del enemigo;
que a este fin, basta con poner fuera de combate el mayor número posible de hombres".

Esto muestra que si el objetivo de la guerra es únicamente debilitar el potencial militar del enemigo, es posible establecer ciertas reglas que eviten muertes o destrucciones innecesarias. El derecho internacional humanitario puede entonces introducir criterios humanitarios para reducir los estragos de la guerra sin que ello obstaculice la lógica de desenvolvimiento del conflicto armado. Y esa tentativa de construir un "ius in bello", es decir una normatividad para los conflictos armados, que reduzca los efectos colaterales de la guerra y defina los derechos humanos mínimos inderogables, incluso en las peores situaciones de conflicto armado, es lo que en términos generales llamamos el derecho de los conflictos armados.

El Derecho internacional humanitario (DIH), es una rama del derecho internacional público y busca lograr un equilibrio entre las necesidades de la guerra y las consideraciones humanitarias centradas en la dignidad humana. Se podría decir entonces que el DIH es el conjunto de normas consuetudinarias y convencionales que con el fin de solucionar los problemas humanitarios se aplican a los conflictos armados internacionales y no internacionales. Estas normas limitan los medios y métodos de combate utilizados por las partes contendientes y protegen a las personas que no participan en las hostilidades o por alguna razón, dejaron de participar (por enfermedad, detención o herida). A continuación se verán algunos de los principios básicos del DIH.

2. Principios básicos del DIH

Los principales principios del DIH que analizaremos son el principio de distinción, el principio de limitación, el principio de proporcionalidad, inmunidad de la población civil y no reciprocidad.

2.1. Principio de distinción

De un lado, si la guerra busca debilitar militarmente al enemigo, no tiene por qué afectar a quienes no combaten, ya sea porque nunca han empuñado las armas (población civil), ya sea porque han dejado de combatir (enemigos desarmados), puesto que ellos no constituyen potencial militar. Ya en su tiempo, Montesquieu y Rousseau habían establecido con rigor tal principio, al criticar las tesis de quienes defendían que la guerra confería al vencedor un

derecho de vida o muerte sobre el conjunto de la población del Estado enemigo. Así, según Montesquieu:

"Es falso que sea permitido matar en la guerra, fuera de los casos de necesidad... Todo el derecho que la guerra puede conferir sobre los capturados es el de asegurarse de su persona, de tal manera que ya no puedan dañar. Los homicidios cometidos a sangre fría por los soldados y después del calor de la acción son rechazados por todas las naciones del mundo"¹⁰⁸.

Igualmente, Rousseau se opuso a quienes defendían que la guerra permitía masacrar a la población enemiga o reducirla a la esclavitud. Según el filósofo ginebrino:

"La guerra no es pues una relación de un hombre a un hombre, sino una relación de Estado a Estado, en la cual los particulares no son enemigos sino accidentalmente, no como hombres, ni siquiera como ciudadanos sino como soldados... Siendo el fin de la guerra la destrucción del Estado enemigo, se tiene el derecho de matar a sus defensores mientras tengan las armas en la mano; pero a partir del momento en que las deponen y se rinden, cesan de ser enemigos o instrumentos del enemigo y vuelven a ser simplemente hombres y ya no se tiene ningún derecho sobre su vida. Algunas veces se puede matar al Estado sin matar a ninguno de sus miembros. Ahora bien, la guerra no confiere ningún derecho que no sea necesario a su fin"¹⁰⁹.

En directa relación con lo anterior, las hostilidades tampoco tienen por qué dirigirse hacia bienes que no estén involucrados en el conflicto bélico. El llamado derecho de Ginebra, o derecho internacional humanitario en sentido estricto, codificado en gran medida en los cuatro Convenios de Ginebra de 1949 y sus dos protocolos facultativos de 1977, ha sido el encargado de establecer la distinción entre combatientes y no combatientes a fin de proteger la integridad y los bienes de quienes no participan directamente de las hostilidades. Por eso esta rama del derecho de los conflictos armados busca ante todo proteger a la población no combatiente.

Por consiguiente, el principio de distinción busca diferenciar, por un lado, entre combatientes y no combatientes y, por el otro, entre bienes civiles y objetivos militares. Las hostilidades solo podrán dirigirse contra combatientes y objetivos militares, tal y como lo establece el artículo 48 del Protocolo I.

¿Quién es entonces combatiente? La regla establecida por el derecho internacional humanitario es relativamente clara. En efecto, una interpretación sistemática de los artículos 50 y 43 del protocolo I permite concluir que combatiente es quien participa directamente en las hostilidades, por ser miembro operativo de las fuerzas armadas o de un organismo armado incorporado a estas fuerzas armadas. Ellos y sólo ellos son objetivo militar legítimo y, como dice este mismo Protocolo I, en caso de duda acerca de la condición de una persona, se la considerará siempre como civil. Es más, el propio artículo 50

¹⁰⁸ Montesquieu. *L'Esprit des Lois*. Libro XV, capítulo II.

¹⁰⁹ Jean Jacques Rousseau. *Du Contrat Social*. Libro I, capítulo IV.

agrega 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 los conflictos armados internos no se utiliza la palabra combatiente sino "personas que participan directamente en las hostilidades" y por consiguiente, serán objeto de protección, los que no participan directamente en las hostilidades o los que dejaron de participar por enfermedad, herida o detención.

Es obvio que en los conflictos armados internos la aplicación concreta de este principio de distinción no siempre es fácil, puesto que no sólo los bandos no se encuentran claramente diferenciados sino que, además, muchas prácticas de guerra se sitúan en los límites entre lo autorizado y lo permitido por las leyes de la guerra. En efecto, con el fin de proteger a los terceros ajenos al conflicto, el derecho internacional humanitario obliga a los combatientes a no escudarse en la población civil para efectuar ataques o desplazamientos, puesto que la simulación del estatuto de persona civil es un acto de perfidia que está prohibido por el artículo 37 del protocolo I. Sin embargo, este mismo artículo agrega que:

"No están prohibidas las estratagemas. Son estratagemas los actos que tienen por objeto inducir a error a un adversario o hacerle cometer imprudencias, pero que no infringen ninguna norma de derecho internacional aplicable en los conflictos armados, ni son pérfidos ya que no apelan a la buena fe de un adversario con respecto a la protección prevista en ese derecho. Son ejemplos de estratagemas los actos siguientes: el camuflaje, las añagazas, las operaciones simuladas y las informaciones falsas".

La participación directa en las hostilidades "implica un efecto directo entre causa y efecto, entre la actividad ejercida y los golpes asestados al enemigo en el momento y en el sitio en que esa actividades ejerce"¹¹⁰. Por su parte, la Comisión Interamericana de Derechos Humanos estableció en su tercer informe sobre Colombia que "las hostilidades se definen como la participación en un ataque por virtud del cual la parte busca causar daño físico a personal o bienes del enemigo."¹¹¹

La segunda distinción que hay que establecer es entre bienes civiles y objetivos militares. Solo se podrán atacar los objetivos militares. El protocolo II no define ninguna de estas dos categorías, pero, esto no quiere decir que no haya una protección a los bienes civiles en los conflictos armados no internacionales. El Protocolo II da una protección especial a los bienes indispensables para la supervivencia de la población civil (artículo 14), a las obras e instalaciones que contienen fuerzas peligrosas (artículo 15) y a los bienes culturales y lugares de culto (artículo 16). Para la protección de los otros bienes civiles debemos utilizar el Protocolo I. El artículo 52 del Protocolo consagra la protección general de los bienes civiles. Establece que:

¹¹⁰ CICR, *Comentario al Protocolo I*, Tomo II, p. 863 párr. 1944.

¹¹¹ CIDH, *Tercer Informe sobre la situación de derechos humanos en Colombia*, OEA/Ser.L/II.102 Doc 9 rev.1, febrero de 1999, Capítulo IV. párr.46.

“1. Los bienes de carácter civil no serán objeto de ataque ni de represalias. Son bienes de carácter civil todos los bienes que no son objetivos militares en el sentido del párrafo 2.

2. Los ataques se limitarán estrictamente a los objetivos militares. En lo que respecta a los bienes, los objetivos militares se limitan a aquellos objetos que por su naturaleza, ubicación, finalidad o utilización contribuyan eficazmente a la acción militar o cuya destrucción total o parcial, captura o neutralización ofrezca en las circunstancias del caso una ventaja militar definida.

3. En caso de duda acerca de si un bien que normalmente se dedica a fines civiles, tal como un lugar de culto, una casa u otra vivienda o una escuela, se utiliza para contribuir eficazmente a la acción militar, se presumirá que no se utiliza con tal fin”.

Como se puede apreciar los objetivos militares están claramente definidos y todo lo que no sea objetivos militar serán bienes civiles y gozarán de protección especial.

2.2. Principio de limitación

En los conflictos armados, "el derecho de las partes en conflicto a elegir los métodos o medios de hacer la guerra no es ilimitado"¹¹². Sólo se admiten los medios que busquen poner fuera de combate al enemigo pero sin ocasionar crueldades, "males superfluos o sufrimientos innecesarios"¹¹³. Esto puede llevar a veces a razonamientos sutiles pero constituye un principio esencial.

El llamado derecho de la Haya o Derecho de la Guerra en sentido estricto, codificado en gran parte en los Convenios de la Haya de 1899 y 1907, fue el encargado históricamente de regular lo relativo a los medios y métodos de combate a fin de limitarlos para evitar males superfluos, excesivos o indiscriminados.

De esa manera se prohibió el uso de ciertas armas que causaban excesivo daño o sufrimiento con relación a las ventajas militares que se persiguen. Por ejemplo, la Declaración de San Petesburgo de 1868 prohíbe el empleo de proyectiles inferiores a 400 gramos; la Convención de la Haya de 1899 prohíbe el empleo de armas que se hinchan o aplastan fácilmente en el cuerpo humano; el Protocolo de Ginebra de 1925 prohíbe la utilización de gases asfixiantes, tóxicos y de medios bacteriológicos; la Convención de Ginebra de 1976 prohíbe la utilización de técnicas de modificación ambiental; la Convención de Ginebra de 1980 y su protocolo I prohíbe la utilización de fragmentos no localizables con rayos X; la Convención de París de 1993 prohíbe el desarrollo, producción y utilización de armas químicas y la Convención de Ottawa de 1997 prohíbe el empleo, almacenamiento y producción de minas antipersonales.

Algunas de las armas prohibidas que se utilizan en el conflicto armado colombiano son, por ejemplo, las minas antipersonales y los cilindros de gas, entre otros.

¹¹² Artículo 35 del Protocolo I de 1977.

¹¹³ Ibidem

2.3. Principio de proporcionalidad

Este principio establece que el uso de la fuerza no debe ser desproporcionado, sino por el contrario debe ser limitado a lo indispensable con relación a la ventaja militar concreta y directa prevista.

Dice la Comisión Interamericana de Derechos Humanos en su Tercer Informe sobre Colombia que “la legitimidad de un blanco militar no proporciona una licencia ilimitada para atacarlo.¹¹⁴ En efecto, la regla de proporcionalidad, consagrada en el artículo 57 del Protocolo I establece por ejemplo, que quienes deciden un ataque deberán “abstenerse de decidir un ataque cuando sea de prever que causará incidentalmente muertes o heridos en la población civil, daño a bienes de carácter civiles o ambas cosas, que serían excesivos en relación con la ventaja militar concreta y directa prevista”¹¹⁵

Los medios y métodos de combate deben ser adecuados con relación a la ventaja militar y además es necesario prever que los daños que llegaren a ocasionarse contra bienes civiles o personas no combatientes sean excepcionales y mínimos y no sean excesivos con relación a la “ventaja militar concreta y directa prevista”. Con relación a lo que sería un daño excesivo, los Comentarios del CICR establecen algunos ejemplos. “La presencia de un soldado en licencia en un pueblo obviamente no justifica la destrucción del pueblo” pero “si la destrucción de un puente es de suma importancia para la ocupación de una zona estratégica, se entiende que algunas casas pueden ser afectadas pero no que toda una zona urbana sea destruida”¹¹⁶.

Hay que señalar que los Comentarios al Protocolo II prohíben que se causen víctimas civiles extensivas. “El Protocolo no proporciona justificación alguna por ataques que generen daños y pérdidas civiles extensivas. Las pérdidas y daños incidentales nunca deben ser extensivos”.

Por consiguiente, los bombardeos efectuados a zonas campesinas, constituyen actos de violencia indiscriminada que violan el principio de proporcionalidad, incluso si en estos territorios operan organizaciones insurgentes. En efecto, conforme al artículo 51 ordinal 5° del protocolo I, se consideran ataques indiscriminados:

"a) Los ataques por bombardeo, cualesquiera que sean los métodos o medios utilizados, que traten como objetivo militar único varios objetivos militares precisos y claramente separados situados en una ciudad, un pueblo, una aldea u otra zona en que haya concentración análoga de personas civiles o bienes de carácter civil; b) los ataques, cuando sea de prever que causarán incidentalmente muertos y heridos entre la población civil, o daños a bienes de carácter civil, o ambas cosas, que serían excesivos en relación con la ventaja militar concreta y directa prevista".

¹¹⁴ CIDH, op-cit, Capítulo IV, párr 77.

¹¹⁵ Artículo 57.2.iii Protocolo I adicional a los Convenios de Ginebra.

¹¹⁶ CICR, Comentarios al Protocolo I, párr 2213-2214.

Por otra parte, el principio de proporcionalidad debe aplicarse también a los combatientes. Así, si un combatiente dispara a otro para matarlo pero no para ponerlo fuera de combate, ha violado el derecho internacional humanitario, pero si para ponerlo fuera de combate le fue necesario matarlo, al hacerlo no se ha violado esta normatividad.

2.4. Inmunidad de la población civil

Este principio contempla que los civiles que no participen directamente en las hostilidades no pueden ser objeto de ataque. Este principio está consagrado para los conflictos armados no internacionales en el artículo 13 del Protocolo II que establece que “la población civil y las personas civiles gozarán de protección general contra los peligros procedentes de operaciones militares”.

Según los comentarios del CICR al Protocolo II “la protección general cubre a todas las personas civiles sin distinción. La expresión “protección general” se utiliza por oposición a la protección particular, que tiene por objeto una protección reforzada de ciertas categorías de personas pertenecientes a la población civil (heridos, enfermos, niños, personal sanitario,...). La protección particular no substituye sino que se superpone a la protección general”¹¹⁷.

2.5. No reciprocidad

El derecho internacional humanitario busca disminuir los estragos de la guerra al imponer a las partes en conflicto, obligaciones humanitarias que sean compatibles con las necesidades de la guerra. Es importante tener en cuenta que la obligación humanitaria no se funda en la reciprocidad. Ella existe de manera incondicionada y absoluta para cada una de las partes, sin hallarse subordinada a su cumplimiento correlativo por la otra parte. En efecto, este derecho tiene la particularidad de que sus normas constituyen garantías inalienables estructuradas de manera singular; se imponen obligaciones a los actores armados en gran parte en beneficio no propio sino de terceros: de la población no combatiente. Por eso, uno de los actores armados no puede alegar el incumplimiento del Derecho de la Guerra por el otro, con el fin de excusar su propio incumplimiento, porque el titular de tales garantías es el tercero no combatiente.

3. Normatividad aplicable

El DIH ha sido fundamentalmente fruto de unas prácticas consuetudinarias. Por consiguiente, las normas positivas de DIH son en gran medida, la codificación de obligaciones ya existentes, en vez de la creación de principios y normas nuevas.

Tradicionalmente se ha distinguido el DIH entre el derecho de Ginebra (o derecho humanitario propiamente dicho) y el Derecho de la Haya (o derecho de la guerra). El

¹¹⁷ CICR, Comentario del Protocolo II, Bogotá, Plaza y Janés, párr. 4767.

derecho de Ginebra busca proteger a las personas que no participan directamente en las hostilidades y a los combatientes que han quedado fuera de combate. Las normas principales son los 4 Convenios de Ginebra de 1949. La mayoría de las normas de estos cuatro Convenios se aplican a conflictos armados internacionales. Únicamente el artículo 3 común a los cuatro Convenios se aplicará en caso de conflictos armados de carácter no internacional. Por su parte, el derecho de la Haya¹¹⁸ establece pautas sobre la conducción de las hostilidades y limita la elección de medios y métodos de combate, tal y como se explicó anteriormente.

Sin embargo, se considera que estas dos ramas del DIH no se pueden considerar tajantemente separadas porque desde el punto de vista lógico, la protección de la población civil (objetivo del derecho de Ginebra) implica la regulación de los medios de combate (finalidad del derecho de la Haya) y viceversa. Por otra parte, estas dos vertientes se han unido desde la adopción de los Protocolos adicionales de 1977 a los Convenios de Ginebra, como lo demuestra la amplia regulación de los medios de combate por el título III del Protocolo I.

