



DERECHOS

HUMANOS Y DERECHO
INTERNACIONAL
HUMANITARIO



Rodrigo Uprinsky Yepes
Inés Margarita Uprinsky Yepes
Óscar Parra Vera

**PLAN DE FORMACIÓN
DE LA RAMA JUDICIAL**

CONSEJO SUPERIOR DE LA JUDICATURA

MARTHA LUCIA OLANO DE NOGUERA
Presidente

MAX ALEJANDRO FLOREZ RODRIGUEZ
Vicepresidente

GLORIA STELLA LOPEZ JARAMILLO
JOSE AGÜSTIN SUAREZ ALBA
EDGAR CARLOS SANABRIA MELO
MARTHA VICTORIA SACHICA MENDEZ
Magistrados

ESCUELA JUDICIAL
"RODRIGO LARA BONILLA"

MARY LUCERO NOVOA MORENO
Directora



Rama Judicial
Consejo Superior de la Judicatura
República de Colombia

Escuela Judicial

"Rodrigo Lara Bonilla"

RODRIGO UPRIMNY YEPES
INÉS MARGARITA UPRIMNY YEPES
ÓSCAR PARRA VERA

DERECHOS HUMANOS Y DERECHO
INTERNACIONAL HUMANITARIO

CONSEJO SUPERIOR DE LA JUDICATURA
ESCUELA JUDICIAL "RODRIGO LARA BONILLA"

ISBN: 978-958-5857-82-4

© CONSEJO SUPERIOR DE LA JUDICATURA, 2017

Derechos exclusivos de publicación y distribución de la obra

Calle 11 No. 9ª 24 piso 4

www.csmjjudicial.gov.co

Impresión: Imprenta Nacional de Colombia

Carrera 66 No. 24-09. Tel. 457 8000

www.imprenta.gov.co

Impreso en Colombia

Printed in Colombia

Derechos Humanos y Derecho Internacional Humanitario

Módulo de Formación Autodirigida

Segunda edición ampliada y actualizada

Autores

Rodrigo Uprimny Yepes (*)

Inés Margarita Uprimny Yepes (*)

Oscar Parra Vera (*)

Investigadora de apoyo para la segunda edición

Diana Isabel Güiza Gómez (*)

(*) Director, investigadores asociados e investigadora del Centro de Estudios de Derecho, Justicia y Sociedad "Dejusticia".

Sinopsis profesional y laboral de los autores

Rodrigo Uprimny Yepes

Abogado de la Universidad Externado de Colombia. Doctor en Economía Política de la Universidad de Amiens Picardie (Francia), con un DSU (magíster) en Sociología Jurídica de la Universidad de París II, un DEA (magíster) en Socioeconomía del desarrollo de la Universidad de París I (IEDES) y un diploma de postgrado en resolución de conflictos (Universidad de Uppsala, Suecia). Tiene larga trayectoria académica e investigativa. Es profesor asociado de la Universidad Nacional de Colombia desde 1989 en el Pregrado, la Maestría y el Doctorado del programa de Derecho. Es también profesor visitante de otras universidades colombianas y extranjeras como la American University de Washington (Estados Unidos) o la Universidad de Grenoble (Francia). Fue magistrado auxiliar de la Corte Constitucional durante 11 años y durante varios meses ejerció la magistratura como magistrado encargado. Ha sido también perito de la Corte Interamericana de Derechos Humanos y conjuer de la Corte Constitucional. Actualmente se desempeña como Director del Centro de Estudios de Derecho, Justicia y Sociedad (Dejusticia). Autor de múltiples artículos sobre derechos humanos, derecho constitucional, las tensiones entre derecho y economía, narcotráfico, administración de justicia. Igualmente es autor de otros módulos de autoformación de la Escuela Judicial Rodrigo Lara Bonilla.

Inés Margarita Uprimny Yepes

Abogada de la Universidad Externado de Colombia. Master en Derecho Internacional de los Derechos Humanos de la Universidad de Lund (Suecia), en Instituciones jurídico-políticas y Derecho Público de la Universidad Nacional de Colombia y en Derechos Humanos de la Escuela Superior de Administración Pública (Bogotá). Trabaja en Naciones Unidas desde 2000 en diferentes cargos. Actualmente se desempeña como Asesora Regional de Derechos Humanos para América Latina y el Caribe del UNDG LAC (Grupo de Naciones Unidas para el Desarrollo). Durante 4 años fue Coordinadora de la Unidad de Promoción y Participación en la Oficina del Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Derechos Humanos en Colombia (2010-2014). Previamente trabajó en la Oficina Regional para América del Sur del Alto Comisionado de Naciones Unidas para los derechos humanos (2006 - 2010). Fue asesora de la Defensoría del Pueblo de Colombia (1994 - 1998) y también trabajó en organizaciones de la sociedad civil, como en la Comisión Colombiana de Juristas donde actuó como abogada ante Naciones Unidas (1998 - 2000). Es autora de varias publicaciones sobre Derechos

Humanos y Derecho Internacional Humanitario y ha sido invitada como ponente en numerosos seminarios nacionales e internacionales.

Oscar Parra Vera

Abogado y master en derecho de la Universidad Nacional de Colombia, con estudios especializados en Derechos Humanos y Derecho Humanitario en American University (Washington College of Law) y Abo Akademi University (Institute for Human Rights, Finlandia). Desde 2006 se desempeña como Abogado de la Corte Interamericana de Derechos Humanos y desde 2010 coordina uno de los grupos de trabajo del área legal. Visitante profesional en el Tribunal Europeo de Derechos Humanos (2013). Trabajó como Becario "Rómulo Gallegos" y como Consultor sobre Indicadores en Derechos Sociales en la Comisión Interamericana de Derechos Humanos. En Colombia trabajó como investigador de la Defensoría del Pueblo, en la Comisión Colombiana de Juristas y como auxiliar judicial de la Corte Constitucional. Ha sido consultor de la Escuela Judicial "Rodrigo Lara Bonilla" de Colombia, del Instituto Interamericano de Derechos Humanos, y del Centro de Derechos Humanos de la Universidad de Chile. Es profesor de la Maestría en Derechos Humanos y Democracia de la FLACSO (México) y del Instituto Internacional de Derecho Humanitario, sede Sanremo (Italia). Es miembro del Advisory Board de la Leverhulme International Network on the Inter-American Human Rights System y del Comité Editorial del Inter-American & European Human Rights Journal.

PRESENTACIÓN DIDÁCTICA DEL MÓDULO DE DERECHOS HUMANOS Y DERECHO INTERNACIONAL HUMANITARIO	10
OBJETIVOS GENERALES DEL MÓDULO	17
INTRODUCCIÓN. FUERZA VINCULANTE DE LOS DERECHOS HUMANOS EN EL ORDENAMIENTO JURÍDICO COLOMBIANO	18
<i>Instrucciones metodológicas</i>	22
UNIDAD 1. CONCEPTO, HISTORIA Y FUNDAMENTACIÓN DE LOS DERECHOS HUMANOS	23
1. Actividades pedagógicas	23
1.1. Evolución del contenido de los derechos humanos (LB)	23
1.2. Positivización de los derechos humanos (LB)	24
1.3. Derechos humanos, derechos fundamentales, derechos sociales, derechos colectivos (LB)	26
1.4. Grandes debates en derechos humanos (LI)	27
2. Ensayo. Concepto, historia y fundamentación de los derechos humanos	35
Esquema del ensayo	35
2.1. Derechos humanos, derechos constitucionales y derechos fundamentales: similitudes y diferencias	36
2.2. Evolución del contenido de los derechos humanos. Generaciones de derechos, Estado social, democrático y pluricultural de derecho y clasificación de los derechos	45
2.3. Clasificación de los derechos. Integralidad e interdependencia de los derechos	59
3. Auto-evaluación	67
4. BIBLIOGRAFÍA	68
<i>Instrucciones metodológicas</i>	73
UNIDAD 2. DIMENSIÓN INTERNACIONAL DE LOS DERECHOS HUMANOS	74
1. Actividades pedagógicas	74
1.1. Paz, soberanía y derechos humanos: la filosofía de los sistemas internacionales de protección de los derechos humanos (LB)	74
1.2. El principio de subsidiariedad y complementariedad (LB)	76
1.3. Los funcionarios judiciales, el principio de subsidiariedad y el deber de aplicar los estándares internacionales de derechos humanos (LI)	77

1.4.	Fuentes del Derecho Internacional (LB).....	80
1.5.	Principales instancias internacionales de protección de los derechos humanos (LB)	81
2.	Ensayo. Introducción al Derecho Internacional de los Derechos Humanos	82
	Esquema del ensayo.....	82
2.1.	Fundamento de los Sistemas Internacionales de Protección de los Derechos Humanos	83
2.2.	Fuentes del derecho internacional y del derecho internacional de los derechos humanos.....	85
2.3.	El Sistema Universal de Protección de los Derechos Humanos: Naciones Unidas	91
2.4.	El Sistema Interamericano de Protección de Derechos Humanos	104
2.5.	Reflexiones finales	128
3.	Auto-evaluación	129
4.	BIBLIOGRAFÍA	130
	<i>Instrucciones metodológicas</i>	133
UNIDAD 3. DERECHO INTERNACIONAL HUMANITARIO Y DERECHO PENAL INTERNACIONAL.....		134
1.	Actividades pedagógicas.....	134
1.1.	Derechos humanos y Guerra (LB).....	134
1.2.	Principio de distinción (LB)	135
1.3.	Normatividad aplicable (LI)	137
1.4.	Justicia Penal Internacional (LB)	139
2.	Ensayo. DERECHO INTERNACIONAL HUMANITARIO Y DERECHO PENAL INTERNACIONAL.....	140
	Esquema del ensayo.....	140
2.1.	El sentido del Derecho Internacional Humanitario.....	141
2.2.	Principios básicos del DIH	144
2.3.	Normatividad aplicable.....	151
2.4.	Corte Penal Internacional.....	153
2.4.	Reflexiones finales	164
3.	Auto-evaluación	164
4.	BIBLIOGRAFÍA	165

<i>Instrucciones metodológicas</i>	168
UNIDAD 4. PRINCIPIO Y DERECHO A LA IGUALDAD, A LA NO DISCRIMINACIÓN Y ENFOQUES DIFERENCIALES.....	169
1. Actividades pedagógicas.....	169
1.1. Enfoque de género: derecho a la igualdad y a la libre identidad de género [LJ]	169
1.2. Derecho a la igualdad y deber especial de protección frente a personas en situación de especial vulnerabilidad en razón de la discapacidad [LI].....	173
2. Ensayo. PRINCIPIO Y DERECHO A LA IGUALDAD, A LA NO DISCRIMINACIÓN Y ENFOQUES DIFERENCIALES.....	177
Esquema del ensayo.....	177
2.1. La fundamentabilidad e importancia del derecho a la igualdad y a la no discriminación.....	177
2.2. Complejidad y multidimensionalidad del derecho a la igualdad y a la no discriminación.....	179
2.3. La noción de categorías sospechosas, categorías potencialmente prohibidas o categorías en principio discriminatorias.....	184
2.4. Personas en situación de especial vulnerabilidad, sujetos de especial protección constitucional y enfoques diferenciales.....	186
2.5. El enfoque de género: mujeres y personas con orientación sexual o identidad de género diversas.....	189
2.6. El enfoque étnico	204
3. Auto-evaluación	210
4. BIBLIOGRAFÍA	211
<i>Instrucciones metodológicas</i>	218
UNIDAD 5. DERECHO INTERNACIONAL, DERECHO INTERNO Y BLOQUE DE CONSTITUCIONALIDAD: LA FUERZA JURÍDICA INTERNA DE LOS DERECHOS HUMANOS.....	219
1. Actividades pedagógicas.....	219
1.1. El principio de favorabilidad o <i>pro homine</i> (o <i>pro persona</i>) en la solución de conflictos normativos en el bloque de constitucionalidad. (LB).....	219
1.2. El bloque de constitucionalidad y la posible fuerza jurídica de otros estándares internacionales de derechos humanos. (LB)	222

1.3. La función supletiva o integradora de otros documentos de derechos humanos que integran el llamado "soft law". (LB)	224
2. ENSAYO. EL BLOQUE DE CONSTITUCIONALIDAD Y LA FUERZA VINCULANTE DE LOS DERECHOS HUMANOS EN EL ORDENAMIENTO COLOMBIANO	227
Esquema del ensayo.....	227
2.1. 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.....	229
2.2. El bloque de constitucionalidad y el status jurídico de los tratados de derechos humanos y derecho internacional humanitario.....	236
2.3. El bloque de constitucionalidad y la posible fuerza jurídica de otros estándares internacionales de derechos humanos.	239
3. Auto-evaluación	243
4. BIBLIOGRAFÍA	244
<i>Instrucciones metodológicas</i>	247
UNIDAD 6. PROPUESTA DOGMÁTICA Y METODOLÓGICA PARA LA SOLUCIÓN DE CASOS SOBRE DERECHOS HUMANOS: ¿CÓMO CONSTATA EL JUEZ LA VIOLACIÓN DE LOS DERECHOS HUMANOS?	248
1. Actividades pedagógicas.....	248
1.1. Análisis de casos (LB)	248
1.2. Obligaciones de los Estados (LB)	253
1.3. El problema del contenido esencial de los derechos humanos. (LI)	254
1.4. Juicio de proporcionalidad y posibilidad de restricción de derechos (LB).....	258
2. Ensayo. PROPUESTA DOGMÁTICA Y METODOLÓGICA PARA LA SOLUCIÓN DE CASOS DONDE ENTRAN EN CONFLICTO DERECHOS FUNDAMENTALES: ¿CÓMO CONSTATA EL JUEZ LA VIOLACIÓN DE LOS DERECHOS HUMANOS?	262
Esquema del ensayo.....	262
2.1. Paso 1. Precisión de la normatividad relevante y subsunción <i>prima facie</i>	264
2.2. Paso 2. Examen de imputación a partir de las obligaciones de las partes	265
2.3. Paso 3. Determinación del contenido no susceptible de restricción: contenido <i>prima facie</i> del derecho y contenido esencial de los derechos fundamentales	277

2.4. Paso 4. 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	280
3. Auto-evaluación	286
4. BIBLIOGRAFÍA	286
<i>Instrucciones metodológicas</i>	289
UNIDAD 7. PROPUESTA DOGMÁTICA Y METODOLÓGICA PARA LA SOLUCIÓN DE CASOS SOBRE DERECHOS HUMANOS: ¿CÓMO REPARA EL JUEZ LA VIOLACIÓN DE LOS DERECHOS HUMANOS?	290
1. Actividades pedagógicas	290
1.1. Selección del remedio judicial adecuado	290
1.2. Delimitación de los efectos de las órdenes judiciales	292
1.3. Seguimiento o monitoreo al cumplimiento de órdenes judiciales	293
2. Ensayo. PROPUESTA DOGMÁTICA Y METODOLÓGICA PARA LA SOLUCIÓN DE CASOS SOBRE DERECHOS HUMANOS: ¿CÓMO REPARA EL JUEZ LA VIOLACIÓN DE LOS DERECHOS HUMANOS?	295
Esquema del ensayo	295
2.1. Selección del remedio judicial adecuado	297
2.2. Delimitación de los efectos de las órdenes judiciales	299
2.3. La sentencia T-025 de 2004 y los derechos sociales de las personas en situación de desplazamiento forzado	301
2.4. Respuesta judicial estructural a la crisis del sistema de salud de Colombia: la sentencia T-760 de 2008	306
2.5. El cumplimiento de las decisiones judiciales: seguimiento y monitoreo a la implementación de los mecanismos judiciales de corrección	310
2.6. Los remedios rutinarios y caso por caso	318
3. Auto-evaluación	319
4. BIBLIOGRAFÍA	319
JURISPRUDENCIA	321
SIGLAS USADAS EN EL MÓDULO	322

PRESENTACIÓN DIDÁCTICA DEL MÓDULO DE DERECHOS HUMANOS Y DERECHO INTERNACIONAL HUMANITARIO

A continuación presentamos la segunda edición del módulo de formación judicial de Derechos Humanos y Derecho Internacional Humanitario. Luego de ocho años de la primera publicación de este trabajo, el campo de los derechos humanos ha experimentado transformaciones debido al surgimiento de nuevos debates y a la reconfiguración de cuestiones más tradicionales que se reformulan para responder a las transformaciones de las sociedades contemporáneas. Por tal razón, los autores hemos adelantado un trabajo colectivo tanto de actualización de las principales temáticas expuestas en la anterior edición, como de inclusión de otras discusiones teóricas y de la praxis jurídica en el ámbito de los derechos humanos y del derecho internacional humanitario.

Con miras a esos objetivos, hemos decidido abordar los diferentes temas en dos secciones. En la primera, desarrollamos una introducción general a los derechos humanos, con el fin de que el/la juez/a tenga los conocimientos esenciales del campo de derechos humanos, que es el conocimiento previo necesario para que los/las funcionarios/as judiciales puedan aplicar rigurosamente los derechos humanos en su labor cotidiana. Así, se actualizan temáticas ya trabajadas con anterioridad como son las que se condensan en las unidades 1, 2 y 3. Igualmente, en esta misma línea y atendiendo a los requerimientos y sugerencias de los/as lectores/as, se adiciona en la unidad 4 algunas problemáticas de derechos humanos relacionadas con el principio de no discriminación y los enfoques diferenciales. La segunda sección, por su parte, está más orientada específicamente a la labor judicial pues allí se exponen cuestiones teóricas y metodológicas que atienden más a la práctica judicial de protección de los derechos humanos. Allí, en primer lugar, se resalta el papel del/la juez/a como garante de los derechos humanos. Seguidamente, se hace una presentación renovada de la fuerza jurídica interna de los derechos humanos por vía del bloque de constitucionalidad, respecto de lo cual se subrayan las posibles tensiones hermenéuticas e interpretativas que deben resolver los operadores judiciales en este ámbito. Finalmente, se sustenta una nueva versión de la propuesta dogmática y

Para complementar estos puntos de partida del módulo, a continuación expondremos de manera gráfica –para facilitar su comprensión– los presupuestos metodológico-epistemológicos tanto del módulo en general como de cada unidad en particular.

Presupuesto metodológico-epistemológico central del módulo

Articulación de las discusiones teóricas en el ámbito de los derechos humanos y del derecho internacional humanitario, con diversas herramientas metodológicas para la solución de casos sobre violaciones de derechos humanos en la práctica judicial.

Sección 1: Una introducción general a los derechos humanos

Sección 2: La aplicación judicial de los derechos humanos

Sección 1: Una introducción general a los derechos humanos

Conocimientos esenciales del campo de derechos humanos



- i) Concepto, historia y fundamentación de los derechos humanos
- ii) Generalidades del derecho internacional de los derechos humanos
- iii) Nociones básicas de Derecho Internacional Humanitario y Derecho Penal Internacional
- vi) Derecho a la igualdad, principio de no discriminación y enfoques diferenciales



Unidad 1: Concepto, historia y fundamentación de los derechos humanos

La noción y evolución histórica del contenido de los derechos humanos para



Comprender la importancia del concepto de derechos humanos como referente de legitimidad del Estado contemporáneo y del ordenamiento jurídico

Unidad 2: Dimensión internacional de los derechos humanos

La dimensión internacional de los derechos humanos



- i) fundamento de los sistemas internacionales de protección de derechos humanos
- ii) principales fuentes internacionales de derechos humanos
- iii) principales sistemas y mecanismos internacionales de protección de derechos humanos

Unidad 3: Derecho Internacional Humanitario y Derecho Penal Internacional

Elementos básicos del Derecho Internacional Humanitario



- i) aproximación de la noción de DIH
- ii) principios básicos del DIH
- iii) principal normatividad aplicable al conflicto armado interno colombiano
- iv) principales instancias de Derecho Penal Internacional

Unidad 4: Derecho a la igualdad, principio de no discriminación y enfoques diferenciales

La igual protección de los derechos humanos → prohíbe la discriminación de las personas por cualquier condición



Personas en situación de especial vulnerabilidad merecen un trato igualitario especial → enfoques diferenciales: i) de género, ii) étnico, iii) racial, iv) edad, v) discapacidad, vi) migrantes.

Sección 2: La aplicación judicial de los derechos humanos

Elementos teóricos + metodológicos de práctica judicial



- i) bloque de constitucionalidad
- ii) ¿Cómo constata el juez la violación de derechos humanos?
- iii) ¿Cómo repara el juez la violación de derechos humanos?



Unidad 5: Derecho Internacional, Derecho Interno y Bloque de Constitucionalidad: la fuerza jurídica interna de los derechos humanos

La fuerza jurídica interna de los derechos humanos



Entre monismo y dualismo → noción de bloque de constitucionalidad

↓

Posibles tensiones hermenéuticas e interpretativas

Unidad 6: Propuesta dogmática y metodológica para la solución de casos sobre derechos humanos: ¿cómo constata el juez la violación de los derechos humanos?

¿Cómo constata el juez la violación de los derechos humanos?



- i) Precisión de la normatividad aplicable y subsunción prima facie
- ii) Examen de imputación
- iii) Determinación del contenido prima facie de los derechos y su contenido esencial
- iv) Solución de posibles tensiones entre derechos y principios: ponderación y proporcionalidad
- v) Definición de los remedios judiciales

Unidad 7: Propuesta dogmática y metodológica para la solución de casos sobre derechos humanos: ¿cómo repara el juez la violación de los derechos humanos?

¿Cómo repara el juez la violación de los derechos humanos?



- i) Selección del remedio judicial adecuado
- ii) Delimitación de los efectos de las órdenes judiciales
- iii) Seguimiento al cumplimiento de las órdenes judiciales

Al igual que la primera edición, la presente fue realizada siguiendo los lineamientos básicos de la Escuela Judicial Rodrigo Lara Bonilla sobre formación de jueces. En ese sentido, esta versión ampliada y actualizada aplica la metodología de aprendizaje autodirigido por lo que presenta los contenidos y ejercicios como dispositivos didácticos¹, con el fin de lograr el aprendizaje productivo por parte del discente. 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.

¹ Sobre este enfoque, ver Carmen Lucía Gordillo Guerrero, *Aprender a aprender en el modelo educativo de la Escuela Judicial "Rodrigo Lara Bonilla"*. Bogotá: Consejo Superior de la Judicatura, Escuela Judicial "Rodrigo Lara Bonilla", 2007.

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/as funcionarios/as 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, pasando por una esquematización de los principales contenidos. 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 aprendizaje autodirigido debe realizar las actividades pedagógicas antes de la lectura del ensayo al final de cada unidad, toda vez que de esa manera los trabajos pedagógicos rinden mejores frutos. Sin embargo, también conviene que el/la funcionario/a 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.

Teniendo en cuenta que este módulo está dirigido a lectores que por su actividad profesional tienen enormes limitaciones de tiempo, hemos creído conveniente establecer

dos niveles de lectura tanto de las actividades pedagógicas como del ensayo en cada una de las unidades. En lo que concierne a las primeras, un primer nivel de lectura (lectura básica) supone que solo se desarrollen aquellas actividades que están marcadas con «LB» en su respectivo título y que, además, son indicadas en las instrucciones metodológicas al principio de cada unidad; para el segundo nivel (lectura integral) deben desarrollarse todas las actividades pedagógicas, tanto las que están marcadas con «LB» como las que están marcadas con «LI» (lectura integral).

Pasando al ensayo, la lectura básica, que formalmente se caracteriza por un mayor tamaño del formato del texto (sin incluir las notas de pie de página), ofrece los elementos mínimos de análisis del tema del que se ocupa la respectiva unidad; la lectura integral, que además de incluir la anterior supone también la lectura del texto de formato más pequeño y las notas de pie de página, permitirá profundizar hasta cierto punto en el conocimiento de los elementos conceptuales que se enuncian en el primer nivel, profundización ésta que alcanzará un nada despreciable valor si se complementa con la lectura de las obras referenciadas en las notas de pie de página. Con todo, recurriendo a la paciencia y al entusiasmo de los lectores, no queremos dejar de invitarlos a hacer una lectura integral de un trabajo que ha sido concebido para fortalecer sus fundamentos teórico-conceptuales y sus competencias prácticas en el ámbito de los derechos humanos, todo esto con miras a contribuir al mejoramiento sustancial del que se está beneficiando la administración de justicia en nuestro país.

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, el aprendizaje autodirigido 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, el módulo fue usado para la formación de los facilitadores en un taller realizado por los autores con los funcionarios judiciales que fueron seleccionados por la escuela judicial para esa tarea. Este taller, además de contribuir a la formación de los facilitadores, jugó un papel esencial de retroalimentación, pues ayudó a detectar las insuficiencias pero también las fortalezas del módulo, lo cual permitió realizar los correspondientes ajustes. 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 un aprendizaje autodirigido 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 aprendizaje autodirigido de jueces.

En tercer término, el esquema mismo del módulo por unidades está pensado no sólo para la realización de esas labores de aprendizaje autodirigido 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 pocos días, obviamente luego de la correspondiente labor personal realizada por los participantes en su aprendizaje autodirigido individual y en grupos pequeños. El esquema básico es entonces que en el primer día se desarrolle y consolide la primera sección sobre conceptualización y fundamentación de los derechos humanos, mientras que el segundo día debería estar reservado a los problemas específicos de aplicación judicial de los derechos humanos previstos en la segunda sección del módulo.

OBJETIVOS GENERALES DEL MÓDULO

- Abordar y comprender las principales discusiones teóricas en el ámbito de los derechos humanos y del derecho internacional humanitario (*componente informativo*).
- Presentar una propuesta dogmática y metodológica para la solución de casos sobre violaciones de derechos humanos, respecto a, principalmente, la forma en que el juez puede constatar la violación y las medidas de corrección frente a la misma (*componente metodológico*).
- Reflexionar, tanto a nivel teórico como a nivel moral y político, sobre el papel del juez como garante de los derechos humanos (*componente crítico y valorativo*).

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/as funcionarios/as 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:

² Ver al respecto la unidad 5 de este módulo

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

Estos objetivos son desarrollados, como se dijo, en dos secciones que se componen de siete unidades. La primera sección, en la primera unidad, ofrece elementos teóricos para entender el concepto de derechos humanos y las problemáticas que plantea esta categoría. La segunda y tercera 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 cuarta unidad presenta algunas problemáticas contemporáneas de los derechos humanos, en especial, se focaliza en el principio de no discriminación y los enfoques diferenciales. Por su parte, la segunda sección en un aparte introductorio resalta el papel del juez imparcial e independiente como garante de derechos humanos. La quinta unidad aborda el estudio de la fuerza jurídica interna de los derechos humanos. La utilización de las herramientas y estándares en derechos humanos en el ejercicio cotidiano de la función judicial es estimulada en las unidades sexta y séptima.

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 cuenta con los módulos de formación sobre acción de tutela y 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

Sección 1

UNA INTRODUCCIÓN GENERAL A LOS DERECHOS HUMANOS

El propósito de esta primera sección es que el/la funcionario/a judicial adquiera los conocimientos esenciales del campo de los derechos humanos. Estos conocimientos no son específicos para la labor judicial, sino comunes a muchas disciplinas académicas y profesiones, por lo cual se trata de una introducción general a los derechos humanos. Sin embargo, consideramos que estos conocimientos generales son necesarios para que los/as funcionarios/as judiciales puedan aplicar rigurosamente los derechos humanos en su labor cotidiana.

Unidad 1

CONCEPTO, HISTORIA Y FUNDAMENTACIÓN DE LOS DERECHOS HUMANOS

Og	<p><i>Objetivo general</i></p> <p><i>Realizar una aproximación histórica y conceptual a los derechos humanos, para lo cual (i) se da cuenta del concepto de los derechos humanos y su relación con otras categorías jurídicas, y (ii) se estudia la evolución del contenido de los derechos humanos en articulación con el concepto de Estado Social, Democrático y Pluricultural de Derecho.</i></p>
-----------	---

Oe

Objetivos específicos

- *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 la labor judicial.*

Instrucciones metodológicas

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 aprendizaje autodirigido 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, en esa medida, tener una distancia crítica frente a lo que allí se plantea. Conforme a la distinción entre lectura básica y lectura integral, explicada en la introducción del módulo, hacen parte de la lectura básica las actividades 1, 2 y 3, mientras que la actividad 4 es parte de la lectura integral.

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

1. ACTIVIDADES PEDAGÓGICAS

ap

Actividades pedagógicas

1.1. Evolución del contenido de los derechos humanos (LB)

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

1.1.1. 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. Sólo después de haber realizado ese ejercicio, proceda a leer los párrafos que siguen.

1.1.2. 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 sólo su contenido, también la evolución de su status es de profunda relevancia para la aplicación judicial, aspecto que procedemos a estudiar a continuación.

1.2. Positivización de los derechos humanos (LB)

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

1.2.1. Formulación

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

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 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 ejemplo, ¿Por qué en cierta época se habló de universalidad abstracta y en otra de particularidad concreta?). Precísalo, explique hasta qué punto estas expresiones arrojan luces para entender si los derechos humanos son derechos naturales, derechos morales o derechos positivos.

1.2.2. 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.

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.

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.

1.3. Derechos humanos, derechos fundamentales, derechos sociales, derechos colectivos (LB)

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.

1.3.1. 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.

1.3.2. 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/la funcionario/a 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.

1.4 Grandes debates en derechos humanos (LI)

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 algunos de estos debates filosóficos: (i) el problema de la universalidad de los derechos humanos frente a la diversidad nacional y cultural al interior de los Estado-nación contemporáneos y (ii) el debate sobre la fundamentación de los derechos humanos.

1.4.1.1. Formulación

A continuación se señalan dos casos que contextualizan la tensión entre el discurso universal de los derechos humanos y la apuesta por la convivencia en la diversidad étnica y cultural.

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. Las mutilaciones genitales femeninas –término genérico que engloba diferentes mecanismos de intervención en los genitales femeninos con el fin de controlar la sexualidad de las mujeres, entre ellos la clitoridectomía, la escisión, la infibulación, los cortes, los raspados y las cauterizaciones³– son prácticas tradicionales que se realizan desde África hasta algunas regiones de Europa, pasando por Asia, Oceanía y América Latina. Para el caso africano –aplicable incluso a algunos países europeos–, la “circuncisión femenina” es una tradición que se lleva a cabo, generalmente, por brujos o curanderos y que ha arrojado como resultado la muerte de millares de niñas a causa de infecciones provocadas por dicha operación que es desarrollada sin mayores condiciones higiénicas. Además de las consecuencias en la vida y salud de las mujeres que son intervenidas, se encuentran los traumatismos en la sexualidad de aquellas.

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. Por su parte, 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 clitoris en condiciones de higiene. En contravía de quienes defienden esta tradición, 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.