Las normas más importantes aplicables en caso de conflictos armados no internacionales, como el conflicto colombiano son el artículo 3 común a los Convenios de Ginebra¹¹⁹ y el Protocolo II adicional a los Convenios de Ginebra¹²⁰, además de las normas de carácter consuetudinario. El artículo 3 común es aplicado a todo conflicto armado de carácter no internacional, mientras que las condiciones de aplicabilidad del Protocolo II son más estrictas por cuanto exige que los grupos irregulares tengan un mando responsable y un control territorial tal que le permita realizar operaciones militares concertadas y sostenidas y aplicar las normas humanitarias¹²¹. Las principales prohibiciones que establecen el artículo 3 común y el Protocolo II son:

- Los atentados contra la vida
- La tortura y los tratos crueles inhumanos y degradantes
- La toma de rehenes
- Los castigos colectivos
- Los actos de terrorismo
- La esclavitud y la trata de personas
- El pillaje
- Las amenazas
- Infracciones contra los derechos de los niños
- Infracciones a los derechos de las personas privadas de la libertad
- Las condenas dictadas sin debido proceso
- Los desplazamientos forzados

Finalmente, el derecho de los conflictos armados no se limita a reducir los estragos de la guerra sino que tiene una finalidad tácita que puede ser, en ocasiones, muchos más

¹¹⁸ codificado en gran parte en los Convenios de la Haya de 1899 y 1907.

¹¹⁹ Entrado en vigor en Colombia el 8 de mayo de 1962 en virtud de la ley 5 de 1960.

¹²⁰ Entrado en vigor en Colombia el 15 de febrero de 1996 en virtud de la ley 171 de 1994.

¹²¹ Artículo del protocolo II adicional a los Convenios de Ginebra.

preciosa: esta normatividad puede también facilitar el diálogo, porque evita que la guerra se desborde y deje de ser un arbitraje por las armas de conflictos políticos. Al reconocer una mínima normatividad aplicable, una mínima racionalidad ética, los actores en guerra se reconocen políticamente y están más dispuestos a la negociación política, obviamente siempre y cuando los objetivos políticos de la guerra autoricen una salida negociada al conflicto. El derecho internacional humanitario facilita así "un reconocimiento recíproco de los partidos enfrentados. Con base en criterios puramente formales, esta noción hace posible y mira como normal la terminación de los conflictos armados por medio de una paz negociada."¹²² En síntesis, como dice Daniel Frei:

*"Por definición el Derecho Internacional Humanitario prescribe la obligación de respetar un mínimo de normas, aun en las peores situaciones, cuando el diálogo se ha interrumpido y ha sido reemplazado por la última ratio del conflicto armado. Aunque sólo se respete un porcentaje mínimo de normas, esto representa un elemento ritual, y la ritualización significa que el conflicto tiene una estructura formal. Incluso si las normas no se respetan, el hecho de tenerlas es muy diferente de no tener ninguna norma que violar. Así, aunque estén confrontados en una lucha a muerte en la que parece no haber ningún terreno común, hay una base mínima que los adversarios comparten. Esto puede constituir un marco, aunque sólo sea simbólico, para resolver el conflicto"*¹²³.

Ahora bien, ¿se puede violar impunemente el Derecho Internacional Humanitario? La respuesta es no. Si bien los mecanismos de protección de los derechos humanos están mucho más desarrollados que los mecanismos para la protección del DIH, existen mecanismos de sanción como la Corte Penal Internacional, que no solo sanciona la violación del DIH sino también otros crímenes internacionales, por lo cual pasamos a explicar las características de este tribunal.

4. Corte Penal Internacional¹²⁴

El 17 de julio fue aprobado el Estatuto de la Corte Penal Internacional (en adelante CPI o Corte) en la Conferencia Diplomática de Plenipotenciarios que se llevó a cabo en Roma. Esta es la primera institución permanente, encargada de investigar y juzgar individuos que cometan graves violaciones de derecho internacional, cuando los sistemas nacionales se muestren incapaces o no tengan la voluntad de juzgarlos. El Estatuto de la CPI entró en vigor el 1 de julio de 2002, después de que 60 Estados ratificaron este tratado. Se analizará a continuación, el principio de complementariedad, los crímenes de competencia de la Corte, su competencia y las facultades del fiscal.

¹²² Iván Orozco Abad. *Op-cit*, p 20.

¹²³ Daniel Frei. "El derecho internacional humanitario y el control de armamentos" en Revista Internacional de la Cruz Roja, No 90, Noviembre, diciembre 1988, p 527, citado por Hernando Valencia Villa. *Op-cit*, p 33.

¹²⁴ Este ensayo está basado en Inés Margarita Uprimny, "La Corte Penal Internacional, un mecanismo de lucha contra la impunidad" en *Pensamiento jurídico*, N.9, Universidad Nacional de Colombia, Facultad de Derecho, Bogotá, 1998.

4.1. Principio de complementariedad

Este principio está consagrado en el Preámbulo y en el artículo 1 de Estatuto. Significa que la Corte Penal Internacional juzgará a los individuos que han cometido graves crímenes de derecho internacional cuando los sistemas nacionales sean ineficaces. Los Estados son entonces los primeros responsables de administrar justicia. Si un Estado cuenta con un sistema judicial que funcione, no será necesario acudir ante la CPI. Por consiguiente, la CPI no reemplazará los sistemas judiciales nacionales sino los complementará cuando éstos no estén dispuestos a llevar a cabo una investigación o no puedan hacerlo. La CPI actuará entonces cuando las autoridades judiciales nacionales no procesen a los responsables, o cuando no actúen de manera independiente e imparcial.

4.2. Definición de crímenes

La competencia de la CPI está limitada a graves crímenes de Derecho Internacional (“core crimes”) como el genocidio, los crímenes de lesa humanidad y los crímenes de guerra.

*Genocidio*¹²⁵

La definición que se adoptó es la misma que la de la *Convención para la Prevención y la Sanción del Delito de Genocidio* de 1948, que incluye actos perpetrados con la intención de destruir total o parcialmente a un grupo nacional, étnico, racial o religioso. Esta definición tiene el inconveniente de que no incluye el genocidio por razones políticas.

Con relación a esto es útil recordar que la Comisión Interamericana de Derechos Humanos (La Comisión) en el caso por la persecución de los miembros de la Unión Patriótica, expresó, en el informe sobre admisibilidad, lo siguiente: (...)“los hechos alegados por los peticionarios exponen una situación que comparte muchas características con el fenómeno de genocidio y se podría entender que sí lo constituyen, interpretando este término de conformidad con su uso corriente”. No obstante, teniendo en cuenta que no se ajusta a la definición jurídica de derecho internacional, la Comisión no incluyó la alegación de genocidio.

Sin embargo, en el Estatuto se incluyó como crimen de lesa humanidad, “la persecución de un grupo o una colectividad con identidad fundada en motivos políticos, raciales,...” (artículo 7), lo cual es un reconocimiento de que existe la conducta que pretende exterminar a un grupo por razones políticas o ideológicas y será útil para combatir estos crímenes.

*Crímenes de Guerra*¹²⁶

En el Estatuto de la CPI se incluyeron los crímenes de guerra cometidos en conflictos armados internacionales y no internacionales. Sin embargo, con relación a los crímenes de guerra, un Estado puede hacer una declaración en virtud del artículo 124, que le permite

¹²⁵ Artículo 6 del Estatuto

¹²⁶ Artículo 8 del Estatuto.

mantenerse al margen de la jurisdicción de la Corte, hasta por 7 años siguientes a la entrada en vigor del Estatuto, para el Estado en cuestión. Esta cláusula limita y puede imposibilitar el arresto de importantes criminales. Colombia hizo uso de esta declaración al ratificar el Estatuto. El Estatuto entró en vigor para Colombia el 1 de noviembre de 2002, pero la CPI no puede investigar crímenes de guerra cometidos en Colombia hasta el 1 de noviembre de 2009, a menos que Colombia retire esta declaración, cosa que puede hacer en cualquier momento.

*Crímenes de Lesa Humanidad*¹²⁷

El Estatuto contempla que los crímenes de lesa humanidad pueden ser cometidos en tiempos de paz o en conflicto armado y para que se configure el delito es necesario que sean cometidos de manera masiva o sistemática.

Algunos países consideraban que la definición de estos actos debía ser “masivos y sistemáticos”. Al exigir las dos condiciones graves masacres como las ocurridas en nuestro país, no serían investigadas por la CPI, ya que la sistematicidad es difícil de demostrar. La disyuntiva en vez de la conjunción sería mucho más realista y garantista.

Agresión

El crimen de agresión está incluido dentro de la competencia de la CPI¹²⁸, pero todavía no ha sido definido, razón por la cual, ningún individuo puede por el momento ser investigado y juzgado por este crimen.

4.1. Competencia

Temporal: La Corte tiene competencia para investigar crímenes cometidos después de su entrada en vigor¹²⁹.

Condiciones para el ejercicio de la competencia: El Estatuto de la CPI consagra que la Corte tendrá jurisdicción para investigar y juzgar crímenes de competencia de la Corte, cuando el Estado de nacionalidad del acusado o en cuyo territorio se cometieron los hechos haya ratificado el Tratado o dé su consentimiento para un caso determinado (artículo 12).

Facultades del Fiscal

Una discusión muy importante fue si el fiscal debería tener o no facultades para iniciar investigaciones de oficio. Algunos Estados consideraban que sólo los Estados parte y el Consejo de Seguridad de Naciones Unidas podrían llevar un caso ante la Corte, lo cual limitaría enormemente el papel del fiscal.

¹²⁷ Artículo 7 del Estatuto.

¹²⁸ Artículo 5 del Estatuto.

¹²⁹ Artículo 11 del Estatuto.

La segunda posición, propugnaba que el fiscal de la Corte debería ser independiente y debería tener la facultad para iniciar investigaciones por su propia iniciativa o con base en informaciones serias provenientes, por ejemplo, de las víctimas o de una Organización no Gubernamental (ONG).

Una tercera posición, decía que el Fiscal antes de iniciar una investigación de oficio, debería someter su evaluación a una Sala de asuntos preliminares, solicitándole autorización para proceder con la investigación. La Sala de asuntos preliminares asumiría un control sobre el fiscal y garantizaría el buen funcionamiento de la CPI. Esta fue la decisión adoptada.

El Estatuto de la CPI consagra la posibilidad de que el Fiscal pueda iniciar investigaciones de oficio, con base en informaciones recibidas, por ejemplo de víctimas, de organizaciones no gubernamentales (ONG) o de otra fuente fiable, pero, sometido a la aprobación previa de la Sala de Cuestiones Preliminares, que determinará si hay mérito para investigar.

Las investigaciones se pueden iniciar entonces, por remisión de un Estado parte, por remisión del Consejo de Seguridad y finalmente por iniciativa del Fiscal, previa aprobación de la Sala de Cuestiones Preliminares.

4.4. Otros aspectos importantes

La Corte estará compuesta por 18 magistrados, nacionales de los Estados partes y teniendo en cuenta que las diferentes regiones del mundo y los distintos regimenes jurídicos estén representados. Los idiomas de trabajo serán el ingles y francés.

Los Órganos de la CPI son: la Fiscalía, la Sala de Asuntos Preliminares, la Sala de Primera Instancia, la Sala de Apelaciones y la Secretaría. La CPI no podrá investigar a menores de 18 años. La pena máxima que podrá imponer es cadena perpetua.

El Fiscal de la Corte, Luis Moreno Ocampo decidió iniciar investigaciones formales en los casos de la República democrática del Congo el 23 de junio de 2004 y en Uganda el 29 de julio de 2004. Por otra parte el gobierno de la República centro africana remitió en enero de 2005, el caso de su país a la Corte para que lo investigue. Igualmente, el 1 de abril de 2005, el Consejo de Seguridad de Naciones Unidas remitió la situación de Darfur a la CPI.

5. Reflexiones finales

Los jueces están llamados a sancionar las violaciones del derecho internacional humanitario. La consagración de tipos penales al respecto es una tarea que contribuye con dicho deber. Es importante anotar que cuando no se garantizan estándares de verdad, justicia y reparación frente a las violaciones, a partir del mencionado principio de complementariedad, puede existir competencia de la Corte Penal Internacional para revisar

las violaciones del derecho internacional humanitario y la comisión de otros crímenes internacionales.

IV. Autoevaluación

A partir de lo visto en esta unidad, reflexione sobre el papel de los funcionarios judiciales en una sanción efectiva para las infracciones al derecho internacional humanitario, teniendo en cuenta la existencia de la Corte Penal Internacional.

¿Que opina usted de la declaración hecha por Colombia que excluye de la competencia de la CPI las infracciones al DIH por un periodo de 7 años? ¿Cree que se debe mantener o quitar esta declaración? ¿Cual sería la razón para mantenerla o quitarla?

UNIDAD 5. PROPUESTA DOGMÁTICA Y METODOLÓGICA PARA LA SOLUCIÓN DE CASOS SOBRE DERECHOS FUNDAMENTALES

I. Objetivos

Suministrar una dogmática general y una metodología que permitan (i) resolver problemas ligados a la aplicación judicial de estándares de derechos humanos y (ii) justificar adecuadamente estas decisiones o examinar si están mal justificadas.

Determinar una metodología para la solución de casos donde se encuentran derechos humanos y fundamentales en conflicto.

Precisar los criterios a partir de los cuales es posible la restricción de derechos, con el propósito de ofrecer herramientas para la adecuada proyección de dichos criterios en la función judicial.

Analizar las características y alcances de las obligaciones de los Estados y de los particulares frente a los derechos humanos y fundamentales.

Presentar las metodologías que subyacen a los juicios de proporcionalidad y ponderación así como a las teorías del contenido mínimo esencial de los derechos fundamentales.

II. Actividades Pedagógicas

Instrucciones. Antes de dar paso a las actividades pedagógicas conviene recordar algunas pautas metodológicas que sirven para el logro de los objetivos pedagógicos planteados para este módulo sobre derechos humanos y derecho humanitario. Como se explicó en la introducción general, la idea es que al utilizar el módulo como material de autoaprendizaje se realicen las actividades pedagógicas antes de leer el artículo final de cada unidad, toda vez que de esa manera estas actividades pedagógicas rinden mejores frutos. Asimismo, es de gran provecho reexaminar esos mismos ejercicios luego de haber leído el artículo, para poder también tener una distancia crítica frente a lo que allí se plantea.

1. Análisis de casos

A continuación, usted encontrará dos casos, uno relacionado con derechos sociales y otro sobre derechos civiles y políticos. Trabaje uno de los casos, y en caso de que disponga de mayor tiempo, trabaje ambos casos. Son los siguientes:

1.1. Un ejemplo de discusión en derechos sociales

Supongan ustedes que hasta 2004, en Colombia, la educación universitaria en las universidades públicas era gratuita. El Consejo Superior de la Universidad Nacional, en

donde tienen asiento varios representantes gubernamentales, decide eliminar la gratuidad, y establece el cobro de una matrícula, cuyo monto depende de la declaración de renta del estudiante o su familia (si depende económicamente de ella). Igualmente consagra un programa de préstamos, prestamos condonables y becas para los estudiantes de más bajos recursos. El Consejo Superior justifica esa medida debido a la congelación, por parte del gobierno, de los fondos previstos para la Universidad, que hacen necesario que ésta obtenga nuevas fuentes de recursos, si quiere conservar la actual cobertura, o ampliarla. Para el Consejo Superior es entonces necesario cobrar matrícula a aquellos estudiantes, o sus familias, que tengan la capacidad de pago. A su vez, al gobierno y el Congreso justifican el congelamiento de los fondos para las universidades públicas, debido a la difícil situación fiscal, y a la necesidad de atender la ampliación de cobertura en educación primaria. Teniendo en cuenta que Colombia ha ratificado la Convención Interamericana y el Protocolo de San Salvador, y ha aceptado la competencia de la Comisión Interamericana para tramitar quejas individuales, un grupo de estudiantes, luego de agotar los recursos judiciales internos, cuestiona esa reforma ante la Comisión Interamericana por desconocer el derecho a la educación y el derecho a la igualdad.

Divida entonces a los participantes en el taller en tres grupos:

Grupo 1- Usted representa a los estudiantes. Elabore entonces una argumentación jurídica para sustentar la petición.

Grupo 2- Usted representa al Estado colombiano. Elabore entonces una argumentación jurídica para defender la medida.

Grupo 3- Usted es la Comisión Interamericana. ¿Cómo decidiría el caso? Sustente su decisión.

Para el trabajo de autoformación, sólo responda a la pregunta planteada al Grupo 3.

1.2. Un ejemplo de discusión sobre libertad individual

El Congreso colombiano decide volver a aprobar una reforma constitucional que incorpora las normas básicas del llamado estatuto antiterrorista, declarado inexecutable en 2004 por la Corte Constitucional por vicios de procedimiento en su formación. Esta reforma constitucional prevé, en ciertos casos, la posibilidad de que existan capturas y detenciones por las FF.AA sin orden judicial previa, pero sujeta a un control judicial posterior, dentro de las 36 horas siguientes a la captura. Conforme a la ley que desarrolla esa reforma constitucional, las autoridades militares pueden detener a aquellas personas frente a las cuales existan motivos fundados de que pueden estar involucrados en actos terroristas. Pedro Rodríguez es detenido entonces por una patrulla militar, que se encontraba haciendo requisas, pues un ciudadano sostiene que él es una de las persona que el día anterior se encontraba muy cerca del sitio en donde fue colocado un petardo, que ocasionó graves destrozos a una entidad financiera. El señor Rodríguez es requisado y se le encuentran varias papeletas de droga en su billetera. Es puesto a disposición de un juez después de estar retenido en un cuartel militar durante 30 horas. El juez ordena entonces su libertad, pues considera que no es necesario mantenerlo retenido. La Fiscalía lo llama entonces a juicio por tráfico de estupefacientes y es condenado a una pena de tres años de prisión.

Luego de agotar los recursos judiciales internos, el señor Rodríguez acude ante la Comisión Interamericana por cuanto considera que su requisa y detención fueron arbitrarias, y que el proceso esta entonces viciado. El Gobierno defiende el caso argumentando que su detención y requisa se hicieron al amparo de la legislación antiterrorista.

Grupo 1- Usted representa al señor Rodríguez. Elabore entonces una argumentación jurídica para sustentar la petición.

Grupo 2- Usted representa al Gobierno colombiano. Elabore entonces una argumentación jurídica para defender la medida.

Grupo 3- Usted es la Comisión Interamericana. ¿Cómo decidiría el caso? Sustente su decisión.

Para el trabajo de autoformación, sólo responda a la pregunta planteada al Grupo 3.

Luego de presentar y discutir los casos, intente disecar analíticamente los tipos de argumentos empleados. Muestre qué tipos de argumentos parecen ser usuales y reflexione sobre sus características. Sólo una vez que haya adelantado esa reflexión, proceda a leer los apartes que siguen del módulo.

1.3. Reflexiones sobre los casos o cómo se suele argumentar en derechos humanos

Imaginemos las posibles respuestas en el caso de derechos sociales. Tal vez podría desarrollarse un diálogo de esta naturaleza:

Estudiantes (Es): “La actitud de la universidad y del Estado colombiano, al eliminar la gratuidad de la universidad, desconoce el artículo 13 del Pacto de San Salvador, en especial el inciso 3-c, según el cual la enseñanza superior debe hacerse igualmente accesible a todos, sobre la base de la capacidad de cada uno, por cuantos medios sean apropiados y en particular, por la implantación progresiva de la enseñanza gratuita”.

Gobierno colombiano (Gc): “Esta disposición del Protocolo no ordena que la educación superior sea gratuita en todos los casos ya que pueden existir otros medios apropiados para facilitar el acceso a las universidades, como las matrículas según capacidad de pago o las becas. Además, es claro que esa obligación es de realización progresiva y está sujeta a la disponibilidad de recursos. Y precisamente la actual situación impide mantener la gratuidad”.

Es: “No lo creemos, pues el Protocolo favorece la opción de la gratuidad, por lo cual no puede el Estado privilegiar otros instrumentos. Pero en todo caso, la decisión es una medida de retroceso en la protección del derecho a la educación superior, ya que elimina la gratuidad que existía anteriormente, y esos retrocesos están prohibidos por el Protocolo de San Salvador, como lo ilustra el concepto al respecto de la Observación General respectiva del Comité de Derechos Económicos Sociales y Culturales”.

Gc: “El concepto del Comité es importante pero no es vinculante pues Colombia está sujeta a los tratados de derechos humanos y no a las interpretaciones hechas por ciertos órganos, por respetables que éstos sean. Pero, en todo caso, ese supuesto retroceso no es violatorio

del derecho a la educación pues se encuentra justificado por la necesidad de mantener la cobertura educativa superior. Es por ello una restricción a la gratuidad proporcionada”.

Es: “No lo creemos; es una medida desproporcionada que invade el contenido esencial del derecho de acceso a la educación superior, que está ligado al acceso gratuito y por mérito a la educación superior, por lo cual solicitamos a la Comisión que ordene al Estado colombiano que restablezca la gratuidad de la educación superior”.

Este relato hipotético muestra que toda discusión en derechos humanos suficientemente compleja toma como referencia ciertos elementos o argumentos recurrentes:

- De un lado, existen discusiones sobre cuáles son las normas o documentos relevantes para decidir el caso, como lo muestra el debate en torno a la obligatoriedad o no de la Observación General del Comité de Derechos Económicos Sociales y Culturales. Un primer punto de todo debate judicial en derechos humanos es entonces el relativo a las fuentes jurídicas relevantes de las obligaciones en derechos humanos.

- De otro lado, son recurrentes las discusiones sobre el alcance de las obligaciones generales de los Estados y los particulares frente a los derechos humanos, como lo muestra el debate sobre si la gratuidad de la educación superior es o no una obligación inmediata o de desarrollo progresivo. Esto remite a otras preguntas: ¿En qué consiste la progresividad de los DESC? ¿En qué consiste la prohibición de regresividad? ¿Acaso existe dicha prohibición de retroceso?

- En tercer término, también es ineludible un debate sobre el contenido del derecho protegido: ¿Implica el derecho a la educación superior un deber del Estado de instaurar la gratuidad o se trata de un medio posible pero no necesario?

- En cuarto término, las discusiones también abordan problemas complejos de conflictos de derechos, pues en este caso, el Gobierno y la Universidad defienden la idea de que es necesario ampliar la cobertura, por lo cual es ineludible limitar la gratuidad, lo cual suscita interrogantes como los siguientes: ¿Son esas limitaciones proporcionadas? ¿Invaden ellas el contenido esencial del derecho de acceso a la educación superior?

- Finalmente, la constatación de la eventual violación de un derecho no es suficiente; es ineludible discutir también cuáles son los remedios judiciales apropiados para enfrentar y corregir esas vulneraciones.

Este breve examen muestra entonces que existen temas esenciales en materia de derechos humanos, que requieren un análisis particularizado. Precisamente la dogmática que proponemos brinda algunos instrumentos para tal efecto. Antes de explicar lo sustantivo de esta dogmática, a continuación se proponen algunas actividades pedagógicas alusivas a cada componente de dicha dogmática, con excepción de lo referente a la normatividad relevante, aspecto analizado en la explicación sobre bloque de constitucionalidad (unidad 1) y al precisar algunos criterios sobre las fuentes del derecho internacional de los derechos humanos (unidad 3).

2. Obligaciones de los Estados

Formulación

Lea el artículo 1.1. de la Convención Americana sobre Derechos Humanos, el artículo 2 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, el artículo 2 del Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, los artículos 1, 2 y 3 del Protocolo adicional a la Convención americana sobre derechos humanos en materia de derechos económicos, sociales y culturales, “Protocolo de San Salvador” y el artículo 2 de la Constitución Política. En todos estos artículos se proclaman diversas obligaciones que tienen los Estados frente a los derechos humanos.

Preguntas

A partir de la lectura de los mencionados artículos, discuta la siguiente pregunta: ¿son las obligaciones de los estados en materia de derechos humanos obligaciones de medio u obligaciones de resultado?

No lea aún la respuesta a la pregunta. Si lo discute en grupo elabore una relatoría al respecto. Si desarrolla su respuesta en forma individual, elabore un ensayo de veinte líneas sobre la discusión.

Respuesta

Al examinar esta clasificación entre obligaciones de medio y obligaciones de resultado, es posible distinguir entre (i) tres tipos de deberes (respeto, protección y garantía) y determinar que ii) algunos son de medio y otros de resultado. Los deberes de respeto son obligaciones de resultado mientras que las obligaciones de protección y garantía se caracterizan por ser obligaciones que en algunos casos son de medio y en otros casos de resultado. En el ensayo encontrará un mayor desarrollo de los diferentes alcances de esta clasificación.

3. El problema del contenido esencial de los derechos humanos.

3.1 Formulación

El artículo 12 del Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, sobre el derecho a la salud, establece lo siguiente:

“1. Los Estados Partes en el presente Pacto reconocen el derecho de toda persona al disfrute del más alto nivel posible de salud física y mental.

2. Entre las medidas que deberán adoptar los Estados Partes en el Pacto a fin de asegurar la plena efectividad de este derecho, figurarán las necesarias para:

- a) La reducción de la mortalidad y de la mortalidad infantil, y el sano desarrollo de los niños;
- b) El mejoramiento en todos sus aspectos de la higiene del trabajo y del medio ambiente;
- c) La prevención y el tratamiento de las enfermedades epidémicas, endémicas, profesionales y de otra índole, y la lucha contra ellas;
- d) La creación de condiciones que aseguren a todos asistencia médica y servicios médicos en caso de enfermedad.

Por su parte, el artículo 8 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos establece las siguientes garantías judiciales:

“1. Toda persona tiene derecho a ser oída, con las debidas garantías y dentro de un plazo razonable, por un juez o tribunal competente, independiente e imparcial, establecido con anterioridad a la ley, en la sustanciación de cualquier acusación penal formulada contra ella, o para la determinación de sus derechos y obligaciones de orden civil, laboral, fiscal o de cualquier otro carácter.

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

- a. Derecho del inculcado a ser asistido gratuitamente por el traductor o intérprete, si no comprende o no habla el idioma del juzgado o tribunal;
- b. Comunicación previa y detallada al inculcado de la acusación formulada;
- c. concesión al inculcado del tiempo y de los medios adecuados para la preparación de su defensa;
- d. Derecho del inculcado de defenderse personalmente o de ser asistido por un defensor de su elección y de comunicarse libre y privadamente con su defensor;
- e. Derecho irrenunciable de ser asistido por un defensor proporcionado por el Estado, remunerado o no según la legislación interna, si el inculcado no se defendiere por sí mismo ni nombrare defensor dentro del plazo establecido por la ley;
- f. Derecho de la defensa de interrogar a los testigos presentes en el tribunal y de obtener la comparecencia, como testigos o peritos, de otras personas que puedan arrojar luz sobre los hechos;
- g. Derecho a no ser obligado a declarar contra sí mismo ni a declararse culpable, y
- h. Derecho de recurrir del fallo ante juez o tribunal superior.

3. La confesión del inculcado solamente es válida si es hecha sin coacción de ninguna naturaleza.

4. El inculcado absuelto por una sentencia firme no podrá ser sometido a nuevo juicio por los mismos hechos.

5. El proceso penal debe ser público, salvo en lo que sea necesario para preservar los intereses de la justicia”.

De otra parte, lea el siguiente apartado de la sentencia T-002 de 1992 proferida por la Corte Constitucional:

“Siguiendo a Peter Häberle, se denomina "contenido esencial" al ámbito necesario e irreductible de conducta que el derecho protege, con independencia de las modalidades que asuma el derecho o de las formas en que se manifieste. Es el núcleo básico del derecho fundamental, no susceptible de interpretación o de opinión sometida a la dinámica de coyunturas o ideas políticas”.

3.2 Preguntas

A partir de las normas sobre derecho a la salud y debido proceso, determine el ámbito de protección de estos derechos. Pregúntese si ese ámbito de protección puede ser limitado o hasta donde tiene el estado el deber de proteger y si existen ámbitos del derecho que tienen mayor protección que otros.

En relación con la idea de contenido esencial tomada de la jurisprudencia de la Corte, precise una metodología a partir de la cual dicho contenido esencial sea delimitable.

3.3 Respuesta

Los derechos protegen ámbitos más amplios y algunos de ellos pueden ser limitados. Otros derechos ofrecen mayores dificultades y restricciones para su limitación. De allí la necesidad de discutir sobre ámbitos del derecho que sean intocables para el legislador, aspecto que nos conduce a la discusión sobre el contenido mínimo esencial de los derechos.

Ahora bien, existe una profunda discusión sobre la posibilidad de delimitar dicho contenido. Al respecto, en el ensayo se desarrollan algunas teorías sobre el contenido esencial de los derechos fundamentales y se presentan las críticas contra estas teorías. Por lo pronto, nos interesa hacer alusión a la forma como la Corte Constitucional ha precisado el alcance del contenido de algunos derechos, por ejemplo, el derecho a la seguridad social en salud. En la sentencia C-177 de 1998, el Alto Tribunal precisó lo siguiente:

“La jurisprudencia de la Corte distingue entre la salud como un servicio público capaz de generar derechos prestacionales y como servicio del cual derivan derechos fundamentales. Así, la prestación de los servicios de salud, como componente de la seguridad social, por su naturaleza prestacional, es un derecho y un servicio público de amplia configuración legal, pues corresponde a la ley definir los sistemas de acceso al sistema de salud, así como el alcance de las prestaciones obligatorias en este campo (CP arts 48 y 49). La salud no es entonces, en principio, un derecho fundamental, salvo en el caso de los niños, no obstante lo cual puede adquirir ese carácter en situaciones concretas debidamente analizadas por el juez constitucional, cuando este derecho se encuentre vinculado clara y directamente con la protección de un derecho

indudablemente fundamental. Así, el derecho a la salud se torna fundamental cuando se ubica en conexidad con el derecho a la vida o el derecho a la integridad personal. En ese orden de ideas, parece claro que la Constitución no consagra para todas las personas un derecho judicialmente exigible a acceder en forma inmediata a cualquier prestación sanitaria ligada con la seguridad social. Sin embargo, ello no significa que no exista un derecho constitucionalmente protegido en este campo, pues la Carta garantiza el derecho irrenunciable a la seguridad social y al acceso a los servicios de salud (CP arts 48 y 49). Una pregunta obvia surge entonces: ¿cuál es el contenido constitucionalmente protegido del derecho a la salud en materia de seguridad social?

Para la Corte la respuesta es clara: en la medida en que corresponde a la ley definir cuáles son las prestaciones obligatorias en salud y establecer sistemas de acceso a la seguridad social, debe entenderse que toda persona que cumpla con los requisitos legales para ingresar y permanecer en el sistema de salud, tiene igualmente un derecho constitucionalmente protegido a recibir las correspondientes prestaciones médicas. Ahora bien, el sistema general de seguridad social en salud, que estableció la Ley 100 de 1993, diseñó dos subsistemas que regulan su financiación, a saber: el subsidiado, para el grupo poblacional que no tiene los medios económicos para cotizar y, el contributivo conformado por quienes aportan en proporción a su capacidad económica. Los dos subsistemas comprenden seis planes: el plan de atención básica en salud PAB, el plan obligatorio de salud POS, el plan obligatorio de salud del régimen subsidiado POSS, el plan de accidentes de trabajo y enfermedad profesional ATEP, el plan de atención de accidentes de tránsito y eventos catastróficos; y los planes complementarios PACS que los define el artículo 3° del Decreto 1938 de 1994.

Igualmente, la misma ley 100 de 1993 señaló que para entrar al sistema de contributivo de salud, el trabajador dependiente escoge una EPS y efectúa las cotizaciones al patrono, quien debe remitirlas a la EPS. Así las cosas, la Corte concluye que en principio tiene un derecho constitucionalmente protegido a las anteriores prestaciones de salud todo asalariado afiliado al sistema de salud, y a quien el patrono le ha efectuado la retención de las sumas definidas por la ley”.

4 Juicio de proporcionalidad

4.1 Formulación

En la sentencia C-309 de 1997 la Corte Constitucional tuvo que analizar la constitucionalidad de una multa que se impone a aquellos conductores que no utilizan el cinturón de seguridad. En opinión del demandante de la norma, la medida desconocía la autonomía de la persona y su derecho al libre desarrollo de la personalidad por cuanto se sanciona una conducta que no afecta derechos de terceros, en tanto que únicamente pone en riesgo la vida y la integridad física del infractor. Al respecto, la Corte señaló que no corresponde ni al Estado ni a la sociedad decidir la manera como las personas ejercen sus

derechos y construyen sus proyectos de vida y sus modelos de realización individual. Esas decisiones corresponden exclusivamente a los propios individuos. La persona es quien debe optar por su plan de vida y desarrollar su personalidad conforme a sus intereses, deseos y convicciones. Así, por ejemplo, el Estado no podría hacer obligatorio el matrimonio o prohibir la unión marital de hecho.

Con todo, la Corte distinguió entre el “perfeccionismo” o “moralismo jurídico” y las medidas coactivas que buscan la protección de los intereses de la propia persona. Para la Corte, la Constitución de 1991 proscribía las políticas perfeccionistas. Estas medidas implican que el Estado sólo admite una determinada concepción de realización personal, lo cual es incompatible con el pluralismo. Por su parte, las medidas de protección coactiva de los intereses de la persona no se fundan en la imposición coercitiva de un modelo de virtud sino que pretenden proteger los propios intereses y convicciones del afectado. Ejemplos de estas medidas son la obligación de utilizar el cinturón de seguridad, la irrenunciabilidad de la seguridad social y la obligatoriedad de la educación básica. Un Estado Social y Democrático de Derecho utiliza estas medidas para la realización de valores, bienes y derechos constitucionales como la vida, la salud, la seguridad social y la igualdad, entre otros.