Ahora bien, las mutilaciones femeninas no son una práctica tradicional exclusiva de África, Asia, Oceanía o, incluso, Europa. En América Latina algunas sociedades tradicionales también se acogen a esta tradición. Para el caso colombiano⁶, el tema salió a la luz pública hasta 2007, cuando en los medios de comunicación se registró el fallecimiento en el municipio de Pueblo Rico (Risaralda) de una niña emberá chamí, recién nacida, a quien se le realizó la clitoridectomía⁷. A partir del cubrimiento mediático de esta recién conocida práctica⁸, se prendió el debate sobre la procedencia o erradicación de la ablación femenina

⁶ Investigaciones de especial relevancia en este tema son: el proyecto Emberawera (2007-2010) a cargo del Fondo de Población de Naciones Unidas en asocio con el Consejo Regional Indígena de Risaralda-CRIR/ACIR, Sergio Estarita, *Ablación en Colombia, ¿derechos humanos o autodeterminación de los pueblos indígenas? Necesidad de una política pública y social de inclusión y reconocimiento de los derechos de las mujeres indígenas*, (tesis de maestría), Bogotá, Pontificia Universidad Javeriana, 2010; Raquel González, "La ablación genital femenina en comunidades emberá chamí", en *Cadernos Pigu*, N° 37, Campinas, 2011; Franklin Gerly Gil Hernández, "Relativismo cultural, diferencia colonial y derechos de las mujeres", Op. Cit.

⁷ Al respecto, puede consultarse las siguientes notas de prensa: "Escándalo por ablación a niñas indígenas en Colombia", publicado en *El Colombiano*, disponible en http://www.elcolombiano.com.co/BancoConocimiento/O/olac_escandaloporablacion_colprensa_jlopa_22032007/olac_escandaloporablacion_colprensa_jlopa_22032007.asp; "El gobierno creía desaparecida de Colombia la práctica de extirpación del clitoris" publicado el 22 de marzo de 2007 en <http://www.caracol.com.co/noticias/actualidad/el-gobierno-creia-desaparecida-de-colombia-la-practica-de-la-extirpacion-del-clitoris/20070322/nota/405410.aspx>

⁸ Son diferentes los registros mediáticos de esta práctica. Entre otros, véase: "A unas 8.000 indígenas embera chamí les han cortado el clitoris", publicado el 22 de marzo de 2007 y disponible en <http://www.eltiempo.com/archivo/documento/CMS-3488858>; "Bebé indígena de 15 días de nacida muere por ablación del clitoris", publicado el 30 de abril de 2012 en *El País*, disponible en <http://www.elpais.com.co/elpais/valle/noticias/bebe-indigena-15-dias-nacida-muere-por-ablacion-clitoris>; "Ablación: ritual que mutila a las emberas", publicado el 4 de noviembre de 2012, en *El Tiempo*, disponible en <http://www.eltiempo.com/archivo/documento/CMS-12355207>.

en los pueblos indígenas colombianos⁹. Entre las razones que justifican la tradición, según la investigación de Raquel González, se encuentran argumentos de tipo estético (por el tamaño del clitoris), social (como mecanismo de regulación de las relaciones erótico-afectivas de las mujeres indígenas) y familiar (para lograr la aceptación de los futuros maridos de las niñas intervenidas) que esgrimen los pueblos indígenas, en especial, los emberá chamí¹⁰. De otra parte, grupos de feministas, activistas de derechos humanos e instancias internacionales¹¹ han expresado su preocupación por la vulneración de los derechos de las mujeres mediante esta tradición y han solicitado al Estado colombiano que, contando con la participación de los pueblos indígenas interesados, realice las acciones pertinentes para eliminar la mutilación genital femenina.

Con todo, es de resaltar que recientemente las organizaciones indígenas, junto con entidades del orden internacional como el Fondo de Población de Naciones Unidas-UNFPA e instituciones estatales del orden nacional y local, han adelantado actividades pedagógicas para eliminar la ablación femenina¹². Así mismo, la Asociación de Cabildos Indígenas de Risaralda- ACIR (antes Consejo Regional Indígena de Risaralda) a finales de 2010 anunció la suspensión definitiva de dicha práctica en los resguardos unificados de Pueblo Rico y Mistrató. Y, finalmente, la UNFPA, el Instituto Colombiano de Bienestar Familiar- ICBF y la Organización Nacional Indígena de Colombia- ONIC, lideran el plan

⁹Sobre el caso puntual del fallecimiento de la niña emberá chamí, el 24 de julio de 2008 el Juzgado Promiscuo Municipal de Pueblo Rico (Risaralda) profirió sentencia donde determinó que la mutilación genital femenina realizada la interior del pueblo emberá chamí no constituye un caso de violencia intrafamiliar; pero que, no obstante, tal práctica sobrepasa los límites de la jurisdicción especial indígena y del derecho a la autodeterminación de los pueblos, por cuanto pone en riesgo valores constitucionales de mayor peso que el principio de diversidad étnica y cultural. En ese orden de ideas, en el aparte resolutivo esta instancia judicial declaró que "la ablación-mutilación genital femenina A/MGF, que se realiza en la comunidad indígena EMBERÁ-CHAMÍ del departamento de Risaralda, es una práctica bárbara, inhumana, violatoria de los derechos de la mujer y de las niñas de esa comunidad, arbitraria e injustificable, que desconoce la Constitución Nacional y los Convenios Internacionales de Derechos Humanos suscritos por Colombia".

¹⁰ Raquel González, "La ablación genital femenina en comunidades emberá chamí", Op. Cit.

¹¹ El 29 de octubre de 2013 el Comité para la eliminación de todas las formas de discriminación contra la mujer, en sus observaciones finales sobre los informes periódicos séptimo y octavo combinados de Colombia, analizó la situación de los derechos de las mujeres en el país en diversos ámbitos. Entre ellos, centró su atención en lo que denominó estereotipos y prácticas nocivas que afectan a las mujeres indígenas y afrocolombianas. Al respecto, expresó su preocupación por la tolerancia del Estado colombiano y la falta de prohibición legal frente a la mutilación genital femenina practicada en algunas comunidades indígenas. En consecuencia, el Comité recomendó al Estado colombiano, por un lado, desplegar "esfuerzos conjuntos con las autoridades indígenas para eliminar la mutilación genital femenina, entre otras cosas creando conciencia sobre sus efectos nocivos para las niñas y mujeres y velando porque se apliquen las decisiones adoptadas por el Consejo Regional de Risaralda respecto a esta práctica", y, de otra parte, prohibir la mutilación genital femenina en el ordenamiento jurídico interno.

¹² Se hace referencia al proyecto Emberawera (2007-2010), cuyo informe final puede consultarse en: <http://unfpa.org.co/wp-content/uploads/2013/09/Eb-busqueda-del-sentido-web.pdf>

nacional trabajo que tiene por fin identificar, revisar y erradicar prácticas que afecten los derechos de las niñas y mujeres indígenas.

1.4.1.2. Preguntas y ejercicios

Como se observa, ambos casos evidencian la tensión entre el discurso universal de los derechos humanos y el reto de la convivencia en la diversidad étnica y 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 aprendizaje autodirigido, sólo responda a la pregunta planteada al Grupo 3.

1.4.1.3. 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 primero, se inclina la balanza hacia el multiculturalismo mientras que, en el segundo, se reivindica la prevalencia de los derechos humanos. Con todo, los dos casos ponen de presente la tensión entre el respeto de y la convivencia en la diversidad étnica y cultural, y el discurso universal de los derechos de las mujeres, liderado por occidente. Como se reseñó, en los dos escenarios (el uso del *chador* y la ablación genital femenina) se han producido lecturas contrapuestas: por una parte, desde la racionalidad liberal, republicana y feminista, respecto al uso del *chador*, se ha dicho que el velo es un símbolo del poder masculino (del padre o hermano mayor) y confesional (por la adhesión del Estado y la sociedad a una única religión: el islam) sobre la

mujer que lo porta¹³; y en cuanto a la mutilación genital femenina, se ha afirmado que esta práctica constituye una grave violación a los derechos de las mujeres no sólo porque avala estereotipos sexistas y machistas del rol de la mujer (bajo el entendido de que esta tradición busca controlar la sexualidad de las mujeres y construir culturalmente la identidad femenina)¹⁴, sino también porque pone en riesgo la vida y salud de las mujeres debido a la falta de condiciones higiénicas de tal intervención.

De otro lado, desde la defensa de la diversidad étnica y cultural, se ha esgrimido que tanto el uso del *chador* como la ablación genital femenina hacen parte de las tradiciones y costumbres de las sociedades que las practican, por lo que el discurso democrático de occidente, en sus pretensiones de universalidad, no puede desconocerlas. Lo contrario, se argumenta a partir de este enfoque, supone la integración vertical (subordinación) de los derechos de sociedades diversas al discurso universal (occidental) de derechos y, en últimas, la asimilación colonizadora de las primeras.

Sin embargo, comprender estas situaciones problemáticas desde cualquiera de estos dos enfoques o perspectivas conlleva la primacía del discurso liberal de género respecto de la diversidad étnica y cultural, o viceversa, adoptando una posición del todo o nada, que, por consiguiente, implica la eliminación del planteamiento contrario en el debate. Frente a ello, autores como Franklin Gil sugieren que en estos casos es necesario tener presente no sólo las relaciones de género latentes sino también otros órdenes de poder como la raza, la clase y el colonialismo que les subyacen¹⁵. Así, la cuestión no se limita a disolver las relaciones de poder basadas en la construcción (o incluso imposición) cultural de identidades femeninas, sino que supone, además, reconocer la autonomía cultural y étnica de las sociedades diferenciadas. Igualmente, si se piensa la razón jurídica como razón polifónica o dialógica (lo cual será revisado en esta unidad más adelante), es posible entender que la interpretación de derechos humanos, en cierta medida contradictorios, se fundamenta en la idea de lograr la unidad (no integración) en la multiplicidad. De tal forma, la discusión sobre el uso del *chador* y la ablación genital femenina se puede replantear en términos de comprensión de las cuestiones de género y de las relaciones raciales, de clase y coloniales que se encuentran presentes en este tipo de situaciones, a partir del reequilibrio de los valores divergentes y las perspectivas confrontadas, en los que se sustentan.

¹³ Alain Badiou, "Velo", en *Rebelión*, traducido por Beatriz Morales Bastos, 2004. Disponible en <http://www.rebelion.org/hemeroteca/mujer/040226badiou.htm>

¹⁴ Raquel González, "La ablación genital femenina en comunidades emberá chami", Op. Cit.

¹⁵ Franklin Gerly Gil Hernández, "Relativismo cultural, diferencia colonial y derechos de las mujeres", Op. Cit.

1.4.2. El debate sobre la fundamentación de los derechos humanos (LI)

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

1.4.2.1. Formulación

Es posible señalar dos tendencias que critican los esfuerzos por una fundamentación, absoluta o racional, de los derechos humanos. Por una parte, Norberto Bobbio¹⁶, 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". En cambio, los positivistas insisten en que el reconocimiento jurídico de los derechos (la positivización) permite superar el debate sobre fundamentación¹⁷ o, al menos, lo hace innecesario. Así pues, 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 Rorty¹⁸. 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

¹⁶ Norberto Bobbio, "Sobre el fundamento de los derechos del hombre", en *Idem.*, *El problema de la guerra y las vías de la paz*. Barcelona: Gedisa, 1982.

¹⁷ Esta postura se refleja en el texto de Victor Abramovich y Christian Courtis, *Los derechos sociales como derechos exigibles*. Madrid: Trotta, 2002.

¹⁸ Richard Rorty, "Derechos Humanos, Racionalidad y Sentimentalidad", en S. Shute y S. Hurley (eds.), *Sobre los Derechos Humanos*. Madrid: Trotta, 1998.

fundamento *insuficiente* para resolver muchas dudas acerca de las prioridades asignadas a determinados derechos, o el alcance específico de cada uno de ellos”¹⁹. 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:

“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”.

1.4.2.2. 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 aprendizaje autodirigido, responda a la siguiente pregunta: ¿Cuál le parece la postura más apropiada?

1.4.2.3. 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.

¹⁹ Angelo Papacchini, *Los derechos humanos, un desafío a la violencia*. Bogotá: Altamir Ediciones, 1997, p. 32.

2. ENSAYO. CONCEPTO, HISTORIA Y FUNDAMENTACIÓN DE LOS DERECHOS HUMANOS²⁰

Esquema del ensayo

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

- 2.1.1. Los derechos humanos como categoría del derecho público internacional
- 2.1.2. Derechos humanos y conflicto armado
- 2.1.3. Los derechos humanos como categoría ético política
- 2.1.4. Los derechos constitucionales y los derechos fundamentales, como categorías del derecho público interno
- 2.1.5. Los derechos humanos y el derecho penal internacional
- 2.1.6. Un intento de sistematización

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

- 2.2.1. Evolución histórica de los derechos humanos según generaciones de derechos
 - 2.2.1.1. Las revoluciones burguesas y los derechos humanos: Los derechos civiles y políticos
 - 2.2.1.2. La influencia socialista y los derechos humanos: Los derechos económicos, sociales y culturales
 - 2.2.1.3. Los derechos de la solidaridad o derechos de la tercera generación
- 2.2.2. Estado Social, Democrático y Pluricultural de Derecho y derechos humanos

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



2.4. Grandes debates en derechos humanos. La universalidad de los derechos humanos frente a la diversidad cultural

²⁰ 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.

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.

2.1. 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 Estados²¹.

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"²².

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 contemporáneas²³. Los derechos humanos no son únicamente un concepto técnico jurídico que puede ser utilizado de forma aséptica, o de manera

²¹ En el mismo sentido, Fernando Savater, *Ética como amor propio*, México: Mondadori, 1991, pp. 163 y ss.

²² *Ibidem.*, p 164.

²³ Cf. Antonio Pérez Luño, *Derechos humanos, estado de derecho y constitución*, Madrid: Tecnos, 1991, pp.22 y ss.

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.

2.1.1. 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 derechos²⁴. 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.

2.1.2. 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 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 humana²⁵.

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 mutilaciones²⁶.

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.

2.1.3. 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 particular²⁷.

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

²⁵ Un mayor desarrollo sobre el DIH puede verse en la tercera unidad de este módulo.

²⁶ 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.

²⁷ 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.

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 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. 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 ésa 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 o los paramilitares- 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 representarle"²⁸.

²⁸ Luis Alberto Restrepo. "Los equívocos de los derechos humanos en Colombia" en *Análisis Político*, 16, Bogotá:

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-.

2.1.4. 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"²⁹. 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"³⁰.

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).

Universidad Nacional de Colombia, p. 23.

²⁹ Antonio Pérez Luño. *Op. cit.*, p. 31.

³⁰ Robert Alexy. *Teoría del discurso y Derechos Humanos* (Trad. de L. Villar Borda) Bogotá: Universidad Externado de Colombia, 1995, p. 65.

En cambio, un aspecto que merece una cierta atención es el debate sobre la fuerza jurídica de estos derechos constitucionales³¹. Así, hasta mediados del siglo XX, los derechos constitucionales -entonces denominados sobretudo 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.

2.1.5. 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 humanos³². 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.

2.1.6. Un intento de sistematización

³¹ 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.

³² Un mayor desarrollo sobre el derecho penal internacional puede verse en la unidad tres del presente módulo.

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	<ul style="list-style-type: none"> - 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	Crímenes de genocidio, de guerra, de agresión y de lesa humanidad	Todas las personas
Derecho Constitucional en el Estado de derecho liberal clásico	Libertades públicas o derechos públicos subjetivos	El Estado
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 de genocidio, de lesa humanidad, de Guerra y de Agresión
Entes u organismos encargados de su investigación y sanción	Investigación y juzgamiento de la justicia nacional y, en su defecto, de los sistemas internacionales	Investigación y juzgamiento de la justicia nacional. En su defecto y en su momento, la CPI como crimen de guerra o de agresión	Investigación y juzgamiento de la justicia nacional y, en su defecto, Tribunales Internacionales como la Corte Penal Internacional

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

No sólo los derechos humanos han evolucionado históricamente en el sentido de su positivización sino que también su contenido se ha modificado según generaciones de

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 de las sociedades étnica y culturalmente diferenciadas.

2.2.1. 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.

2.2.1.1. 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"³³.

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"³⁴ - 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.

³³ Georg Jellinek, *La Declaración de los Derechos del Hombre y del Ciudadano*, México: Nueva España, s.a.e., p 77.

³⁴ 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.

2.2.1.2. 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, en una simple libertad formal. La escisión del hombre en ciudadano abstracto y trabajador mostraba que el individuo real sólo 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 más 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"⁹⁵.

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 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

⁹⁵ Citado por Robert Freedman, *Marxist Social Thought*. New York: Harvest Book, p 245.

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.

2.2.1.3. 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"³⁶. 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

³⁶ Karel Vasak, "Pour une troisième génération des droits de l'homme", en *Etudes et essais sur le Droit International Humanitaire et sur les principes de la Croix Rouge en l'honneur de Jean Pictet*. Ginebra: CICR, Martinus Nijhoff Publishers, 1984, p 839.

reconocido, al haber sido consagrado mediante la Resolución 41/120 de la Asamblea General de las Naciones Unidas, el 4 de diciembre de 1986³⁷, en la cual muy significativamente el único país que se abstuvo de votar fue Estados Unidos.

2.2.2. Estado Social, Democrático y Pluricultural de Derecho y derechos humanos

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. Para ello, en este acápite nos proponemos presentar, de una parte, el proceso histórico de configuración de la ya clásica fórmula de Estado Social y Democrático de Derecho³⁸; y, de otro lado, la reciente conformación del esquema de Estado pluricultural, a partir y como resultado de la apuesta por la interculturalidad en los últimos años en América Latina.

Respecto a lo primero, debemos señalar que 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, es decir, una igualdad al servicio de las

³⁷ 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 ALISON, "Making Space for New Human Rights: The Case of the right to Development", en *Harvard Human Rights Yearbook*, Vol. I, 1988.

³⁸ 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.

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, es decir, como una cierta igualdad social conseguida gracias a la acción estatal. Esta concepción está asociada entonces a la llamada libertad positiva, es decir, 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.

Cuadro	Nº.	3.	LIBERALISMO CLÁSICO	DEMOCRACIA	SOCIALISMO
--------	-----	----	---------------------	------------	------------

Principios constitutivos del Estado Social y Democrático de Derecho		CLÁSICA	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 placido 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

Ahora bien, la comprensión de la evolución del contenido de los derechos humanos no puede perder de vista que la configuración del Estado constitucional durante los siglos XX y XXI no se ha limitado al establecimiento de la fórmula del Estado Social y Democrático de Derecho sino que, a su vez, ha incluido otros proyectos de Estado que revisten singular importancia, entre los cuales dedicaremos especial atención al Estado pluricultural.

Como lo señala Griffiths, la construcción del Estado moderno demanda la homogenización de las diferencias culturales, sociales, territoriales y de normas de regulación social³⁹. Es por ello que este tipo de Estado se fundamenta en la ecuación de la modernidad de que una cultura y una nación sustentan e integran a un Estado unitario que es la fuente única y exclusiva de un Derecho nacional⁴⁰. Sin embargo, desde la segunda mitad del siglo XX⁴¹ se ha evidenciado que al interior de los Estado-nación coexisten diversidades culturales (pluralismo cultural), nacionales (plurinacionalidad) y jurídicas (pluralismo jurídico). Esta constatación fáctica ha puesto de presente que las bases del Estado-nación moderno (una cultura y una nación que constituyen un Estado, el cual centraliza la producción de un Derecho) son, en últimas, constructos abstractos que no corresponden a la realidad de las sociedades contemporáneas.

Así pues, para superar estas constricciones del esquema Estado-nación se han propuesto fórmulas de Estado alternativas: por un lado, el Estado multicultural y, de otra parte, el Estado pluricultural. Estos modelos de Estado se inscriben en el multiculturalismo y la interculturalidad, respectivamente, las cuales son teorías que reinterpretan el Derecho, los derechos, el mismo Estado y la justicia. En tal medida, antes de pasar a revisar el

³⁹ John Griffiths, "What is Legal Pluralism?", en *Journal of Legal Pluralism*, volumen 24, 1986, pp. 5-8.

⁴⁰ Basta con revisar algunos conceptos de Estado moderno para corroborar esta afirmación. Al respecto, véase Hermann Heller, *Teoría del Estado*, México, Fondo de Cultura Económica, 1947; Joel S. Migdal, *Estados débiles, Estados fuertes*, México, Fondo de Cultura Económica, 2011; Michael Mann, "El poder autónomo del Estado: sus orígenes, mecanismos y resultados", En Carlos H. Acuña (Editor) *Lecturas sobre el Estado y las políticas públicas: Retomando el debate de ayer para fortalecer el actual*, Buenos Aires, Proyecto de Modernización del Estado- Jefatura de Gabinete de Ministerio de la Nación, 2007; Hans Kelsen, *Teoría General del Derecho y del Estado*, México, Universidad Nacional Autónoma de México, 1949.

⁴¹ A pesar de que sólo hasta mediados del siglo pasado se empezó a reconocer la diversidad cultural, nacional y jurídica que pervive al interior de los Estado-nación, como lo afirma Stuart Hall, el proceso de mestizaje étnico y cultural de las sociedades tuvo un mayor auge con la migración poblacional del siglo XV en adelante, mucho antes de la expansión europea por el mundo moderno. Este reconocimiento tardío de sociedades multiétnicas y multiculturales puede obedecer a múltiples factores, entre ellos, el colonialismo. Sin embargo, según Stuart Hall es posible identificar una clara influencia de procesos históricos de gran trascendencia del siglo XX como la Segunda Guerra Mundial, el fin de la Guerra Fría y la globalización, en esta reciente toma de conciencia de la diversidad de los Estados-nación. Al respecto, véase Stuart Hall, "La cuestión multicultural", en Eduardo Restrepo, Catherine Walsh y Víctor Vich (Editores) *Sin garantías. Trayectorias y problemáticas en estudios culturales*, Bogotá-Lima-Quito, Envión Editores, AUASB-IEP, 2010.

Estado multicultural y el Estado pluricultural, debemos hacer una precisión sucinta sobre el núcleo de las teorías del multiculturalismo y la interculturalidad.

En primer lugar, siguiendo a Sartori podemos afirmar que el multiculturalismo es un término polisémico⁴². Sin embargo, tal multiplicidad de significados no es óbice para comprender los alcances e implicaciones del multiculturalismo ni para diferenciarlo de otros términos y teorías. En cuanto a esto último, debemos señalar la distinción semántica que encuentra Stuart Hall en los conceptos multicultural y multiculturalismo. Para este autor, el primero es un adjetivo que describe la coexistencia en una sociedad de comunidades étnicas y culturales diferentes entre sí que, abogando por la defensa de su propia identidad, intentan convivir en un mismo tiempo y espacio; mientras que el segundo es un sustantivo que alude a las acciones sociales y estrategias políticas gestadas al interior de las sociedades multiculturales para enfrentar los desafíos impuestos por la diversidad y multiplicidad⁴³.

Así, podemos entender el multiculturalismo como acción(es) y estrategia(s) inacabada(s) de coexistencia en la diversidad y como teoría del derecho, de los derechos, del Estado y de la justicia. En el primer entendimiento del multiculturalismo, que denominaremos la dimensión dinámica, se encuentran tanto sus inicios en la década de los setenta principalmente en Canadá y en Estados Unidos -frente a la constatación de la coexistencia de varias naciones al interior del primero y como respuesta de los movimientos sociales al proyecto de integración nacional basado en el *melting-pot*, en el segundo⁴⁴- como la experiencia global⁴⁵ y regional⁴⁶ de Estados multiculturales. Sobre este último punto, volveremos en seguida.

Respecto al segundo entendimiento del multiculturalismo, que llamaremos la dimensión estática, entre la variedad de perspectivas teóricas sólo mencionaremos dos de los principales autores: Charles Taylor y Will Kymlicka. En términos generales, el primero, desde un enfoque comunitarista, argumenta a favor de la protección de la

⁴² Giovanni Sartori, *La sociedad multiétnica. Pluralismo, multiculturalismo y extranjeros*, México, Taurus, 2001, p. 126.

⁴³ Stuart Hall, "La cuestión multicultural", En Eduardo Restrepo, Catherine Walsh y Víctor Vich (Editores) *Sígarantías. Trayectorias y problemáticas en estudios culturales*, Bogotá-Lima-Quito, Envión Editores, AUASB-IEP, 2010, p. 583.

⁴⁴ Fidel Tubino, *Interculturalizando el multiculturalismo*, Barcelona, Monografías CIDOB, 2003, p. 1.

⁴⁵ Sólo por nombrar algunos casos: Estados Unidos, Gran Bretaña, Francia, Malasia, Sri Lanka, Nueva Zelanda, Indonesia, Sudáfrica y Nigeria.

⁴⁶ Entre las experiencias de Estado multicultural en América Latina podemos mencionar: Colombia, Perú, Argentina, Venezuela, Nicaragua, Paraguay, México, Brasil, Guatemala, Panamá, El Salvador y Costa Rica.

Por su parte, Kymlicka, con fundamento en los principios liberales de gobierno y en la versión liberal de los derechos, afirma que los postulados de dignidad y libertad resultan consistentes en la medida que las sociedades liberales respeten y protejan las *culturas societales*, las cuales se identifican a partir de elementos objetivos (como lengua, tradición, descendencia común e instituciones propias)⁴⁸ que las dota de unidad cultural.

Estos postulados teóricos del multiculturalismo han sido cuestionados en las dos últimas décadas. Según los críticos, la perspectiva teórica de Kymlicka, específicamente, se soporta en una representación egocéntrica y privativa del otro⁴⁹. Es más, como lo indica el mismo Kymlicka⁵⁰, su propuesta teórica apunta al reconocimiento diferenciado de derechos para las minorías étnicas y culturales, siempre y cuando éstas acepten y asuman los postulados del liberalismo.

Frente a las dicotomías y paradojas del multiculturalismo, la interculturalidad, como teoría y como proyecto político⁵¹, aboga por: (i) el respeto y la convivencia de y en la diversidad étnica y cultural⁵², en lugar de la mera tolerancia y coexistencia; y (ii) la igualdad y justicia sustancial de las sociedades diferenciadas étnica y culturalmente, frente al simple reconocimiento formal de sus derechos⁵³. Para tal fin, la interculturalidad pone de presente que en las sociedades multiculturales las desigualdades se generan a partir de las relaciones de poder entre culturas dominantes y subalternas y, por ende, no son solamente consecuencia de las diferencias entre mayorías y minorías (como lo expone el discurso liberal y reproduce el multiculturalismo), por un lado; y, de otra parte, entiende que la identidad cultural no se construye solamente a partir de elementos objetivos (lengua, tradición, descendencia

⁴⁸ Laura Giraudo (Editora) *Ciudadanía y derechos indígenas en América Latina: poblaciones, estados y orden internacional*, Madrid, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 2007.

⁴⁹ Will Kymlicka, *Ciudadanía multicultural: una teoría liberal de los derechos de las minorías*, Barcelona, Paidós, 2006.

⁵⁰ Edwin Cruz Rodríguez, *Pensar la interculturalidad: una invitación desde Abya-Yala/América Latina*, Quito, Ediciones Abya-Yala, 2013, p. 48.

⁵¹ Dice el autor al respecto: "He defendido el derecho de las minorías nacionales a mantenerse como sociedades culturalmente distintas, pero sólo si, y en la medida en que, estas minorías nacionales se gobiernen siguiendo los principios liberales". Will Kymlicka, *Op. cit.*, p. 213.

⁵² Catherine Walsh, "Interculturalidad crítica. Pedagogía de-colonial", en Wilmer Villa y Arturo Grueso Bonilla.

común e instituciones propias, según Kymlicka)⁵⁴ sino también, y en mayor medida, se constituye como constructo relacional⁵⁵.

Adicionalmente, la interculturalidad, a partir del reconocimiento de la diversidad étnica y cultural y en su apuesta por la convivencia de las sociedades diferenciadas, rompe la ecuación de la modernidad que sustenta al Estado moderno (*una cultura y una nación* que constituyen *un Estado*, el cual centraliza la producción de *un Derecho*) y reinterpreta el Derecho, los derechos, el Estado y la justicia, en los siguientes términos: (i) no existe solamente *un Derecho* producido única y exclusivamente por el Estado-nación, sino que el campo jurídico es "una constelación de diversas legalidades (e ilegalidades) que operan en escalas locales, nacionales y globales"⁵⁶; (ii) los derechos humanos ya no son el resultado del universalismo humanista y racional liberal que se basa en una determinada cultura (la occidental), sino que resultan de "diálogos transculturales sobre preocupaciones isomórficas"⁵⁷; (iii) el Estado no se sustenta en, ni integra por, *una nación* ni a *una cultura*, sino que se configura a partir de la convivencia de pluralidad de naciones y culturas⁵⁸; y (iv) la justicia se comprende bajo el supuesto de que "tenemos el derecho de ser iguales cuando la diferencia nos inferioriza y el derecho de ser diferentes cuando la igualdad pone en peligro nuestra identidad"⁵⁹.

Una vez hemos estudiado el núcleo de las teorías del multiculturalismo y de la interculturalidad, pasemos a revisar el Estado multicultural y el Estado pluricultural. Como lo indicamos líneas arriba, la mayor parte de sociedades diversas étnica y culturalmente, tanto a nivel global como regional (entre ellas Colombia⁶⁰), han adoptado

⁵⁴ "[E]s un error comenzar desde la posición de un observador exterior que intenta identificar a las naciones escrutando para ver qué personas tienen atributos comunes tales como la raza o la lengua. Es más, puede que encontremos gentes que comparten uno o más de esos dos atributos, y que sin embargo no constituyan una nación porque ellos mismo no piensan que formen una (los austriacos y los alemanes, por ejemplo). Por otra parte, si tomamos a aquellos pueblos que por el reconocimiento mutuo y las creencias compartidas constituyen naciones, no hay una única característica (como la raza o la religión) que tengan todos sus ciudadanos en común". David Miller, *Sobre la nacionalidad. Autodeterminación y pluralismo cultural*, Buenos Aires, Paidós, 1997, p. 39.

⁵⁵ "La interculturalidad es intrínseca a las culturas, porque las culturas son realidades situacionales, sujetos dinámicos, históricos, que se autodefinen por sus relaciones con los otros". Fidel Tubino, "Del interculturalismo funcional al interculturalismo crítico", en Mario Samaniego y Carmen Gloria Garbarini (compiladores) *Rostros y fronteras de la identidad*, Temuco, Universidad Católica de Temuco, p. 155.

⁵⁶ Boaventura de Sousa Santos, *Sociología jurídica crítica. Para un nuevo sentido común en el derecho*, Bogotá, Instituto Latinoamericano de Servicios Legales Alternativos, 2009, p. 51.

⁵⁷ *Ibidem*, p. 449.

⁵⁸ Boaventura de Sousa Santos, *Refundación del Estado en América Latina. Perspectivas desde una epistemología del Sur*, Lima, Instituto Internacional de Derecho y Sociedad – Programa Democracia y Transformación Global, 2010, p. 81.

⁵⁹ Boaventura de Sousa Santos, *Sociología jurídica crítica. Para un nuevo sentido común en el derecho*, *Op. cit.*, p. 463.