Las medidas de protección son constitucionalmente admisibles siempre y cuando no impliquen alguna forma de perfeccionismo que pretenda imponer modelos de vida y de virtud contrarios a los que cada individuo asume. Para saber si la medida que limita la libertad de una persona en nombre de su propia protección es legítima, es necesario utilizar un juicio de proporcionalidad. Este juicio ha sido utilizado por la Corte Constitucional para determinar si un trato diferente o una restricción de un derecho se ajustan a la Carta. En la mencionada sentencia, el Alto Tribunal precisó:

“Según tal juicio, cuando diversos principios constitucionales entran en colisión, corresponde al juez constitucional no sólo estudiar la constitucionalidad de la finalidad perseguida por la medida examinada sino, además, examinar si la reducción del derecho es proporcionada, a la luz de la importancia del principio afectado. Para ello, debe el juez primero determinar si el trato diferente y la restricción a los derechos constitucionales son "adecuados" para lograr el fin perseguido, segundo si son "necesarios", en el sentido de que no exista otro medio menos oneroso en términos de sacrificio de otros principios constitucionales para alcanzar el fin perseguido y, tercero, si son "proporcionados stricto sensu", esto es, que no se sacrifiquen valores y principios que tengan un mayor peso que el principio que se pretende satisfacer”.

La Corte concluyó que la obligatoriedad del cinturón de seguridad no sólo cumple los requisitos sino que incluso puede ser considerada como el prototipo de una medida coactiva de protección legítima y compatible con el respeto de la autonomía individual. La Corte consideró que:

“Este dispositivo de seguridad no sólo salvaguarda valores esenciales del ordenamiento, como la vida y la integridad personal, sino que también es

razonable considerar que protege la propia autonomía, ya que una persona que resulta gravemente afectada por un accidente pierde muchas alternativas vitales, siendo en general razonable presumir que la persona no quería asumir tal riesgo. La carga que se impone a la persona es mínima, mientras que el efecto protector es claro y sustantivo, pues se trata de evitar graves lesiones o innecesarias pérdidas de vidas humanas. Esta medida no impone un modelo de vida, pues es plausible pensar que son muy pocos los que realmente quieren asumir los riesgos de la velocidad, por lo cual la no utilización del cinturón es en general debida a una debilidad de voluntad o a presiones de terceros. La sanción no es excesiva, pues se trata de una multa que no es particularmente elevada. La sociedad tiene un interés evidente, no sólo porque la Constitución es favorable a la vida y a la salud sino además por cuanto, conforme al principio de solidaridad, es a ella a quien corresponde sufragar, en muchos casos, los costos de atención médica derivados de lesiones que podrían no haber ocurrido si se hubiera utilizado el cinturón de seguridad. La prohibición se aplica para la conducción de vehículos en lugares públicos, con lo cual se evita que la conducta riesgosa de no utilizar el cinturón en esa esfera tenga un efecto inductor sobre otras personas y genere conductas imitativas que el Estado tiene el derecho de desestimular. Finalmente, las heridas o la muerte derivadas de una colisión en la cual la mayor parte de los daños provienen de la falta de empleo de ese dispositivo de seguridad pueden representar mayores problemas jurídicos y económicos para terceras personas, puesto que pueden significar mayores deberes de indemnización para los conductores de otros vehículos. La imposición por la ley de la obligación de llevar cinturón de seguridad es legítima y no vulnera la autonomía personal”.

De otra parte, la Corte Interamericana también ha utilizado el principio de proporcionalidad en relación con la limitación de derechos. En particular, al analizar –por solicitud del gobierno de Costa Rica- los alcances, frente a la Convención Americana sobre Derechos Humanos, de una ley sobre colegiatura obligatoria para los periodistas. En la Opinión Consultiva OC-5, la Corte Interamericana destacó que las ideas de moral social, orden público y bien común deben ser tenidos en cuenta al momento de analizar las restricciones de derechos consagrados en la Convención. Precisó entonces la Corte:

“64. En efecto, una acepción posible del orden público dentro del marco de la Convención, hace referencia a las condiciones que aseguran el funcionamiento armónico y normal de las instituciones sobre la base de un sistema coherente de valores y principios. En tal sentido podrían justificarse restricciones al ejercicio de ciertos derechos y libertades para asegurar el orden público. La Corte interpreta que el alegato según el cual la colegiación obligatoria es estructuralmente el modo de organizar el ejercicio de las profesiones en general y que ello justifica que se someta a dicho régimen también a los periodistas, implica la idea de que tal colegiación se basa en el orden público. (...)

66. Es posible entender el bien común, dentro del contexto de la Convención, como un concepto referente a las condiciones de la vida social que

permiten a los integrantes de la sociedad alcanzar el mayor grado de desarrollo personal y la mayor vigencia de los valores democráticos. En tal sentido, puede considerarse como un imperativo del bien común la organización de la vida social en forma que se fortalezca el funcionamiento de las instituciones democráticas y se preserve y promueva la plena realización de los derechos de la persona humana. De ahí que los alegatos que sitúan la colegiación obligatoria como un medio para asegurar la responsabilidad y la ética profesionales y, además, como una garantía de la libertad e independencia de los periodistas frente a sus patronos, deben considerarse fundamentados en la idea de que dicha colegiación representa una exigencia del bien común.

67. No escapa a la Corte, sin embargo, la dificultad de precisar de modo unívoco los conceptos de "orden público" y "bien común", ni que ambos conceptos pueden ser usados tanto para afirmar los derechos de la persona frente al poder público, como para justificar limitaciones a esos derechos en nombre de los intereses colectivos. A este respecto debe subrayarse que de ninguna manera podrían invocarse el "orden público" o el "bien común" como medios para suprimir un derecho garantizado por la Convención o para desnaturalizarlo o privarlo de contenido real (ver el art. 29.a) de la Convención). Esos conceptos, en cuanto se invoquen como fundamento de limitaciones a los derechos humanos, deben ser objeto de una interpretación estrictamente ceñida a las "justas exigencias" de "una sociedad democrática" que tenga en cuenta el equilibrio entre los distintos intereses en juego y la necesidad de preservar el objeto y fin de la Convención"¹³⁰.

Así mismo, y al aplicar el principio de proporcionalidad en la evaluación de este caso, la Corte Interamericana consideró lo siguiente:

“79. (L)a Corte estima que la libertad e independencia de los periodistas es un bien que es preciso proteger y garantizar. Sin embargo, en los términos de la Convención, las restricciones autorizadas para la libertad de expresión deben ser las "necesarias para asegurar" la obtención de ciertos fines legítimos, es decir que no basta que la restricción sea útil para la obtención de ese fin, ésto es, que se pueda alcanzar a través de ella, sino que debe ser necesaria, es decir que no pueda alcanzarse razonablemente por otro medio menos restrictivo de un derecho protegido por la Convención. En este sentido, la colegiación obligatoria de los periodistas no se ajusta a lo requerido por el artículo 13.2 de la Convención, porque es perfectamente concebible establecer un estatuto que proteja la libertad e independencia de todos aquellos que ejerzan el periodismo,

¹³⁰ Cabe anotar que la Corte Interamericana consideró que “(l)os argumentos acerca de que la colegiación es la manera de garantizar a la sociedad una información objetiva y veraz a través de un régimen de ética y responsabilidad profesionales han sido fundados en el bien común. Pero en realidad como ha sido demostrado, el bien común reclama la máxima posibilidad de información y es el pleno ejercicio del derecho a la expresión lo que la favorece. Resulta en principio contradictorio invocar una restricción a la libertad de expresión como un medio para garantizarla, porque es desconocer el carácter radical y primario de ese derecho como inherente a cada ser humano individualmente considerado, aunque atributo, igualmente, de la sociedad en su conjunto”.

sin necesidad de dejar ese ejercicio solamente a un grupo restringido de la comunidad. (...)

81. De las anteriores consideraciones se desprende que no es compatible con la Convención una ley de colegiación de periodistas que impida el ejercicio del periodismo a quienes no sean miembros del colegio y limite el acceso a éste a los graduados en una determinada carrera universitaria. Una ley semejante contendría restricciones a la libertad de expresión no autorizadas por el artículo 13.2 de la Convención y sería, en consecuencia, violatoria tanto del derecho de toda persona a buscar y difundir informaciones e ideas por cualquier medio de su elección, como del derecho de la colectividad en general a recibir información sin trabas”.

4.2 Preguntas

A partir de lo mencionado, ¿qué puede entenderse como una restricción proporcionada en una sociedad democrática? Así mismo, ¿qué se debe hacer para limitar, suspender o restringir derechos?

4.3 Respuesta

En su aclaración de voto a la sentencia C-774 de 2001, el magistrado Manuel José Cepeda hizo las siguientes distinciones entre limitar, restringir y suspender un derecho. Estas distinciones nos parecen relevantes:

“La suspensión de un derecho consiste en restarle efectividad total de manera temporal, generalmente mediante una declaración formal de suspensión. Esto está prohibido en Colombia expresamente en nuestra Constitución en el artículo 214(2), no sólo respecto de los derechos enunciados en el artículo 27 de la Convención citado, sino de todos los derechos constitucionales fundamentales que son muchos más que los de la mencionada lista. Por eso, bajo el imperio de la Constitución de 1991 no es posible que un decreto de excepción diga que queda suspendido el derecho de reunión como se hizo mediante el Estado de Sitio.

El concepto de limitación de un derecho es distinto. Se limita un derecho cada vez que éste es regulado y la razonabilidad de la limitación se puede apreciar tanto en abstracto como en concreto. Los límites pueden resultar del conflicto del derecho con otro derecho, con un deber, con un fin público, o con un principio. Pero también pueden resultar de simples regulaciones dirigidas a organizar su ejercicio. Todos los derechos, incluido el derecho a la libertad personal o a la presunción de inocencia, son limitables y generalmente han sido limitados en virtud de leyes ordinarias de manera permanente. La Corte ha establecido criterios para determinar si una limitación es constitucional o no lo es, dentro de los cuales se destacan los de razonabilidad y proporcionalidad.

El concepto de restricción a veces se usa como sinónimo de limitación. Creo que sería importante distinguir. Las restricciones son regulaciones muy gravosas a los derechos, que a mi juicio sólo son admisibles durante los estados de excepción siempre que no lleguen al extremo de convertirse en una suspensión. Se trata de una cuestión de grado, pero que merece un análisis cuidadoso principalmente para responder a la pregunta de cuáles son las limitaciones que sólo son admisibles en un estado de excepción porque restringen el ejercicio de cierto derecho. No es una cuestión meramente dogmática, ya que el goce efectivo de los derechos de todas las personas puede depender de que esta línea sea trazada en el lugar que corresponde”.

Lo que nos interesa resaltar con esta referencia al magistrado Cepeda es la necesidad de manejar con claridad los criterios a partir de los cuales es posible la restricción o incluso suspensión de los derechos fundamentales. En el ensayo que sigue a continuación se precisan una serie de garantías formales (como la reserva de ley) y de garantías materiales (teorías del contenido esencial y principio de proporcionalidad), que constituyen la guía para evaluar las medidas de restricción.

III. El ensayo: Propuesta dogmática y metodológica para la solución de casos donde entran en conflicto derechos fundamentales

Si se parte del hecho de que los derechos humanos son derecho positivo vinculante, es necesario contar con una dogmática general que ofrezca herramientas para resolver los problemas de derechos humanos en la práctica judicial. Esta dogmática no propende por un trabajo mecánico con los casos sino que busca orientar en el hallazgo de soluciones y la justificación adecuada de las decisiones. Sin desconocer que se trata de un tema polémico, los pasos de esta dogmática son los siguientes:

1. Precisión de la normatividad aplicable y subsunción *prima facie*. El primer paso es mostrar que el caso concreto *prima facie* se subsume en una normatividad de derechos humanos que obliga a que ese caso no exista.
2. Examen de imputación. El segundo paso implica determinar el responsable de remover la situación (sujetos obligados). En este punto, se pregunta si la obligación es imputable al Estado o a un particular y los alcances que ello tiene según el tipo de obligación.
3. Determinación del contenido *prima facie* de los derechos y de niveles no restringibles de los mismos (contenido esencial). En este punto, se establece si la restricción de un derecho respeta o no su contenido esencial.
4. Resolución de tensiones entre derechos y otros bienes a partir de un análisis de restricciones, lo cual remite a los juicios de ponderación y proporcionalidad.
5. Remedios (correcciones). Si se constata la existencia de violación, los tres primeros pasos conducen a declarar la responsabilidad y, como consecuencia, se debe precisar el remedio adecuado para la violación.

Esta dogmática no pretende ser original pero busca ser pedagógica y analógicamente está relacionada con la teoría del daño. En efecto, en esta teoría el primer paso de análisis es i) la determinación de si existe o no perjuicio (si existe una situación fáctica que se subsume); constatado ello, es necesario establecer ii) si la persona está obligada o no (lo cual remite a la tesis de imputación o nexo de causalidad correspondiente), pero incluso, constatado el daño, surge el debate sobre si existen razones que exculpen al responsable (como la culpa de la víctima); y, finalmente, iv) se analiza la indemnización y el remedio correspondiente.

1. Precisión de la normatividad relevante y subsunción *prima facie*

En la unidad 2 (*supra* III. 1), al presentar la dimensión internacional de los derechos humanos, se precisó la manera en la que los sistemas internacionales de protección de derechos humanos han consolidado un conjunto de fuentes jurídicas que deben ser tenidas en cuenta al momento de analizar las tensiones entre derechos. El concepto de bloque de constitucionalidad ofrece una metodología para determinar el grado de vinculatoriedad de dichas fuentes. El primer paso en esta dogmática es entonces tomar en consideración todas las fuentes jurídicas relevantes, de tal manera que se puede precisar de antemano las posibles subsunciones y los conflictos entre normas y estándares aplicables.

Determinados los derechos en juego, se deben precisar las obligaciones correlativas que los hacen exigibles y que determinan su alcance. A continuación se analiza el papel de dichas obligaciones en la solución de los casos.

2. Examen de imputación a partir de las obligaciones de las partes

La precisión de normatividad relevante para resolver un caso es notoriamente insuficiente si no es posible distinguir diversos alcances que pueden tener las normas seleccionadas. En otras palabras, la aplicación judicial de los derechos exige precisión sobre el grado de aplicación de una determinada norma. La clasificación de obligaciones responde a esta necesidad.

En términos generales, el objeto y fin de los instrumentos internacionales de derechos humanos es el respeto y la garantía de los derechos que ellos consagran, asunto que debe ser desarrollado, en primera medida, por las autoridades de los Estados partes en dichos instrumentos. Así las cosas, los jueces deben responder, concurrentemente con otras autoridades, por el cumplimiento de estas obligaciones. Es necesario entonces que los jueces conozcan el sentido y alcance de las obligaciones en derechos humanos. Estas obligaciones implican la adopción de normas y políticas públicas encaminadas tanto a la realización de derechos como a la prohibición de normas o prácticas manifiestamente contrarias a las obligaciones asumidas por un Estado Parte. Cuando se adopta o al momento de aplicar (judicialmente, por ejemplo) una ley manifiestamente violatoria del derecho internacional de los derechos humanos, los estados comprometen su

responsabilidad internacional¹³¹. A continuación se ofrece una clasificación de las obligaciones en derechos humanos según su (2.1) referente sustantivo -si se trata de una abstención o de una prestación-, (2.2) momento de cumplimiento -efecto inmediato o cumplimiento progresivo-, (2.3) relación con el contenido esencial de los derechos y (2.4) según la evaluación de su cumplimiento –medio o resultado-¹³².

2.1. Obligaciones según el referente sustantivo de la obligación: Obligaciones de respeto, garantía y adopción de medidas

El referente sustantivo de un deber alude a su contenido obligacional específico. En este sentido, los deberes de respeto, garantía y adopción de medidas visibilizan la obligación que sustantivamente debe desarrollar el Estado como obligado principal frente a los derechos humanos. Esta clasificación permite delimitar la conducta estatal, de tal forma que su proceder se concentre (i) en una abstención, (ii) en la intervención sobre la conducta de terceros y (iii) en la asunción directa del compromiso de realizar los derechos.

Frente a los derechos humanos, tanto civiles y políticos como sociales, es posible deslindar obligaciones de abstención como de acción. Ellas se aglutinan en torno a los deberes de respeto y garantía. Con todo, el Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales¹³³ ha desagregado las obligaciones de garantía, diferenciando entre obligaciones de protección (frente a terceros o frente al mismo Estado) y de satisfacción. Consideramos que esta diferenciación es perfectamente aplicable a los derechos civiles y políticos, razón por la cual estas distinciones deben ser tomadas en relación con todos los derechos humanos.

2.1.1. Obligaciones de respeto

En este nivel, los Estados deben *abstenerse* de obstaculizar, directa o indirectamente, el disfrute de los derechos humanos tanto a nivel individual como colectivo. El respeto se dirige hacia la libertad de acción y el uso de los recursos propios de cada individuo o colectividad. Por ejemplo, frente a derechos sociales, el Estado debe abstenerse de adoptar políticas discriminatorias que impidan o limiten el acceso de ciertas personas a los elementos esenciales del derecho a la salud. Así mismo, existe el deber del Estado de respetar el libre desarrollo de la personalidad sin más limitaciones que las que imponen los

¹³¹ Corte Interamericana de Derechos Humanos, Opinión Consultiva OC-14 del 9 de diciembre de 1994, *Responsabilidad Internacional por Expedición y Aplicación de Leyes Violatorias de la Convención (arts. 1 y 2 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos)*, párrs. 50, 57.

¹³² Una formulación relativamente similar a esta tipología de obligaciones puede verse en Oscar Parra Vera, *El derecho a la salud en la Constitución, la jurisprudencia y los instrumentos internacionales*. Bogotá: Defensoría del Pueblo, 2003; Manuel Eduardo Góngora, *El derecho a la educación en la Constitución, la jurisprudencia y los instrumentos internacionales*. Bogotá: Defensoría del Pueblo, 2003 y Luis Eduardo Pérez, “Marco conceptual para el diseño de indicadores educativos en perspectiva de derechos humanos”, en VV.AA., *El Derecho a la Educación de niños y niñas en situación de desplazamiento y de extrema pobreza en Colombia*. Bogotá: Due Process of Law Foundation, 2005.

¹³³ Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, *Observación General No. 3 sobre la índole de las obligaciones de los Estados Partes*, 1991.

derechos de los demás y el orden jurídico. Sobre la relación de esta obligación con el ejercicio de la función judicial, la Corte Interamericana ha precisado lo siguiente:

“Conforme al artículo 1.1 es ilícita toda forma de ejercicio del poder público que viole los derechos reconocidos por la Convención. En tal sentido, en toda circunstancia en la cual un órgano o funcionario del Estado o de una institución de carácter público lesione indebidamente uno de tales derechos, se está ante un supuesto de inobservancia del deber de respeto consagrado en ese artículo.

Esa conclusión es independiente de que el órgano o funcionario haya actuado en contravención de disposiciones del derecho interno o desbordado los límites de su propia competencia, puesto que es un principio de Derecho internacional que el Estado responde por los actos de sus agentes realizados al amparo de su carácter oficial y por las omisiones de los mismos aun si actúan fuera de los límites de su competencia o en violación del derecho interno¹³⁴.

La obligación de respetar comprende el deber del Estado de no inmiscuirse en el ámbito privado de las relaciones personales de los gobernados, mediante acciones arbitrarias o ilegítimas. La Constitución de 1991 desarrolla esta obligación a través de las llamadas *cláusulas generales de respeto* a los atributos inherentes a la dignidad humana (art. 1, CP), a la vida (art. 11, CP) y a la libertad (art. 28, CP), entre otros¹³⁵.

2.1.2. Obligaciones de garantía

El deber de garantía se proyecta en obligaciones de protección y cumplimiento (satisfacción). Según la Corte Interamericana de Derechos Humanos, el deber de garantía:

“(I)mplica el deber de los Estados Partes de organizar todo el aparato gubernamental y, en general, todas las estructuras a través de las cuales se manifiesta el ejercicio del poder público, de manera tal que sean capaces de asegurar jurídicamente el libre y pleno ejercicio de los derechos humanos. Como consecuencia de esta obligación los Estados deben prevenir, investigar y sancionar toda violación de los derechos reconocidos por la Convención y procurar, además, el restablecimiento, si es posible, del derecho conculcado y, en su caso, la reparación de los daños producidos por la violación de los derechos humanos.

La obligación de garantizar el libre y pleno ejercicio de los derechos humanos no se agota con la existencia de un orden normativo dirigido a hacer posible el cumplimiento de esta obligación, sino que comporta la necesidad de una

¹³⁴ Corte I.D.H., *Caso Velásquez Rodríguez*, sentencia del 29 de julio de 1988, Párr. 169-170.

¹³⁵ Oficina en Colombia del Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Derechos Humanos y Defensoría del Pueblo, *Manual de calificación de conductas violatorias. Derechos humanos y derecho internacional humanitario*. Volumen I. Bogotá: Los autores, 2004, p. 65.

conducta gubernamental que asegure la existencia, en la realidad de una eficaz garantía del libre y pleno ejercicio de los derechos humanos”¹³⁶.

El deber de garantía se desagrega entonces en las siguientes obligaciones:

1. La obligación de garantizar el pleno y libre ejercicio de los derechos y las libertades reconocidos sin discriminación alguna¹³⁷.

2. El deber del Estado de *prevenir* las violaciones de los derechos humanos. En este punto, la doctrina¹³⁸ ha distinguido las siguientes obligaciones:

2.1. Deber de normar.

2.2. Deber de hacer seguimiento.

2.3. Deber de llevar a cabo estudios de impacto.

2.4. Deber de eliminar los obstáculos estructurales.

3. El deber del Estado de *investigar* las violaciones de los derechos humanos, lo cual compromete a los Estados con remover los obstáculos a la labor de la justicia que conduzcan a la impunidad. Al respecto, la Corte Interamericana ha dicho:

“El Estado está, por otra parte, obligado a investigar toda situación en la que se hayan violado los derechos humanos protegidos por la Convención. Si el aparato del Estado actúa de modo que tal violación quede impune y no se restablezca, en cuanto sea posible, a la víctima en la plenitud de sus derechos, puede afirmarse que ha incumplido el deber de garantizar su libre y pleno ejercicio a las personas sujetas a su jurisdicción. Lo mismo es válido cuando se tolere que los particulares o grupos de ellos actúen libre o impunemente en menoscabo de los derechos humanos reconocidos en la Convención”¹³⁹.

4. El deber de *sancionar* dichas violaciones. La obligación de sancionar implica, según la jurisprudencia constante de la Corte Interamericana, que el Estado tiene “la obligación de sancionar a los responsables” de violaciones a los derechos humanos¹⁴⁰. La obligación de juzgar y sancionar abarca a todos los autores sean materiales o intelectuales de hechos violatorios de los derechos humanos¹⁴¹.

¹³⁶ Corte I.D.H., *Caso Velásquez Rodríguez*, párrs. 166 y 167.

¹³⁷ La Oficina en Colombia del Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Derechos Humanos y Defensoría del Pueblo incluyen esta obligación dentro del deber de garantía. Ver *Manual de calificación de conductas violatorias. Derechos humanos y derecho internacional humanitario. Op. Cit.*, p. 69-83.

¹³⁸ Tara Melish, *La Protección de los Derechos Económicos, Sociales y Culturales en el Sistema Interamericano de Derechos Humanos: Manual para la Presentación de Casos*. Quito: Centro de Derechos Económicos y Sociales, Orville H. Schell, Jr. Center for International Human Rights Yale Law School, 2003.

¹³⁹ Corte Interamericana de Derechos Humanos, *Caso Velásquez Rodríguez*, *Op. Cit.*, Párr. 176.

¹⁴⁰ Corte I.D.H., *Caso Castillo Páez*, Sentencia de 3 de noviembre de 1997, Serie C, núm. 34, Párr. 90.

¹⁴¹ Ver CIDH, *Ignacio Ellacuría S.J. y otros c El Salvador*, Caso 10.488, Informe No. 136/99, *Informe Anual de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos*, 1999, OEA/SER.L/V/II.106, Doc. 3 (2000), Párr. 187, 188 y 220.

5. El deber del Estado de *restablecer y reparar*, cuando no sea posible *restaurar* el derecho violado (*infra* 4).

6. El deber de asegurar un contenido esencial (*infra* 2.1.3.)¹⁴².

Cabe anotar que la obligación de respetar y garantizar exige remover obstáculos que, a pesar de no basarse en normas internas, surgen de la estructura y cultura sociales¹⁴³. Ahora bien, hemos mencionado que las obligaciones de garantía se clasifican en obligaciones de protección y satisfacción.

Las **obligaciones de protección** exigen que los Estados adopten medidas para impedir que *terceros o el mismo Estado* (a través de funcionarios, instituciones o políticas) interfieran u obstaculicen el disfrute de los derechos humanos. En este sentido, destacamos que las obligaciones de protección no solo se concentran en la actuación de terceros distintos al Estado.

Por su parte, las **obligaciones de satisfacción o cumplimiento** requieren que los Estados *adopten medidas* de carácter legislativo, administrativo, presupuestario, judicial o de otra índole para dar plena efectividad a los derechos humanos. Estas obligaciones de cumplir incorporan obligaciones de **facilitar, proporcionar y promover**. Una de las más importantes proyecciones de estas obligaciones se relaciona con el derecho a políticas públicas en clave de derechos humanos.

2.1.3. Obligación de adoptar medidas para hacer efectivos los derechos

La formulación genérica de esta obligación se encuentra en el artículo 2 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos, donde se afirma:

Artículo 2. Deber de Adoptar Disposiciones de Derecho Interno. Si en el ejercicio de los derechos y libertades mencionados en el artículo 1 no estuviere ya garantizado por disposiciones legislativas o de otro carácter, los Estados partes se comprometen a adoptar, con arreglo a sus procedimientos constitucionales y a las disposiciones de esta Convención, las medidas legislativas o de otro carácter que fueren necesarias para hacer efectivos tales derechos y libertades.

Frente a derechos sociales, el artículo 2 del Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales establece:

¹⁴² Tara Melish ubica esta obligación como proyección de la obligación de garantía. *Ibidem*, p. 188.

¹⁴³ Cecilia Medina, *La Convención Americana: teoría y jurisprudencia*. Santiago de Chile: Universidad de Chile, 2003, p.20. Como lo señala esta autora, “(e)llo es muy importante frente a sujetos de especial protección, toda vez que limitarse al mero tratamiento judicial de ciertas violaciones, constituiría incumplimiento de obligaciones internacionales al colocar al grupo afecto a esta violación constante en la situación de no tener nunca el goce directo de sus derechos, sino que mediatizado por la necesidad de recurrir a la justicia en cada ocasión”.

“*Artículo 2.* 1. Cada uno de los Estados Partes en el presente Pacto se compromete a adoptar medidas, tanto por separado como mediante la asistencia y la cooperación internacionales, especialmente económicas y técnicas, hasta el máximo de los recursos de que disponga, para lograr progresivamente, por todos los medios apropiados, inclusive en particular la adopción de medidas legislativas, la plena efectividad de los derechos aquí reconocidos”.

Este tipo de obligación recoge la regla básica del derecho internacional según la cual todo Estado parte en un trato tiene el deber jurídico de adoptar las medidas necesarias para cumplir con sus obligaciones conforme al tratado¹⁴⁴. Dichas medidas no son solo legislativas. Se incluye la existencia de recursos judiciales efectivos y la promulgación de sentencias judiciales respetuosas de los derechos humanos, toda vez que los jueces cumplen un importante papel en el cumplimiento del deber de garantía. Además, se incluyen todas las medidas no legislativas que sean necesarias para permitir el pleno uso y goce de los derechos humanos¹⁴⁵, incluso, la derogación de leyes o disposiciones que impidan la vigencia efectiva de estos derechos.

Cabe anotar que, a pesar del carácter prestacional que subyace a los derechos sociales, deben adoptarse, en forma inmediata, gran parte de las medidas para su realización (*infra* 2.2.1)¹⁴⁶. Si se constata que los recursos no han sido adecuadamente utilizados para la realización de los derechos económicos, sociales y culturales, se puede considerar que el Estado está incumpliendo sus obligaciones internacionales. De allí la importancia de determinar si se han adoptado las medidas adecuadas y si estas se acompañan de la utilización eficaz y equitativa y la oportunidad de acceder a los recursos disponibles. Estas precisiones generales permiten avanzar hacia una distinción más específica: la clasificación entre obligaciones con efecto inmediato y de cumplimiento progresivo.

2.2. Obligaciones según el momento de cumplir la obligación: Obligaciones con efecto inmediato y obligaciones de cumplimiento progresivo

Estas obligaciones suelen asociarse exclusivamente a los derechos sociales. Sin embargo, si se asume que la diferencia entre derechos civiles y derechos sociales es una diferencia de grado¹⁴⁷, es decir, que ambos tipos de derechos involucran tanto obligaciones de hacer como de no hacer (sin olvidar que los derechos civiles son preferentemente negativos y los derechos sociales preferentemente positivos), debe insistirse en que esta clasificación es

¹⁴⁴ Corte Interamericana de Derechos Humanos, *Exigibilidad del derecho de rectificación o respuesta (arts. 14.1, 1.1 y 2 Convención Americana sobre Derechos Humanos)*, Opinión Consultiva OC-7/86 del 29 de agosto de 1986, Serie A, núm. 7, Párr. 30.

¹⁴⁵ Corte Interamericana de Derechos Humanos, *Caso La ‘Ultima Tentación de Cristo (Olmedo Bustos y otros)*, Sentencia de 5 de febrero de 2001, Serie C, núm. 73, Párr. 87.

¹⁴⁶ Ver al respecto, Víctor Abramovich y Christian Courtis, *Los derechos sociales como derechos exigibles*. Madrid: Trotta, 2002.

¹⁴⁷ Un desarrollo exhaustivo de este debate se encuentra en Víctor Abramovich y Christian Courtis, *Los derechos sociales como derechos exigibles*. Madrid: Trotta, 2002.

relevante para evaluar los compromisos del Estado frente a derechos civiles y políticos¹⁴⁸. Con esta salvedad, a continuación se desarrolla esta clasificación a partir de los estándares propios de los derechos sociales¹⁴⁹.

2.2.1. Obligaciones con efecto inmediato

Son obligaciones con efecto inmediato aquellas que pueden ser exigidas en todo momento, con independencia de los problemas de carácter presupuestal u otro tipo de obstáculos que enfrente un determinado Estado. En su Observación General 14 (párr. 30), el Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, ha precisado que si bien el Pacto establece la aplicación progresiva de los derechos y reconoce los obstáculos que representan los limitados recursos disponibles, también impone a los Estados Partes diversas obligaciones con efecto inmediato. Con respecto al derecho a la salud, por ejemplo, los Estados tienen las siguientes obligaciones inmediatas:

- Garantizar que el derecho a la salud será ejercido sin discriminación alguna.
- Adoptar medidas deliberadas y concretas dirigidas a la plena realización del derecho a la salud.

Según la Declaración de Quito (párr. 29), pueden tenerse además como obligaciones inmediatas, entre otras, las siguientes:

- a. **La obligación de adecuar el marco legal:** los Estados tienen la obligación de adecuar su marco legal a las disposiciones de las normas internacionales.
- b. **La obligación de producir y publicitar información:** el derecho a la información constituye una herramienta imprescindible para hacer efectivo el control ciudadano de las políticas públicas en el área económica y social. También contribuye a la vigilancia por parte del propio Estado del grado de efectividad y obstáculos para la satisfacción de los derechos sociales. El Estado debe disponer los medios necesarios para garantizar el acceso en condiciones de igualdad a la información pública. Debe, además, producir información sobre el grado de efectividad de los derechos sociales así como de los obstáculos o problemas que impidan su adecuada satisfacción y sobre los grupos en situación desfavorable.
- c. **La obligación de proveer recursos judiciales y otros recursos efectivos:** el Estado -y la comunidad internacional- deben asegurar recursos judiciales o de otro tipo, aptos para hacer exigible los derechos sociales.

¹⁴⁸ Un ejemplo interesante al respecto fue desarrollado por la Corte Constitucional en la sentencia T-595 de 2002, donde fue analizado el desarrollo progresivo de la dimensión positiva de la libertad de locomoción de las personas con discapacidad. Sobre la dimensión prestacional de los derechos civiles y políticos, ver Alastair Mowbray, *The Development of Positive Obligations under the European Convention on Human Rights by the European Court of Human Rights*. Oxford: Hart Publishing, 2004.

¹⁴⁹ Este segmento está basado en Oscar Parra Vera, *El derecho a la salud en la Constitución, la jurisprudencia y los instrumentos internacionales*, Op. Cit.

La obligación de garantizar niveles esenciales de los derechos es también una obligación con efecto inmediato (*infra* 2.3).

2.2.2. Obligaciones de cumplimiento progresivo

Frente a los derechos civiles y frente a los derechos sociales, los Estados tienen una obligación general de mejorar progresivamente la protección de los derechos humanos¹⁵⁰. La progresividad debe entenderse como la obligación de proceder lo más explícita y eficazmente posible con miras a obtener la eficacia de los derechos, aunque se reconoce que la satisfacción plena de las dimensiones prestacionales de los derechos supone una cierta gradualidad. Con todo, la expresión “progresivamente” no puede ser interpretada de tal forma que las obligaciones frente a los derechos sociales sólo tengan que cumplirse una vez alcanzado un determinado desarrollo económico. Por ello, el Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales ha considerado que las medidas tendentes a desarrollar los derechos sociales deben adoptarse dentro de un plazo razonablemente breve tras la entrada en vigor del Pacto para los Estados interesados. Tales medidas deben ser deliberadas, concretas y orientadas lo más claramente posible hacia la satisfacción de las obligaciones reconocidas en el Pacto¹⁵¹.