⁶⁰ 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.

la fórmula de Estado multicultural. Para el caso de América Latina, como lo afirma uno de los autores de este módulo en otro lugar⁶¹, coincidiendo en ello con otros teóricos de la región como Raquel Yrigoyen⁶², las transformaciones constitucionales "aspiracionales"⁶³ o "transformadoras"⁶⁴ de las tres últimas décadas presentan unas tendencias comunes, entre las cuales, sobre el aspecto que estamos estudiando, sobresalen: (i) el reconocimiento de algunas naciones latinoamericanas como pluriétnicas y pluriculturales; (ii) la apuesta por materializar la igualdad y luchar contra la discriminación, a través del establecimiento de una protección especial y de acciones afirmativas a favor de determinados sujetos individuales o colectivos, por razones de raza y género; (iii) el establecimiento de derechos especiales y diferenciados de personas, pueblos y comunidades en consideración de su diversidad étnica y cultural; (iv) la ampliación de los espacios políticos e institucionales para permitir la participación de sociedades diferenciadas; y (v) la apertura del Derecho nacional estatal a un pluralismo jurídico acentuado, por lo que en la interpretación de los derechos humanos se debe recurrir no sólo a ley (producida única y exclusivamente por el Estado-nación) sino también a otras fuentes del derecho como los estándares internacionales de derechos humanos y el derecho propio de los pueblos y comunidades diversas étnica y culturalmente.

Con todo, los avances del Estado multicultural en el reconocimiento y protección del pluralismo cultural, nacional y jurídico en el contexto latinoamericano, en concepto de Catherine Walsh, presentan ciertas limitaciones y paradojas. Entre ellas la principal es el proceso de integración vertical de culturas y naciones al discurso unitario estatal de corte occidental, lo que redundaría en la fragmentación de derechos y subordinación de las poblaciones étnica y culturalmente diversas. Es así como para esta autora, en la región latinoamericana las demandas reivindicatorias de los grupos étnicos contra los modelos excluyentes de Estado, fueron acogidas por el neoliberalismo en cuanto le servían a sus

⁶¹Rodrigo Uprimny Yepes, "Las transformaciones constitucionales recientes en América Latina: tendencias y desafíos", en César Rodríguez (Coordinador), *El derecho en América Latina. Un mapa para el pensamiento jurídico del siglo XXI*, Buenos Aires, Siglo Veintiuno Editores, 2011; y Rodrigo Uprimny Yepes y Luz María Sánchez, *Tres décadas de transformaciones constitucionales en América Latina: Balance y perspectivas*, documento mimeo, Bogotá, Centro de Estudios de Derecho, Justicia y Sociedad- Defjusticia.

⁶²Raquel Yrigoyen, "El horizonte del constitucionalismo pluralista: del multiculturalismo a la descolonización", en César Rodríguez (Coordinador), *El derecho en América Latina. Un mapa para el pensamiento jurídico del siglo XXI*, Op. cit.

⁶³Sobre el constitucionalismo aspiracional en América Latina, véase Mauricio García Villegas, "Constitucionalismo aspiracional. Derecho y cambio social en América Latina", en *Análisis Político*, N° 73, Bogotá, Instituto de Estudios Políticos y Relaciones Internacionales- IEPRI, Universidad Nacional de Colombia, pp. 89-110.

⁶⁴Acerca del constitucionalismo transformador: Boaventura de Sousa Santos, *Refundación del Estado en América Latina. Perspectivas desde una epistemología del Sur*, Op. cit.

pretensiones de incorporación en el mercado de los sectores tradicionalmente aislados y de consolidación de legitimidad y eficacia del Estado⁶⁵.

De cara a estas restricciones del Estado multicultural, se plantea la fórmula del Estado pluricultural ⁶⁶. Apostando a un nuevo modelo de Estado desde y por la interculturalidad, recientemente en Ecuador y Bolivia⁶⁷ se han desarrollado procesos constituyentes que, en criterio de Boaventura de Sousa Santos, tienen un marcado sentido político de la refundación del Estado⁶⁸ y que uno de los autores de este módulo en otra oportunidad⁶⁹, coincidiendo de nuevo con Raquel Yrigoyen⁷⁰, describe como proyecto "decolonizador".

Para Santos esta nueva apuesta que se basa en un constitucionalismo desde abajo y formulado desde el sur, implica por lo menos: una institucionalidad nueva (plurinacional), una autonomía nueva (autonomías asimétricas), una legalidad nueva (pluralismo jurídico), un régimen político nuevo (democracia intercultural), una territorialidad nueva (reconocimiento de diferentes territorios geopolíticos y geoculturales) y nuevas subjetividades individuales y colectivas (individuos, comunidades, naciones, pueblos, nacionalidades)⁷¹.

⁶⁵Catherine Walsh, "Interculturalidad crítica. Pedagogía de-colonial", *Op. cit.*, p. 48

⁶⁶Sobre este punto, seguimos de cerca los planteamientos de Boaventura de Sousa Santos en *Refundación del Estado en América Latina. Perspectivas desde una epistemología del Sur*, *Op. cit.* Sin embargo, la noción de Estado plurinacional de este autor es reinterpretada en este aparte en términos de Estado pluricultural. Esta nueva lectura teórica la justificamos por lo menos en el siguiente sentido. El término Estado plurinacional no abarca la totalidad de dimensiones de la compleja realidad a la que se refiere, sino sólo una de ellas: la nueva institucionalidad del Estado en su apuesta desde y por la interculturalidad. Por el contrario, el concepto de Estado pluricultural permite comprender las diversas dimensiones de nueva(s) institucionalidad(es), legalidad(es), régimen (regímenes) político(s) y territorialidad(es) desarrolladas por el autor en mención.

⁶⁷La Constitución ecuatoriana de 2008 en su artículo 1º establece que "El Ecuador es un estado social de derecho, soberano, unitario, independiente, democrático, pluricultural y multiétnico (...)". Por su parte, el artículo 1º de la Constitución boliviana reconoce que "Bolivia se constituye en un Estado Unitario Social de Derecho Plurinacional Comunitario, libre, independiente, soberano, democrático, intercultural, descentralizado y con autonomías. Bolivia se funda en la pluralidad y el pluralismo político, económico, jurídico, cultural y lingüístico, dentro del proceso integrador del país".

⁶⁸Boaventura de Sousa Santos, *Refundación del Estado en América Latina. Perspectivas desde una epistemología del Sur*, *Op. cit.*, p. 82.

⁶⁹Rodrigo Uprimny Yepes y Luz María Sánchez, *Tres décadas de transformaciones constitucionales en América Latina: Balance y perspectivas*, *Op. cit.*

⁷⁰Raquel Yrigoyen, "El horizonte del constitucionalismo pluralista: del multiculturalismo a la descolonización", *Op. cit.*

⁷¹Boaventura de Sousa Santos, *Refundación del Estado en América Latina. Perspectivas desde una epistemología del Sur*, *Op. cit.*, p. 82.

En definitiva, este recuento de la evolución del Estado constitucional en su configuración como Estado Social, Democrático y Pluricultural de Derecho nos muestra que éste es un resultado complejo en el que convergen variadas tradiciones teóricas y proyectos políticos que apuntan a la convivencia en la libertad, la democracia, la igualdad y la diversidad. Es más, la confluencia de este conjunto heterogéneo de doctrinas político-constitucionales bajo la fórmula de Estado Social, Democrático y Pluricultural de Derecho le dota de diferentes tonos y matices y lo constituye en un esquema de Estado con múltiples dimensiones que no siempre resultan 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 giró en torno a las complejas relaciones entre la tradición socialista y la democracia liberal, las cuales han tenido también fuertes repercusiones judiciales. Por último, en el siglo XXI uno de los grandes debates es el reconocimiento y convivencia en la diversidad mediante y por la igualdad y justicia sustancial en las sociedades diferenciadas étnica y culturalmente. 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.

2.3. 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 desde el concepto liberal e individualista clásico (derechos civiles y políticos, conocidos como derechos de primera generación) hasta la apuesta contemporánea, en los márgenes de la interculturalidad, por la convivencia en la diversidad (derechos colectivos, llamados derechos de tercera generación), pasando por la concepción moderna, democrática y de fuerte inspiración socialista, de derechos económicos, sociales y culturales (que corresponde a la segunda fase -o generación- de derechos humanos). Así las cosas, se ha transitado de la "libertad-autonomía a la libertad-participación, de los derechos individuales a los derechos colectivos y a los derechos de las colectividades"⁷².

⁷² Karel Vasak. *Op. cit.*, p 838.

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.

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 (en adelante PIDCP), y el artículo 1 de la Convención Americana de Derechos Humanos (CADH). 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 violaciones⁷³.

De otra parte, encontramos los derechos sociales o derechos frente al Estado. De conformidad con los artículos 2.1 del Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales (en adelante PIDESC) y 26 de la CADH, estos derechos suponen una obligación positiva de intervención estatal para que sean realizados "progresivamente". Según Víctor Abramovich y Christian Courtis, esta disposición de progresividad de los derechos sociales contenida en el PIDESC tiene una doble connotación: (i) el reconocimiento *gradual* de tales derechos para alcanzar su satisfacción plena, (ii) bajo el entendido de que la noción de *gradualidad* implica el sentido de *progreso*⁷⁴. Colateral a la realización progresiva de los derechos sociales, se encuentra la

⁷³ Ver al respecto Corte Interamericana de Derechos Humanos, Caso Velásquez Rodríguez, sentencia del 29 de julio de 1988, párr. 177.

⁷⁴ Víctor Abramovich y Christian Courtis, *Los derechos sociales como derechos exigibles*. España, Editorial Trotta, 2002.

prohibición impuesta a los Estados de adoptar medidas de cualquier índole que impliquen regresividad en el nivel de protección de tales derechos. Sobre ese punto, volveremos en el acápite sobre la propuesta dogmática y metodológica para la solución de casos sobre derechos humanos que proponemos.

Por ahora, es necesario indicar los diferentes entendimientos que han tenido los derechos sociales. En un primer momento, con fundamento en los artículos 2 del PIDCP y 1 de la CADH, de una parte, y, por otro lado, los artículos 2.1 del PIDESC y 26 de la CADH, se distinguió entre los derechos civiles y políticos frente a los derechos sociales en cuanto al tipo de obligaciones que de ellos se derivan. Así, se dijo que mientras los primeros imponen obligaciones negativas (primera visión de los derechos civiles y políticos que, como ya se señaló, fue complementada a partir del PIDCP y la CADH) y de inmediato cumplimiento, por lo que es fácil determinar la responsabilidad estatal por la infracción de estos imperativos; los segundos contienen obligaciones positivas y de cumplimiento *progresivo*, lo que hace más difícil establecer el grado de responsabilidad estatal por incumplimiento de tales cometidos. Por ello, muchos autores han considerado que los derechos sociales no tienen sanción jurídica por cuanto su desconocimiento no implica automáticamente responsabilidad estatal para indemnizar perjuicios⁷⁵. Con todo, y desde esta perspectiva, se ha indicado que 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 ha asignado el carácter de **derechos prestacionales**, lo cual significa que requieren de un desarrollo político, legislativo, económico y técnico para garantizar su expansión y cobertura⁷⁶. Igualmente, se ha afirmado que 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.

⁷⁵ Entre otros: James Cavallaro y Emily Schaffer, "Less as More: Rethinking Supranational Litigation of Economic and Social Rights in the Americas", en *Hastings Law Journal*, N° 56, 2004; Matthew Craven, "Economic, Social and Cultural Rights" en David Harris y Stephen Livingstone, *The Inter-American System of Human Rights*, Oxford, Oxford University Press, 1998; Héctor Gros Spiel, *Los derechos económicos, sociales y culturales en el Sistema Interamericano*, San José, Asodación Libro Libre, 1986.

⁷⁶ Corte Constitucional, Sentencia T-978 de 2001.

En este contexto, se abogó por la protección indirecta de los derechos sociales a través de los derechos civiles y políticos⁷⁷, lo cual en la práctica constitucional colombiana adoptó la forma de "teoría de la conexidad"⁷⁸. Por esta vía, la jurisprudencia constitucional en Colombia abandonó el criterio formalista y exegético que reconoce como derechos fundamentales exigibles judicialmente solamente a aquellos consagrados en el Capítulo I Título II de la Constitución Política y, en su lugar, optó por proteger judicialmente los derechos considerados como fundamentales según criterios materiales. Acudiendo a tales criterios y con fundamento básicamente en los principios de dignidad humana y solidaridad⁷⁹, la Corte Constitucional, a partir de las sentencias T-002 y T-406 de 1992, ha identificado los derechos fundamentales en razón de su carácter "inalienable, esencial e inherente", el rol de los tratados internacionales de derechos humanos, la posesión de un "contenido esencial", la eficacia directa / aplicación inmediata de algunos derechos y el señalamiento de derechos que poseen requisitos especiales para su modificación. La implementación de este criterio material resulta concordante con interpretaciones autorizadas del derecho internacional aplicable, según las cuales, una clasificación rígida que sitúe a los derechos sociales fuera del ámbito de protección judicial sería arbitraria e incompatible con el PIDESC y con la indivisibilidad e interdependencia entre los derechos⁸⁰.

Posteriormente, en un primer intento de superación de la distinción tajante entre derechos, y con el fin de ampliar la gama de recursos para la reparación de las víctimas de violaciones a los derechos económicos, sociales y culturales (en otros términos, la justiciabilidad de los derechos sociales)⁸¹, se han planteado diversas posibilidades

⁷⁷ Comisión Internacional de Juristas, *Los tribunales y la exigibilidad legal de los Derechos Económicos, Sociales y Culturales. Experiencias comparadas de justiciabilidad*, Serie Derechos Humanos y Estado de Derecho N° 2, Ginebra, 2009, p. 120.

⁷⁸ Según línea jurisprudencial de la Corte en este tema, los derechos fundamentales por conexidad son aquellos que no siendo denominados como tales en el texto constitucional, les es comunicada esta calificación en virtud de la íntima e inescindible relación con otros derechos fundamentales (como el derecho a la vida), de forma que si los primeros no fueron protegidos inmediatamente, se ocasionaría la vulneración o amenaza de los segundos. Véase la sentencia T-491 de 1992 que retoma el criterio establecido en la sentencia T-406 de 1992, y Osuna (2007).

⁷⁹ Por ejemplo, a partir del deber de solidaridad, entre otros elementos, ha sido posible justificar la reubicación de las personas que, en virtud del desastre natural, han quedado sin vivienda. Ver sentencia T-530 de 2011.

⁸⁰ Ver Comité de Derechos Económicos Sociales y Culturales, *La aplicación interna del Pacto*, Observación General 9, UN Doc. E/C.12/1998/24 del 3 de diciembre de 1998, párr. 10.

⁸¹ El Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales (CDESC) en su Observación General 9, sobre este punto expresó: "[e]n lo relativo a los derechos civiles y políticos, generalmente se da por supuesto que es fundamental la existencia de recursos judiciales frente a las violaciones de esos derechos. Lamentablemente, en lo relativo a los derechos económicos, sociales y culturales, con demasiada frecuencia se parte del supuesto contrario. Esta discrepancia no está justificada ni por la naturaleza de los derechos ni por las disposiciones pertinentes del Pacto". Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, *La aplicación interna del Pacto*, Consejo Económico y Social, doc. E/1999/22. 1. E/1991/23, anexo III, párr. 10.

teóricas: el concepto de "contenido mínimo esencial"⁸², el cual se traduce en obligaciones del Estado de proporcionar un "mínimo vital"⁸³ o unas "condiciones mínimas de subsistencia"⁸⁴; la puntualización de que los derechos sociales contienen obligaciones tanto de inmediato como de progresivo cumplimiento⁸⁵, indicando que dentro de las primeras se encuentran la obligación de adoptar medidas para la plena efectividad de los derechos sociales y la prohibición de discriminación⁸⁶; los parámetros de "razonabilidad", "carácter apropiado" y "proporcionalidad" para la revisión de la actividad legislativa y administrativa en el ámbito de los derechos sociales⁸⁷; la diferencia entre obligaciones de respeto (dirigidas a evitar que el Estado interfiera indebidamente el ejercicio de los derechos)⁸⁸, protección (que imponen al Estado el deber de impedir que terceros interfieran en el goce de los derechos, ya sea en la modalidad preventiva, restaurativa o compensatoria)⁸⁹ y satisfacción (que asignan al Estado el deber de incrementar el acceso a los derechos sociales)⁹⁰; y la aplicación de la

⁸² Véase la Directriz 9 de las *Directrices de Maastricht sobre Violaciones a los Derechos Económicos, Sociales y Culturales*, y el principio 22 de los *Principios de Maastricht sobre Obligaciones Extraterritoriales de los Estados en el Área de los Derechos Económicos, Sociales y Culturales*.

⁸³ Esta noción ha sido desarrollada por el Tribunal Constitucional Federal de Alemania (BVerfGE) y el Tribunal Administrativo Federal de Alemania (BVerwGE) en las siguientes sentencias, principalmente: BVerwGE 1,97 (104f); BVerwGE 1,159 (161); BVerwGE 25, 23 (27); BVerfGE 40, 121 (133, 134); BVerfGE 45, 187 (229); BVerfGE 82, 60 (85); y BVerfGE 99, 246 (259).

En el caso colombiano, el derecho fundamental al mínimo vital para asegurar la existencia digna en casos de urgencia constituyó otro importante criterio de protección judicial de derechos sociales. Este abarcó temas tales como indigencia, la vivienda, el pago debido del salario o de la pensión ya reconocida, de forma que se asegure al ciudadano su única fuente de subsistencia. Véase, por ejemplo, las sentencias T-148 de 2002 y T-344 de 2009.

⁸⁴ Tribunal Federal Suizo, *V. vs. Einwohnergemeinde X und Regierungsrat des Kanton Bern*, BGE/ATF 121/367, 27 de octubre de 1995.

⁸⁵ *Principios de Limburgo*, Principios 8, 16, 21-24. Véase también la sentencia T-760 de 2008, donde la Corte Constitucional resalta que es un "error categorial" hablar de "derechos prestacionales" toda vez que todos los derechos tienen "facetas prestacionales y facetas no prestacionales".

⁸⁶ Comisión Internacional de Juristas, *Los tribunales y la exigibilidad legal de los Derechos Económicos, Sociales y Culturales. Experiencias comparadas de justiciabilidad*, Serie Derechos Humanos y Estado de Derecho N° 2, Ginebra, 2009, pp. 30-31.

⁸⁷ La evaluación de medidas legislativas y administrativas bajo estos parámetros de "razonabilidad", "carácter apropiado o adecuado" y "proporcionalidad" se ha efectuado recurriendo a diversos criterios: mientras que aquellos más estrictos exigen al Estado demostrar que la medida adoptada es la única posible, en los criterios deferentes basta con demostrar que la medida es una opción para alcanzar el fin perseguido, sin entrar a revisar si es la única o la mejor de las posibilidades. Entre los criterios estrictos puede enunciarse la sentencia T-469 de 2013 de la Corte Constitucional Colombiana; y respecto a los segundos véase Corte Constitucional de Sudáfrica, véase *Gobierno de la República de Sudáfrica y otros vs. Irene Grootboom y otros*, 2001 (1) SA 46 (CC), 4 de octubre de 2000.

⁸⁸ Uno de los múltiples ejemplos de obligación de respeto de los derechos sociales se encuentra en: Comisión Africana de Derechos Humanos y de los Pueblos, *SERAC y CESR vs. Nigeria*, Comunicación N° 155/96, 13-27 de octubre de 2001.

⁸⁹ Siguiendo este argumento, la Corte Interamericana de Derechos Humanos condenó al Estado colombiano por violar la obligación de proteger derechos sociales, en el *Caso de las Masacres de Ituango vs. Colombia*, sentencia de 1º de julio de 2006, párrafos 172-200 y 204-235.

⁹⁰ Es el caso de la jurisprudencia constitucional colombiana en materia de salud que, en diversos escenarios constitucionales, ordena el suministro de medicamentos y/o tratamiento médico. Asimismo, en este ámbito se

como el escrutinio judicial estricto⁹¹ para revisar medidas legislativas o administrativas que establecen un trato diferenciado restrictivo de derechos), así como las garantías procesales en el ámbito de derechos sociales⁹².

En estos términos, se ha configurado la justiciabilidad directa de los derechos sociales. A nivel nacional, la jurisprudencia constitucional fue modificando su doctrina sobre la conexidad. En la sentencia T-016 de 2007 se distinguió entre el carácter fundamental de los derechos económicos, sociales y culturales y, por otra parte, las vías que estos requieren para su efectivo cumplimiento⁹³. Asimismo, la jurisprudencia señaló que en casos en los cuales el contenido de estos derechos ha perdido vaguedad e indeterminación y se relaciona con prestaciones reconocidas a favor de individuos por vía legal o reglamentaria, de forma tal que pueden ser definidas como derechos subjetivos, es admitido el carácter *iusfundamental* de la vivienda digna. Un ejemplo al respecto lo constituye la concesión y el desembolso de subsidios de vivienda cuando los adquirentes de vivienda han cumplido con todos los requisitos legales⁹⁴. Respecto al derecho al trabajo⁹⁵ y la seguridad social⁹⁶ se efectuaron consideraciones similares sobre su carácter fundamental. En cuanto al derecho a la salud, desde 2003 había iniciado una

encuentra la jurisprudencia que establece obligaciones al Estado para satisfacer los derechos de la población en situación de desplazamiento, de la cual se resalta la sentencia T-025 de 2004 y sus autos de seguimiento. A nivel internacional, sobresale la jurisprudencia de la Corte Constitucional de Sudáfrica, véase *Gobierno de la República de Sudáfrica y otros vs. Irene Grootboom y otros*, op. cit.

⁹¹ Un caso emblemático es Corte Suprema de Justicia de los Estados Unidos, *Brown vs Board of Education of Topeka*, 347 US 483, 1954.

⁹² La jurisprudencia de la Corte Europea de Derechos Humanos y de la Corte Interamericana de Derechos Humanos ha recurrido a las garantías procesales para tutelar los derechos sociales. Las referencias son múltiples, pero basta con mencionar: respecto a la Corte Europea, *Feldbrugge vs. Países Bajos*, 29 de mayo de 1986; *Mennitto vs. Italia*, 5 de octubre de 2000. En relación a la Corte Interamericana, *Baena Ricardo y otros*, sentencia de 2 de febrero de 2001, párrafos 122-143; *Cinco pensionistas vs. Perú*, sentencia de 28 de febrero de 2003, Serie C Nº 98, párrafos 127-141.

⁹³ La Corte señaló que “hoy se muestra artificioso predicar la exigencia de conexidad respecto de derechos fundamentales los cuales tienen todos —unos más que otros— una connotación prestacional innegable. Ese requerimiento debe entenderse en otros términos, es decir, en tanto enlace estrecho entre un conjunto de circunstancias que se presentan en el caso concreto y la necesidad de acudir a la acción de tutela en cuanto vía para hacer efectivo el derecho fundamental”.

⁹⁴ Ver la sentencia T-530 de 2011, en donde se reitera la línea jurisprudencial en esta materia respecto al derecho a la vivienda. La Corte precisó que no toda pretensión relacionada con la protección del derecho a la vivienda es admisible, dado que la tutela sólo será procedente “cuando se trate de (i) hipótesis referidas a la faceta de abstención o derecho de defensa de la vivienda digna, (ii) pretensiones relativas al respeto de derechos subjetivos previstos en el marco de desarrollos legales o reglamentarios que conlleven a superar la indeterminación inicial en cuanto al

jurisprudencia que lo consideraba como fundamental respecto a su 'ámbito básico'⁹⁷, posición que es ratificada y sistematizada en la sentencia T-760 de 2008.

Igualmente, la jurisprudencia ha concedido el amparo de derechos sociales fundamentales a favor de grupos de especial protección teniendo en cuenta su situación de vulnerabilidad. Por ejemplo, en el caso de los infantes⁹⁸, las personas con discapacidad⁹⁹ y los adultos mayores¹⁰⁰, se estableció que su derecho a la salud tenía el carácter de derecho fundamental autónomo. También se reconoció como fundamental el derecho a la vivienda respecto al desalojo de adultos mayores en indefensión¹⁰¹.

De tal forma, resulta más ajustado con esta versión de exigibilidad judicial, hablar de niveles de protección de los derechos civiles y políticos y de los derechos sociales, en lugar de diferenciarlos por la naturaleza de sus obligaciones. En ese sentido, podemos indicar que todos los derechos cuentan con una esfera interna, intermedia y externa de protección. Así, la exigibilidad de los derechos se proyecta desde su esfera interna, núcleo duro o "contenido mínimo esencial" hacia los niveles intermedio y externo, en los cuales se va morigerando su fuerza de irradiación, pero, en ningún caso, desaparecen las obligaciones de respeto, protección y satisfacción a cargo del Estado.

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 Estado¹⁰². En segundo término, y directamente ligadas a estos derechos civiles, algunos autores incluyen las

⁹⁷ En efecto, en la sentencia T-859 de 2003, se señaló que la protección judicial dirigida al suministro de prestaciones incluidas en el Plan Obligatorio de Salud (POS) se relacionaba con los mínimos determinados por el legislador y que, por ende, correspondía entender dicho amparo como la protección de un derecho fundamental. Se estableció entonces que, en Colombia, existe un derecho fundamental a la salud como derecho constitucional que (i) funcionalmente está dirigido a lograr la dignidad humana y (ii) se traduce en un derecho subjetivo

⁹⁸ Sentencia SU-225 de 1998.

⁹⁹ Sentencia T-850 de 2002.

¹⁰⁰ Sentencia T-1081 de 2001, reiterada en las sentencias T-004 de 2002 y T-111 de 2003.

¹⁰¹ Sentencia T-172 de 1997.

¹⁰² 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)

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 obligaciones de respeto, protección y satisfacción por parte del Estado, las cuales contienen deberes tanto de inmediato como de progresivo cumplimiento. 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"¹⁰³, 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: (i) 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

¹⁰³ 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.

ser humano libre, liberado del temor y de la miseria", como lo señalan acertadamente los Pactos de la ONU; y (ii) la interpretación de derechos humanos en sociedades multiculturales, como las contemporáneas, implica apostar por la unidad (no integración) en la multiplicidad, si se quiere lograr el respeto de y la convivencia en la diversidad étnica y cultural. Esa visión integral y de unidad en la diversidad de los derechos del hombre y -aún más importante, la 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 integralidad y a la unificación dinámica y diversa 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"¹⁰⁴.

3. AUTO-EVALUACIÓN

<p><i>ae</i></p>	<p><i>Autoevaluación</i></p> <ol style="list-style-type: none"> 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.
------------------	--

¹⁰⁴ Ernst Bloch, *Derecho Natural y Dignidad Humana*. (Trad Felipe Gonzalez) Madrid: Aguilar 1980, XII.

4. BIBLIOGRAFÍA

ABRAMOVICH, Victor y COURTIS, Christian. *Los derechos sociales como derechos exigibles*. Madrid: Trotta, 2002.

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

_____. *Teoría de los Derechos Fundamentales*. Madrid: Centro de Estudios Constitucionales, 1993.

ALTON, Philip. "Making Space for New Human Rights: The Case of the right to Development", en *Harvard Human Rights Yearbook*, Vol. I, 1988.

BADIOU, Alain. "Velo", en *Rebelión*, traducido por Beatriz Morales Bastos, 2004. Disponible en <http://www.rebelion.org/hemeroteca/mujer/040226badiou.htm>

BLOCH, Ernst. *Derecho Natural y Dignidad Humana*. (Trad Felipe Gonzalez) Madrid: Aguilar 1980, XII.

BOBBIO, Norberto. *Igualdad y Libertad*, Trad. de P. Aragón, Barcelona, Paidós, 1993.

_____. "Presente y futuro de los derechos del hombre", en *Anuario de Derechos Humanos*, Madrid, Universidad Complutense, Facultad de Derecho, Instituto de Derechos Humanos, 1981.

_____. "Sobre el fundamento de los derechos del hombre", en *Ídem*, El problema de la guerra y las vías de la paz. Barcelona: Gedisa, 1982.

CAVALLARO, James y SCHAFFER, Emily, "Less as More: Rethinking Supranational Litigation of Economic and Social Rights in the Americas", en *Hastings Law Journal*, N° 56, 2004

COMISIÓN INTERNACIONAL DE JURISTAS. *Los tribunales y la exigibilidad legal de los Derechos Económicos, Sociales y Culturales. Experiencias comparadas de justiciabilidad*, Serie Derechos Humanos y Estado de Derecho N° 2, Ginebra, 2009

COMITÉ DE DERECHOS ECONÓMICOS SOCIALES Y CULTURALES, La aplicación interna del Pacto, Observación General 9, UN Doc. E/C.12/1998/24 del 3 de diciembre de 1998

CRAVEN, Matthew. "Economic, Social and Cultural Rights" en HARRIS, David y LIVINGSTONE, Stephen. *The Inter-American System of Human Rights*, Oxford, Oxford University Press, 1998

CRUZ RODRÍGUEZ, Edwin. *Pensar la interculturalidad: una invitación desde Abya-Yala/América Latina*, Quito, Ediciones Abya-Yala, 2013.

Directriz 9 de las Directrices de Maastricht sobre Violaciones a los Derechos Económicos, Sociales y Culturales, y el principio 22 de los Principios de Maastricht sobre Obligaciones Extraterritoriales de los Estados en el Área de los Derechos Económicos, Sociales y Culturales

ESTARITA, Sergio. *Ablación en Colombia, ¿derechos humanos o autodeterminación de los pueblos indígenas? Necesidad de una política pública y social de inclusión y reconocimiento de los derechos de las mujeres indígenas* (tesis de maestría), Bogotá, Pontificia Universidad Javeriana, 2010.

FREEDMAN, Robert. *Marxist Social Thought*. New York: Harvest Book.

GARCÍA VILLEGAS, Mauricio. "Constitucionalismo aspiracional. Derecho y cambio social en América Latina", en *Análisis Político*, N° 75, Bogotá, Instituto de Estudios Políticos y Relaciones Internacionales-IEPRI, Universidad Nacional de Colombia.

GIL HERNÁNDEZ, Franklin Gerly. "Relativismo cultural, diferencia colonial y derechos de las mujeres", en ARANGO GAVIRIA, Luz Gabriela y VIVEROS, Mara. *El género: una categoría útil para las ciencias sociales*, Bogotá, Facultad de Ciencias Humanas, Universidad Nacional de Colombia, 2011

GIRAUDO, Laura (Editora) *Ciudadanía y derechos indígenas en América Latina: poblaciones, estados y orden internacional*, Madrid, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 2007.

GONZÁLEZ, Raquel. "La ablación genital femenina en comunidades emberá chami", en *Cadernos Pagu*, N° 37, Campinas, 2011

GRIFFITHS, John. "What is Legal Pluralism?", en *Journal of Legal Pluralism*, volumen 24, 1986

GROS SPIELL, Héctor. *Los derechos económicos, sociales y culturales en el Sistema Interamericano*, San José, Asociación Libro Libre, 1986.

HALL, Stuart. "La cuestión multicultural", en RESTREPO, Eduardo. WALSH, Catherine y VICH, Víctor (Editores) *Sin garantías. Trayectorias y problemáticas en estudios culturales*, Bogotá-Lima-Quito, Envión Editores, AUASB-IEP, 2010.

HELLER, Hermann. *Teoría del Estado, México*, Fondo de Cultura Económica, 1947

JELLINEK, Georg. *La Declaración de los Derechos del Hombre y del Ciudadano*, México: Nueva España.

KELSEN, Hans. *Teoría General del Derecho y del Estado*, México, Universidad Nacional Autónoma de México, 1949

KYMLICKA, Will. *Ciudadanía multicultural: una teoría liberal de los derechos de las minorías*, Barcelona, Paidós, 2006.

MANN, Michael. "El poder autónomo del Estado: sus orígenes, mecanismos y resultados", En ACUÑA, Carlos H. (Editor) *Lecturas sobre el Estado y las políticas públicas: Retomando el debate de ayer para fortalecer el actual*, Buenos Aires. Proyecto de Modernización del Estado- Jefatura de Gabinete de Ministerio de la Nación, 2007

MIGDAL, Joel S. *Estados débiles, Estados fuertes*, México, Fondo de Cultura Económica, 2011

MILLER, David. *Sobre la nacionalidad. Autodeterminación y pluralismo cultural*, Buenos Aires, Paidós, 1997.

PAPACCHINI, Angelo. *Los derechos humanos, un desafío a la violencia*. Bogotá: Altamir Ediciones, 1997.

_____. *Filosofía y derechos humanos* (2a Ed.), Cali: Ciudad y Democracia, 1995

PÉREZ LUÑO, Antonio. *Derechos humanos, estado de derecho y constitución*. Madrid: Tecnos, 1991.

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

RORTY, Richard. "Derechos Humanos, Racionalidad y Sentimentalidad", en S. Shute y S. Hurley (eds.), *Sobre los Derechos Humanos*. Madrid: Trotta, 1998.

SANTOS, Boaventura de. *Sociología jurídica crítica. Para un nuevo sentido común en el derecho*, Bogotá, Instituto Latinoamericano de Servicios Legales Alternativos, 2009.

_____. *Refundación del Estado en América Latina. Perspectivas desde una epistemología del Sur*. Lima, Instituto Internacional de Derecho y Sociedad - Programa Democracia y Transformación Global, 2010.

_____. *La globalización del derecho*. Bogotá: UN, ILSA, 1998.

_____. *De la mano de Alicia. Lo social y lo político en la post-modernidad*. Bogotá: Siglo del Hombre Editores, Uniandes

SARTORI, Giovanni. *La sociedad multiétnica. Pluralismo, multiculturalismo y extranjeros*, México, Taurus, 2001.

SAVATER, Fernando. *Ética como amor propio*, México: Mondadori, 1991.

TUBINO, Fidel. *Interculturalizando el multiculturalismo*. Barcelona, Monografías CIDOB, 2003.

_____. "Del interculturalismo funcional al interculturalismo crítico", en SAMANIEGO, Mario y GARBARINI, Carmen Gloria (compiladores) *Rostros y fronteras de la identidad*, Temuco, Universidad Católica de Temuco,

UPRIMNY, Rodrigo. *La dialéctica de los derechos humanos en Colombia*, Bogotá: Fundación Universitaria Autónoma de Colombia, 1992.

_____. "Violencia, derechos humanos y orden democrático en América Latina" en VV.AA. *Derechos humanos, democracia y desarrollo en América Latina*, Bogotá: Novib, 1993.

_____. "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.

_____. "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.

_____. "Constitución de 1991, Estado Social y Derechos Humanos: Promesas incumplidas, diagnósticos y perspectivas", en VV.AA., *El debate a la Constitución*. Bogotá: ILSA, 2002.

_____. "La uni-diversalidad de los derechos humanos" en VV.AA., *Colombia: la alegría de pensar*. Bogotá: Universidad Autónoma de Colombia.

_____. "Las transformaciones constitucionales recientes en América Latina: tendencias y desafíos", en RODRÍGUEZ, César (Coordinador), *El derecho en América Latina. Un mapa para el pensamiento jurídico del siglo XXI*, Buenos Aires, Siglo Veintiuno Editores, 2011

_____. y SÁNCHEZ, Luz María Sánchez. *Tres décadas de transformaciones constitucionales en América Latina: Balance y perspectivas*, documento mimeo, Bogotá, Centro de Estudios de Derecho, Justicia y Sociedad- DeJusticia.

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

WALSH, Catherine. "Interculturalidad crítica. Pedagogía de-colonial", en VILLA, Wilmer y GRUESO BONILLA, Arturo. *Diversidad, interculturalidad y construcción de ciudad*, Bogotá, Universidad Pedagógica Nacional, 2008.

WALSH, Catherine. *Interculturalidad, Estado, Sociedad. Luchas (de)coloniales de nuestra época*, Quito, Universidad Andina Simón Bolívar- Abya-Yala, 2009.

YRIGOYEN, Raquel. "El horizonte del constitucionalismo pluralista: del multiculturalismo a la descolonización", en *El derecho en América Latina. Un mapa para el pensamiento jurídico del siglo XXI*, Buenos Aires, Siglo Veintiuno Editores, 2011

JURISPRUDENCIA

Comisión Africana de Derechos Humanos y de los Pueblos, SERAC y CESR vs. Nigeria, Comunicación N° 155/96, 13-27 de octubre de 2001

Corte Constitucional de Colombia, Sentencias T-491 de 1992, T-172 de 1997, SU-225 de 1998, T-978 de 2001, T-1081 de 2001, T-004 de 2002, T-148 de 2002, T-850 de 2002, T-859 de 2003, T-111 de 2003, T-580 de 2007, T-447 de 2008, T-760 de 2008, T-514 de 2009, T-544 de 2009, T-617 de 2010, T-530 de 2011, T-812 de 2011, T-469 de 2013.

Corte Constitucional de Sudáfrica, Gobierno de la República de Sudáfrica y otros vs. Irene Grootboom y otros, 2001 (1) SA 46 (CC), 4 de octubre de 2000.

Corte Europea de Derechos Humanos, Feldbrugge vs. Países Bajos, 29 de mayo de 1986; Mennitto vs. Italia, 5 de octubre de 2000.

Corte Interamericana de Derechos Humanos, Caso Velásquez Rodríguez, sentencia del 29 de julio de 1988; Caso de las Masacres de Ituango vs. Colombia, sentencia de 1º de julio de 2006; Baena Ricardo y otros, sentencia de 2 de febrero de 2001, párrafos 122-143; Cinco pensionistas vs. Perú, sentencia de 28 de febrero de 2003, Serie C Nº 98

Corte Suprema de Justicia de los Estados Unidos, Brown vs Board of Education of Topeka, 347 US 483, 1954

Tribunal Federal Suizo, V. vs. Einwohnergemeine X und Regierungsrat des Kanton Bern, BGE/ATF 121/367, 27 de octubre de 1995

Tribunal Constitucional Federal de Alemania: BVerfGE 40, 121 (133, 134); BVerfGE 45, 187 (229); BVerfGE 82, 60 (85); y BVerfGE 99, 246 (259)

Tribunal Administrativo Federal de Alemania: BVerwGE 1,97 (104f); BVerwGE 1,159 (161); BVerwGE 25, 23 (27);

Unidad

2

DIMENSIÓN INTERNACIONAL DE LOS DERECHOS HUMANOS

Og

Objetivo general

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

Oe

Objetivos específicos

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

Instrucciones metodológicas

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 aprendizaje autodirigido 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. Conforme a la distinción entre lectura básica y lectura integral, explicada en la introducción del módulo, hacen parte de la lectura básica las actividades 1, 2, 4 y 5 mientras que la actividad 3 es parte de la lectura integral.

UNIDAD 2. DIMENSIÓN INTERNACIONAL DE LOS DERECHOS HUMANOS

1. ACTIVIDADES PEDAGÓGICAS

ap

Actividades pedagógicas

1.1. Paz, soberanía y derechos humanos: la filosofía de los sistemas internacionales de protección de los derechos humanos (LB)

1.1.1. 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".

1.1.2. 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.

1.1.3. 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 republicano¹⁰⁸, 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 guerra y para evitar su recurrencia crea, entre otras cosas, los Sistemas Internacionales de Protección de Derechos Humanos (SIPDH) que están edificadas sobre las duras enseñanzas de Auschwitz y de la Segunda Guerra Mundial.

¹⁰⁸ Ver Emanuel Kant, *La paz perpetua*. Madrid: Tecnos, 1985.

1.2. El principio de subsidiariedad y complementariedad (LB)

1.2.1. Pregunta

Lea los artículo 44 a 47 de la CADH y los artículos 1, 17, 19 y 20 del Estatuto de la CPI y a partir de esta lectura, trate de explicar en qué consisten los principios de subsidiariedad y complementariedad. Sólo una vez que haya contestado esta pregunta, proceda a leer los siguientes apartes.

1.2.2. 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), esto es, el principio de subsidiariedad o 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 CIDH, el Comité del PIDCP o el Comité del PIDESC, es el agotamiento de los recursos internos, conforme a los principios del Derecho Internacional generalmente reconocidos.

Por su parte, frente a la CPI, 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 la CPI, por más de que el mismo sea competente. El Estatuto de la CPI distingue entonces entre competencia y admisibilidad. Así, la Corte es competente para casos de genocidio, crímenes de guerra, crímenes de lesa humanidad y crimen de agresión, pero si internamente el Estado concernido está estudiando seriamente el caso,

a pesar de que la CPI sea competente, las denuncias no serían admisibles, debido al principio de subsidiariedad.

1.3. Los funcionarios judiciales, el principio de subsidiariedad y el deber de aplicar los estándares internacionales de derechos humanos (LI)

1.3.1. Formulación

Este ejercicio intenta evaluar hasta qué punto los/as funcionarios/as 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 quinta unidad de la segunda sección de este módulo. Sin embargo, surge la cuestión de si ese deber podría existir incluso si esos tratados de derechos humanos no estuvieran constitucionalizados en Colombia.

Este cuestionamiento puede presentarse en el siguiente caso: un juez penal conoce de la posible comisión de los delitos de genocidio y desaparición forzada ocurrida antes de que se tipificaran tales conductas punibles a nivel interno y se adoptara por vía legal estándares internacionales de derechos humanos que proscriben esas conductas. Entonces, ¿el juez penal tiene el deber de aplicar en tal caso los estándares internacionales de derechos humanos que prohíben y sancionan los delitos de genocidio y desaparición forzada, a pesar de que a la fecha de comisión de dichas conductas punibles el Estado Colombiano no había adoptado esos instrumentos en su legislación interna y no se encontraban tipificadas tales conductas punibles?. Intente dar respuesta a esta cuestión presentando los argumentos a favor y en contra de la aplicación de los estándares internacionales en la materia.

1.3.2. 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. Por ejemplo, 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."

A nivel nacional, la dimensión de las graves y masivas violaciones de derechos humanos ocurridas con ocasión del conflicto armado interno acentúa el deber judicial de aplicar los estándares internacionales de derechos humanos. Así, pese a las posibles limitaciones que puede generar la defensa a ultranza de principios tradicionales del derecho, como el principio de legalidad en materia penal en virtud del cual las conductas punibles sólo serán juzgadas y sancionadas conforme a los delitos y penas establecidos previamente por vía legal, los jueces han recurrido a argumentos, serios pero no desprovistos de críticas y polémicas, para aplicar estándares internacionales a hechos punibles que al momento de su comisión no contaban con tipificación en la ley penal o respecto de los cuales Colombia había ratificado tratados internacionales pero no los había adoptado en su legislación interna. En tales términos, la Corte Suprema de Justicia en auto de 13 de mayo de 2010 precisó que era competente para conocer la responsabilidad penal por la posible comisión, entre otros, del delito de genocidio en la

masacre de Segovia de 11 de noviembre de 1998. Al respecto, la Corte precisó que si bien es cierto para la fecha de ocurrencia de los hechos a nivel interno no se encontraba tipificado el tipo penal de genocidio (lo que ocurriría solo hasta la Ley 599 de 2000)

“[E]l Estado Colombiano tiene el deber de cumplir y hacer cumplir, mediante sus Instituciones, de investigar y juzgar las graves violaciones a Derechos Humanos, pues, es su obligación adquirida para con la humanidad mundial, definida mediante los Tratados y Convenios Internacionales que sobre la materia ha suscrito, en atención al principio *pacta sunt servanda*, así como en los Tratados que no ha suscrito pero que son vinculantes por referirse a Principios de Derecho Internacional, por su pertenencia a la Organización de las Naciones Unidas, por su aceptación de jurisdicción subsidiaria respecto de Organismos Judiciales Internacionales y que en su jurisprudencia le ha recordado y reiterado dichos deberes, como surge del fallo de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, fechada el 11 de mayo de 2007, dentro del caso de la Masacre de la Rochela Vs. Colombia (...)”.

En el mismo sentido la jurisdicción ordinaria en materia penal ha imputado el delito de desaparición forzada a los responsables por los hechos del Palacio de Justicia, a pesar de que para ese momento no se encontraba tipificada tal conducta punible y el Estado Colombiano no había ratificado tratado ni convención internacional sobre desaparición forzada. Ello en consideración de que tal conducta punible es un delito permanente, “cuya comisión comenzó en vigencia de una ley, pero que se postergó hasta el advenimiento de una legislación posterior más gravosa, se impone aplicar esta última normatividad”¹⁰⁶.

1.4. Fuentes del Derecho Internacional (LB)

1.4.1. Pregunta

La Comisión de Derechos Humanos de Naciones Unidas, sustituida por el Consejo de Derechos Humanos, 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

¹⁰⁶ Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá- Sala Penal. Sentencia de 30 de enero de 2012; radicación 110010704003200800025 09.

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.

1.4.2. 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 Constitucional¹⁰⁷. Por consiguiente, pueden ser utilizados para interpretar el alcance de normas de derechos humanos.

Precisamente, textos como estos principios muestran la importancia del estudio de las fuentes del derecho internacional de los derechos humanos, que abordamos en el punto II del ensayo de esta unidad.

1.5. Principales instancias internacionales de protección de los derechos humanos (LB)

1.5.1. Pregunta

Lea los artículos 33 a 69 de la CADH y en tres párrafos explique cuáles son las principales instituciones de protección de los derechos humanos del sistema interamericano y las fases de su procedimiento.

¹⁰⁷ Ver sentencia C-228 de 2002, Fundamento 4.2.

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

2. ENSAYO. INTRODUCCIÓN AL DERECHO INTERNACIONAL DE LOS DERECHOS HUMANOS

Esquema del ensayo

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

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

2.3. El Sistema Universal de Protección de los Derechos Humanos: Naciones Unidas

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

2.3.1.1. El Consejo de Derechos Humanos y sus procedimientos especiales

2.3.1.2. El Comité Asesor del Consejo de Derechos Humanos

2.3.1.3. El Alto Comisionado para los Derechos Humanos

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

<ul style="list-style-type: none"> • Comité de derechos humanos • Comité para eliminación de discriminación racial. • Comité para la eliminación de discriminación de las mujeres. • Comité contra la tortura. • Comité de los derechos del niño. 	<ul style="list-style-type: none"> • Comité de derechos económicos, sociales y culturales. • Comité para la protección de los derechos de todos los trabajadores migratorios y sus familiares. • Comité contra la Desaparición Forzada. • Comité sobre los derechos de las personas con discapacidad.
--	---

2.4. El Sistema Interamericano de Protección de Derechos Humanos

2.4.1. La Comisión IDH

2.4.1.1. La elaboración de informes sobre países e informes temáticos

2.4.1.2. Trámite de casos individuales

2.4.1.3. Medidas cautelares

2.4.2. La Corte Interamericana de Derechos Humanos

2.4.2.1. Función contenciosa

2.4.2.2. Función consultiva

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.

2.1. 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 Segunda Guerra Mundial, 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, tenemos 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 CIDH, el Comité del PIDCP o el Comité del PIDESC, 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.

2.2. 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 Estados¹⁰⁸.

Los tratados tienen una relevancia particular, al codificar el derecho internacional consuetudinario y generar nuevas obligaciones internacionales, por acuerdo entre los

¹⁰⁸ Corte Internacional de Justicia, caso de la Plataforma Continental del mar del Norte, sentencia de 1969, citado por Akchurt's "modern Introduction to internacional Law".

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 Tratados¹⁰⁹ 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 debido a las gravísimas violaciones a los derechos humanos cometidas durante el régimen hitleriano, 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 está recopilado en casi 200 instrumentos.

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

¹⁰⁹ 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.

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 IDH, en la Opinión Consultiva 10 de 1989:

"Para los Estados Miembros de la Organización, la Declaración es el texto que determina cuáles 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"¹¹⁰.

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") y los 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.

¹¹⁰ 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 IDH, el Comité del PIDCP o el Comité del PIDESC. 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 abiertos¹¹¹.

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 Suárez Rosero, en donde, en el párrafo 72, la Corte Interamericana acoge los criterios de la Corte Europea sobre la noción de plazo razonable¹¹².

¹¹¹ 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*, Bogotá: OACNUDH, 2004 Tomo I, pág. 329 y ss.

¹¹² "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 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"¹¹³, la "Declaración sobre los principios fundamentales de justicia para las víctimas de delitos y del abuso de poder"¹¹⁴, las "Reglas mínimas de las Naciones Unidas para la administración de la justicia de menores ("Reglas de Beijing")"¹¹⁵, o los llamados "Principios de Joinet" sobre impunidad y derechos de las víctimas¹¹⁶. Estos documentos hacen parte del llamado *soft law*, tema respecto del cual se hará alusión en la unidad quinta de la sección segunda de este módulo.

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. Dentro de los Sistemas Internacionales de Protección de Derechos Humanos- SIPDH se encuentra, por un lado, el Sistema Universal en el marco de la Organización de Naciones Unidas, y, de otra parte, los Sistemas regionales Interamericano, Europeo y Africano. La estructura básica de los SIPDH se visualiza en el siguiente mapa:

¹¹³ 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

¹¹⁴ Adoptada por la Asamblea General en su resolución 40/34, de 29 de noviembre de 1985

¹¹⁵ Adoptadas por la Asamblea General de Naciones Unidas en su resolución 40/33, de 29 de noviembre de 1985

¹¹⁶ 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). Véase su uso en la sentencia C-228 de 2002 y recientemente en la sentencia C-579 de 2013.



Tomado de: Catalina Botero Marino y Diana Esther Guzmán Rodríguez, *El Sistema de los derechos. Guía práctica del Sistema Internacional de Protección de los Derechos Humanos*, Bogotá, Dejusticia.

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 de este manual no es que los operadores judiciales se conviertan en litigantes internacionales, sino que conozcan estos sistemas y sean conscientes 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.

Unidas¹¹⁷

Se estudiará, a continuación, el funcionamiento del sistema universal de protección de los derechos humanos. En un comienzo se verán los mecanismos extraconvencionales, que no están previstos en un tratado específico, y posteriormente los convencionales, que están consagrados en un tratado determinado.

2.3.1. 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:

- El Consejo de Derechos Humanos
- El Comité Asesor del Consejo de Derechos Humanos
- La Oficina del Alto Comisionado para los Derechos Humanos

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

2.3.1.1. El Consejo de Derechos Humanos y sus procedimientos especiales

El Consejo de Derechos Humanos (en adelante el Consejo o CDH) fue creado por la Resolución 60/251 de la Asamblea General de Naciones Unidas del 15 de marzo de 2006, como órgano subsidiario de la Asamblea General y en reemplazo de la Comisión de Derechos Humanos, asumiendo pues sus mandatos, mecanismos, funciones y responsabilidades. La Comisión de Derechos Humanos tuvo su última sesión en marzo de 2006 y la primera sesión del CDH se llevó a cabo entre el 19 y 30 de junio de 2006 en Ginebra, Suiza.

El CDH está compuesto por 47 Estados elegidos por un periodo de 3 años, por votación secreta de la mayoría de los miembros de la Asamblea General, teniendo en cuenta una distribución geográfica equitativa. Los Estados al elegir los miembros del CDH deben tener en cuenta la contribución hecha por los candidatos a la promoción y protección de los derechos humanos. Igualmente, la Asamblea General, por votación de dos tercios de

los Estados presentes, puede suspender el derecho a formar parte del CDH de los Estados que comentan violaciones graves y sistemáticas de los derechos humanos. De esta manera se busca que Estados violadores de derechos humanos no hagan parte del Consejo, la cual fue en su momento una de las principales críticas hechas a la Comisión de Derechos Humanos. El CDH se reúne periódicamente a lo largo del año y, de conformidad con la Resolución 60/251, debe tener como mínimo 3 periodos de sesiones por año.

El Consejo tiene por mandato fundamental promover el respeto de los derechos humanos, estudiar las violaciones graves y sistemáticas de los derechos humanos y hacer recomendaciones al respecto (Resolución 60/251, arts. 2 y 3). Así, es un foro mundial de discusión de derechos humanos de singular importancia en el desarrollo del derecho internacional de los derechos humanos. Su trabajo se guía por los principios de universalidad, imparcialidad, objetividad y no selectividad, diálogo internacional constructivo y cooperación (Resolución 60/251, art.4).

Por medio de la Decisión 1/102 de 30 de junio de 2006 el CDH prorrogó por un año los mandatos a cargo de la Subcomisión de Promoción y Protección de los Derechos Humanos, mientras examinaba los mandatos y mecanismos de la Comisión de Derechos Humanos que el Consejo asumiría al reemplazarla. En tal decisión el Consejo dispuso que continuaría su trabajo con los mismos mandatos y mecanismos de la extinta Comisión de Derechos Humanos, así como con los grupos de trabajo y los métodos de denuncia del procedimiento 1503¹¹⁸ y el procedimiento 1235¹¹⁹. Un año después, durante su quinto periodo de sesiones, el Consejo aprobó la Resolución 5/1 de 18 de junio de 2007 por medio de la cual se adoptó “la construcción institucional del Consejo de Derechos Humanos”. Dicha resolución, entre otros aspectos, (i) reglamentó el Mecanismo de Examen Periódico Universal- EPU, (ii) determinó parámetros generales para los procedimientos especiales, (iii) creó y reguló las directrices del Comité Asesor del Consejo de Derechos Humanos y (iv) reformó el procedimiento de denuncia 1503 estableciendo “un procedimiento de denuncia para abordar los cuadros persistentes de violaciones manifiestas y fehacientemente probadas de todos los derechos humanos y de todas las libertades fundamentales que se produzcan en cualquier parte del mundo y en cualquier circunstancia” (numeral 85, Res. 5/1)

¹¹⁸ Acerca del procedimiento 1503 se puede consultar: <http://www2.ohchr.org/spanish/bodies/chr/complaints.htm>.

¹¹⁹ Véase Resolución 1235 (XLII) del Consejo Económico y Social de Naciones Unidas de 6 de junio de 1967.

Mecanismo de Examen Periódico Universal- EPU

Fue creado por la Resolución 5/1 y ha sido modificado por la Resolución 16/21 de 25 de marzo de 2011 y la Decisión 17/119 de 17 de junio de 2011, aprobadas por el CDH. Este mecanismo consiste en el examen periódico de la situación de derechos humanos en todos los Estados miembros de Naciones Unidas, con base en el cumplimiento del derecho internacional de los derechos humanos y el derecho internacional humanitario. Así, a diferencia de la facultad que tenía la extinta Comisión de Derechos Humanos de elegir los países que serían examinados, el EPU buscar evaluar a todos los Estados miembros bajo lineamientos de igualdad. Son objeto del EPU tanto los Estados miembros como los Estados observadores del CDH. El orden del EPU se determina seleccionando por sorteo en cada grupo regional¹²⁰ a los Estados miembro y observador que se examinarán primero y los demás se eligen siguiendo el orden alfabético, a menos que otros Estados se ofrezcan voluntariamente para el examen. Este examen se realiza por ciclos que tienen una periodicidad de 4 años.

En términos generales, el procedimiento es el siguiente: cada año se revisa la situación de derechos humanos en 48 de los Estados miembros de la ONU, durante 3 sesiones del Grupo de Trabajo (cada sesión se dedica a 16 Estados miembros), con base en la información compilada por la Oficina del Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Derechos Humanos que básicamente recopila los informes de los órganos convencionales y los procedimientos especiales, incluyendo las observaciones del Estado objeto de examen. Una vez se estudia dicha información por una terna de tres relatores ("Troika"), el CDH elabora un informe sobre la situación de derechos humanos en el Estado respectivo, el cual contiene recomendaciones, conclusiones y compromisos que se aceptan voluntariamente; de las recomendaciones presentadas, el Estado examinado expresa cuáles acepta y cuáles rechaza. Luego de fijadas las conclusiones, recomendaciones y compromisos contando con el concepto del Estado examinado, aquellos deberán ser asumidos por el respectivo Estado, cuya implementación deberá ser informada al CDH con cierta periodicidad.

Hasta el momento se ha realizado el primer ciclo del EPU entre 2008-2011 y se está adelantando el segundo ciclo que inició en 2012 y terminará en el 2016. En el primer ciclo, Colombia fue objeto de este examen por el Grupo de Trabajo en diciembre de 2008.

¹²⁰ Según la Resolución 60/251, para efectos del trabajo del CDH existen los grupos regionales de África (corresponde a 13 miembros del Consejo), Asia (representa 13 miembros del Consejo), Europa oriental (constituye 6 miembros), América Latina y el Caribe (corresponde a 8 miembros) y Europa occidental y otros Estados (representan 7 miembros).

De las recomendaciones formuladas en el informe final del EPU, el Estado colombiano aceptó voluntariamente compromisos en la promoción y protección de los derechos humanos de poblaciones indígenas y afrocolombianas, población en situación de desplazamiento forzado, mujeres, niños y niñas, LGBTI, defensores y defensoras de derechos humanos, sindicalistas, periodistas y personas privadas de la libertad; asimismo en ámbitos como la lucha contra violencia y mantenimiento del orden público, homicidios en persona protegida, desapariciones forzadas y tortura, minas anti-personal, lucha contra la impunidad y acceso a la justicia, procesos de la Ley Justicia y Paz, pobreza, educación y salud. Entre las obligaciones asumidas cabe resaltar las siguientes: ratificar la Convención Internacional para la Protección de todas las Personas contra las Desapariciones Forzadas; mejorar los resultados de las acciones judiciales en Justicia y Paz; reforzar los procesos de consulta previa con poblaciones indígenas y afrocolombianas, así como la protección del territorio y la jurisdicción especial de estas comunidades; y garantizar los derechos a la verdad, justicia y reparación de las víctimas del conflicto armado.

En el segundo ciclo, a inicios de 2013 Colombia presentó un informe sobre el avance en el cumplimiento de los compromisos adquiridos voluntariamente en el primer EPU del que fue objeto en 2008. En dicho informe el Estado Colombiano precisó que 49 recomendaciones fueron cumplidas a cabalidad, mientras que 84 observaciones se encontraban en proceso de cumplimiento. Dentro de las primeras sobresale la política de reparación a las víctimas, la interrelación con organismos internacionales, la adopción de estándares internacionales en materia de desaparición forzada¹²¹ y el reforzamiento del enfoque diferencial. De otro lado, los compromisos con bajos resultados fueron principalmente la lucha contra la impunidad, el desplazamiento forzado, la consolidación de la paz, la reparación a víctimas del conflicto armado y el reclutamiento forzado. En abril de 2013 el Grupo de Trabajo efectuó el segundo EPU a la situación de los derechos humanos en el país, indicando recomendaciones especialmente en el ámbito de la violencia sexual en el conflicto armado interno, la trata de personas y la adopción de medidas legislativas en relación con la jurisdicción penal militar que pueden redundar en acciones judiciales sobre violaciones de derechos humanos cometidas por la fuerza pública, con bajos niveles de imparcialidad e independencia.

Procedimiento de denuncia confidencial

¹²¹ La Convención Internacional para la Protección de todas las Personas contra las Desapariciones Forzadas, adoptada en Nueva York el 20 de diciembre de 2006, fue ratificada por Colombia el 11 de julio de 2012 y acogida en el ordenamiento jurídico interno mediante la Ley 1418 de 2010.

La citada Resolución 5/1 también dispuso un nuevo procedimiento de denuncia para que el CDH conozca los cuadros persistentes de violaciones manifiestas y fehacientemente probadas de derechos humanos y libertades fundamentales cometidas en cualquier parte del mundo y en cualquier circunstancia. El diseño de este nuevo procedimiento de denuncia se sustentó en el procedimiento 1503 y se caracteriza, principalmente, porque es imparcial, objetivo, eficiente, confidencial, orientado a las víctimas y oportuno. El nuevo procedimiento inicia con una denuncia sustentada que contenga las pruebas necesarias sobre violaciones manifiestas de derechos humanos y libertades fundamentales, presentada directamente por las víctimas o por terceros que actuando de buena fe tengan conocimiento de los hechos (por ejemplo, una ONG). La admisibilidad de la denuncia es estudiada por el Grupo de Trabajo de Comunicaciones que se compone de 5 miembros, uno por grupo regional del CDH, elegidos por el Comité Asesor del Consejo de Derechos Humanos. El Grupo de Trabajo de Comunicaciones decide si la denuncia es admisible teniendo en cuenta que ésta se refiera a violaciones manifiestas de derechos y libertades fehacientemente probadas, que no sean objeto de estudio por un procedimiento especial, un órgano convencional ni otro procedimiento de denuncia análogo del Sistema Universal de Naciones Unidas y respecto de las cuales se hayan agotado los recursos de la jurisdicción interna, a menos de que dichas acciones resulten ineficaces o puedan prolongarse injustificadamente. Luego de admitida la denuncia, el Grupo de Trabajo de Comunicaciones la remite al Estado interesado para que rinda su concepto.

Surtido este trámite inicial, el caso es analizado por el Grupo de Trabajo sobre Situaciones que se compone por representantes de los Estados miembros del CDH. Este Grupo de Trabajo debe elaborar un informe detallado del cuadro persistente de violaciones de derechos humanos y libertades fundamentales, y formular al Consejo recomendaciones acerca de la forma de proceder en el caso. Para garantizar que el procedimiento sea eficiente y oportuno, el Grupo de Trabajo de Comunicaciones y el Grupo de Trabajo sobre Situaciones se deben reunir por lo menos 2 veces al año durante 5 días hábiles en cada período de sesiones y, por su parte, el CDH debe examinar el caso por lo menos una vez al año. Con todo, entre la transmisión de la denuncia al correspondiente Estado y su estudio por el Consejo no podrá exceder, en principio, más de 24 meses. Asimismo, se garantiza que el procedimiento sea orientado a las víctimas contando con su participación en las diferentes etapas del mismo, y confidencial, a menos de que el CDH decida otra cosa. En cuanto a la confidencialidad del nuevo procedimiento de denuncia, a diferencia del anterior procedimiento 1503, el denunciante debe ser informado sobre la admisibilidad de la denuncia, si ésta se encuentra pendiente de revisión por uno de los Grupos de Trabajo o si es objeto de decisión por el CDH;

igualmente, el Consejo puede informar al público los países que son examinados, sin que pueda dar a conocer las medidas adoptadas o la naturaleza de las violaciones estudiadas.