Los mencionados Principios de Limburgo resaltan que los Estados vulneran esta obligación (i) si aplazan indefinidamente los esfuerzos destinados a asegurar la plena efectividad de los derechos sociales y (ii) si no remueven, a la mayor brevedad posible, todos los obstáculos que impiden la realización inmediata de un derecho. Además, señalan que la obligación del logro progresivo existe independientemente de cualquier aumento de recursos, por lo cual, requiere de una utilización eficaz de los recursos con los que se dispone.

Ahora bien, la obligación de cumplir progresivamente los derechos genera una **prohibición de regresividad**. El Estado no puede adoptar políticas, medidas, o normas jurídicas que, de modo irrazonable, empeoren la situación de estos derechos¹⁵². Por ello, sobre el Estado pesa una **carga de la prueba** en relación con las medidas deliberadamente regresivas. Cualquier decisión debe producirse tras el examen exhaustivo de todas las alternativas posibles y a partir de una debida justificación frente al compromiso de utilizar plenamente el máximo de los recursos disponibles.

¹⁵⁰ Ariel Dulitzky, “Alcance de las obligaciones internacionales de los derechos humanos”, en Claudia Martín, Diego Rodríguez y José Guevara, *Derecho Internacional de los Derechos Humanos*, México: Fontamara, 2004, p. 91. Dulitzky precisa que dicha idea está implícita en la obligación que tienen los Estados Partes de informar ante organismos de control de los tratados sobre los avances en el goce de los derechos.

¹⁵¹ Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales. Observación General 3 (párr. 9).

¹⁵² En algunas ocasiones, la Corte Constitucional ha declarado la inexecutable de ciertas normas porque desconocen el mandato de ampliación progresiva de la seguridad social. En la sentencia C-1165 de 2000, por ejemplo, esa fue la conclusión respecto a una disminución de los recursos para el régimen subsidiado, debido a que, so pretexto de la “racionalización del gasto público”, se optó por disminuir en forma drástica los aportes del Presupuesto Nacional con destino a las necesidades de salud de los sectores más pobres de la población colombiana, destinatarios obligados de la norma y directamente afectados por la misma.

2.3. Obligación de garantizar el contenido esencial de los derechos

Esta obligación debe entenderse articulada con la discusión sobre el contenido esencial de los derechos fundamentales (*infra* 3). Dicho contenido juega un importante papel en el derecho internacional de los derechos humanos por cuanto los deberes de los Estados al respecto deben considerarse como obligaciones con efecto inmediato y como referentes para evaluar la no regresividad.

En el caso de los derechos sociales, se insiste en que los Estados tienen la obligación mínima –con efecto inmediato– de asegurar la satisfacción de niveles esenciales de los derechos sociales¹⁵³. La Declaración de Quito (párr. 29) precisa que esta obligación rige aún en períodos de limitaciones graves de recursos, causadas por procesos de ajuste, de recesión económica o por otros factores. En estas situaciones, el Estado debe fijar un orden de prioridades en la utilización de los recursos públicos, identificando a los grupos vulnerables que serán beneficiados a fin de efectuar un eficaz aprovechamiento de la totalidad de los recursos de que disponga. A nivel interno, y como lo ha destacado la Corte Constitucional¹⁵⁴ se considera que existe una violación a las obligaciones internacionales si el Estado no aseguran este mínimo vital del derecho, salvo que existan poderosas razones que justifiquen el incumplimiento.

Por lo pronto, destacamos el papel que los mecanismos convencionales y extraconvencionales del Sistema de Naciones Unidas (*supra* Unidad 2, III, 3) han jugado en la delimitación de dichos mínimos esenciales. En particular, tanto el Comité de Derechos Humanos como el Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, han proferido observaciones generales sobre temáticas y derechos en concreto. Muchas de esas observaciones concentran algunos de sus apartados en la precisión de mínimos esenciales sobre los derechos.

2.4. Obligaciones según la evaluación de su cumplimiento: Obligaciones de medio y de resultado

Esta clasificación es reconocida por el Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales¹⁵⁵. Las obligaciones de resultado son aquellas donde el Estado no cuenta con ningún eximente de responsabilidad para no generar la satisfacción de la dimensión sustantiva de la obligación. Por su parte, las obligaciones de medio son aquellas donde el Estado responde por lo actuado a favor de la garantía del derecho, sin importar si a la postre se presenta una violación del mismo.

¹⁵³ Esta obligación tiene como base los Principios de Limburgo (principio 25) así como la Observación General No. 3 del Comité de Derechos Económicos Sociales y Culturales (párr. 10), Naciones Unidas. Documento E/1991/23.

¹⁵⁴ Sentencia C-251 de 1997.

¹⁵⁵ Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, *Observación General 3 sobre la índole de las obligaciones de los Estados Partes. Op. Cit.*

Esta clasificación es importante para señalar que las obligaciones de respeto son obligaciones de resultado, mientras que las obligaciones de garantía suelen asumirse como obligaciones de medio. El ejercicio de la función judicial requiere de esta distinción para determinar el grado de responsabilidad que le atañe a un Estado frente a la violación de un determinado derecho.

2.5. Obligaciones de los particulares (Eficacia horizontal de los derechos humanos y fundamentales)

En esta clasificación de las obligaciones de las partes en un conflicto sobre derechos humanos, hasta el momento se han analizado las obligaciones que están a cargo del Estado. Sin embargo, como ya ha sido mencionado (*supra* Unidad 1), los particulares son sujetos que pueden ser responsabilizados por la violación de derechos fundamentales, toda vez que en el constitucionalismo social se admite que estos derechos rigen ciertas relaciones entre los particulares. La doctrina colombiana ha resaltado que en nuestro país la eficacia de los derechos fundamentales entre los particulares es inmediata y directa, toda vez que la Constitución de 1991 prevee expresamente esta posibilidad¹⁵⁶.

Ahora bien, la Corte Constitucional ha considerado que "*si bien los particulares están vinculados por la fuerza normativa de los derechos constitucionales fundamentales, es el Estado el principal responsable de su protección, garantía, respeto y promoción*". Para la Corte, la eficacia horizontal de los derechos fundamentales no es un mecanismo para diluir la responsabilidad estatal en este campo sino que aparece como una consecuencia ineludible de la adopción del Estado social de derecho como fórmula política de nuestro ordenamiento constitucional (CP art. 10.). Es más, esta eficacia acrecienta la responsabilidad estatal, pues el poder público debe asegurar que los derechos fundamentales también rijan en las relaciones privadas.

En términos generales, los supuestos fácticos de esta eficacia horizontal de los derechos fundamentales son los siguientes¹⁵⁷:

1. La prestación de un servicio público por un particular.
2. El particular cuya conducta afecte grave y directamente el interés colectivo.
3. La indefensión y la subordinación.
4. La indefensión por inactividad de la administración.
5. El derecho a la autodeterminación informática (habeas data).
6. Algunos casos donde a partir de la autonomía de la voluntad privada se desconocen derechos fundamentales (por ejemplo, los contratos de prestación de servicios médicos -en particular el de medicina prepagada- y las relaciones contractuales en el marco de la actividad bancaria).

¹⁵⁶ Rodrigo Uprimny, "Algunas reflexiones sobre responsabilidad por la violación de derechos humanos en la Constitución". *Op. Cit.*, y Alexei Julio Estrada, "La eficacia entre particulares de los derechos fundamentales. Una presentación del caso colombiano", en Miguel Carbonell (coord.), *Derechos Fundamentales y Estado. Memoria del VII Congreso Iberoamericano de Derecho Constitucional*. México: UNAM, 2002, p. 269.

¹⁵⁷ Para un mayor desarrollo, Alexei Julio Estrada, "La eficacia entre particulares de los derechos fundamentales. Una presentación del caso colombiano". *Op. Cit.*

Esta clasificación de las obligaciones frente a los derechos humanos y fundamentales permite un examen de imputación donde se determinan las cargas que, en el caso concreto, asumen las partes involucradas. Sin embargo, ello debe ser complementado al determinar los contenidos no restringibles de los derechos involucrados, como se explica a continuación.

2. Determinación del contenido no susceptible de restricción: contenido *prima facie* del derecho y contenido esencial de los derechos fundamentales

El desarrollo legal y jurisprudencial de los derechos, a través del cual se convierten en derechos subjetivos exigibles, constituye el punto de partida para la determinación de su contenido *prima facie*. Ahora bien, cuando se trata de la decisión judicial sobre un conflicto entre derechos fundamentales se requiere claridad sobre los ámbitos de los derechos que no pueden ser restringidos. De otra parte, frente a aquellos componentes involucrados que pueden ser sujetos a limitación, el juez debe tener en cuenta la carga de no regresividad pertinente. En otras palabras, es posible que la solución de un caso resulte razonable en el contexto concreto, sin embargo, puede implicar un retroceso frente a lo ya avanzado por un Estado en orden a garantizar el goce de los derechos. Estos dos aspectos – referenciar los ámbitos no restringibles y los referentes de no regresividad- exigen el manejo de una teoría sobre el contenido esencial de los derechos.

Existen diversas propuestas sobre como entender este contenido, en particular, la teoría espacial absoluta, la teoría relativa, la teoría mixta y la teoría temporal absoluta¹⁵⁸. Esta tipología obedece a dos grandes clasificaciones: i) la distinción entre teorías absolutas y relativas y ii) la diferencia entre teorías temporales y espaciales. Según las teorías absolutas, el contenido esencial nunca puede ser afectado. Por el contrario, las teorías relativas consideran que son admisibles las restricciones en todo el contenido del derecho siempre y cuando se respete el principio de proporcionalidad. Las teorías espaciales dan cuenta del contenido esencial como un espacio geográfico dentro del derecho, es decir, como un equivalente del núcleo de las células en el contexto de la biología. Como respuesta, las teorías temporales consideran que el contenido no se trata de un espacio en sí sino de un componente del derecho fundamental que debe salvaguardarse a pesar de que se transforme con el tiempo. Además de las críticas específicas a cada una de las teorías, en general, se afirma que los derechos fundamentales no pueden ser tratados como cosas o esencias que tengan una sustancia. De allí la dificultad de precisar qué hace parte del contenido esencial y cuál parte se reduce al contenido periférico.

En el presente modulo, cuyo objetivo es ofrecer herramientas para la solución de casos donde entran en conflicto derechos fundamentales, no se busca agotar el debate teórico que existe sobre la teoría del contenido esencial. Al siguiente estado del arte subyace la

¹⁵⁸ En esta presentación de las teorías nos guiamos por Carlos Bernal Pulido, *El principio de proporcionalidad y los derechos fundamentales*. Madrid: Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 2003.

búsqueda de criterios que permitan una delimitación del contenido esencial en forma intersubjetiva (razonable). Las teorías sobre el contenido esencial son las siguientes:

a. La teoría espacial absoluta del contenido esencial (TEA). La TEA considera que el núcleo esencial puede ser definido por los jueces en abstracto, con independencia de los contextos históricos, teniendo en cuenta “la naturaleza jurídica” del derecho involucrado. Por su parte, la zona periférica del derecho puede ser manejada por el legislador sin restricción alguna. Entre las críticas contra esta teoría¹⁵⁹ se encuentran aquellas que resaltan el excesivo poder que se delega al Tribunal Constitucional en la determinación de dicho contenido, lo cual va en detrimento del poder legislativo, que no podría ponderar si una determinada restricción es imperiosa. De otra parte, se critica que la delimitación que hacen los jueces de este contenido termina siendo ahistórica y subjetivista, es decir, caprichosa. Resaltan los críticos que uno de los efectos más preocupantes de esta teoría es que el Legislativo no enfrenta ningún límite al disponer de la zona periférica del derecho fundamental.

b. La teoría relativa del contenido esencial (TR). En contravía de TEA, TR propugna por una equivalencia entre contenido esencial y principio de proporcionalidad. Por tal motivo, el Legislativo podría intervenir sobre cualquier parte del derecho fundamental (sea núcleo o periferia) siempre y cuando la intervención sea proporcionada. La metodología de la proporcionalidad se entiende como un sopesamiento de las posibilidades normativas y fácticas en orden a la expansión o contracción de los derechos en conflicto. Así entendida, la proporcionalidad propende por la inexistencia de jerarquías *prima facie* entre derechos. Las prevalencias que puedan existir se definen a partir de los casos concretos y no previamente.

c. La teoría mixta del contenido esencial (TM). Como su nombre lo indica, lo que hace TM es armonizar la dimensión absoluta de TEA con la dimensión relativa de TR. Ello exige considerar que la intervención sobre el núcleo esencial es inadmisibles, independiente de si es proporcionada. Sin embargo, a diferencia de TEA, no es desconstitucionalizada la periferia, toda vez que ninguna intervención sobre la misma puede carecer de justificación. Entre los criterios para determinar el contenido esencial no ponderable se consideran i) el fin del derecho, ii) las intenciones que se proyecten en el derecho, iii) la naturaleza jurídica y los intereses jurídicos protegidos, iv) el momento histórico y v) una interpretación sistemática que tenga en cuenta los demás bienes constitucionales. Entre las críticas contra esta propuesta, se encuentra nuevamente el subjetivismo, en tanto no se ofrece un criterio intersubjetivo para determinar qué parte del derecho se asigna al contenido mínimo y cuál se encuentra en la periferia¹⁶⁰.

d. La teoría temporal absoluta del contenido esencial (TTA). Esta teoría se contrapone a la teoría espacial en tanto ofrece criterios temporales para la definición del contenido esencial. En efecto, este mínimo es asumido como aquel componente del derecho fundamental que debe permanecer vivo a pesar del paso del tiempo, pero que debe permanecer abierto al cambio, según las exigencias de la realidad social. Sin embargo, no asume posible definir

¹⁵⁹ *Ibid.*

¹⁶⁰ *Ibidem.*

dicho contenido en abstracto. De otra parte, en esta teoría el contenido se entiende creado por el juicio de constitucionalidad y preexistente al momento legislativo. Al respecto, la crítica vuelve a concentrarse en la indeterminación de lo que pueda ser aquella “cultura jurídica” que subyace al derecho. Además, los críticos se preguntan ¿cómo puede el Tribunal Constitucional aplicar el contenido esencial y a la vez construirlo como resultado del juicio de constitucionalidad? Se evidenciaría nuevamente un excesivo poder en la jurisdicción constitucional.

En términos generales, las críticas contra las teorías estándar del contenido esencial se relacionan con dos grandes deficiencias: la imposibilidad de ofrecer un criterio intersubjetivo de definición y la ilegitimidad de la intervención del Tribunal Constitucional en la determinación de dicho contenido. Por ello, cualquier metodología para la determinación del contenido esencial debe ofrecer criterios de fundamentación legítimos, esto es, armonizables con el principio democrático, e intersubjetivamente plausibles. Al respecto, autores como Carlos Bernal¹⁶¹ toman partido por el principio de proporcionalidad en detrimento de las teorías del contenido esencial.

La pregunta que surge es si es posible armonizar estas dos metodologías, como lo intenta la teoría mixta. Ya ha sido expuesto que Bernal considera imposible tal armonización. Para este autor se trata de metodologías excluyentes. Sin embargo, esta posición se explica en la tesis de Bernal según la cual sería imposible ofrecer un criterio intersubjetivo para diferenciar un núcleo de una periferia. Si este punto logra ser desvirtuado, sería posible diferenciar entre un contenido esencial y una zona complementaria lo cual permitiría aplicar las dos metodologías en escenarios distintos de acción. Es decir, sería posible armonizar las dos propuestas. Debe anotarse que la búsqueda de una posible armonización enfrenta una importante crítica a la teoría relativa de Bernal: la necesidad de insistir en ámbitos no sujetos a ponderación. Ejemplos de ello se encuentran en la prohibición absoluta de tortura o la imposibilidad de graduar el desconocimiento del principio de dignidad humana¹⁶². Así las cosas, un núcleo esencial podría cambiar con el tiempo, pero no ser ponderado o graduado ante las diversas coyunturas de aplicación.

Nuestra posición es que tanto el concepto de bloque de constitucionalidad (*supra* Unidad I) como la fuerza vinculante de los precedentes constitucionales argumentativamente correctos, constituyen dos referentes intersubjetivos para la delimitación de derechos y

¹⁶¹ *Ibidem*.

¹⁶² Ver sobre este punto, Procuraduría General de la Nación, *Función Preventiva de la Procuraduría General de la Nación en Materia de Derechos Humanos*, 2003. Así mismo, en la sentencia C-475 de 1997, la Corte Constitucional precisó que “(l)a Constitución no diseñó un rígido sistema jerárquico ni señaló las circunstancias concretas en las cuales unos derechos han de primar sobre los otros. Sólo en algunas circunstancias excepcionales surgen implícitamente reglas de precedencia a partir de la consagración de normas constitucionales que no pueden ser reguladas ni restringidas por el legislador o por cualquier otro órgano público. Son ejemplo de este tipo de reglas excepcionales, la prohibición de la pena de muerte (C.P. art. 11), la proscripción de la tortura (C.P. art. 12) o el principio de legalidad de la pena (C.P. art. 29). Ciertamente, estas reglas no están sometidas a ponderación alguna, pues no contienen parámetros de actuación a los cuales deben someterse los poderes públicos. Se trata, por el contrario, de normas jurídicas que deben ser aplicadas directamente y que desplazan del ordenamiento cualquiera otra que les resulte contraria o que pretenda limitarlas”.

obligaciones que constituyan el contenido esencial de los derechos fundamentales¹⁶³. Por consiguiente, es posible fundamentar una teoría del contenido esencial, a partir del bloque y del precedente, que sea proyección de una legítima intervención de la Corte Constitucional y de instancias internacionales de protección de derechos humanos en defensa de los derechos fundamentales.