Finalmente, respecto de una situación se puede adoptar cualquiera de las siguientes medidas debidamente justificada: "a) que se deje de examinar la situación cuando no se justifique su examen o la adopción de medidas ulteriores; b) que se mantenga la situación en estudio y se solicite al Estado interesado que proporcione información adicional dentro de un plazo de tiempo razonable; c) que se mantenga la situación en estudio y se nombre a un experto independiente y altamente calificado para que siga de cerca la situación e informe al Consejo al respecto; d) que se deje de examinar el asunto en virtud del procedimiento de denuncia confidencial para proceder a su examen público; y e) que se recomiende al ACNUDH que preste cooperación técnica, asistencia para el fomento de la capacidad o servicios de asesoramiento al Estado interesado" (numeral 109 Res 5/1).

Procedimientos especiales

Son unos procedimientos públicos especiales que en su momento eran nombrados por la Comisión de Derechos Humanos y hoy es competencia del Consejo de Derechos humanos. A través de una Resolución 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. En el marco de esos grupos de trabajo, la anterior Comisión de Derechos Humanos contribuyó a la codificación de los derechos humanos. 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. Otro importante instrumento resultó de los grupos de trabajo de la extinta Comisión es la Convención Internacional sobre Desaparición Forzada.

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 al CDH. El más usual es el Relator Especial pero igualmente puede tener otras denominaciones como la de Experto Independiente, pero el mandato es muy similar. Los primeros organismos especializados de la extinta Comisión de Derechos humanos fueron creados para investigar la situación en África 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 tuvieron un mecanismo geográfico de la anterior Comisión encargado de estudiar la situación de derechos humanos en estos países. El Experto Independiente para el caso de Haití fue creado en 1995 por la Comisión y su mandato ha sido renovado por el Consejo de Derechos Humanos en 2014. 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 lo era la anterior Comisión. También han contado con procedimiento geográfico Afganistán, Burundi, Chad, Cuba, Liberia y Uzbekistán. Actualmente tienen procedimiento geográfico por mandato creado o renovado del Consejo de Derechos Humanos Belarús, Camboya, República Centroafricana, Costa de Marfil, República Democrática Popular de Corea, Eritrea, Haití, República Islámica de Irán, Malí, Myanmar, territorios palestinos ocupados desde 1967, Somalia, Sudán y República Árabe Siria.

El relator debe presentar un informe anual al Consejo sobre la situación de derechos humanos en el país objeto de estudio y en ese momento el CDH 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

El Consejo 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 creó la anterior Comisión de Derechos Humanos 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, derechos culturales, formas contemporáneas de esclavitud incluidas sus causas y consecuencias, extrema

pobreza y los derechos humanos, la promoción de un orden internacional democrático y equitativo, la cuestión de los derechos humanos y las empresas transnacionales y otras empresas, la promoción de la verdad, la justicia, la reparación y las garantías de no repetición, entre otros.

Al igual que los mecanismos geográficos, los temáticos deben presentar anualmente un informe al CDH. Cada año el relator especial o el grupo de trabajo pueden 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. En los últimos años, tales relatores y grupos de trabajo han elaborado informes sobre la situación del derecho a la salud (2007), detenciones arbitrarias (2008), personas en situación de desplazamiento interno (2008), ejecuciones extrajudiciales, sumarias o arbitrarias (2009), poblaciones indígenas (2009), defensores de derechos humanos (2009), independencia de jueces y abogados (2009) y cuestiones de minorías (2010). 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.

2.3.1.2. El Comité Asesor del Consejo de Derechos Humanos

Fue creado con la Resolución 5/1 como órgano subsidiario en reemplazo de la Subcomisión para la Promoción y Protección de los Derechos Humanos. Se integra por 18 miembros quienes actúan a título personal y son elegidos por el CDH para periodos de tres años con posibilidad de reelección por una vez. El principal mandato del Comité es brindar asesoría especializada al CDH acerca de la promoción y protección de los derechos humanos, cuando éste lo requiera. Para tal fin, el Comité Asesor puede formular al Consejo sugerencias para que mejore su eficiencia y procedimiento, así como propuestas para que inicie nuevas investigaciones. Sin embargo, el Comité no está facultado para adoptar resoluciones y decisiones. En cuanto a los métodos de trabajo, en la citada Resolución 5/1 se estipula que el Comité Asesor se reunirá hasta por dos periodos de sesiones anuales, de un máximo de diez días laborales cada año.

Igualmente, se establece que en el ejercicio de sus actividades el Comité establezca relación con los Estados, las instituciones nacionales de derechos humanos, las ONG's y demás entidades de la sociedad civil.

2.3.1.3.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
- Coordinar la promoción y protección de derechos humanos en el sistema de la ONU
- Supervisar el 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.

sobre la situación de derechos humanos en Colombia durante el 2013. En el mismo, la Alta Comisionada, en primer lugar, felicita al Gobierno Nacional por la búsqueda de una salida negociada al conflicto armado interno y, a su vez, insta a las partes del conflicto, en especial a los grupos armados al margen de la ley, a que cesen las hostilidades y contribuyan en el esclarecimiento de la verdad y en la reparación de las víctimas. Además, la Alta Comisionada realiza recomendaciones al Estado Colombiano puntualmente en el ámbito de las protestas públicas, los derechos a la consulta y consentimiento previos de poblaciones indígenas y afrodescendientes, la realización progresiva de los derechos económicos, sociales y culturales, la situación de los defensores y defensoras de los derechos humanos y de quienes reclaman la restitución de sus tierras despojadas en el contexto del conflicto interno, y los procesos legislativos sobre la investigación y judicialización de las violaciones a los derechos humanos, específicamente la propuesta de ampliar la jurisdicción penal militar.

2.3.2. 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, pero que puede ser considerado ahora en cierta medida un órgano convencional pues está previsto por el Protocolo Facultativo al Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales.
- Comité para la protección de los derechos de todos los trabajadores migratorios y sus familiares, creado por la Convención Internacional sobre la protección de los derechos de todos los trabajadores migratorios y sus familiares.

- Comité contra la Desaparición Forzada, creado por la Convención Internacional para la protección de todas las personas contra las Desapariciones Forzadas.
- Comité sobre los derechos de las personas con discapacidad, creado por la Convención sobre los derechos de las personas con discapacidad.

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 seis 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.
- La Convención Internacional sobre la protección de los derechos de todos los trabajadores migratorios y sus familiares.
- La Convención Internacional para la protección de todas las personas contra las Desapariciones Forzadas.

- Protocolo facultativo del Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales¹²².

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.

Para que una queja sea aceptable, debe ser presentada por escrito, por la propia víctima o por su representante. No puede ser anónima y la víctima debe estar bajo la jurisdicción del Estado demandado. No puede haber sido presentada 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*

¹²² El Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales creado por el Consejo Económico y Social de Naciones Unidas mediante la Resolución 1985/17 de 28 de mayo de 1985, tuvo en un principio las funciones de revisar los informes periódicos de los Estados respecto del cumplimiento de las disposiciones del PIDESC y de interpretar el contenido de este Pacto Internacional. La función de estudiar quejas individuales por violación de los derechos económicos, sociales y culturales fue reglamentada sólo hasta diciembre de 2008 cuando se adoptó el Protocolo facultativo del Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales. Según este Pacto Internacional, el Comité DESC es competente para conocer de las denuncias individuales luego del 5 de mayo de 2013, puesto que, de conformidad con el artículo 18, el Pacto entraría en vigor tres meses después de la décima ratificación, lo cual ocurrió en febrero de 2013. Hasta la fecha, Colombia no ha ratificado dicho Protocolo facultativo.

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 Constitucional¹²³ 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.

2.4. 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 Adicional a la Convención Americana sobre derechos económicos, sociales y culturales (Protocolo de San Salvador, 1988).
- 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 tiene su origen la Carta de la Organización de Estados Americanos adoptada en 1948 y cuenta con dos órganos principales para la protección de los derechos humanos: la Comisión IDH y la Corte IDH. A continuación se

¹²³ 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.

explicarán los aspectos básicos de estos dos organismos. En los apartados pertinentes se hará mención a los principales aspectos concernientes a la reforma de los reglamentos de estos órganos en los últimos años.

2.4.1. La Comisión IDH

La Comisión IDH fue establecida en 1959 y 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 vez¹²⁴. Dentro de las funciones principales de la Comisión IDH están:

2.4.1.1. La elaboración de informes sobre países e informes temáticos

La Comisión IDH puede elaborar informes periódicos sobre la situación de derechos humanos de los países de la región. En estos informes hace un análisis general de la situación y hace recomendaciones para el mejoramiento de la situación. Para la elaboración de estos informes, la Comisión IDH 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 Estado¹²⁵. En las visitas a los países, la Comisión IDH puede realizar todas las acciones que estime pertinentes; puede recibir denuncias, visitar cárceles, hacer seguimiento de procesos judiciales, etc.

La Comisión IDH ha hecho tres informes sobre la situación de derechos humanos en Colombia. El "Tercer informe sobre la situación de derechos humanos en Colombia"¹²⁶ fue publicado por la Comisión IDH 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 Comisión IDH 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. Asimismo, durante varios años, la CIDH

¹²⁴ Artículos 2 y 3 del Estatuto de la Comisión Interamericana

¹²⁵ Artículo 18.g del Estatuto de la Comisión IDH.

¹²⁶ OEA/Ser.L/V/II.102 Doc 9 rev. 1

incluyó un análisis de la situación de Colombia dentro del capítulo cuarto de su informe anual, que se concentraba en los países con los problemas más graves en materia de derechos humanos.

Por otra parte, la Comisión Interamericana también emite informes en temas estratégicos para la promoción de los derechos humanos en la región¹²⁷. Por ejemplo, en relación con Colombia, la CIDH ha emitido un informe titulado "Las Mujeres Frente a la Violencia y la Discriminación Derivadas del Conflicto Armado en Colombia (2006)". En otras temáticas relevantes para la función judicial, cabe resaltar los informes: "Garantías para la independencia de las y los operadores de justicia" (2013), "Informe sobre el uso de la prisión preventiva en las Américas" (2014), "Informe sobre los Derechos Humanos de las Personas Privadas de Libertad en las Américas" (2012), y "Justicia Juvenil y Derechos Humanos en las Américas" (2011). Algunos de estos informes han sido utilizados en pronunciamientos de la Corte Constitucional de Colombia y constituyen una referencia importante al momento de resolver casos que involucren temáticas sobre derechos humanos.

2.4.1.2. Trámite de casos individuales

La Comisión IDH 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 denunciante¹²⁸. 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 Comisión IDH 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

¹²⁷ Dichos informes se encuentran disponibles en la dirección electrónica <http://www.oas.org/es/cidh/informes/tematicos.asp>

¹²⁸ Artículo 46 de la Convención Americana de Derechos Humanos y artículo 28 del Reglamento de la Comisión IDH.

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 Comisión IDH 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 decisión¹²⁹. 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 IDH:

"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 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)"¹³⁰.

Posteriormente, si declara el caso admisible, la Comisión IDH 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 Comisión IDH da su visto bueno a la **solución amistosa** propuesta, el proceso llega a su fin. En algunos casos colombianos se han impulsado procesos de solución amistosa, por ejemplo, respecto a las masacres de Trujillo, Villatina y Caloto¹³¹. Si por el contrario,

¹²⁹ Artículo 41 del Reglamento de la Comisión IDH.

¹³⁰ Corte Interamericana de Derechos Humanos, caso Velásquez Rodríguez, Excepciones Preliminares, sentencia del 26 de julio de 1987, párr. 91.

¹³¹ Al respecto, se creó un Comité de Impulso a la Administración de Justicia en los casos de Los Uvos, Caloto y Villatina. Ver *Informes 35/00 y 36/00 en Informe Anual de la CIDH 1999*. Ver asimismo, CIDH, INFORME N° 105/05, CASO 11.141, SOLUCIÓN AMISTOSA, MASACRE VILLATINA, COLOMBIA, 27 de octubre de 2005.

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 Comisión IDH 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 Comisión IDH, pero desde la reforma del Reglamento de la Comisión IDH 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 Comisión IDH, 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 Comisión IDH para no remitir el caso a la Corte.

2.4.1.3. Medidas cautelares

La Comisión IDH 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 personas¹³². Estas medidas se toman cuando existe un peligro inminente a los derechos de una persona o un grupo de personas.

En la última reforma del reglamento de la Comisión se precisó que:

- a. la “gravedad de la situación”, significa el serio impacto que una acción u omisión puede tener sobre un derecho protegido o sobre el efecto eventual de una decisión pendiente en un caso o petición ante los órganos del Sistema Interamericano;
- b. la “urgencia de la situación” se determina por la información que indica que el riesgo o la amenaza sean inminentes y puedan materializarse, requiriendo de esa manera acción preventiva o tutelar; y
- c. el “daño irreparable” significa la afectación sobre derechos que, por su propia naturaleza, no son susceptibles de reparación, restauración o adecuada indemnización.

¹³² Artículo 25 Reglamento de la Comisión IDH.

En el caso de Colombia, la Comisión IDH 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 Comisión IDH 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.

Otro ejemplo lo constituye la emisión de medidas cautelares por parte de la Comisión Interamericana para proteger algunos magistrados de la Corte Suprema de Justicia de Colombia que alegaban, entre diversas amenazas, la persecución por parte del Gobierno Uribe. Algunos magistrados de la Corte Suprema de Justicia hicieron uso del Sistema Interamericano para reclamar protección y garantías en el ejercicio de su labor, teniendo en cuenta que el Presidente había efectuado diversas acusaciones de corrupción y parcialidad contra la Corte. Uno de los aspectos que generó mayor choque entre el Gobierno y el Poder Judicial se relacionaba con los presuntos seguimientos e interceptaciones ilegales contra miembros de la oposición y magistrados y la acusación penal que el Presidente adelantó contra uno de los magistrados por el delito de injuria. Algunos de los beneficiarios de las medidas habían sido objeto de hostigamientos. Las presuntas víctimas denunciaron que en las interceptaciones ilegales e intervenciones de las comunicaciones de las presuntas víctimas, habrían participado, incluso, miembros de la escolta de protección asignada por el propio Estado, quienes también habrían filtrado información sobre sus movimientos a los organismos de inteligencia.¹³³

En este contexto, la Comisión Interamericana emitió medidas cautelares en favor de cuatro magistrados de la Corte Suprema y un magistrado auxiliar de dicho órgano. La Comisión consideró que dichos funcionarios se encontraban seriamente amenazados tras los seguimientos e interceptaciones ilegales. Las medidas involucraron la solicitud al Estado respecto a la protección de dichos magistrados y sus familiares, así como la investigación de los hechos originadores del riesgo¹³⁴.

¹³³ Una descripción detallada de estos hechos puede verse en Grupo Interdisciplinario por los Derechos Humanos *Explotación Sexual y Medicamentos Controlados en el contexto de la Inseguridad en Colombia*.

Otra importante decisión en este tema ocurrió el 18 de marzo de 2004 cuando la CIDH adoptó medidas cautelares a favor del Alcalde Mayor de Bogotá Gustavo Petro. La CIDH ordenó que se suspendiera inmediatamente los efectos de una decisión de la Procuraduría General de la Nación que destituía e inhabilitaba a dicho alcalde. La CIDH señaló que esta decisión tenía el objetivo de garantizar el ejercicio de los derechos políticos del alcalde Petro y para que así pudiera cumplir con el periodo para el cual fue elegido como Alcalde Mayor, hasta que la CIDH se haya pronunciado sobre la petición individual presentada en relación con el proceso sancionatorio respectivo.

La CIDH indicó que la valoración preliminar de los alegatos sobre el posible impacto en el ejercicio de los derechos políticos y la potencial destitución del Alcalde Mayor, a través de una decisión administrativa, determinaban la gravedad del asunto en los planos tutelar y cautelar. En relación con la urgencia, la CIDH manifestó que la sanción podía materializarse en cualquier momento y por la falta de certeza respecto a que los recursos internos pudieran evitar la separación de su cargo y frente a la posibilidad de que se convoque a nuevas elecciones para el cargo de alcalde y las mismas se celebren. Acerca del requisito de irreparabilidad, la Comisión consideró que, en cuanto a la dimensión cautelar, dicho requisito se materializaba por la posible generación de daños de imposible reparación de materializarse la destitución, dado que se tendría que llamar a elecciones para elegir un nuevo alcalde. Ello generaría que la eventual decisión de la CIDH se tornaría abstracta y que el señor Petro no podría regresar al cargo por el cual fue elegido por votación popular.

2.4.2. La Corte Interamericana de Derechos Humanos

La Corte IDH 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.

2.4.2.1. 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 Americana¹³⁵ y han aceptado la competencia de la Corte Interamericana¹³⁶.

Solo pueden presentar casos ante la Corte, la Comisión IDH y los Estados parte de la Convención. Las víctimas no pueden llevar los casos directamente ante la Corte, pero 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 Corte¹³⁷. Antes solo podían hacerlo en la etapa de reparaciones. Es importante anotar que el caso debe haber sido tramitado antes por la Comisión IDH.

La última reforma reglamentaria, ocurrida en 2009, introduce cambios que se relacionan con este rol protagónico que se ha ido otorgando a las personas en el litigio ante la Corte. En primer lugar, se transforma el rol de la Comisión ante la Corte. Mientras que en el pasado la Comisión podía interrogar testigos y peritos y participar como litigante ante el Tribunal, la nueva reforma le otorga un rol exclusivamente anclado en la defensa del interés público interamericano. Por ejemplo, anteriormente el proceso iniciaba con una demanda presentada por la Comisión, mientras que ahora lo único que corresponde es que la Comisión someta ante la Corte sus conclusiones en el informe sobre el fondo de los casos que le son sometidos, según el artículo 50 de la Convención Americana. Queda entonces en manos de las víctimas entrar a litigar contra el Estado respectivo lo que corresponda respecto a hechos, derecho y reparaciones.

Por otra parte, ante la Corte la Comisión ya no puede ofrecer declaraciones de testigos o de víctimas, ya no interroga testigos o peritos y solo se concentra en presentar argumentos y eventualmente peritajes sobre los asuntos de orden público interamericano que se puedan involucrar en cada caso. Este concepto se relaciona con temas "en evolución en el derecho internacional de los derechos humanos" que pueda contribuir a fortalecer las necesidades de protección del Sistema Interamericano en aspectos que trascienden los intereses específicos de las partes en un proceso determinado.

¹³⁵ De los 35 Estados de la OEA, 25 han ratificado la Convención Americana de Derechos Humanos.

¹³⁶ 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.

¹³⁷ Artículo 23 del Reglamento de la Corte.

Otro aspecto destacable de la reforma tiene que ver con la finalización del rol que en ocasiones asumía la Comisión Interamericana como representante de los intereses de las víctimas ante la Corte. Por esta razón la reforma crea la figura del “Defensor Interamericano”. Ésta puede operar en casos en que las víctimas no cuenten con representación legal debidamente acreditada, ante lo cual la Corte podrá designar un defensor de oficio –adscrito a la asociación de defensorías públicas AIDEF- para que las represente durante el proceso. Otro aspecto de la reforma reglamentaria se relaciona con la implementación del Fondo de Asistencia Legal a Víctimas, para que puedan sufragar algunos gastos relacionados con la prueba y la comparecencia ante la Corte en casos en los que las víctimas no cuenten con recursos para ello. Finalmente, otro aspecto a destacar de la reforma se relaciona con la posibilidad de que exista una pluralidad de representantes para diferentes víctimas en un mismo caso. Anteriormente, diversos grupos de víctimas tenían que nombrar un único interviniente común para el litigio ante la Corte, lo cual generaba no pocas tensiones entre los diversos intereses durante el litigio.

El procedimiento ante la Corte tiene una fase escrita y una fase oral. La primera se concentra en la presentación de los escritos principales por parte de la Comisión, las víctimas y el Estado, el cual puede interponer excepciones preliminares en su defensa. Posteriormente se abre una fase oral que se concentra en la evacuación de testimonios, peritajes y alegatos durante una audiencia pública. Finalmente la Comisión y las partes presentan sus alegatos finales escritos.

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 correspondientes.

Hasta agosto de 2014 la Corte había fallado catorce casos contra Colombia. A continuación haremos una muy breve referencia a las consideraciones de la Corte IDH de mayor relevancia para el ejercicio de la función judicial.

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

“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”,¹³⁸

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 c]uando 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 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.

¹³⁸ Corte IDH, 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.

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 interno¹³⁹.

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."¹⁴⁰

¹³⁹ Corte Interamericana de Derechos Humanos, Caso Las Palmeras (Colombia), Sentencia del 6 de diciembre de 2001, párr. 51 a 59.

¹⁴⁰ Corte IDH, Caso 19 comerciantes (Colombia), Sentencia de 5 de julio de 2004, párr. 134.

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",¹⁴¹

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.

Por su parte, en la sentencia "Gutiérrez Soler", la Corte IDH condenó al Estado colombiano por la tortura infligida a este ciudadano por agentes estatales vinculados a la investigación de la extorsión y el secuestro. El Estado colombiano reconoció su responsabilidad en este caso durante la audiencia ante la Corte IDH por las torturas y solicitó perdón al señor Gutiérrez Soler, hecho que fue positivamente valorado tanto por la Comisión IDH como por la Corte IDH y por los representantes de las víctimas¹⁴². Sin embargo, subsistió un punto importante de controversia y era el siguiente: si las autoridades colombianas habían o no investigado apropiadamente los hechos. En la sentencia del 12 de septiembre de 2005, la Corte IDH no se limitó entonces a señalar la responsabilidad de las autoridades colombianas por las torturas sino que además destacó que la investigación misma de estos hechos fue inapropiada, pues no se tuvieron en cuenta los estándares que se han desarrollado a nivel internacional para prevenir e investigar la tortura.

En particular, esos estándares han sido sistematizados en el *"Manual para la Investigación y Documentación Eficaces de la Tortura y otros tratos o penas crueles, inhumanos o degradantes"*, también conocido como *"Protocolo de Estambul"*. Este documento fue elaborado con la participación más de 75 médicos forenses, psicólogos, psiquiatras, monitores de derechos humanos y otros expertos en el tema, pertenecientes a 40 importantes organizaciones de derechos humanos de 15 países, con el fin de sintetizar no sólo los principios y estándares que deben guiar la investigación y documentación de

¹⁴¹ Ibidem párr. 140.

¹⁴² Corte IDH, Caso Gutiérrez Soler vs Colombia, Sentencia de 12 de septiembre de 2005, párrafos 29, 30 y 59.

casos de tortura sino también prácticas exitosas en la materia¹⁴⁰. Por ello el citado Protocolo de Estambul contiene no sólo las normas mínimas o principios básicos que deben guiar la investigación y documentación de la tortura (Anexo I del Protocolo) sino también un inventario de buenas prácticas en este campo sobre, por ejemplo, como realizar una inspección médica en estos eventos o como se deben redactar los informes respectivos.

A pesar de que el Protocolo de Estambul no es un tratado sino un típico documento de "soft law", la sentencia le dio enorme importancia, pues la Corte IDH concluyó que las investigaciones en este campo debía seguir los lineamientos de dicho Protocolo, por lo cual ordenó, en el punto 6 de la parte resolutive, que el Estado colombiano "debe adoptar un programa de formación que tenga en cuenta las normas internacionales establecidas en el Protocolo de Estambul". Dijo entonces la sentencia en su párrafo 110:

"En tal sentido, la Corte estima que la difusión e implementación de los parámetros establecidos en el Protocolo de Estambul puede contribuir eficazmente a la protección del derecho a la integridad personal en Colombia. Por ello, considera que el Estado debe adoptar un programa de formación que tenga en cuenta dichas normas internacionales, el cual debe estar dirigido a los médicos que cumplen sus funciones en los centros de detención oficiales y a los funcionarios del Instituto Nacional de Medicina Legal y Ciencias Forenses, así como a los fiscales y jueces encargados de la investigación y el juzgamiento de hechos como los que han afectado al señor Wilson Gutiérrez Soler, con el fin de que dichos funcionarios cuenten con los elementos técnicos y científicos necesarios para evaluar posibles situaciones de torturas o tratos crueles, inhumanos o degradantes"

Este caso pone en evidencia no sólo la importancia que pueden adquirir ciertos documentos de "soft law", como el Protocolo de Estambul sino también el papel que juegan los jueces nacionales y el principio de subsidiariedad en derechos humanos. En efecto, un punto esencial de la sentencia "Gutiérrez Soler" es que los investigadores y los jueces incumplieron la obligación de investigar seriamente la tortura, pues desconocieron estándares como los establecidos en el Protocolo de Estambul, con lo cual agravaron la violación cometida contra el peticionario y acrecieron la responsabilidad internacional del Estado colombiano.

En el Caso de la Masacre de Mapiripán, la Corte Interamericana reiteró la responsabilidad internacional del Estado colombiano por la tortura, ejecución y desaparición forzada de por lo menos 49 campesinos de Mapiripán (Meta). La Corte hizo alusión al vínculo entre las fuerzas militares

¹⁴⁰ El documento está disponible en la red, en www.unhcr.ch/pdf/81stprot_spa.pdf

colombianas y las Autodefensas Unidas de Colombia (AUC) para la creación, el mantenimiento y la operación de los grupos paramilitares, quienes ejecutaron la masacre. Se declaró entonces la responsabilidad del Estado por la acción y omisión de las autoridades y por la no adopción de las medidas necesarias para evitar la consumación de los hechos.

Con relación a la violación de garantías judiciales y protección judicial, la Corte expresó:

224. En este sentido, basado en el Manual sobre la Prevención e Investigación Efectiva de Ejecuciones Extrajudiciales, Arbitraria y Sumarias de Naciones Unidas, este Tribunal ha especificado los principios rectores que es preciso observar cuando se considera que una muerte pudo deberse a una ejecución extrajudicial. Las autoridades estatales que conducen una investigación deben intentar como mínimo, *inter alia*: a) identificar a la víctima; b) recuperar y preservar el material probatorio relacionado con la muerte, con el fin de ayudar en cualquier potencial investigación penal de los responsables; c) identificar posibles testigos y obtener sus declaraciones en relación con la muerte que se investiga; d) determinar la causa, forma, lugar y momento de la muerte, así como cualquier patrón o práctica que pueda haber causado la muerte; y e) distinguir entre muerte natural, muerte accidental, suicidio y homicidio. Además, es necesario investigar exhaustivamente la escena del crimen, se deben realizar autopsias y análisis de restos humanos, en forma rigurosa, por profesionales competentes y empleando los procedimientos más apropiados (...).

228. La negligencia de las autoridades judiciales encargadas de examinar las circunstancias de la masacre mediante la recolección oportuna de pruebas *in situ*, no puede ser subsanada con las loables pero tardías diligencias probatorias para buscar restos mortales en el fondo del río Guaviare, que la Fiscalía General de la Nación inició hasta diciembre de 2004, es decir, más de ocho años después de ocurridos los hechos. Las insuficiencias señaladas, sumadas a los intentos de encubrir los hechos por parte de algunos miembros del Ejército, pueden ser calificadas como graves faltas al deber de investigar los hechos, que afectaron definitivamente el desarrollo posterior del proceso penal (...).

235. En el presente caso, el conjunto de las faltas a los deberes de protección y de investigación ya establecidas han coadyuvado a la impunidad de la mayoría de los responsables de las violaciones cometidas. Dichas faltas evidencian una forma de continuidad del mismo *modus operandi* de los paramilitares de encubrimiento de los hechos y han desembocado en la posterior falta de efectividad del proceso penal en curso por los hechos de la masacre, en la que participaron directamente al menos 100 paramilitares con colaboración, aquiescencia y tolerancia de miembros de las Fuerzas Armadas colombianas.

236. La Corte observa que una operación de semejantes proporciones no pudo pasar desapercibida por los altos mandos militares de las zonas de donde salieron y por donde transitaban los paramilitares. Algunos de los hechos sobre la planeación y ejecución de la masacre están contenidos en el reconocimiento estatal de responsabilidad, y si bien han sido condenados algunos de los responsables de la masacre, subsiste una impunidad generalizada en el presente caso, en la medida en que no ha sido determinada toda la

los mismos. Además, es un hecho relevante que algunos de los paramilitares condenados no se encuentren cumpliendo la condena impuesta por no haberse hecho efectivas las órdenes de captura libradas en su contra.

En 2006 fue emitida sentencia en el *caso de la Masacre de Pueblo Bello*¹⁴⁴, en el cual la Corte encontró que, el 14 de enero de 1990, aproximadamente 60 miembros de una organización paramilitar irrumpieron de manera violenta en el corregimiento de Pueblo Bello, saquearon algunas viviendas y golpearon a sus habitantes. Luego, llevaron a la plaza a muchos de los hombres y, con base en una lista, secuestraron a 43 de ellos. A pesar de que las personas fueron trasladadas por una zona “declarada de emergencia y de operaciones militares”, los camiones en que iban nunca fueron detenidos por los retenes ubicados en la zona. Los secuestrados fueron trasladados a una finca donde fueron cruelmente torturados hasta su muerte. El Estado fue declarado responsable porque conocía del riesgo en el que se encontraba el pueblo atacado y no implementó las medidas necesarias para prevenir los hechos, proteger a las víctimas e investigar los hechos.

También en 2006 fue emitida la sentencia en el *Caso de las Masacres de Ituango*¹⁴⁵. El Tribunal interamericano estableció que el 10 de junio de 1996, el ejército retiró la mayoría de las unidades que operaban en la zona y las desplazó a veredas alejadas del corregimiento La Granja. Al día siguiente, un grupo de paramilitares llegó a este corregimiento y perpetraron una cadena de ejecuciones selectivas, sin que los miembros de la Fuerza Pública adoptaran medida alguna para detenerlos. Pocos meses después, a pesar de que se había solicitado medidas de protección, entre el 22 de octubre y 12 de noviembre del año 1997 tuvo lugar una nueva incursión paramilitar, ahora en el corregimiento del Aro, en el curso de la cual fueron asesinadas casi veinte personas y fue destruido e incendiado la mayor parte del casco urbano del corregimiento. La Corte IDH declaró que el Estado había violado distintos derechos de las víctimas, por haber faltado a los deberes de prevención, protección e investigación a los que el país está obligado convencionalmente.

Posteriormente, en el caso *Masacre de la Rochela Vs. Colombia*, cuya sentencia fue emitida en 2007¹⁴⁶, se analizó la ejecución, en 1989, de 12 miembros de una comisión judicial que estaba investigando crímenes cometidos por el paramilitarismo en una zona de Colombia. A pesar de que se había condenado a siete particulares y un suboficial del Ejército –por encubrimiento–, la Corte determinó que no se habían investigado diversos patrones de relación entre el grupo paramilitar que cometió la masacre con los altos mandos militares y las autoridades civiles de dicha zona. La Corte consideró que el paramilitarismo había actuado como una compleja estructura dirigida a la ejecución de estas graves violaciones de derechos y la salvaguarda de la impunidad respectiva.

¹⁴⁴ Corte IDH. Caso Masacre de Pueblo Bello Vs. Colombia. Sentencia de 31 de enero de 2006. Serie C No. 140 y Caso de la Masacre de Pueblo Bello Vs. Colombia. Interpretación de la Sentencia Fondo, Reparaciones y Costas (art.

El Tribunal recordó que había declarado la responsabilidad internacional de dicho Estado por haber emitido un marco legal a través del cual se propició la creación de grupos de autodefensa que derivaron en paramilitares¹⁴⁷, por la no adopción de medidas necesarias para terminar de forma efectiva con la situación de riesgo creada por el propio Estado a través de dicho marco legal¹⁴⁸, y por no adoptar medidas efectivas de prevención y protección de la población civil en una situación de riesgo razonablemente previsible de ataque de grupos paramilitares¹⁴⁹. Asimismo, la Corte determinó la responsabilidad por el apoyo, aquiescencia, participación y colaboración de miembros de la Fuerza Pública con paramilitares¹⁵⁰.

En el caso de la *Masacre de la Rochela*, la Corte analizó en particular un reglamento y un manual de combate de contraguerrilla que regulaban de forma más detallada las funciones y relaciones entre los grupos de civiles armados y las fuerzas de seguridad. La prueba en el caso indicaba que dichos reglamentos fomentaron diversas variables de relación institucional entre el Estado y los paramilitares, que incluían entrenamiento, organización y patrullaje, y redes de inteligencia. De otra parte, la Corte destacó la especial gravedad de los hechos, teniendo en cuenta que el Estado era responsable de una masacre perpetrada contra sus propios funcionarios judiciales cuando se encontraban cumpliendo con su deber de investigar graves violaciones de derechos humanos, y que en dicha masacre inclusive participaron agentes estatales pertenecientes a las fuerzas armadas. Además, el Tribunal precisó que tal hecho hacía parte de un patrón de asesinatos y actos de violencia contra funcionarios judiciales encargados de tales responsabilidades que tenía como objetivo intimidar y amedrentar el aparato de justicia para lograr la impunidad de los hechos.

La Corte también observó que en lugar de investigar en forma diligente los patrones sistemáticos en los que se enmarcaba el accionar de los responsables, a lo largo de 18 años de proceso penal se adelantaron por lo menos siete intentos dirigidos a identificar e individualizar aproximadamente a 100 personas que estaban señaladas por un "alias" o cuyo papel en el grupo paramilitar era claramente incierto. Asimismo, que los intentos de identificación de miembros de la Fuerza Pública se concentraron en oficiales y suboficiales de menor rango, quedando ausente la investigación de la responsabilidad de los altos mandos militares de la zona. Igualmente, que los procesos disciplinarios contra autoridades civiles y otros agentes estatales habían resultado totalmente ineficaces. El Tribunal precisó que todo lo anterior "afectó, en particular, la determinación de eventuales responsabilidades de los mandos de los batallones militares que se encontraban en el ámbito de acción de los grupos paramilitares vinculados con la masacre". Teniendo en cuenta las dimensiones de lo que no se había investigado, la Corte avanzó en la precisión de los alcances de la debida diligencia estricta en la obligación de investigar "crímenes de sistema", particularmente, la necesidad

¹⁴⁷ Corte I.D.H., *Caso 19 Comerciantes Vs. Colombia. Fondo, Reparaciones y Costas*. Sentencia de 5 de julio de 2004. Serie C No. 109, párrs. 115 a 124.

¹⁴⁸ Corte I.D.H., *Caso de las Masacres de Ituango Vs. Colombia. Excepción Preliminar, Fondo, Reparaciones y Costas*. Sentencia de 1 de julio de 2006. Serie C No. 148, párrs. 134 y 135, y Corte I.D.H., *Caso de la Masacre de Pueblo Bello Vs. Colombia. Fondo, Reparaciones y Costas*. Sentencia de 31 de enero de 2006. Serie C No. 140, párrs. 125 a 127, 139 y 140.

¹⁴⁹ Corte I.D.H., *Caso de la Masacre de Pueblo Bello*, párrs. 126 y 140.

¹⁵⁰ Corte I.D.H., *Caso de las Masacres de Ituango*, párrs. 125.1, 125.25 y 133; Corte I.D.H., *Caso de la "Masacre de Mapiripán"*, párrs. 121 a 123, y Corte I.D.H., *Caso 19 Comerciantes*, párrs. 84.b), 115, 134, 135, 137 y 138.

de analizar patrones asociados a la “estructura criminal de ejecución” y la responsabilidad de los comandantes militares de la zona.

En 2007 la Corte IDH también emitió su sentencia en el *Caso Escué Zapata*¹⁵¹, relacionada con la detención ilegal, maltrato y posterior ejecución del indígena nasa Germán Escué Zapata, en el año de 1988, por parte de miembros de las fuerzas militares. En el marco del proceso, el Estado reconoció su responsabilidad por esos hechos y por la impunidad presentada.

En 2008 la Corte IDH emitió su sentencia en el *Caso Valle Jaramillo y otros*¹⁵², relacionado con el asesinato, ocurrido el 27 de febrero de 1998, de Jesús María Valle Jaramillo, abogado defensor de Derechos Humanos. El señor Valle Jaramillo se encontraba en situación particular de riesgo ya que había denunciado, entre otros hechos, los vínculos entre el paramilitarismo y algunos agentes del Estado, en particular en la comisión de más de 150 asesinatos en el Municipio de Ituango. En el momento de su asesinato también se encontraban en su oficina Carlos Fernando Jaramillo Correa y Nelly Valle Jaramillo, hermana de Jesús María Valle, quienes fueron retenidos por personas armadas, amarrados, arrastrados por la oficina y expuestos a una situación agonizante y amenazante que les hizo temer por su vida. Carlos Fernando Jaramillo, su esposa y sus tres hijos se exiliaron por temor de persecución y se convirtieron en refugiados. En relación a estos hechos se abrieron diferentes procesos, cuyas investigaciones permitieron que fueran condenados tres particulares, sin embargo no fue determinada toda la verdad de los hechos ni la totalidad de las responsabilidades de los mismos. La condena en ausencia de los paramilitares permitió que no se hicieran efectivas las órdenes de captura.

La Corte IDH declaró que el Estado no cumplió con su deber de adoptar las medidas necesarias y razonables con el fin de garantizar efectivamente el derecho a la libertad personal, integridad personal y vida del señor Valle Jaramillo ya que incumplió con su deber de prevención y de investigación. En segundo lugar, la Corte declaró que la amenaza en perjuicio de Nelly Valle Jaramillo y de Carlos Fernando Jaramillo Correa era evidente y se manifestó en su forma más extrema, al ser una amenaza directa de muerte. Ambos fueron amarrados y expuestos a una situación agonizante y amenazante, con un trato agresivo y violento, lo cual constituyó una violación de su integridad personal. En relación con las investigaciones referidas a los hechos del presente caso, el Tribunal declaró que la impunidad prevalecía en razón de que los procesos y procedimientos internos no habían constituido recursos efectivos para garantizar el acceso a la justicia, investigar y eventualmente sancionar a todos los participantes en la comisión de las violaciones, incluyendo la posible participación de agentes estatales, hacer efectivas las órdenes de captura libradas en contra de aquellos responsables que ya habían sido condenados, y reparar integralmente las consecuencias de las violaciones.

En relación al señor Carlos Fernando Jaramillo, su esposa y sus tres hijos quienes se exiliaron por temor de persecución y se convirtieron en refugiados, la Corte resolvió que existió violación del

¹⁵¹ Corte IDH. Caso Escué Zapata. Vs. Colombia. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 4 de julio de 2007. Serie C No. 165.

¹⁵² Corte IDH. Caso Valle Jaramillo y otros Vs. Colombia. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 27 de noviembre de 2008. Serie C No. 192.

derecho de circulación, reconocido en el artículo 22.1 de la Convención en relación con la obligación general de garantía contemplada en el artículo 1.1 de la misma.

Posteriormente, la Corte emitió el caso *Manuel Cepeda Vargas*¹⁵³, relacionado con la ejecución extrajudicial de un senador de la Unión Patriótica, en el marco de un patrón de asesinato de líderes de dicho partido. En este caso, uno de los perpetradores había sido extraditado a los Estados Unidos. La Corte señaló que la figura de la extradición no podía obstaculizar la debida diligencia de las investigaciones ni utilizarse como un mecanismo para garantizar la impunidad. Por otra parte, sobre la debida diligencia en la investigación de *crímenes de sistema* en el caso *Cepeda*, la Corte advirtió que en la planeación y ejecución del homicidio participaron miembros del Ejército y miembros de uno o varios grupos paramilitares. El Tribunal estableció que:

[S]i bien la división de tareas dificulta el esclarecimiento de los vínculos entre los perpetradores, en casos complejos la obligación de investigar conlleva el deber de dirigir los esfuerzos del aparato estatal para desentrañar las estructuras que permitieron esas violaciones, sus causas, sus beneficiarios y sus consecuencias, y no sólo descubrir, enjuiciar y en su caso sancionar a los perpetradores inmediatos.

Teniendo en cuenta lo anterior, la Corte IDH ordenó como reparación:

[D]eterminar el conjunto de personas involucradas en la planeación y ejecución del hecho, incluyendo a quienes hubieren diseñado, planificado o asumido el control, determinación o dirección de su realización, así como aquellos que realizaron funciones de organización necesarias para ejecutar las decisiones tomadas, inclusive si están involucrados altas autoridades civiles, mandos militares superiores y servicios de inteligencia, evitando omisiones en el seguimiento de líneas lógicas de investigación

Por otra parte, tanto en el caso de la *Masacre de la Rochela* como en el caso *Cepeda* la Corte IDH fue informada sobre la aplicación de normas de “justicia transicional” relacionadas con el proceso de desmovilización y otorgamiento de beneficios jurídicos a grupos paramilitares. Sobre este tipo de normas, en el caso de la *Masacre de La Rochela*, la Corte precisó que “todos los elementos que incidan en la efectividad de la pena deben responder a un objetivo claramente verificable y ser compatibles con la Convención”. Asimismo, resaltó el “principio de proporcionalidad de la pena”, de tal forma que la respuesta que el Estado atribuye a la conducta ilícita del autor de la transgresión sea proporcional al bien jurídico afectado y a la culpabilidad con la que actuó el autor, por lo que se debe establecer en función de la diversa naturaleza y gravedad de los hechos. La insistencia en un cumplimiento verificable del objetivo que se pretende con un beneficio penal permite inferir que la Corte no niega la posibilidad de conceder este tipo de beneficios. Sin embargo, en el marco de la debida diligencia estricta, corresponde verificar –tanto normativa como empíricamente– que se está logrando lo que se propone con esta alta limitación del derecho a la justicia de las víctimas.

¹⁵³ Corte I.D.H., Caso Manuel Cepeda Vargas Vs. Colombia. Excepciones Preliminares, Fondo y Reparaciones. Sentencia de 26 de mayo de 2010. Serie C No. 213.

De otra parte, algunas de estas normas sobre desmovilización permitían la obtención de beneficios jurídicos (por ejemplo, suspensiones en la ejecución de la pena) para personas que no fueran objeto de investigaciones por graves violaciones de derechos humanos, a pesar de pertenecer a un grupo ilegal responsable de crímenes de sistema (por ejemplo, personas que alegaban sólo haber participado en apoyo logístico o solamente el porte ilegal de armas). En el caso *Cepeda* la Corte constató que durante el proceso de desmovilización de uno de los perpetradores de los hechos, el Estado no adoptó la debida diligencia requerida a fin de individualizarlo e identificarlo apropiadamente, de tal forma que no recibiera dichos beneficios, que estaban destinados para personas no involucradas con violaciones graves de derechos humanos.

En 2012, en el caso *Vélez Restrepo y familiares*¹⁵⁴, la Corte determinó que Colombia era responsable de la agresión perpetrada contra el periodista Luis Gonzalo Vélez Restrepo el 29 de agosto de 1996 por parte de miembros del Ejército mientras filmaba una protesta contra la política gubernamental de fumigación de cultivos de coca en el departamento de Caquetá, lo cual configuró una violación al derecho a la integridad personal del señor Vélez, su esposa y sus hijos. Asimismo, la Corte determinó que dicha agresión constituyó una violación del derecho a la libertad de pensamiento y expresión del señor Vélez Restrepo, debido a que se perpetró mientras aquel cumplía labores periodísticas como camarógrafo para un noticiero nacional y la misma tenía el fin de impedirle que continuara grabando los acontecimientos que allí se presentaban y que difundiera las imágenes que ya había grabado. La Corte indicó que, si bien las imágenes grabadas por el señor Vélez Restrepo fueron finalmente difundidas, ello se debió a que, a pesar de los golpes que le propinaron, aquel no soltó la cámara de video y la cinta.

La Corte también determinó que el Estado es responsable por los hechos de amenazas y hostigamientos ocurridos con posterioridad a la agresión del 29 de agosto de 1996, así como por el intento de privación arbitraria de la libertad que sufrió el señor Vélez Restrepo el 6 de octubre de 1997, lo cual implicó una violación al derecho a la integridad personal del señor Vélez y sus familiares. Asimismo, el Tribunal declaró que el Estado incumplió su obligación de garantizar el derecho a la integridad personal de aquellos a través de la investigación de las amenazas y hostigamientos y de la adopción de medidas oportunas de protección con anterioridad al referido intento de privación de la libertad. El Tribunal indicó que tales hechos y el incumplimiento de las referidas obligaciones les generó gran inseguridad y un fundado temor de que su vida e integridad personal estaban en riesgo de ser vulnerados si permanecían en Colombia, lo que provocó su exilio, configurándose una violación a su derecho de circulación y residencia. Además, la Corte consideró que se produjo una violación al derecho a protección a la familia porque los miembros de la familia Vélez Román tuvieron que estar separados casi un año debido a que el señor Vélez Restrepo tuvo que salir del país primero y su esposa e hijos tuvieron que esperar la aprobación de las solicitudes de asilo para poder salir de Colombia y reunirse con el señor Vélez Restrepo. La Corte determinó que esos hechos vulneraron particularmente el derecho del niño Mateo y la niña Juliana a vivir con su familia. Asimismo, el Tribunal determinó que, al haber tenido que salir de Colombia, el señor Vélez

¹⁵⁴ Corte IDH. Caso Vélez Restrepo y Familiares Vs. Colombia. Excepción Preliminar, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 3 de septiembre de 2012 Serie C No. 248.

Restrepo vio restringida su actividad periodística, la cual no pudo ser ejercida en términos similares a los que lo hacía en Colombia cuando trabajaba en un noticiero nacional.

Finalmente, la Corte declaró que el Estado no cumplió con su obligación de realizar investigaciones efectivas y diligentes de los referidos hechos de agresión, amenazas, hostigamientos e intento de privación de la libertad. Además, la Corte determinó que Colombia era responsable por la violación a la garantía del juez natural, debido a que la investigación de la agresión perpetrada por militares contra el señor Vélez Restrepo fue realizada en la jurisdicción penal militar. Al respecto, el Tribunal reiteró su jurisprudencia constante sobre el alcance restrictivo y excepcional de la jurisdicción penal militar, la cual carece de competencia para investigar y, en su caso, juzgar y sancionar violaciones de derechos humanos. La Corte reiteró que los criterios para investigar y juzgar violaciones de derechos humanos ante la jurisdicción ordinaria residen no en la gravedad de las violaciones, sino en su naturaleza misma y la del bien jurídico protegido.

En el caso de la *Masacre de Santo Domingo Vs. Colombia*¹⁵⁵, la Corte declaró la responsabilidad internacional del Estado por las violaciones a derechos humanos cometidas en perjuicio de 17 víctimas que murieron, de las cuales seis eran niñas y niños, y de 27 víctimas que fueron heridas, de las cuales 10 eran niñas y niños, por el lanzamiento de un dispositivo *cluster*, compuesto por seis granadas o bombas de fragmentación, por parte de la Fuerza Aérea Colombiana el 13 de diciembre de 1998 en el caserío de Santo Domingo, del Departamento de Arauca. Esos hechos tuvieron lugar en el marco de una operación militar aerotransportada contra la guerrilla que se prolongó por varios días. Por motivo de los hechos del caso, los pobladores de Santo Domingo tuvieron que abandonar sus residencias y pudieron regresar hasta enero de 1999. Como consecuencia de esos actos, fueron condenados tres tripulantes de la aeronave que lanzó el dispositivo, condena que fue confirmada por el Tribunal Superior de Bogotá en junio de 2011 respecto de dos de los tripulantes. La jurisdicción contencioso administrativa colombiana también estableció la responsabilidad del Estado por dichos hechos.

Es interesante resaltar que en este caso tuvo un importante valor la determinación de hechos y responsabilidades en el marco de los procesos judiciales internos. En el curso del proceso ante la Corte, el Estado planteó un reconocimiento de responsabilidad por la violación del derecho a la verdad y “el acceso a la administración de justicia” de las víctimas, alegando que existían una “enorme confusión” y posiciones contradictorias sobre los hechos por las “falencias probatorias en las que se ha incurrido a lo largo de los procesos penales internos”. No obstante, la Corte observó que ese acto del Estado, que denominó “reconocimiento”, contradice lo que sostuvo durante el trámite del caso ante la Comisión Interamericana y que, en los términos en que el propio Estado lo expuso, el referido acto “no implica[ba] reconocer ni aceptar los hechos presentados por la Comisión y por las víctimas”, por lo que no lo consideró como un reconocimiento de responsabilidad ni le otorgó efectos jurídicos.

¹⁵⁵ Corte IDH. Caso Masacre de Santo Domingo Vs. Colombia. Excepciones Preliminares, Fondo y Reparaciones. Sentencia de 30 de noviembre de 2012, Serie C No. 259.

A diferencia de casos anteriores, con respecto a la alegada violación de las garantías y protección judiciales, el Tribunal constató que no había sido demostrado que el Estado no hubiera llevado a cabo una investigación seria, diligente, exhaustiva y en un plazo razonable. Por el contrario, la Corte constató y estableció que los mecanismos y procedimientos internos habían coadyuvado en el esclarecimiento de la verdad, en la determinación de los alcances de la responsabilidad del Estado y en la determinación de reparaciones. En consecuencia, la Corte consideró que el Estado no violó los artículos 8 y 25 de la Convención y que, en atención al principio de complementariedad, no habría sido necesario pronunciarse sobre los hechos que generaron las violaciones de derechos establecidas y reparadas a nivel interno.

Por otra parte, el Tribunal constató que, dada la capacidad letal y la precisión limitada del dispositivo utilizado, el lanzamiento del mismo en el casco urbano del caserío de Santo Domingo o cerca de ahí, era contrario al principio de precaución reconocido por el Derecho Internacional Humanitario, lo que permitió a la Corte declarar la responsabilidad del Estado por la violación del derecho a la vida, en perjuicio de las personas fallecidas en el caserío de Santo Domingo, así como del derecho a la integridad personal en perjuicio de las personas que resultaron heridas. Por otro lado, el Tribunal notó que actos de ametrallamiento contra la población civil por parte de miembros de la Fuerza Aérea implicaron un incumplimiento de la obligación de garantizar los derechos a la vida e integridad personal, en los términos de la Convención Americana, en perjuicio de los pobladores de Santo Domingo que se vieron afectados por la puesta en riesgo de sus derechos.

Asimismo, la Corte consideró que el Estado era responsable por la violación del derecho a la integridad personal, en perjuicio de los familiares de las víctimas de los hechos, y que la situación de desplazamiento forzado interno que enfrentaron las víctimas heridas y sus familiares fue consecuencia de la explosión del dispositivo *cluster* en el caserío de Santo Domingo. Lo anterior, aunado a las afectaciones psicológicas que les generaron los enfrentamientos cercanos, así como a los referidos ametrallamientos, le permitieron al Tribunal concluir que el Estado es responsable por la violación de la libertad de circulación y residencia, en relación con el derecho a la integridad personal, respecto de las personas que fueron heridas. Además, la Corte concluyó que el Estado es responsable por la violación del derecho a la propiedad, en perjuicio de los dueños de las tiendas y viviendas afectadas por los daños producidos por el dispositivo.

Finalmente, en el *Caso de las Comunidades afrodescendientes desplazadas de la cuenca del río Cacarica (Operación Génesis) Vs. Colombia*¹⁵⁶, la Corte declaró el incumplimiento de la obligación de garantizar los derechos a la integridad personal y a no ser desplazado forzadamente, en perjuicio de los miembros de las Comunidades del Cacarica, en Riosucio, Departamento del Chocó, las cuales fueron desplazadas por acción de grupos paramilitares en colaboración con integrantes de las Fuerzas Armadas Colombianas. Los hechos del caso también se refieren a la desposesión ilegal de los territorios ancestrales pertenecientes a las comunidades afrodescendientes de la cuenca del río

¹⁵⁶ Corte IDH. *Caso de las Comunidades Afrodescendientes Desplazadas de la Cuenca del Río Cacarica (Operación Génesis) Vs. Colombia*. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 20 de noviembre de 2013. Serie C No. 270.

Cacarica. Del mismo modo, la Corte declaró que los actos crueles, inhumanos y degradantes a que fue sometido el señor Marino López en el poblado de Bijao, así como la privación de su vida, cometidos por miembros de grupos paramilitares, son atribuibles al Estado por la aquiescencia o colaboración que prestaron agentes de la fuerza pública para las operaciones de esos grupos, lo cual les facilitó las incursiones a las comunidades del Cacarica y propició o permitió la comisión de este tipo de actos.

Esos hechos tuvieron lugar en el marco de una operación militar llamada "Génesis" que se llevó a cabo entre el 24 y el 27 de febrero de 1997 en el área general del Río Salaquí y Río Truandó para capturar y/o destruir integrantes del grupo guerrillero de las FARC. Asimismo, simultáneamente a la operación "Génesis", grupos paramilitares de las Autodefensas Unidas de Córdoba y Urabá (ACCU), en el desarrollo de la llamada "Operación Cacarica", emprendieron un avance de norte a sur desde el Parque Nacional de los Katios a lo largo del río Cacarica, pasando por Bijao y otras comunidades ubicadas en la ribera de ese río, para finalmente llegar a las riberas de los ríos Salaquí y Truandó, donde desarrollaron operaciones conjuntas con el Ejército. En el marco de la "Operación Cacarica", los paramilitares ejecutaron a Marino López en Bijao y desmembraron su cuerpo. Posteriormente a esos hechos, varios centenares de pobladores de la cuenca del río Cacarica se vieron forzados a desplazarse a Turbo, a Bocas de Atrato y al Estado de Panamá, donde permanecieron en diferentes asentamientos por varios períodos durante los cuatro años posteriores. En Turbo las condiciones de vida de los desplazados se caracterizaron por falta de atención por parte del gobierno, hacinamiento, malas condiciones y falta de privacidad. Igualmente, muchas de las personas desplazadas retornaron a otras comunidades de paz en territorios del Cacarica. Además, con posterioridad a los hechos de febrero de 1997, los desplazados siguieron siendo objeto de actos de hostigamiento, amenazas y violencia por parte de grupos paramilitares.

La Corte declaró que el Estado es responsable por haber incumplido con su obligación de garantizar los derechos a la integridad personal y a no ser desplazado forzosamente (contenido en el derecho de circulación y residencia), reconocidos en los artículos 5.1 y 22.1 de la Convención, en relación con el artículo 1.1 de la misma, respecto de dos situaciones: por un lado, con respecto a los desplazamientos forzados que se dieron por acción de los grupos paramilitares en el marco de la operación "Cacarica", en perjuicio de los miembros de las Comunidades del Cacarica desplazados y que se encontraban presentes al momento de las incursiones paramilitares. Por otro lado, el Tribunal determinó que el Estado había incumplido sus obligaciones de garantizar la asistencia humanitaria y un retorno seguro, en perjuicio de las comunidades del Cacarica que estuvieron en situación de desplazamiento forzado durante un período de tres a cuatro años.

Además, la Corte concluyó que el Estado es responsable por la violación de los derechos a la vida y a la integridad personal, reconocidos en los artículos 4.1, 5.1 y 5.2 de la Convención Americana, en relación con el artículo 1.1 de la misma, en perjuicio del señor Marino López Mena por el incumplimiento de sus obligaciones de prevención, protección e investigación, así como por la violación del derecho a la integridad personal en perjuicio de sus familiares. A su vez, la Corte estableció que el Estado es responsable por la violación de los derechos de niños y niñas, por no haber desarrollado las acciones positivas suficientes a su favor en un contexto de mayor

vulnerabilidad, en particular mientras estuvieron alejados de sus territorios ancestrales, periodo en que se vieron afectados por el hacinamiento y la falta de acceso a educación, salud y alimentación adecuada. Por ende, declaró que el Estado es responsable por la violación del derecho a la integridad personal, reconocido por el artículo 5 de la Convención Americana, en relación con los artículos 1.1 y 19 del mismo instrumento, en perjuicio de los niños y niñas desplazados, así como de aquellos que nacieron en situación de desplazamiento.

Con respecto a la desposesión ilegal del territorio de las comunidades afrodescendientes de la cuenca del río Cacarica, la Corte indicó que el Estado es responsable por la violación al derecho a la propiedad colectiva protegido por el artículo 21 de la Convención, en relación con el artículo 1.1 de la misma, en perjuicio de los miembros del Consejo de las Comunidades de la Cuenca del Cacarica. En relación con la violación de las garantías y protección judiciales, la Corte distinguió los periodos en los cuales el Estado sí realizó efectivamente investigaciones diligentes para determinar la responsabilidad por los hechos del caso, de otros periodos en que era clara la omisión de no haberlas llevado a cabo. Por otro lado, la Corte concluyó que el Estado es responsable de haber incumplido con la debida diligencia en las investigaciones sobre participación de la mayoría de integrantes de la fuerza pública y de las relacionadas con las estructuras paramilitares. Por último, la Corte también determinó que el Estado no había garantizado un recurso efectivo que remediara la ilegalidad de las explotaciones madereras en los territorios colectivos de las comunidades afrodescendientes de la cuenca del río Cacarica, ni garantizó que las decisiones de tribunales internos que han tutelado los derechos colectivos de las comunidades sobre su propiedad colectiva fueran cumplidas a cabalidad, en violación de los artículos 25.2.a y 25.2.c de la Convención Americana, en relación con el artículo 1.1 de la misma, en perjuicio de las Comunidades afrodescendientes de la cuenca del río Cacarica.

Función consultiva

Cualquier Estado de la OEA y cualquier órgano principal de la OEA, en particular la Comisión IDH, 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 fecha¹⁵⁷, se han adoptado 20 opiniones consultivas por parte de la Corte. Son particularmente importantes las opiniones consultivas 8¹⁵⁸ y 9¹⁵⁹ para el tema de garantías judiciales. En estas opiniones, la Corte estableció las garantías judiciales que

¹⁵⁷ Agosto de 2014.

¹⁵⁸ Corte IDH, OC-8/87 "el habeas Corpus bajo suspensión de garantías", 30 de enero de 1987.

¹⁵⁹ Corte IDH, OC-9/87 "Garantías judiciales en Estados de emergencia", 6 de octubre de 1987.

habeas corpus y la acción de amparo. Por otra parte, en la opinión consultiva 17¹⁶⁰, la Corte precisó diversos criterios sobre la Condición Jurídica y los Derechos Humanos del Niño, los cuales son de vital importancia para algunos escenarios de análisis en torno a la justicia penal aplicada a menores de edad.

2.4.3. 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 Comisión IDH 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, en algunos de los casos contenciosos emitidos por la Corte IDH, ésta ha adoptado medidas provisionales para proteger a víctimas o testigos. Así ha ocurrido en relación con los Casos Caballero Delgado y Santana, 19 Comerciantes, Masacre de Mapiripán, Wilson Gutiérrez Soler y Masacre de La Rochela. Ahora bien, en algunos asuntos relacionados con peticiones que aún no han sido sometidas al Tribunal Interamericano, la Corte ha ordenado medidas de protección para la vida e integridad personal de algunas personas. Cabe mencionar que las medidas que se han adoptado para proteger a 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”¹⁶¹.

Así, por ejemplo, en el *Asunto Giraldo Cardona y otros*, la Corte emitió medidas provisionales en 1996 a favor de los miembros del Comité Cívico de Derechos Humanos del Meta, teniendo en cuenta amenazas que venían recibiendo sus integrantes desde 1992 y la desaparición de 2 de sus fundadores en 1993. Algunos de los miembros de dicho Comité pertenecían al partido político Unión Patriótica y habrían sido objeto de persecución y asesinato. En octubre de 1996 fue asesinado Josué Giraldo, Presidente de dicho Comité.

En 1997 la Corte IDH adoptó medidas provisionales en el *Asunto Álvarez y otros*, ordenando la protección de los miembros y de las sedes de la Asociación de Familiares de Detenidos Desaparecidos de Colombia (ASFADDES), organización no gubernamental que reúne y apoya a los familiares de víctimas de desapariciones forzadas en Colombia. La organización había manifestado "su inconformidad con varias decisiones judiciales que han absuelto y puesto en libertad a funcionarios militares, miembros de grupos paramilitares y políticos en casos de desapariciones forzadas". Los beneficiarios de las medidas habrían sufrido actos de amenazas, hostigamientos, vigilancia y solicitud de información por parte de organismos de seguridad del Estado en relación a sus miembros y actividades. En mayo de 1997, la Asociación cerró sus oficinas en Ocaña, debido a graves hostigamientos a sus funcionarios. El 24 de junio de 1997 una bomba destruyó la oficina y los archivos de la seccional de ASFADDES en la ciudad de Medellín. Con posterioridad a esta bomba se adoptaron las medidas provisionales.

2.5. 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 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."

3. AUTO-EVALUACIÓN

<p><i>ae</i></p>	<p>Autoevaluación</p> <ol style="list-style-type: none"> 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
------------------	---

	<p>derechos humanos y de la jurisprudencia internacional. ¿Cómo resolvería, después de estudiar esta unidad, el caso?</p> <p>3. A partir de lo visto en esta unidad, reflexione sobre el papel de los/as operadores/as judiciales para evitar la responsabilidad internacional del Estado. ¿Considera usted que los jueces colombianos son conscientes de esta importante responsabilidad?</p> <p>4. Teniendo en cuenta los principios de Joinet sobre impunidad mencionados en esta unidad, analice si el llamado Marco Jurídico para la Paz (Acto Legislativo 01 de 2012), tal y como fue aprobado por el Congreso, respeta o no esos estándares internacionales sobre los derechos de las víctimas. Luego, revise su argumento teniendo en cuenta el pronunciamiento de la Corte Constitucional sobre la materia en la sentencia C-579 de 2013.</p>
--	--

4. BIBLIOGRAFÍA

Convención Internacional para la Protección de todas las Personas contra las Desapariciones Forzadas, adoptada en Nueva York el 20 de diciembre de 2006.