Se concluye entonces que los jueces no pueden afectar los niveles esenciales de los derechos humanos y fundamentales. Sin embargo, ¿qué ocurre cuando el conflicto es entre niveles esenciales de dos o más derechos fundamentales? ¿cuales son los límites que se deben respetar al momento de intervenir sobre el contenido no esencial? Para responder a estas preguntas a continuación se explican los juicios de ponderación y proporcionalidad, metodologías que permiten evaluar la justificación de restricciones.

3. Evaluación de justificaciones y resolución de tensiones entre derechos y otros bienes a partir de un análisis de restricciones. Juicios de ponderación y proporcionalidad y test de igualdad

Hasta el momento se ha explicado que la solución judicial de conflictos sobre derechos fundamentales exige determinar la existencia de la violación a partir de la normatividad aplicable, su imputación a un obligado y la determinación de posibles contenidos afectados. Adelantados dichos pasos, es necesario distinguir entre restricciones admisibles, que no implican una vulneración de los derechos, y limitaciones irrazonables o injustificadas. Para ello, en este apartado se analizan las dos metodologías que en el derecho comparado y en el derecho nacional han sido utilizadas por los jueces para evaluar justificaciones y resolver la tensión entre derechos. En relación con las restricciones a los derechos, se analiza el juicio de proporcionalidad. En orden a evaluar si una distinción es discriminatoria, se explican los pasos del test integrado de igualdad.

A estas dos metodologías subyace el concepto de ponderación o balanceo entre dos intereses o derechos. Por lo pronto, y sin profundizar en la discusión teórica correspondiente, se debe resaltar que entre ponderación y subsunción no existe contradicción sino una sucesión de momentos. En primer lugar, y es ese el objetivo de la primera parte de esta dogmática, el juez subsume los hechos en fuentes jurídicas que constituyen un mandato *prima facie*. Como resultado de la aplicación de los juicios, se formula una regla o subregla. Hacia el futuro, lo que hace un juez es subsumir los casos en la regla construida a partir de la ponderación. Esta breve reflexión propende por una integración armónica de todas estas herramientas en el ejercicio de la función judicial.

¹⁶³ Una aplicación de esta idea puede verse en Oscar Parra Vera, *El derecho a la salud en la Constitución, la jurisprudencia y los instrumentos internacionales*. Op. Cit.

4.1. El juicio de proporcionalidad como metodología para evaluación de restricciones a los derechos fundamentales¹⁶⁴

Una norma que restrinja los derechos humanos y fundamentales sólo es legítima si es útil y necesaria para proteger un bien constitucional de la misma entidad que aquél que se limita. Adicionalmente, la restricción debe ser estrictamente proporcionada respecto de la finalidad perseguida. Siguiendo esta regla, la Corte Constitucional ha admitido la limitación de derechos con el fin de proteger, entre otras cosas, derechos constitucionales de terceras personas e, incluso, en casos de imposición de medidas de protección, la propia autonomía del sujeto cuya libertad se limita. Por su parte, los tratados internacionales sobre derechos humanos, teniendo como límite la idea de democracia, reconocen a los estados el poder de limitar los derechos civiles y políticos por consideraciones ligadas a la moralidad pública y el orden público¹⁶⁵.

En palabras de la Corte Constitucional, estos conceptos pueden delimitarse de la siguiente manera:

“La moralidad pública que puede ser fuente de restricciones a la libertad, es aquella que racionalmente resulta necesario mantener para armonizar proyectos individuales de vida que, pese a ser absolutamente contradictorios, resultan compatibles con una democracia constitucional y que, adicionalmente, es indispensable para conjugar la libertad individual con la responsabilidad y la solidaridad que hacen posible este modelo constitucional. En este sentido, la moralidad pública articula en el plano secular un modo de ser y de actuar que no puede soslayar la persona, portadora de derechos, que es, al mismo tiempo, sujeto individual y miembro de una comunidad¹⁶⁶.”

Por su parte, el Comité de Derechos Humanos de las Naciones Unidas ha señalado que las limitaciones solamente se podrán aplicar para los fines con que fueron prescritas y deberán estar relacionadas directamente y guardar la debida proporción con la necesidad específica de la que dependen. En este sentido, no se pueden imponer limitaciones por propósitos discriminatorios ni se podrán aplicar de manera discriminatoria. Por ello, el Comité considera que el concepto de moral se deriva de muchas tradiciones sociales, filosóficas y religiosas; por consiguiente, las limitaciones impuestas a la libertad, por ejemplo, de manifestar la religión o las creencias con el fin de proteger la moral deben basarse en principios que no se deriven exclusivamente de una sola tradición¹⁶⁷.

¹⁶⁴ Este apartado está basado en Manuel Eduardo Góngora y Oscar Parra Vera, “Derechos de Libertad (ensayo)” en *Derechos de Libertad*. Bogotá: Defensoría del Pueblo, Red de Promotores de Derechos Humanos, 2003.

¹⁶⁵ Ver los artículos 12-3, 18-3, 19-3-b), 21 y 22-2 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos (Ley 74 de 1968), los artículos 12-3, 13-2-b), 15, 16-2 y 22-3 de la Convención Americana de Derechos Humanos (Ley 16 de 1972) y los artículos 10-2, 13-2-b), 14-3 y 15-2 de la Convención sobre Derechos del Niño (Ley 12 de 1991).

¹⁶⁶ Sentencia C-404 de 1998.

¹⁶⁷ Comité de Derechos Humanos. Observación General No. 22. *Derecho a la libertad de pensamiento, de conciencia y de religión (artículo 18)*, U.N. Doc. HRI\GEN\1\Rev.1 at 35 (1994).

El concepto de orden público en la sociedad democrática basada en los derechos, se refiere a las condiciones y orientaciones valorativas mínimas que deben ser respetadas por sus miembros para que ésta sea una comunidad organizada en términos de libertad y para la libertad. Esta función del orden público en una democracia constitucional, forzosamente debe predicarse con la misma intensidad de cada uno de los elementos que lo integran, entre ellos, la moralidad pública. Se comprende, entonces, que la relativización de la libertad obedece a una lógica social que mira a su conservación y a su florecimiento, lo que no sería posible si los planes de vida de todos los sujetos y sus puntos de vista de orden moral, pudieran llevarse a cabo y manifestarse socialmente sin cortapisa o armonización alguna¹⁶⁸.

Así mismo, el orden público no debe ser entendido como un valor en sí mismo sino como el conjunto de condiciones de seguridad, tranquilidad y salubridad que permiten la prosperidad general y el goce de los derechos humanos. El orden público en el Estado social de derecho es entonces un valor subordinado al respeto a la dignidad humana, por lo cual, la preservación del orden público lograda mediante la supresión de las libertades públicas no es compatible con el ideal democrático, toda vez que el sentido que subyace a las autoridades públicas no es el de mantener el orden a toda costa sino el de determinar cómo permitir el más amplio ejercicio de las libertades ciudadanas sin que ello afecte el orden público¹⁶⁹.

Estas precisiones sobre la moralidad pública y el orden público como criterios de restricción deben armonizarse con un juicio que permite ponderar bienes y derechos que se encuentren en tensión. En efecto, el hecho de que los derechos fundamentales no sean absolutos y admitan restricciones, no implica que cualquier restricción sea legítima. Únicamente se pueden admitir aquellas restricciones que respeten el bloque de constitucionalidad, el contenido esencial de los derechos y, además, el denominado “**juicio de proporcionalidad**”. En este juicio se busca determinar si la medida que limita los derechos fundamentales es legítima constitucionalmente. Para ello, resulta indispensable someterla a un juicio de proporcionalidad, que solo será superado a través de los pasos siguientes:

- i. *Determinar si la finalidad de la limitación es constitucionalmente admisible.* Una medida que restringe un derecho fundamental debe estar orientada a la protección de bienes, derechos o principios que tengan expreso sustento constitucional. Por ejemplo, una disposición que tenga como finalidad desestimar la afiliación a un sindicato no tiene una finalidad constitucionalmente admisible, pues vulnera la libertad sindical¹⁷⁰. Por el contrario, la definición legal de un salario mínimo restringe, en principio, la

¹⁶⁸ Sentencia C-404 de 1998. Con todo, la idea de “moralidad pública” dista de ser pacífica. En efecto, la aclaración de voto a esta sentencia destaca la dificultad de *reconocer* dicha moralidad, de tal forma que puede convertirse en una forma de imponer una visión moral sobre otras que merecen similar proyección constitucional.

¹⁶⁹ Sentencia C-024 de 1994. En consonancia con esta concepción del orden público, la Corte destacó que el fin último de la Policía es la protección de los derechos humanos.

¹⁷⁰ Ello fue señalado en la sentencia T-230 de 1994, donde se analizó el caso de una empresa que ofrecía una distribución desigual de beneficios laborales tales como la asignación de horas extras. Dichos beneficios eran otorgados a los trabajadores no sindicalizados, situación que desestimulaba la afiliación al sindicato.

libertad de negociación de las partes. Sin embargo, la medida persigue una finalidad constitucional –garantizar condiciones dignas de contratación- y, por lo tanto, al menos en cuanto respecta a este criterio, no sería una medida inconstitucional.

- ii. *Evaluar si las medidas que limitan son adecuadas y eficaces para alcanzar el mencionado fin.* En tanto *adecuadas*, las medidas deben ser idóneas para alcanzar el efecto protector en relación con el interés, bien, principio, derecho o valor que se quiere favorecer. Por *eficacia* se entiende que la medida sea capaz de producir el resultado para el que ha sido concebida. Siguiendo el ejemplo antes mencionado, si bien el establecimiento de un salario mínimo limita la capacidad de negociación de las partes (libertad formal), la medida es en principio constitucional dado que busca una finalidad constitucionalmente legítima: una remuneración digna. No obstante, será necesario saber si la medida es idónea y eficaz para lograr el fin perseguido. En este caso, la definición de un salario mínimo es claramente una medida idónea y eficaz para evitar que, aprovechando condiciones desiguales de negociación, el contratante defina una remuneración indigna que el contratista se vea obligado a aceptar.
- iii. *Analizar la necesidad de la medida en razón a la inexistencia de medidas alternativas menos lesivas.* Una disposición que limite los derechos fundamentales solo será constitucional si es la menos restrictiva para el logro de una finalidad constitucional tan o más importante que el derecho que se restringe. Si existen otras alternativas menos lesivas, debe disponerse de ellas. Por ejemplo, son inconstitucionales las normas de centros educativos que para evitar el contagio de piojos obligan a todos los estudiantes a cortarse el cabello. En efecto, si bien evitar la epidemia o el contagio es un fin legítimo, existen medidas alternativas que –como el uso de ciertos medicamentos, lavados o implementos- que deben ser exploradas antes que imponer una restricción tan drástica en detrimento de la propia imagen¹⁷¹.
- iv. *Juicio de estricta proporcionalidad.* La limitación de un derecho de libertad no puede ser exagerada en relación al interés que se pretenda proteger. En este sentido, la medida solo será constitucional si los beneficios que se logran tienen un valor constitucional que excede las restricciones impuestas sobre otros principios y valores constitucionales. En el caso de un conjunto residencial, por ejemplo, es desproporcionado adoptar contra un copropietario moroso, medidas tales como la no recepción de documentos y correspondencia privada y la suspensión del citófono. Si bien estas medidas pueden responder a una finalidad admisible y ser eficaces respecto al interés para el cual son ordenadas –el pago oportuno de las cuotas de administración-, en algunas ocasiones son tan gravosas como para generar daños de magnitud constitucional que desvirtúan el fin para el cual fueron establecidas (por ejemplo, la comunicación de la llegada de ambulancias o de vehículos destinados al transporte de personas enfermas). Por consiguiente, ese espacio donde el hombre requiere de los demás para proteger necesidades vitales, no puede ser anulado por el

¹⁷¹ Este ejemplo se basa en la sentencia SU-642 de 1998 de la Corte Constitucional.

grupo social ni se pueden tomar medidas que nieguen las posibilidades de existencia que el individuo no puede asegurarse por sí mismo¹⁷².

En el caso de medidas de protección de los intereses de la propia persona, la proporcionalidad de la sanción busca proscribir cualquier forma de perfeccionismo¹⁷³.

En suma, aplicando los criterios anteriores, una medida –norma o decisión- que limite un derecho fundamental solo será constitucionalmente admisible si persigue proteger otro bien o derecho del mismo o mayor valor constitucional, y si es útil, necesaria y estrictamente proporcionada respecto de tal finalidad. Por ejemplo, se admite que la realización de determinados comportamientos o prácticas que pueden afectar gravemente la convivencia plural de distintas concepciones de vida, se vean sometidos a una restricción, como limitar su realización a lugares privados o reservados o someter su difusión pública a ciertas condiciones especiales (franjas, horarios, autorización previa, etc.)¹⁷⁴.

Como se observa, conceptos como el de orden público o interés general, no pueden ser invocados, sin más explicación, para desconocer o desnaturalizar el contenido esencial de los derechos fundamentales reconocidos por la Constitución¹⁷⁵. Las limitaciones a los derechos deben ser interpretadas de una forma restrictiva y estrictamente ceñida a las justas exigencias de una sociedad democrática. Así mismo, la Corte Interamericana de Derechos Humanos ha precisado que para enfrentar una situación problemática de orden público se debe escoger aquella opción que restrinja en menor escala los derechos de las personas¹⁷⁶. En este sentido, la restricción debe ser proporcionada al interés que la justifica y ajustada estrechamente al logro de ese legítimo objetivo. Por ello, aunque existe cierto margen de apreciación para evaluar si una restricción es “necesaria en una sociedad democrática”, el ámbito de dicho margen queda delimitado no solo por la naturaleza de la finalidad de la restricción sino también por la naturaleza de las propias actividades afectadas.

¹⁷² Así fue precisado por la Corte Constitucional en la sentencia T-630 de 1997 (caso de unos residentes que, por adeudar cuotas de administración, les fueron suspendidos algunos servicios que esta prestaba y, además, fueron objeto de restricción algunas garantías como residentes). Para el Alto Tribunal, “en esas unidades residenciales donde no es posible tener comunicación directa o medianamente sencilla con la portería, el servicio de citófono es vital para preservar los derechos a la vida, intimidad familiar y los derechos a la seguridad de todo el conglomerado”.

¹⁷³ Además de estos criterios, propios del análisis de proporcionalidad, la Corte (sentencia C-309 de 1997) destacó que al evaluar la legitimidad de una política de protección es pertinente tener en cuenta (i) los intereses legítimos de la sociedad en la protección específica del interés de la persona, así como (ii) el ámbito de protección, esto es, si se trata de una esfera pública –donde la intervención puede tener un efecto inductor sobre terceros- o de una esfera privada –donde el derecho a la intimidad constituye un límite para estas medidas-.

¹⁷⁴ Sentencia C-404 de 1998.

¹⁷⁵ Esta posición ha sido respaldada por la Corte Interamericana de Derechos Humanos como criterio de interpretación, de tal forma que la invocación de la Convención Americana no pueda ser utilizada para negar la misma Convención o desnaturalizarla, privando de contenido real los derechos que este instrumento consagra. Ver Corte I.D.H., *La Colegiación Obligatoria de los Periodistas (Arts. 13 y 29 Convención Americana Sobre Derechos Humanos)*, Opinión Consultiva OC-5/85 del 13 de noviembre de 1985. Serie A No. 5, párr. 67.

¹⁷⁶ *Ibidem.*, párr. 46.

El juicio de proporcionalidad constituye entonces una herramienta para evaluar las restricciones de derechos humanos y fundamentales. Con todo, en el caso del derecho a la igualdad la aplicación del mencionado juicio se gradúa por intensidades según la metodología que se explica a continuación.

4.2. El test de igualdad como metodología para la determinación de discriminaciones¹⁷⁷

Luego de distintos acercamientos conceptuales del más variado orden, la Corte Constitucional adoptó dos formas argumentativas mediante las cuales somete a prueba la razón que tuvo quien, con una cierta medida, afectó positiva o negativamente la igualdad. El primero fue el “test o juicio de proporcionalidad”, que proviene de la tradición jurídica europea y que, en términos generales, es similar al que hemos analizado en el apartado anterior. El segundo, el que podríamos denominar “test o juicio ponderado de igualdad”, que es un contribución de la jurisprudencia norteamericana. Al cabo, la Corte ha unido estos dos test en un intento por utilizar lo mejor de cada uno, elaborando lo que denomina el “test integrado de igualdad” (C-093 de 2001).