Grupo Interdisciplinario por los Derechos Humanos, Justicia: Tras la Mordaza. Apuntes y Casos sobre los ataques a la Independencia del Poder Judicial en Colombia, Medellín, 2009.

KANT, Emanuel. *La paz perpetua*. Madrid: Tecnos, 1985.

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).

Resolución 1235 (XII) del Consejo Económico y Social de 6 de junio de 1967

UPRIMNY, Inés Margarita. "El sistema universal de protección de los derechos humanos: Naciones Unidas" en *Derecho Internacional de los Derechos Humanos: Memorias del curso*. Defensoría del Pueblo / MSD, Bogotá, julio de 2001.

JURISPRUDENCIA

Corte Constitucional de Colombia, sentencias C-406 de 1996, C-251 de 1997, T-568 de 1999, C-010 de 2000, T-1319 de 2001, C-228 de 2002, C-671 de 2002, T-558 de 2003 y T-786 de 2003, C-579 de 2013.

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

Corte Interamericana de Derechos Humanos, Opinión Consultiva OC-10 de 1989; 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, Serie A No. 262; caso Velásquez Rodríguez, Excepciones Preliminares, sentencia del 26 de julio de 1987; Caso Caballero Delgado y Santana, Sentencia del 8 de diciembre de 1995; Caso Las Palmeras (Colombia), Sentencia del 6 de diciembre de 2001; Caso 19 comerciantes (Colombia), Sentencia de 5 de julio de 2004; Caso Gutiérrez Soler vs Colombia, Sentencia de 12 de septiembre de 2005; Caso Masacre de Pueblo Bello Vs. Colombia. Sentencia de 31 de enero de 2006. Serie C No. 140 y Caso de la Masacre de Pueblo Bello Vs. Colombia. Interpretación de la Sentencia Fondo, Reparaciones y Costas (art. 67 Convención Americana sobre Derechos Humanos). Sentencia de 25 de noviembre de 2006; Caso de las Masacres de Ituango Vs. Colombia. Sentencia de 1 de julio de 2006 Serie C No. 148; Caso de la Masacre de La Rochela Vs. Colombia. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 11 de mayo de 2007. Serie C No. 163; Caso Escué Zapata. Vs. Colombia. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 4 de julio de 2007. Serie C No. 165; Caso Valle Jaramillo y otros Vs. Colombia. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 27 de noviembre de 2008. Serie C No. 192; Caso Manuel Cepeda Vargas Vs. Colombia. Excepciones Preliminares, Fondo y Reparaciones. Sentencia de 26 de mayo de 2010. Serie C No. 213; Caso Vélez Restrepo y Familiares Vs. Colombia. Excepción Preliminar, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 3 de septiembre de 2012 Serie C No. 248; Caso Masacre de Santo Domingo Vs. Colombia. Excepciones Preliminares, Fondo y Reparaciones. Sentencia de 30 de noviembre de 2012. Serie C No. 259; Caso de las Comunidades Afrodescendientes Desplazadas de la Cuenca del Río Cacarica (Operación Génesis) Vs. Colombia. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 20 de noviembre de 2013. Serie C No. 270; OC-8/87 "el habeas Corpus bajo suspensión de garantías", 30 de enero de 1987; OC-9/87 "Garantías judiciales en Estados de emergencia", 6 de octubre de 1987; OC-17/02 del 28 de agosto de 2002. Serie A No. 17; 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.

Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá- Sala Penal. Sentencia de 30 de enero de 2012; radicación 110010704003200800025 09.

Unidad

3

DERECHO INTERNACIONAL HUMANITARIO Y DERECHO PENAL INTERNACIONAL

Og

Objetivo general

Introducir a los elementos básicos del Derecho Internacional Humanitario, para lo cual (i) se explicará su lógica, luego (ii) se examinarán sus principios básicos y (iii) la principal normatividad aplicable al conflicto armado colombiano, y, por último, (iv) se realizará un análisis de las instancias que sancionan su vulneración

Oe

Objetivos específicos

- *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.*

Instrucciones metodológicas

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 aprendizaje autodirigido 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. Conforme a la distinción entre lectura básica y lectura integral, explicada en la introducción del módulo, hacen parte de la lectura básica las actividades 1, 2 y 4, mientras que la actividad 3 es parte de la lectura integral.

UNIDAD 3. DERECHO INTERNACIONAL HUMANITARIO Y DERECHO PENAL INTERNACIONAL

1. ACTIVIDADES PEDAGÓGICAS

ap

Actividades pedagógicas

Por favor desarrolle las siguientes cuestiones

1.1. Derechos humanos y Guerra (LB)

1.1.1. Formulación

A primera vista, la fórmula "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)?

1.1.2. Pregunta

¿Qué opina usted de esta discusión? Arguméntelo en tres párrafos, y cuando haya terminado ese ejercicio, proceda a leer los párrafos que siguen.

1.1.3. Respuesta

En el ensayo que se desarrolla al final de la unidad 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.

1.2. Principio de distinción (LB)

1.2.1. 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. Cuando haya terminado ese ejercicio, proceda a leer los párrafos que siguen.

1.2.2. 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 en la sentencia C-225 de 1995 lo siguiente en torno al principio de distinción:

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 quién es o no es combatiente, y por ende quién 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 la 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.

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."

1.3. Normatividad aplicable (LI)

1.3.1. Formulación

En 2011 el Estado reconoció que en Colombia existe un conflicto armado de carácter no internacional. Consecuente con tal declaración, fue promulgada la Ley 1448 de 2011 que establece las medidas de atención, asistencia y reparación integral a las víctimas de infracciones al Derecho Internacional Humanitario o de violaciones graves y manifiestas a las normas internacionales de Derechos Humanos. De tal forma, la discusión jurídica y política sobre la existencia de conflicto armado interno en Colombia parece zanjada y, por tanto, resultan aplicables el artículo 3º común a los Convenios de Ginebra y el artículo 1 del Protocolo II Adicional a los Convenios de Ginebra. Sin embargo, existen algunas zonas grises sobre la aplicación del DIH al conflicto armado interno en Colombia y aún hay interrogantes por resolver. Entre ellos, cabe resaltar las dudas que han surgido respecto a la consideración de las denominadas *Bandas Criminales Emergentes- Bacrim* como actores armados del conflicto interno o como delincuencia común y sobre la aplicación del DIH a aquellas. De una parte, se ha argumentado que las Bacrim no tienen la organización ni estructura propia de un grupo armado, por lo que se les debe catalogar como delincuencia común y quienes sufran daños por sus hechos ilícitos no pueden acceder a las medidas de verdad, justicia y reparación previstas para las víctimas del conflicto armado interno al no ser considerados como tales. Por otro lado, se ha precisado que las Bacrim en realidad son grupos sucesores del paramilitarismo que se ha desmovilizado desde 2003, razón por la cual son actores armados no estatales del conflicto interno a quienes les resulta aplicable el DIH y, por tanto, quienes sufren daños por el actuar delictivo de estos grupos son víctimas del conflicto armado interno titulares de los derechos a la verdad, justicia y reparación¹⁶².

¹⁶² Sobre estas dos posiciones, véase: Kyle Johnson, "Armas, engaño y poder: la historia de la Erpac", 26 de Junio de 2012. Recuperado el 24 de julio de 2014, de Corporación Arco Iris <http://www.arcoiris.com.co/2012/06/armas-engaño-y-poder-la-historia-del-erpac-primera-entrega/>; Martha Maya, El proyecto de Santos contra las BACRIM pone a Santo a contradecirse, 3 de Septiembre de 2012. Recuperado el 24 de julio de 2014, de La Silla Vacía <http://www.lasillavacia.com/historia/el-proyecto-de-lozano-contras-las-bacrim-pone-santos-contradecirse-35803>; International Crisis Group, *Dismissing Colombia's New Illegal Armed Groups: Lessons From a Surrender*, Latin America

1.3.2. Pregunta

¿Cuál es su opinión al respecto?, ¿Considera que las Bacrim son actores armados del conflicto interno colombiano o, por el contrario, son delincuencia común?, ¿Les resulta aplicable el DIH?. Presente su respuesta en un texto argumentativo de dos páginas.

1.3.3. Respuesta

La consideración de las Bacrim como actor armado del conflicto interno o como delincuencia común, así como la aplicación del DIH a dichos grupos y el reconocimiento de quienes sufren daños por los hechos ilícitos que aquellos cometen como víctimas del conflicto armado, es un tema complejo y polémico. En efecto, la Corte Constitucional al estudiar la constitucionalidad del artículo 3º de la Ley 1448 de 2011, revisó el argumento de los demandantes de que tal disposición resulta inconstitucional al excluir a las víctimas de la delincuencia común de las medidas de atención, asistencia y reparación integral a las víctimas del conflicto armado interno previstas en dicha ley. Ello por cuanto, en concepto de los accionantes, no existen criterios para identificar si un delito fue cometido por la “delincuencia común” y por esa vía se niega protección a quienes efectivamente son víctimas de infracciones al DIH o de violaciones graves y masivas a las normas internacionales de Derechos Humanos, ocurridas con ocasión del conflicto armado interno, como sería el caso de las víctimas de las Bacrim, grupos que han sido clasificados por el Gobierno Nacional como delincuencia común a pesar de que comparten rasgos estructurales con el paramilitarismo que sí es considerado actor del conflicto. Al respecto, la Corte declaró ajustada a la constitución la exclusión de las víctimas de la delincuencia común de las medidas de la Ley de Víctimas y de Restitución de Tierras. Sin embargo, precisó que en cada caso en concreto para determinar si una persona es víctima del conflicto armado interno, se debe establecer, de acuerdo al principio pro víctima, si la conducta que generó el daño constituye una infracción al DIH o violación grave y masiva de los Derechos Humanos, según criterios formales -como la intensidad del conflicto y el nivel de organización de las partes- y criterios materiales -en especial, si la conducta tiene relación cercana y suficiente con el desarrollo del conflicto-. Así, a pesar de que la Corte no precisó expresamente si las Bacrim son actores armados del conflicto interno a las que resulta aplicable el DIH, sí puntualizó que las víctimas de daños causados por estos grupos, bajo determinadas circunstancias, pueden ser consideradas víctimas del conflicto armado. Con todo, este

debate no sido resuelto, lo cual se evidencia en el informe intermedio de finales de 2012 elaborado por la Fiscalía de la Corte Penal Internacional, en donde se subraya que la Corte continuará el examen preliminar sobre la situación de Colombia, entre otros aspectos, respecto del papel de los grupos paramilitares emergentes en el conflicto armado y su posible responsabilidad en comisión de crímenes de competencia de la Corte. Sobre tal punto volveremos en el acápite 4 del ensayo final de esta unidad.

1.4. Justicia Penal Internacional (LB)

1.4.1. 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.

1.4.2. Respuesta

Existen algunos tribunales internacionales como el tribunal, para la ex-Yugoslavia 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.

2. ENSAYO. DERECHO INTERNACIONAL HUMANITARIO Y DERECHO PENAL INTERNACIONAL

Esquema del ensayo

2.1. El sentido del Derecho Internacional Humanitario

2.2. Principios básicos del DIH



2.3. Normatividad aplicable

2.4. Corte Penal Internacional

2.4.1. Principio de complementariedad

2.4.2. Definición de crímenes

2.4.3. Competencia

2.4.4. Otros aspectos importantes

2.4.5. Reciente trabajo de la CPI

2.5. Reflexiones finales

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.

2.1. El sentido del Derecho Internacional Humanitario¹⁶³

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.

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"¹⁶⁴. 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"¹⁶⁵ conduce lógicamente a una absolutización de las hostilidades. Desde este punto vista, concluye el militar alemán, "no es posible introducir un principio moderador en la filosofía de la guerra sin incurrir en un absurdo"¹⁶⁶.

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

¹⁶³ 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.

¹⁶⁴ Carl Von Clausewitz, *Arte y ciencia de la guerra*, (Trad Ramón Ormazábal). México: Grijalbo, 1972, pp. 9 y 10.

¹⁶⁵ *Ibidem*, p 12.

¹⁶⁶ *Ibidem* p 11.

resultado de un motivo político". Por eso, "la guerra es una simple continuación, por otros medios, de la política"¹⁶⁷, 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 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 político¹⁶⁸.

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 étnicas¹⁶⁹.

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"¹⁷⁰. En la concepción

¹⁶⁷ Ibidem, p 31.

¹⁶⁸ 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.

¹⁶⁹ 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.

¹⁷⁰ Carl Von Clausewitz. Op-cit, p 30.

de Clausewitz, la pasión y la animosidad, la intención hostil, que alimentan la polarización, aparecen subordinadas a los objetivos políticos del conflicto¹⁷¹.

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 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

¹⁷¹ Ibidem, p 34.

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.

2.2. 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.

2.2.1. 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

rechazados por todas las naciones del mundo"¹⁷².

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"¹⁷³.

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 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 péfidos 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 actividad se ejerce"¹⁷⁴. Por su parte, la Comisión Interamericana de Derechos Humanos estableció en su tercer informe sobre Colombia que "las hostilidades

¹⁷⁴ CICR, *Comentario al Protocolo I*, Tomo II, p. 863 párr. 1944.

se definen como la participación en un ataque por virtud del cual la parte busca causar daño físico a personal o bienes del enemigo.”¹⁷⁵

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:

“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.

2.2.2. 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”¹⁷⁶. Sólo se admiten los medios que busquen

¹⁷⁵ Comisión IDH, *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.

poner fuera de combate al enemigo pero sin ocasionar crueldades, "males superfluos o sufrimientos innecesarios"¹⁷⁷. 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 hinchaban 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.

2.2.3. 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".¹⁷⁸ En efecto, la regla de proporcionalidad, consagrada en el artículo 57 del Protocolo I establece, por ejemplo, que quienes deciden un ataque deberán

¹⁷⁶ Artículo 35 del Protocolo I de 1977.

¹⁷⁷ *Ibidem*

¹⁷⁸ Comisión IDH, *op-cit*, Capítulo IV, párr 77.

"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"¹⁷⁹

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"¹⁸⁰.

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 5º 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".

¹⁷⁹ Artículo 57.2.iii Protocolo I adicional a los Convenios de Ginebra.

¹⁸⁰ 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.

2.2.4. 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”¹⁸¹.

2.2.5. 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

¹⁸¹ CICR, Comentario del Protocolo II, Bogotá, Plaza y Janés, párr. 4767.

excusar su propio incumplimiento, porque el titular de tales garantías es el tercero no combatiente.

2.3. 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 en el DIH entre el derecho de Ginebra (o derecho humanitario propiamente dicho) y el Derecho de la Haya (o derecho de la guerra). El 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 Haya¹⁸² 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 Ginebra¹⁸³ y el Protocolo II adicional a los Convenios de Ginebra¹⁸⁴, 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

¹⁸² Codificado, en gran parte, en los Convenios de la Haya de 1899 y 1907.

¹⁸³ Entrado en vigor en Colombia el 8 de mayo de 1962 en virtud de la ley 5 de 1960.

¹⁸⁴ Entrado en vigor en Colombia el 15 de febrero de 1996 en virtud de la ley 171 de 1994.

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 humanitarias¹⁸⁵. 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 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."¹⁸⁶ 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

¹⁸⁵ Artículo del protocolo II adicional a los Convenios de Ginebra.

¹⁸⁶ Iván Orozco Abad. *Op-cit*, p 20.

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"¹⁸⁷.

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.

2.4. Corte Penal Internacional¹⁸⁸

El 17 de julio fue aprobado el Estatuto de la Corte Penal Internacional- CPI 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. Siete años luego de la entrada en vigencia del Estatuto de Roma- ER, en junio de 2010 se celebró en Kampala (Uganda) la primera Conferencia de Revisión del ER, dando así cumplimiento al mandato contenido en el artículo 123 del Estatuto. Los temas objeto de discusión fueron: la supresión del artículo 124 ER¹⁸⁹; la enmienda propuesta inicialmente por Bélgica de adicionar como crimen de guerra, el empleo en conflictos armados no internacionales de ciertas armadas envenenadas, gases asfixiantes y determinadas balas¹⁹⁰; la definición del crimen de agresión y la regulación sobre las condiciones para que la CPI ejerza competencia al respecto¹⁹¹; el balance de la Justicia Penal Internacional- JPI en cuanto al impacto sobre las víctimas¹⁹², la temática de paz y justicia, el principio

¹⁸⁷ 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.

¹⁸⁸ 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.

¹⁸⁹ Véase Resolución RC/Res.4 aprobada en la primera Conferencia de Revisión del ER

¹⁹⁰ Véase Resolución RC/Res.5 aprobada en la primera Conferencia de Revisión del ER

¹⁹¹ Véase Resolución RC/Res.6 aprobada en la primera Conferencia de Revisión del ER

¹⁹² Véase Resolución RC/Res.2 aprobada en la primera Conferencia de Revisión del ER

penas que imponga la CPI¹⁹⁵.

De la diversidad de temáticas sobre la JPI y la CPI, se analizará a continuación: el principio de complementariedad, los crímenes regulados en el ER, la competencia de la CPI, las facultades del fiscal y el reciente trabajo de la CPI resaltando a la sentencia proferida hasta el momento, los casos objeto de investigación y los que se encuentran en examen preliminar, entre ellos, Colombia.

2.3.1. Principio de complementariedad

Este principio está consagrado en el Preámbulo y en el artículo 1 del ER. Significa que la CPI 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. Así se reitera en la Resolución 1 proferida en el marco de la primera Conferencia de Revisión del ER llevada a cabo en Kampala. Allí se resalta que “la responsabilidad primaria de los Estados de investigar y enjuiciar los crímenes más graves de trascendencia internacional” y se alienta a la CPI, a “los Estados Partes y otras partes interesadas, incluidas las organizaciones internacionales y la sociedad civil, a estudiar nuevas formas de aumentar la capacidad de las jurisdicciones nacionales para investigar y enjuiciar los crímenes graves de trascendencia para la comunidad internacional”.

2.3.2. Definición de crímenes

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

*Genocidio*¹⁹⁶

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 CIDH 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 CIDH 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*¹⁹⁷

El Estatuto de la CPI incluye los crímenes de guerra cometidos en conflictos armados internacionales y no internacionales. Posteriormente, en la Conferencia de Kampala se adicionaron como crímenes de guerra el uso en conflictos armados no internacionales de: veneno o armas envenenadas; gases asfixiantes, tóxicos o similares o cualquier líquido, material o dispositivo análogos; y de balas que se ensanchan o aplastan

¹⁹⁶ Artículo 6 del Estatuto

¹⁹⁷ Artículo 8 del Estatuto.

fácilmente en el cuerpo humano, como balas de camisa dura que no recubra totalmente la parte interior o que tenga incisiones¹⁹⁸.

De otro lado, con relación a los crímenes de guerra, un Estado puede hacer una declaración en virtud del artículo 124, que le permite 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. 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, momento a partir del cual la Corte puede ejercer su jurisdicción por infracciones graves del DIH por parte de Colombia. De hecho, actualmente la CPI adelanta examen preliminar respecto de Colombia.

Sobre este punto, en la Conferencia de Kampala se discutió acerca de la supresión del artículo 124. Este aspecto había sido debatido al momento de elaboración y aprobación del ER, donde diferentes organizaciones internacionales, en especial ONG's, se opusieron a la inclusión de esta facultad a favor de los Estados para mantenerse al margen de la competencia de la CPI respecto de crímenes de guerra, puesto que afirmaban que ello favorecería la impunidad en esta materia. Sin embargo, la Conferencia aprobó la Resolución 4 en la cual, de una parte, decide mantener el artículo 124 en los términos que fue redactado inicialmente y, por otro lado, dispone que sea objeto de revisión nuevamente durante el decimocuarto período de sesiones de la Asamblea de los Estados Partes en el ER que se realizará en 2015.

Crímenes de Lesa Humanidad¹⁹⁹

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

¹⁹⁸ Véase Resolución RC/Res.5 aprobada en la primera Conferencia de Revisión del ER.

¹⁹⁹ Artículo 7 del Estatuto.

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.

Crimen de agresión

El crimen de agresión se incluyó en el ER dentro de la competencia de la CPI²⁰⁰, pero inicialmente no fue definido. En ese momento se dispuso que la regulación de este crimen se realizara siete años después de la entrada en vigencia del ER, por medio de enmienda propuesta por cualquier Estado Parte (art. 121) o de revisión del Estatuto (art. 123). Es así como en la primera Conferencia de Revisión celebrada en 2010 en Kampala, se aprobó la Resolución 6 que define el crimen de agresión y establece unas reglas especiales respecto a la competencia de la CPI en esta materia. En cuanto a lo primero, la citada resolución indica que comete crimen de agresión quien, estando en condición de controlar o dirigir efectivamente la acción política o militar de un Estado, planifica prepara, inicia o realiza *acto de agresión* que por sus características, gravedad y escala constituye una violación manifiesta a la Carta de las Naciones Unidas. En dicha resolución se entiende por acto de agresión el uso de la fuerza armada por un Estado contra la soberanía, integridad territorial o independencia política de otro Estado, definición que acoge los lineamientos sobre el crimen de agresión establecidos en la resolución 3314 (XXIX) de 14 de diciembre de 1974, de la Asamblea General de las Naciones Unidas.

Acerca de la competencia de la CPI, la Resolución 6 preceptúa que ésta conocerá los crímenes de agresión cometidos un año después de la ratificación o aceptación de las enmiendas en la materia, por parte de treinta Estados Parte. No obstante, el régimen jurisdiccional se activará si se adopta una decisión en ese sentido luego del primero de enero de 2017, por la misma mayoría de Estados Parte requerida para la aprobación de una enmienda al ER, esto es, mayoría de dos tercios. Ahora, resultan obligados a la competencia de la CPI los Estados Parte que ratifiquen o acepten las enmiendas, pero solo un año después del depósito de los documentos de ratificación o aceptación, salvo que el Estado Parte, previo a la ratificación o aceptación, deposite una declaración de no aceptar esa competencia. La CPI conocerá de crímenes de agresión por remisión de un Estado Parte (arts. 13(a) y 15bis ER) o del Fiscal previa verificación de que el Consejo de Seguridad haya determinado la existencia de un acto de agresión cometido por el Estado en cuestión, y aprobación de la Sala de Cuestiones Preliminares (arts. 13(c) y 15bis ER), teniendo en cuenta en todo caso que la CPI no ejercerá competencia por el

²⁰⁰ Artículo 5 del Estatuto.

crimen de agresión cuando sea cometido por nacionales o en el territorio de un Estado no parte del ER. Además, la CPI conocerá de crímenes de agresión remitidos por el Consejo de Seguridad (arts. 13(b) y 15 *ter* ER), "independientemente de que el Estado de que se trate haya aceptado la competencia de la Corte a este respecto" (Resolución 6, Anexo III).

Por último, señalamos que hasta el momento²⁰¹ han ratificado las enmiendas sobre el crimen de agresión, los siguientes Estados Parte: Liechtenstein, Samoa, Luxemburgo, Estonia, Eslovaquia, Alemania, Botsuana, Chipre, Eslovenia, Uruguay, Andorra, Trinidad y Tobago, Bélgica, Croacia y Austria.

2.3.3. Competencia

Temporal: El TPI tiene competencia para investigar crímenes cometidos después de su entrada en vigor²⁰².

Condiciones para el ejercicio de la competencia: El Estatuto del TPI 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.

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).

²⁰¹ Agosto de 2014.

²⁰² Artículo 11 del Estatuto.

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 del tribunal. 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.

2.3.4. 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 regímenes jurídicos estén representados. Los idiomas de trabajo serán el inglés 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.

En su momento, el entonces Fiscal, 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.

2.3.5. Reciente trabajo de la CPI

Finalmente, consideramos oportuno reseñar el trabajo que ha adelantado la CPI en los últimos años. Para ello, a continuación revisaremos algunos aspectos relevantes sobre las sentencias que se han dictado, las investigaciones que se adelantan actualmente y los

exámenes preliminares que hay en curso, haciendo especial referencia al estudio previo de Colombia.

Primeras sentencias.

Las sentencias que hasta el momento ha proferido la CPI corresponden a causas adelantadas dentro de la investigación de la situación de la República Democrática del Congo. Al respecto, se han proferido dos condenas y una absolución. La primera condena fue emitida el 14 de marzo de 2012 por la Sala de Primera Instancia I que declaró a *Thomas Lubanga Dyilo*, en condición de Presidente y Comandante en Jefe de las *Forces Patriotiques pour la Libération du Congo-FPLC*, penalmente responsable, en calidad de coautor, de los crímenes de guerra de alistamiento, reclutamiento y utilización de niños menores de 15 años (arts. 8-2-e-vii y 25-3 ER) para participar activamente en el conflicto armado no internacional, entre las comunidades étnicas de los Hema y los Lendu, ocurrido en Ituri (República Democrática del Congo), entre septiembre de 2002 y agosto de 2003. El 10 de junio de 2012 la CPI condenó a Lubanga a 14 años de prisión, de los cuales se dispuso que se dedujera el tiempo que Lubanga estuvo arrestado en la "Haaglanden Prison", en Scheveningen (La Haya) desde el 17 de marzo de 2006, donde aún permanece recluso. Esta causa contó con la participación de 114 víctimas de los crímenes juzgados. Frente al fallo y la condena, Lubanga interpuso recursos de apelación y la Fiscalía por su parte apeló la sentencia el mismo día en que fue dictada. Respecto a estos recursos, la Sala de Apelaciones ha emitido decisiones interlocutorias, en especial, sobre la participación de las víctimas, pero aún no ha fallado de fondo. De otro lado, las víctimas y el condenado apelaron separadamente la decisión de 7 de agosto de 2012 en la que la Sala de Primera Instancia fijó los principios y procedimiento de reparaciones de las víctimas. En diciembre de 2012 la Sala de Apelaciones admitió una de las dos solicitudes de apelación contra los principios y procedimiento de reparaciones presentadas por Lubanga, así como la apelación requerida por las víctimas, solicitudes que todavía son objeto de estudio.

Por otra parte, el 18 de diciembre de 2012 la Sala de Primera Instancia II de la CPI absolvió a *Mathieu Ngudjolo Chui*, líder del *Front des nationalistes et intégrationnistes- FNI*, de los cargos que le habían sido formulados por crímenes de guerra (art. 8-2-a-i, b-i/xiii/xvi/xxii/xxvi del ER) y de lesa humanidad (art. 7-1-a y g del ER) cometidos en el ataque a Bogoro- Ituri ocurrido el 24 de febrero de 2003. Tres días después del fallo, fue puesto en libertad y tales decisiones fueron apeladas por el Fiscal, solicitudes que aún no han sido resueltas.

Finalmente, el 7 de marzo de 2014 la Sala de Primera Instancia II declaró culpable a *Germain Katanga*, comandante jefe de la Force de résistance patriotique en Ituri-FRPI y del FNI, por contribuir intencionalmente en el crimen de lesa humanidad de asesinato (art. 7-1-a ER) y los crímenes de guerra de atentados contra la vida e integridad personal, ataque a la población civil, destrucción de bienes y saqueo (art. 8-2-a-i, c-i, e-i/v/xii ER), cometidos en el referido ataque a Bogoro de 2003. El 23 de mayo de 2014, la Sala II fijó condena de 12 años de prisión, ordenando que se dedujera el tiempo que Katanga estuvo retenido en la prisión de la CPI (entre el 18 de septiembre de 2007 y 23 de mayo de 2014).

Investigaciones en curso.

Actualmente la CPI investiga la situación de la República Democrática del Congo, Uganda, la República Centroafricana, Darfur- Sudán, la República de Kenia, Libia, la República de Costa de Marfil y la República de Malí. En el siguiente esquema se presentan los principales rasgos de las investigaciones en curso:

SITUACIÓN	OBJETO DE INVESTIGACIÓN	CASOS
República Democrática del Congo	Crímenes de competencia de la CPI (entre ellos, crímenes de guerra y de lesa humanidad como asesinatos, violaciones, reclutamiento forzado de niños y niñas, esclavitud sexual) cometidos por las fuerzas armadas del gobierno congoleño y los grupos armados de oposición, durante el conflicto armado de carácter no internacional, desde el 1 de julio de 2002, fecha desde la cual es competente la CPI.	Thomas Lubanda Dyilo (sentenciado y condenado); Bosco Ntaganda (fase preliminar); Germain Katanga (sentenciado y condenado); Callixte Mbarushimana (cargos no confirmados); Sylvestre Mudacumura (fase preliminar); y Mathieu Ngudjolo Chui (absuelto).
Uganda	Crímenes de competencia de la CPI (en especial crímenes de guerra y de lesa humanidad) cometidos durante el conflicto armado entre las fuerzas gubernamentales y el Ejército de Resistencia del Señor-LRA (por sus siglas en inglés), desde julio de 2002.	Joseph Kony, Vincent Otti, Okot Odhiambo y Dominic Ongwen (fase preliminar).

República Centroafricana	Crímenes de competencia de la CPI (en concreto crímenes de guerra y de lesa humanidad como asesinatos y violencia sexual) cometidos durante el conflicto armado en la República Centroafricana desde el 1 de julio de 2002.	Jean-Pierre Bemba Gombo (primera instancia); y Jean-Pierre Bemba Gombo, Aimé Kilolo Musamba, Jean-Jacques Mangenda Kabongo, Fidèle Babala Wandu y Narcisse Arido (fase preliminar).
Darfur- Sudán	La situación de Darfur fue remitida a la CPI por el Consejo de Seguridad de Naciones Unidas, a pesar de que Sudán no ha ratificado el ER. Se investiga la posible comisión de crímenes consagrados en el ER durante el conflicto étnico de la región.	Ahmad Muhammad Harun (fase preliminar); Ali Muhammad Ali Abd-Al-Rahman (fase preliminar); Omar Hassan Ahmad Al Bashir (fase preliminar); Bahar Idriss Abu Garda (cargos no confirmados); Abdallah Banda Abakaer Nourain (primera instancia); y Abdel Raheem Muhammad Hussein (fase preliminar).
República de Kenia	Crímenes estipulados en el ER cometidos durante la violencia postelectoral que tuvo lugar en Kenia, entre 2007 y 2008.	William Samoei Ruto (primera instancia); Joshua Arap Sang (primera instancia); Uhuru Muigai Kenyatta (primera instancia); y Walter Osapiri Barasa (fase preliminar).
Libia	La situación de Libia fue remitida por el Consejo de Seguridad de Naciones Unidas. La CPI investiga los presuntos crímenes de guerra y de lesa humanidad cometidos en ese país a partir de febrero de 2011, con ocasión de la oposición al régimen de Muammar el Gaddafi.	Saif Al-Islam Gaddafi y Abdullah Al-Senussi (fase preliminar)
República de Costa de Marfil	Crímenes de competencia de la CPI cometidos a partir del 19 de septiembre de 2002, en el contexto de la violencia electoral de 2000, el conflicto armado de 2002-2003 y la violencia post-electoral 2010-2011.	Laurent Gbagbo (fase preliminar); Simone Gbagbo (fase preliminar); y Charles Blé Goudé (fase preliminar)

investigación sobre la posible comisión de crímenes establecidos en el ER en ese país con ocasión del conflicto armado, a partir de enero de 2012.
--

Exámenes preliminares.