El camino para arribar a la síntesis antes enunciada ha estado cruzado por los más variados obstáculos teóricos, dogmáticos y pragmáticos. Lo que muestra la dificultad para la elaboración y manejo de los test, pero también el empeño de la Corte de proporcionar a la comunidad jurídica un razonamiento analítico susceptible de un mejor control racional.

4.2.1. El test de proporcionalidad o una cierta influencia europea

En general, para este juicio de igualdad se han propuesto los siguientes pasos, en el siguiente orden lógico:

1. Identificar un trato diferenciado basado en supuestos de hecho diferentes.
2. Verificar la existencia de un objetivo perseguido con el trato diferenciado.
3. Examinar la validez del objetivo del trato diferenciado frente a la Constitución: que se trate de una necesidad social imperiosa¹⁷⁸.
4. Comprobar la razonabilidad interna de la aplicación de esa diferenciación, así:
 - a. Que el medio sea adecuado¹⁷⁹;
 - b. Que el medio sea necesario (que no haya uno menos lesivo),
 - c. Que exista conexidad entre el trato diferente y el objetivo propuesto;
 - d. Que la medida sea efectiva¹⁸⁰;

¹⁷⁷ Este apartado está basado, en parte, en Rodrigo Uprimny, Camilo Borrero, Danilo Rojas y María Clara Galvis, “La igualdad en la jurisprudencia de la Corte Constitucional”, en *Pensamiento Jurídico*, No. 15. Bogotá: Universidad Nacional de Colombia, 2002.

¹⁷⁸ Sentencia C-481 de 1999.

¹⁷⁹ Sentencia T-230 de 1994

5. Estudiar la proporcionalidad en sentido estricto, constatando que el logro del fin perseguido no sacrifique principios o fines de mayor jerarquía¹⁸¹; y
6. Analizar los efectos del trato diferenciado¹⁸².

La idea general es que cuando un trato diferenciado cumple con todos los requisitos del test, no atenta contra el derecho a la igualdad. De lo contrario, debe abolirse o removerse el trato diferenciado, restituyéndose la igualdad de trato. Además, el análisis debe realizarse de forma secuencial, de forma tal que si en un determinado paso no se sostiene el trato diferenciado no es necesario continuar la evaluación con los demás, pues se requiere que todos sean cumplidos. Con todo, no son pocas las ocasiones en que la Corte se ha ocupado de desarrollar el análisis completo, aunque ella misma haya establecido que es innecesario hacerlo.

4.2.2. El test ponderado de igualdad o la influencia estadounidense

Para esta tradición, lo importante es establecer los grados de intensidad en la aplicación de un juicio de igualdad, teniendo en cuenta el asunto de que se trate y la forma en que el mismo es protegido por el sistema jurídico. Por regla general, el control constitucional de igualdad debe ser poco estricto, para no vulnerar la libertad política del legislador¹⁸³. En otros casos, como en las llamadas categorías sospechosas, el test debe ser estricto, toda vez que la Constitución consagra una protección especial para ciertas personas. Entre estos dos extremos (estricto o poco estricto) se ubica una tercera categoría, intermedia, generalmente utilizada para la aplicación de acciones positivas o afirmativas.

Esta clasificación ha sido acogida de manera amplia por la jurisprudencia de la Corte¹⁸⁴, en la que se ha manifestado que el juicio de constitucionalidad se desarrolla a través de diferentes grados de intensidad, pues no es lo mismo analizar asuntos en donde la Constitución impone marcos de acción o restricciones a las autoridades públicas claras, que estudiar temas cuyo margen de apreciación política es más amplio. Dichos grados de intensidad son los siguientes:

¹⁸⁰ Sentencia C-530 de 1993 esta sentencia es una de las más citadas en cuanto a la aplicación del test de igualdad, por ejemplo ver las sentencias C-050 de 1997, C-479 de 1998, T-175 de 1997, C-089 de 2000. C-1409 de 2000.

¹⁸¹ Sentencia C-022 de 1996 en esta sentencia se especificó en el punto de la proporcionalidad en sentido estricto como uno de los pasos del test, éste se compone de un análisis de legalidad del fundamento del trato diferenciado y la afectación mínima de los intereses jurídicos de otras personas. En el mismo sentido ver: C-625 de 1998, T-774 de 1998, C-508 de 1997, T-352 de 1997.

¹⁸² Sentencia T-422 de 1992

¹⁸³ Sentencia C-445 de 1995

¹⁸⁴ Al respecto, pueden consultarse, entre otras, las sentencias C-445 de 1995 C-183 de 1998, T-263 de 1998, C-563 de 1997, C-247 de 1999, C-318 de 1998, C-152 de 1999, T-067 de 1998 C-048 de 2001, C-1514 de 2000, C-112 de 2000. Se entiende entonces que el juicio de igualdad estricto se aplica frente al uso de categorías sospechosas, el intermedio frente a acciones positivas y el débil en todos los demás casos, constituyéndose éste último en la regla general.

a. El test débil: Cuando se aplica esta clase de juicio de igualdad, el rasero es el llamado criterio de inconstitucionalidad manifiesta. Es decir, se examina que el trato diferenciado no sea frontalmente irrazonable o desproporcionado (C-265/94). O, lo que es lo mismo, basta que el trato diferenciado sea potencialmente adecuado para obtener resultados admisibles, y con ello la norma o la medida bajo análisis es considerada constitucional¹⁸⁵.

b. El test intermedio: En el juicio de igualdad intermedio sólo se examina que el sacrificio de los demás para compensar una desigualdad de origen sea proporcional, pues se aplica esencialmente para determinar la constitucionalidad de las acciones positivas. Pero ello no puede darse a cualquier costo, si se tiene en cuenta que, de un lado, no toda medida de discriminación inversa es constitucional (C-410/94) y, de otro, que las acciones afirmativas deben ser temporales, pues una vez alcanzada la "igualdad real y efectiva" pierden su razón de ser.

c. El test estricto: Este juicio se aplica cuando se trata de determinar si existe o no violación del derecho a la igualdad en cuanto a tratos diferenciados basados en criterios potencialmente discriminatorios como la raza o el origen familiar. Para estas situaciones, la Constitución ha establecido patrones específicos de igualdad y por ello se aplica esta clase de test¹⁸⁶. Lo que no implica que las mismas, aun cuando se encuentren enunciadas expresamente; deban analizarse conforme a los principios constitucionales, para determinar quiénes pueden ser sujetos de esta especial protección y bajo qué circunstancias.

Entendiendo que el catálogo constitucional enuncia sólo algunos criterios potencialmente discriminatorios, la Corte ha establecido una manera de identificarlos¹⁸⁷: son categorías que (i) se fundan en rasgos permanentes de las personas, de las cuales éstas no pueden prescindir por voluntad propia a riesgo de perder su identidad; (ii) han estado sometidas, históricamente, a patrones de valoración cultural que tienden a menospreciarlas; (iii) no constituyen, per se, criterios con base en los cuales sea posible efectuar una distribución o reparto racional y equitativo de bienes, derechos o cargas sociales¹⁸⁸ y, finalmente, (iv) porque hayan estado históricamente asociados a prácticas discriminatorias¹⁸⁹.

Con todo, la Corte¹⁹⁰ precisa que las consecuencias del uso de una *categoría sospechosa*¹⁹¹ no son siempre que el juez constitucional deba mecánicamente recurrir al escrutinio más estricto posible. No todas esas pautas son igualmente discriminatorias, por cuanto algunas pueden reunir solamente algunas de las características que tornan un criterio sospechoso, pero no todas, mientras que otros puntos de vista pueden presentar todas esas

¹⁸⁵ Sentencia C-445 de 1995

¹⁸⁶ *Ídem*.

¹⁸⁷ Sentencia C-371 de 2000. En este caso, a pesar de tratarse del análisis de una acción positiva, se aplicó un test de carácter fuerte, cuando en otras ocasiones se había establecido que en casos de este tipo se acudiría al test intermedio.

¹⁸⁸ Sentencia C-481 de 1998. Ver además, entre otras, las sentencias T-098 de 1994, C-112 del 2000 y C-371 de 2000.

¹⁸⁹ Ver, entre otras, las sentencias C-112 de 2000, T-230 de 1994 y C-445 de 1995.

¹⁹⁰ Sentencia C-112 de 2000

¹⁹¹ Se alude en este evento a categorías que son sospechosas por cuanto han servido para encubrir discriminaciones. A pesar de lo ambiguo que pueda resultar el uso del vocablo, lo mantenemos por respeto a la fuente de donde se ha inspirado la Corte, en este caso la jurisprudencia norteamericana.

características. El escrutinio judicial puede ser entonces menos riguroso en el primer caso que en el segundo.

En tal contexto, si las autoridades recurren a un criterio sospechoso de causar discriminación, pero para tomar medidas de acción afirmativa, destinadas a reducir una discriminación existente, es obvio que esas disposiciones no pueden estar sometidas al mismo escrutinio judicial que en aquellos eventos en que ese criterio ha sido utilizado para profundizar o perpetuar las desigualdades.

Ambos test, sin embargo, presentan dificultades. El obstáculo dogmático fundamental del test de proporcionalidad es la variopinta de entendimientos que pueden atribuírsele a sus distintos componentes, así como el “ensayo y error” a que son sometidos algunos pasos del mismo test. Lo que hace que en ocasiones la Corte incluya ciertos requisitos, para luego abandonarlos¹⁹². De otro lado, en el test ponderado de igualdad resulta problemático el establecimiento de los criterios de intensidad que lo determinan.

La principal dificultad pragmática radica en el hecho de que la Corte no ha justificado suficientemente el uso indistinto de uno u otro instrumento. Lo cierto es que en algunos casos la Corte ha optado por el juicio de proporcionalidad (T-230/94 y C-022/96, entre otras) y en otros ha recurrido al test ponderado de igualdad (entre muchas C-445/95, C-563/97 y C-183/98).

4.2.3. La búsqueda de síntesis: el test integrado de igualdad

Algunos sectores de la doctrina nacional¹⁹³, a pesar de valorar positivamente el trabajo de la Corte, lo consideraban insuficiente, en la medida en que el juez constitucional recurría indistintamente a las dos metodologías sin mayores razones que justificaran la escogencia. Por ello, proponían que la Corte aprovechara lo mejor de ambas metodologías en un test *mixto*. En la sentencia C-093 de 2001, la Corte parece acoger esa recomendación y formula un juicio mixto de igualdad, que justifica en los siguientes términos:

“Este juicio o test integrado intentaría utilizar las ventajas analíticas de la prueba de proporcionalidad, por lo cual llevaría a cabo los distintos pasos propuestos por este tipo de examen: adecuación, indispensabilidad y proporcionalidad estricto sensu. Sin embargo, y a diferencia del análisis de proporcionalidad europeo, la práctica constitucional indica que no es apropiado que el escrutinio judicial sea adelantado con el mismo rigor en todos los casos, por lo cual, según la naturaleza de la regulación estudiada, conviene que la Corte proceda a graduar en intensidad cada uno de los distintos pasos del juicio de proporcionalidad, retomando así las ventajas de los tests estadounidenses”.

¹⁹² Así v.g., aunque en un principio se habló de los efectos del tratamiento, como forma de justificar el trato diferenciado de manera razonable y objetiva (T-422 de 1992), este criterio desapareció de los argumentos de la Corte. Igualmente, ha sido inconstante el paso previo que verifica si los sujetos están o no en la misma situación (SU-342 de 1995, C-539 de 1999, C-089 de 2000, C-1514 de 2000)

¹⁹³ Ver el trabajo de César Rodríguez, “El test de razonabilidad y el derecho a la igualdad” en VV.AA. *Observatorio de justicia constitucional*. Bogotá: Universidad de los Andes, 1998

De esta forma, el test integrado exige un doble ejercicio analítico al juez constitucional, que podría ser resumido en el siguiente cuadro:

| | Asunto | Adecuación | Conexidad | Necesidad | Proporcionalidad |
|------------|--|--|--|---|---|
| Débil | Regla general | Medida potencialmente adecuada para alcanzar, aunque sea de manera parcial, un objetivo no prohibido constitucionalmente | | Justificación razonable: no es manifiestamente innecesaria, y ante diferentes alternativas prima el principio democrático | Mínima: costos inferiores al beneficio perseguido |
| Intermedio | Acciones positivas | Eficacia de la medida para lograr la protección del grupo | Criterio: relacionado con el beneficio buscado | Es la medida menos lesiva | Sacrificio ajeno no implica el sacrificio de fines de mayor jerarquía |
| Estricto | Limitación a un derecho constitucional, situaciones bajo mandato constitucional de protección especial, uso de un criterio sospechoso*, personas en situaciones de debilidad manifiesta* | Medio idóneo para alcanzar totalmente un fin constitucionalmente imperioso | Criterio: estrecha relación entre el asunto tratado y el criterio asumido para la diferenciación | La medida es indispensable: no hay otro medio menos lesivo para lograr el objetivo | No se sacrifican principios constitucionales más importantes que el perseguido con el trato desigual. Beneficio mayor que el daño |

*A menos que se trate de acciones positivas, pues en ese caso se trataría de un juicio intermedio.

La dogmática presentada hasta el momento le ofrece al juez una metodología para determinar la existencia de una vulneración de derechos humanos y fundamentales y resolver el conflicto entre los intereses protegidos. Con todo, es necesario un último paso, en orden a reparar el daño ocurrido.

4. Precisión del remedio judicial apropiado

Un análisis de derechos humanos no puede terminar únicamente constatando la existencia de una violación a tales derechos. Es obvio que la intervención judicial no tiene una vocación académica sino que tiene una pretensión práctica, que es intentar solucionar el conflicto suscitado por esa afectación de un derecho fundamental. En tales condiciones, un último aspecto de cualquier discusión sobre derechos humanos en sede judicial es el relativo a los “remedios judiciales”. Y es que frente a las diversas situaciones concretas es siempre necesario reflexionar sobre cuál es la medida apropiada para reparar a las víctimas.

Ahora bien, en los últimos años, el derecho internacional de los derechos humanos ha reflexionado sobre estos remedios, a fin de abandonar la idea de que la única forma de reparar esas violaciones es por medio de una indemnización o compensación monetaria por el daño sufrido. Aunque es obvio que esas indemnizaciones son importantes, existen otras medidas de reparación, como las siguientes: (i) la restitución, que es devolver a la víctima, cuando sea posible, a la situación que tenía antes de que ocurriera la violación; (ii) la rehabilitación, que consiste en suministrar a las víctimas o a sus familiares los cuidados médicos y psicológicos necesarios para su recuperación; (iii) la satisfacción o compensación moral, que consiste en realizar las acciones tendientes a restablecer la dignidad de la víctima y difundir la verdad sobre lo sucedido y (iv) las garantías de no repetición, que comprenden todas las medidas tendientes a evitar la repetición de esos crímenes. Pero eso no es todo; igualmente el derecho internacional ha propuesto y desarrollado formas de reparación simbólica y colectiva, que preserven la memoria histórica y restablezcan la dignidad de las víctimas¹⁹⁴. En todo caso, el deber de garantía incluye hacer cesar las consecuencias de las violaciones.

Es pues importante que al estudiar un caso concreto, los jueces no se concentren únicamente en determinar si ocurrió o no una violación de un derecho humano y a quien le puede ser imputada; ese examen es obviamente esencial; pero igualmente importante es analizar detenidamente cuál es, en la situación específica, el remedio judicial apropiado.

IV. Autoevaluación

Aplice la dogmática analizada en un caso como la eutanasia, donde se presenta una tensión entre el manejo de la propia salud y las especiales salvaguardas que reviste el derecho a la vida. Determine entonces las fuentes jurídicas aplicables, en particular, la jurisprudencia de los organismos de control de los sistemas internacionales de protección de derechos humanos. Posteriormente, establezca el alcance de las obligaciones consagradas en dichas fuentes jurídicas. Luego, precise contenidos esenciales no restringibles, tanto en relación con el derecho a la vida como de otros derechos y libertades involucrados. Prosiga estableciendo si las medidas que se adopten (permitir o prohibir la eutanasia) constituyen restricciones admisibles a los derechos en conflicto. Finalmente, indique posibles remedios judiciales para aquellas situaciones donde la medida adoptada haya implicado violaciones de derechos humanos y fundamentales.

¹⁹⁴ Ver, en particular, los principios elaborados para Naciones Unidas por los expertos Van Boven de 1996 y Cherif Bassiouni del año 2000 sobre derecho a la reparación de las víctimas de graves violaciones a los derechos humanos. La versión revisada de esos principios de agosto de 2003 se puede consultar en www.unhcr.ch/html/menu2/revisedrestitution_sp.doc y precisamente incluye, en los principios 21 a 26, como formas de reparación la restitución, la indemnización, la rehabilitación, la satisfacción y las garantías de no repetición.