La CPI adelanta examen preliminar acerca de la situación de Afganistán, Colombia, la República Centroafricana, la Unión de las Comoras, Nigeria, Georgia, Guinea, Honduras, Iraq, Ucrania. Respecto de Colombia, en el informe intermedio de noviembre de 2012, la Fiscalía de la CPI puntualiza los aspectos que han sido objeto de estudio preliminar hasta ese momento y los que se revisarán de ahí en adelante. En cuanto a lo primero, señala que la CPI tiene competencia para investigar y judicializar los crímenes establecidos en el ER cometidos en territorio colombiano o por sus nacionales desde el 1 de noviembre de 2002 (luego de la ratificación del ER por Colombia el 5 de agosto de 2002), pero en relación con los crímenes de guerra sólo tiene competencia desde el 1 de noviembre de 2009, según la declaración realizada por Colombia de conformidad con el artículo 124 del ER. Así, la Fiscalía asevera que a partir del 1 de noviembre de 2002 actores no estatales (como las FARC, el ELN y grupos paramilitares) han cometido crímenes de lesa humanidad como asesinato, traslado forzoso de población, encarcelación, tortura y violencia sexual (art. 7-1-a/d/e/f/g ER); y órganos del Estado en ese mismo periodo han cometido crímenes de lesa humanidad como asesinato y desaparición forzada (art. 7-1-a/i ER). Además, continúa la Fiscalía, desde el 1 de noviembre de 2009 en adelante actores no estatales (principalmente las FARC y el ELN) realizaron acciones que pueden catalogarse crímenes de guerra como homicidio, ataques a la población civil, tortura, ultrajes contra la dignidad personal, toma de rehenes, violencia sexual y reclutamiento forzado de niños y niñas (art. 8-2-c-i/ii/iii, e-i/vi/vii ER); y las fuerzas armadas del Estado en ese mismo interregno de tiempo han cometido crímenes de guerra como homicidio, ataques a la población civil, tortura, ultrajes contra la dignidad personal y violencia sexual (art. 8-2-c-i/ii, e-i/vi ER). Sobre este punto, aclara la Fiscalía que debido a que los grupos paramilitares se han desmovilizado desde 2006, no se les considera parte del conflicto armado durante el periodo de competencia de la CPI respecto de crímenes de guerra. Sin embargo, la

Adicionalmente, en el citado informe la Fiscalía expone el estudio que ha efectuado sobre la capacidad y voluntad de Colombia para investigar y sancionar en el nivel nacional los crímenes cometidos con ocasión del conflicto armado y que son competencia de la CPI. A pesar de los resultados que se han obtenido, la Fiscalía advierte que hará seguimiento a la judicialización y adecuada ejecución de sentencias contra los responsables de tales crímenes, así como a la priorización de sanción penal a los líderes y superiores de los actores armados estatales y no estatales. Por último, el informe precisa que el examen preliminar de la situación de Colombia en adelante se centrará en (i) el Marco Jurídico para la Paz, desarrollos legislativos en el mismo sentido y asuntos jurisdiccionales de seguimiento a los “nuevos grupos armados ilegales”; (ii) acciones judiciales acerca de la promoción y expansión del paramilitarismo; (iii) acciones judiciales sobre el desplazamiento forzado; (iv) acciones judiciales respecto de crímenes sexuales; y (v) casos de los llamados “falsos positivos”.

2.4. 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 se adelantan acciones judiciales con precarios resultados en la ejecución de las sanciones penales, no se prioriza la investigación y judicialización de los máximos responsables de infracciones al DIH y violaciones graves y masivas a los Derechos Humanos, y/o se impulsan cambios legislativos que le restan imparcialidad e independencia a los procesos judiciales (como podría ocurrir al ampliar el fuero penal militar), a partir del mencionado principio de complementariedad, puede existir competencia del TPI para revisar las infracciones del DIH y la comisión de otros crímenes internacionales.

3. AUTO-EVALUACIÓN

<i>ae</i>	<i>Autoevaluación</i>
	<p>1. Preguntas:</p> <ul style="list-style-type: none"> • En varios párrafos, resuma el alcance de los siguientes principios del DIH: distinción, proporcionalidad y no reciprocidad. • Explique el alcance de la competencia del TPI y del principio de

	<p><i>complementariedad en relación con ese tribunal.</i></p> <p>2. <i>Reflexiones:</i></p> <p>3. <i>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.</i></p> <p>4. <i>¿Considera que la posibilidad que tienen los Estados Parte del ER de declarar que se excluyen de la competencia de la CPI durante 7 años respecto al crimen de agresión, puede favorecer la impunidad en este ámbito?</i></p> <p>5. <i>¿Qué opina usted de la remisión de casos a la CPI sobre posible comisión del crimen de agresión, por parte del Consejo de Seguridad "independientemente de que el Estado de que se trate haya aceptado la competencia de la Corte a este respecto" (Resolución 6, Anexo III)?</i></p>
--	--

4. BIBLIOGRAFÍA

- CICR, Comentario al Protocolo I, Tomo II, p. 863 párr. 1944.
- CLASEWITZ, Carl Von. *Arte y ciencia de la guerra*. (Trad Ramón Ormazábal). Mexico: Grijalbo, 1972.
- Declaración RC/Decl.2 aprobada en la primera Conferencia de Revisión del Estatuto de Roma
- FREI, Daniel. "El derecho internacional humanitario y el control de armamentos" en *Revista Internacional de la Cruz Roja*, No 90, Noviembre, diciembre 1988.
- International Crisis Group, Dismantling Colombia's New Illegal Armed Groups: Lessons From a Surrender, Latin America Report N°41 – 8 June 2012. Recuperado el 24 de julio de 2014 de <http://www.crisisgroup.org/-/media/Files/latin-america/colombia/41-dismantling-colombias-new-illegal-armed-groups-lessons-from-a-surrender.pdf>
- JHONSON, Kyle. "Armas, engaño y poder: la historia de la Erpac", 26 de Junio de 2012. Recuperado el 24 de julio de 2014, de Corporación Arco Iris: <http://www.arcoiris.com.co/2012/06/armas-engano-y-poder-la-historia-del-erpac-primera-entrega/>.
- MAYA, Martha. El proyecto de Santos contra las BACRIM pone a Santo a contradecirse, 3 de Septiembre de 2012. Recuperado el 24 de julio de 2014, de La Silla Vacía: <http://www.lasillavacia.com/historia/el-proyecto-de-lozano-contras-las-bacrim-pone-santos-contradecirse-35803>.
- MONTESQUIEU, L'Esprit des Lois. Libro XV, capítulo II.
- OROZCO ABAD, Iván. *Combatientes, rebeldes y terroristas. Guerra y derecho en Colombia*. Bogotá: Temis, IEPRI UN, 1992.
- Protocolo I adicional a los Convenios de Ginebra.
- Resolución RC/Res.1 aprobada en la primera Conferencia de Revisión del Estatuto de Roma
- Resolución RC/Res.2 aprobada en la primera Conferencia de Revisión del Estatuto de Roma

Resolución RC/Res.3 aprobada en la primera Conferencia de Revisión del Estatuto de Roma

Resolución RC/Res.4 aprobada en la primera Conferencia de Revisión del Estatuto de Roma

Resolución RC/Res.5 aprobada en la primera Conferencia de Revisión del Estatuto de Roma

Resolución RC/Res.6 aprobada en la primera Conferencia de Revisión del Estatuto de Roma

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

UPRIMNY, 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.

UPRIMNY, Rodrigo. "Sentido y aplicabilidad del Derecho Internacional humanitario en Colombia" en *Derecho humanitario y Conflicto armado*, Universidad Nacional, Bogotá, 1995.

Unidad

4

PRINCIPIO Y DERECHO A LA IGUALDAD, A LA NO DISCRIMINACIÓN Y ENFOQUES DIFERENCIALES

Og

Objetivo general

El objetivo de esta última unidad es sustentar que los principios y derechos a la igualdad y a la no discriminación responden al núcleo de la noción de derechos humanos, en la medida en que tiene que ver con la garantía y goce efectivo igual de los derechos humanos para todas las personas.

Oe

Objetivos específicos

- Determinar la fundamentabilidad e importancia de los derechos a la igualdad y a la no discriminación.
- Presentar la noción de categorías sospechosas, categorías potencialmente prohibidas o categorías en principio discriminatorias.
- Introducir la noción de personas en situación de especial vulnerabilidad, sujetos de especial protección constitucional y enfoques diferenciales.
- Describir los elementos generales del enfoque de género como herramienta analítica y metodológica que permite comprender las discriminaciones que enfrentan las mujeres y las personas con orientación sexual e identidad de género diversas.
- Restablecer el carácter humano y fundamental de los derechos humanos de las sociedades y pueblos diferenciados, a partir de la comprensión de estos en el ámbito de tensión que se genera entre derechos según la calidad de sus titulares (sujeto individual o sujeto colectivo) y desde una perspectiva opuesta a aquella que propugna por la distinción tajante entre el discurso universal de los derechos humanos y el "relativismo cultural".

Instrucciones metodológicas

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 aprendizaje autodirigido 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, en esa medida, tener una distancia crítica frente a lo que allí se plantea. En esta unidad, todas las actividades pedagógicas hacen parte de la lectura básica.

UNIDAD 4. PRINCIPIO Y DERECHO A LA IGUALDAD, A LA NO DISCRIMINACIÓN Y ENFOQUES DIFERENCIALES

1. ACTIVIDADES PEDAGÓGICAS

ap

Actividades pedagógicas

Por favor desarrolle las siguientes cuestiones

Siguiendo los presupuestos metodológicos explicados en la introducción del módulo, a continuación proponemos algunas actividades pedagógicas a través de las cuales ofrecemos una primera aproximación al derecho a la igualdad y principio de no discriminación en los escenarios concretos de los enfoques diferenciales.

1.1. Enfoque de género: derecho a la igualdad y a la libre identidad de género [LI]

1.1.1. Formulación

Frida N. nació en 1980. En su registro civil de nacimiento aparece inscrito con el nombre de Pablo Emilio, de sexo masculino. Sin embargo, desde los primeros años de su adolescencia, Frida N. empezó a considerar que su identidad de género correspondía a la de una mujer. Debido a esto, recibió tratamiento médico por disforia de género, y después de la fase inicial, el grupo médico empezó a formular hormonas para suavizar los rasgos masculinos de su cuerpo. Finalmente, en junio de 2014, fue intervenida quirúrgicamente para adecuar sus órganos genitales a la identidad de género femenina. Actualmente trabaja como empleada ocasional en almacenes de cadena. Le han informado que no la contratan de forma permanente pues cada cierto tiempo algún cliente se queja porque se siente incómodo al ser atendido por una persona trans.

En agosto de 2014, Frida N. acudió a la Registraduría de su localidad para solicitar el cambio de nombre y de sexo. El funcionario que la atendió le indicó que era posible cambiar su nombre, pero que para conseguir un cambio de sexo debía acudir a la jurisdicción voluntaria y demostrarle al juez que su sexo había cambiado, tal como lo indicaba el Decreto 1260 de 1970. Frida N. acudió al Juzgado Primero de Familia para adelantar el procedimiento pero no pudo realizarlo porque le indicaron que debía cumplir varios requerimientos que ella consideró inaceptables. El primero de ellos es acudir al proceso mediante apoderado judicial, pero Frida N. no tiene los ingresos suficientes para costear uno. El segundo de ellos es que tiene que demostrar que su identidad de género es genuinamente femenina, aportando su historia clínica y sometiéndose a exámenes físicos y psicológicos adicionales por parte de medicina legal. Aún después de esto, le informaron que tendría que esperar varios meses a que el Juez de Familia decidiera si concedía o no el cambio de sexo a la accionante.

En vista de estas exigencias, Frida N. decidió instaurar una acción de tutela contra la Registraduría Local para pedirle al juez que ordenara el cambio de sexo sin necesidad de acudir a la jurisdicción de familia. Para ello, invocó la protección de sus derechos al libre desarrollo de la personalidad, a la dignidad, a la igualdad y el derecho a determinar su identidad de género. Sin embargo, el Juez 10 Penal del Circuito negó la acción de tutela en primera instancia, porque consideró que la autoridad de registro no desconoció ningún derecho fundamental. Estimó que el cambio de nombre constituye una alteración del estado civil y no una mera modificación del registro para fijar la identidad personal. Por lo tanto, concluyó que este cambio no puede hacerse mediante escritura pública como lo dispone el artículo 95 del Decreto 1260. Otra cosa sucedería si el cambio de sexo obedeciera a un simple error mecanográfico. Además, señaló que el proceso jurisdiccional cumple una finalidad imperiosa del Estado tal como es la publicidad respecto de los datos básicos de una persona, con base en el cual se establecerán sus derechos y obligaciones. En este sentido, dijo que todos tenemos derecho a saber si una persona es hombre o mujer a efectos de establecer si hacia ella se dirigen determinadas normas, y que por eso el Estado no puede permitir que una persona cambie estos datos a su antojo. Concluyó diciendo que nadie ha negado su derecho a cambiar el sexo, pero que para ello le corresponde a la accionante cumplir con las cargas procesales correspondientes como a cualquier otro ciudadano.

Inconforme con la decisión, Frida N. impugnó la decisión y ahora está pendiente de fallo en la segunda instancia.

1.1.2. Preguntas

Usted es el/la juez/a de segunda instancia, quien debe decidir si tutela los derechos de Frida N. Indique si el trámite de jurisdicción voluntaria exigido solamente a las personas transgénero para realizar el cambio de sexo en el registro civil, establecido en el Decreto 1260 de 1970, vulnera los derechos de estas al libre desarrollo de la personalidad, a la dignidad, a la igualdad y a determinar su identidad de género. Para tomar su decisión, tenga en cuenta la siguiente normatividad relevante: artículos 1, 13 y 16 de la Constitución Política; artículos 89, 91 y 95 del Decreto Ley 1260 de 1970; artículos 63 y 649 numeral 11, 651 del Código de Procedimiento Civil; Corte Constitucional, sentencias T- 504 de 1994, T-062 de 2011, T-314 de 2011, T-918 de 2012, T-231 de 2013 y T-476 de 2014.

1.1.3. Respuesta

Para que las personas transgénero puedan tener documentos de identificación coherentes con su identidad de género, deben empezar por cambiar el sexo que aparece inscrito en su registro civil de nacimiento. Sin embargo, el Decreto 1260 de 1970, por el cual se expide el Estatuto del Registro del Estado Civil de las personas, no establece de forma expresa un procedimiento para obtener un cambio de sexo. Es a partir de una interpretación hecha por la Corte Constitucional en sede de tutela en 1994²⁰⁵, que las autoridades de registro han dado lugar a una práctica según la cual una persona transgénero solo puede solicitar el cambio de sexo mediante un proceso de jurisdicción voluntaria, mientras que los demás cambios del registro civil se pueden realizar por solicitud directa al funcionario encargado del registro o a través de escritura pública, en los términos de los artículos 89, 91 y 95 del Decreto 1260 de 1970. En el proceso de jurisdicción voluntaria las personas transgénero deben demostrar, con pruebas médicas,

²⁰⁵ En la sentencia T-504 de 1994, la Corte Constitucional precisó en qué casos procede el cambio de sexo en el registro civil a través de procedimiento judicial y en cuáles los cambios pueden introducirse mediante escritura pública. Para tal fin, dividió la función registral en comprobaciones declarativas (fórmula general) y comprobaciones constitutivas (excepción). Conforme a ello, determinó que la modificación del registro debe efectuarse a través de escritura pública cuando el trámite sólo corresponde "a la confrontación de lo empírico con la inscripción para de este modo lograr que la situación jurídica del solicitante responda a la realidad", mientras que aquella modificación que demande "una valoración de la situación planteada dada su indeterminación le corresponde al juez".

Posteriormente, en la sentencia T-231 de 2013, la Corte reiteró que la modificación del registro se debe realizar por escritura pública "a partir de una comprobación declarativa en la que se determina si el registro responde a la realidad. En este escenario se confronta los elementos fácticos con la inscripción para que la situación jurídica del interesado se ajuste a la realidad". Y adicionó que "si el estado civil se altera materialmente, se debe ir a un proceso judicial, pues se trata de la constitución de un nuevo estado que requiere de esta clase de valoración, es decir, de la apreciación de lo indeterminado".

al sexo elegido²⁰⁴.

Dicha diferenciación en el procedimiento para el cambio de sexo en el registro civil obedece a la identidad de género de las personas transgénero. En efecto, se considera que como ellos tenían "bien" asignado el sexo en sus registros iniciales, deben probar médicamente que este sexo ha cambiado y que se trata de un cambio que amerita ser registrado. De acuerdo con la Corte, el tratamiento diferenciado a partir de criterios como el sexo, la orientación sexual, la identidad de género, la raza, la etnia, la discapacidad, la religión, la lengua, la opinión política, el color de la piel o la clase social y/o económica, constituyen, en principio, una vulneración del derecho a la igualdad y del principio de no discriminación, por cuanto se basa en criterios sospechosos²⁰⁵. Por eso, cuando existen medidas de cualquier tipo en las que se establezca un trato desigual, la medida se presume discriminatoria²⁰⁶, y esto sólo puede desvirtuarse si se aplica un test estricto de igualdad que demuestre que el tratamiento diferenciado (i) pretende alcanzar un fin constitucionalmente imperioso, (ii) es adecuado e indispensable para cumplir tal fin, y (iii) es proporcionado, es decir, sus beneficios son mayores que sus costos en términos de afectación de derechos.

En el presente caso, al aplicar el test estricto de igualdad, tenemos que exigirle a las personas transgénero modificar el sexo inscrito en su registro civil por medio de la jurisdicción voluntaria, es una medida irrazonablemente gravosa y lesiva para los derechos de las personas transgénero. Ello por cuanto (i) si bien tal medida persigue

²⁰⁴ Dentro de este proceso, normalmente a las personas transgénero se les solicitan dos tipos de pruebas: (i) el peritaje médico, relativo a la inspección corporal para determinar el sexo o, de no haberse realizado el procedimiento quirúrgico de cambio de sexo, (ii) el peritaje de un psiquiatra para determinar si el solicitante padece de disforia de género. Cabe anotar que esta práctica judicial medicalizada, que se ha generalizado, no tiene sustento legal. Estas pruebas médicas que son exigidas en el procedimiento de jurisdicción voluntaria son altamente violatorias de los derechos de las personas transgénero. En el primero de los casos, el peritaje médico está asociado a la acepción de sexo y género como un único concepto objetivo que individualiza a la persona. Por tanto, en la práctica la persona transgénero es sometida a una prueba invasiva en la que tiene que comprobar que no dice mentiras respecto de su sexo. La persona es sometida al juzgamiento e inspección de su cuerpo y, a partir de allí, es un médico quien define su identidad, invadiendo así la construcción de la mente y las decisiones de la persona. En el segundo de los casos, tampoco se da valor a la identidad de género elegida por la persona sino que, por el contrario, se acude a la búsqueda del diagnóstico de una irregularidad denominada disforia de género.

²⁰⁵ "Los criterios sospechosos son, en últimas, categorías que (i) se fundan en rasgos permanentes de las personas, de las cuales éstas no pueden prescindir por voluntad propia a riesgo de perder su identidad; (ii) han estado sometidas, históricamente, a patrones de valoración cultural que tienden a menospreciarlas; (iii) no constituyen, per se, criterios con base en los cuales sea posible efectuar una distribución o reparto racional y equitativo de bienes.

como fin constitucionalmente imperioso dar el mayor nivel de seguridad y certeza a los cambios que se realicen en el registro civil, y resulta adecuada para tal fin; (ii) no es la única medida para alcanzar dicho objeto, ya que existe por lo menos otra vía –el cambio mediante escritura pública– para alcanzar el mismo objetivo; y, por el contrario, (iii) es un mecanismo demasiado lesivo de los derechos fundamentales de las personas transgénero, dado que el procedimiento de jurisdicción voluntaria es oneroso y constituye una barrera de acceso para las personas con identidad de género diversa, quienes, en general, se encuentran en condiciones económicas precarias. Además, las pruebas practicadas en el proceso de jurisdicción voluntaria son violatorias de los derechos de las personas transgénero que deben acudir a ese trámite, pues son procedimientos médicos invasivos de la intimidad, que reproducen estereotipos de género, refuerzan imaginarios sociales discriminatorios, someten a las personas transgénero a un escrutinio de su vida personal. También patologizan la identidad de género como una irregularidad psiquiátrica llamada disforia de género, lo cual constituye una violación directa a los derechos a la dignidad, al libre desarrollo de la personalidad, a la identidad y a la intimidad pues transforma la identidad de género diversa de las personas transgénero de un derecho y una opción de vida a una categoría médico-psiquiatra. Se trata entonces de un procedimiento que judicializa el ejercicio de estos derechos y se convierte en una barrera para su disfrute.

1.2. Derecho a la igualdad y deber especial de protección frente a personas en situación de especial vulnerabilidad en razón de la discapacidad [LI]

1.2.1. Formulación

Horacio es un joven de 19 años que sufre de un trastorno esquizoafectivo, el cual le ha implicado la pérdida del 50% de su capacidad laboral. Debido a sus limitadas condiciones económicas, solicitó al Instituto de Crédito Educativo del Estado La Prosperidad, un crédito para educación superior. El préstamo le fue adjudicado en una línea de crédito especial destinado a aspirantes que demostraran algún tipo de discapacidad de carácter permanente. Gracias al crédito educativo, Horacio inició sus estudios en Literatura en una universidad privada. Debido a algunas crisis derivadas del trastorno que sufre, Horacio tuvo que aplazar sus estudios, los cuales finalmente pudo terminar.

De acuerdo a las condiciones del crédito, Horacio debe pagar el dinero prestado dentro de los cinco años posteriores a la finalización de su ciclo universitario. No obstante, en razón a que la pérdida de capacidad laboral de Horacio aumentó a un 70%, no ha

podido realizar los pagos del crédito educativo pese a que han transcurrido tres años desde que finalizó sus estudios universitarios, pues no tiene los recursos para ello ni la capacidad para trabajar. Por tal motivo, Horacio solicitó al Instituto de Crédito Educativo la condonación del crédito, bajo el argumento de que el Estado La Prosperidad tiene la obligación constitucional de proteger los derechos de las personas que se encuentran en situación de especial vulnerabilidad debido a condiciones como la discapacidad. Dicha solicitud de condonación fue negada por el Instituto de Crédito Educativo, por cuanto, en primer lugar, las normas de crédito solamente prevén dos supuestos para la condonación: la muerte del deudor principal o la invalidez sobreviniente. Para el caso de Horacio, el Instituto señaló que no se trata de una invalidez sobreviviente pues, por el contrario, se trata de una condición de discapacidad existente desde antes de adquirir el préstamo, motivo por el cual no le resulta aplicable la normatividad de condonación del crédito.

1.2.2. Preguntas

Debido a la negativa del Instituto, Horacio presentó una demanda ante un/a juez/a solicitando que ordenara al Instituto de Crédito Educativo la condonación de su crédito. Para ello, argumentó que la normatividad sobre condonación del Instituto no le resulta aplicable a su caso pues prima la obligación estatal de especial protección a las personas en situación de vulnerabilidad en razón de la discapacidad.

Usted es el/la juez/a que debe decidir. Resuelva el caso exponiendo en su argumentación cuál es el contenido y alcance de la obligación del Estado de especial protección a las personas que se encuentran en situación de vulnerabilidad por la discapacidad, en qué medida debe el Estado proteger el derecho a la educación de Horacio y si resulta aplicable la normatividad de condonación del Instituto de Crédito Educativo del Estado La Prosperidad.

1.2.3. Respuesta

El derecho a la igualdad y a la no discriminación es un principio transversal a todos los derechos humanos, en la medida en que tiene que ver con la garantía y goce efectivo igual de los derechos humanos para todas las personas. De este principio deriva la obligación del Estado de proteger a las personas que se encuentran en situación de especial vulnerabilidad por condiciones como edad, sexo, clase, etnia, raza, discapacidad, entre otras. Ello por cuanto estas condiciones restringen el igual acceso a las personas a los bienes sociales necesarios para el goce de sus derechos. Por tanto, el

Estado debe adelantar todas las acciones que sean necesarias para remover esos obstáculos de igual acceso a bienes sociales y ejercicio de los derechos humanos. Esta obligación estatal es aplicable a todos los derechos de las personas en condiciones de especial vulnerabilidad y, por tanto, es exigible para casos como el presente que tratan sobre el derecho a la educación de personas con discapacidad.

En cumplimiento de esta obligación, el Estado tiene el deber de garantizar el igual acceso a la educación a todas las personas independientemente de sus condiciones diferenciales. En efecto, según la Observación General 13 del Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales (Comité DESC), el derecho a la educación, tiene por componentes el acceso, la disponibilidad, la aceptabilidad y la permanencia. Específicamente con referencia al acceso a la educación, el Comité DESC, que es el intérprete autorizado del Pacto Internacional de Derechos Económicos Sociales y Culturales (PIDESC), ha señalado que se trata de un componente que comporta tres dimensiones: (1) la no discriminación; (2) la accesibilidad material, por lo cual la distancia que debe recorrer un estudiante de su casa hasta el establecimiento educativo debe ser razonable y (3) la accesibilidad económica; de acuerdo con la cual la educación ha de estar al alcance económico de todas las personas.

En igual sentido, el artículo 13 del PIDESC establece que, con el fin de lograr la vigencia plena del derecho a la educación, "(...) 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".

El reconocimiento de los derechos de las personas con discapacidad a la educación, a la par de la consideración de esta última como servicio público, ha impulsado el desarrollo de políticas públicas en la materia. Así, se han implementado programas para fortalecer la oferta de servicios educativos que tengan como objetivo específico a las personas con discapacidad, lo cual es un esfuerzo que, en principio, es consistente con la obligación del Estado de promover las condiciones de las personas de grupos minoritarios o desaventajados. Sin embargo, para garantizar el acceso al servicio no es suficiente crear cupos dirigidos específicamente a las personas mencionadas. La separación de cupos para cierta población intenta superar las desventajas que ésta tiene para acceder a ellos en condiciones estrictamente iguales a los demás. Pero el objetivo de este tipo de programas no es sólo el acceso formal; el propósito es que las personas obtengan, de manera efectiva, los beneficios y las oportunidades provenientes de gozar de los cupos a los que pueden acceder.

En ese sentido, para garantizar el igual acceso a la educación a las personas con discapacidad, entendiendo que eso implica no solo medidas para asegurar cupos de

ingreso sino también medidas que garanticen la permanencia en el ciclo educativo, en el presente caso el/la juez/a debería decidir a favor de Horacio. Ello por cuanto la aplicación mecánica de la norma sobre condonación vulnera los derechos de Horacio y desconoce el deber estatal de especial protección. De hecho, el efecto inmediato de la aplicación mecánica de dicha norma es que para quienes son beneficiarios de la línea de crédito especial, solo hay una causal de condonación (la muerte del beneficiario), mientras que para las demás personas hay además otra causal, que es la invalidez sobreviniente del beneficiario. Esa situación entraña una desigualdad en la condonación que afecta a las personas con discapacidad, pues también ellas pueden sufrir eventos sobrevinientes que les impidan pagar el crédito. En consecuencia, la solución del presente caso debe dirigirse a proteger los derechos de Horacio y, por tanto, aplicar la condonación del crédito como cumplimiento del deber de especial de protección de las personas con discapacidad.

2. ENSAYO. PRINCIPIO Y DERECHO A LA IGUALDAD, A LA NO DISCRIMINACIÓN Y ENFOQUES DIFERENCIALES²⁰⁷

Esquema del ensayo

- 2.1. La fundamentabilidad e importancia del derecho a la igualdad y a la no discriminación
- 2.2. Complejidad y multidimensionalidad del derecho a la igualdad y a la no discriminación
- 2.3. La noción de categorías sospechosas, categorías potencialmente prohibidas o categorías en principio discriminatorias
- 2.4. Personas en situación de especial vulnerabilidad, sujetos de especial protección constitucional y enfoques diferenciales
- 2.5. El enfoque de género: mujeres y personas con orientación sexual o identidad de género diversas
 - 2.5.1. El enfoque de género y las mujeres
 - 2.5.2. El enfoque de género y las personas con orientación sexual o identidad de género diversas
- 2.6. El enfoque étnico

2.1. La fundamentabilidad e importancia del derecho a la igualdad y a la no discriminación.

Los derechos a la igualdad y a la no discriminación²⁰⁸ han sido reconocidos en los tratados regionales e internacionales como *derechos humanos esenciales* que sustentan la protección de todos los derechos²⁰⁹. Con todo, la naturaleza de la igualdad y la no

²⁰⁷ Parte de este ensayo está basado en el peritaje técnico presentado por Rodrigo Uprimny en el caso *Atala Riffo e hijas vs. Chile* ante la Corte IDH en su 92º período ordinario de sesiones, el 23 de agosto de 2011; Oscar Parra Vera, "Acceso a la justicia: enfoque diferencial y perspectiva de género" en PARRA VERA, Oscar, *Acceso a la justicia en el Sistema Interamericano de Derechos Humanos*, San José, IIDH, 2012; y Oscar Parra Vera y Florian Huber, "Orientación sexual, derechos de las niñas y los niños y no discriminación: Comentarios al caso *Atala Riffo y Niñas*", en Armin Von Bogdandy, Flávia Piovesan y Mariela Morales-Antoniuzzi (coords.), *Igualdad y Orientación Sexual. El Caso Atala de la Corte Interamericana de Derechos Humanos y su potencial*, México, Porrúa / Instituto Mexicano de Derecho Procesal Constitucional, pp. 167-208.

²⁰⁸ Se entiende "discriminación" como "toda distinción, exclusión, restricción o preferencia que se basen en determinados motivos, como la raza, el color, el sexo, el idioma, la religión, la opinión política o de otra índole, el origen nacional o social, la posición económica, el nacimiento o cualquier otra condición social y que tenga por objeto o por resultado anular o menoscabar el reconocimiento, goce o ejercicio, en condiciones de igualdad, de los derechos humanos y libertades fundamentales de todas las personas". Comité de Derechos Humanos, Comentario General No. 18 (no discriminación), 10 de noviembre de 1989, párr. 7. Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, 42 período de sesiones, mayo de 2009, Observación General No. 20, "La no discriminación y los derechos económicos, sociales y culturales (artículo 2, párrafo 2 del Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales)", párr. 7.

²⁰⁹ Ver, Carta de las Naciones Unidas, arts. 1.3 y 55; Declaración Universal de Derechos Humanos, art. 2, la Convención Internacional sobre la Eliminación de todas las Formas de Discriminación Racial, art. 5 (21 de diciembre de 1965, ratificada por Colombia el 2 de septiembre de 1981); Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, art.

discriminación no se agota en su carácter de derechos humanos esenciales pues, más que eso, son *principios transversales* a todos los derechos, en la medida en que constituyen el sustento de la garantía y goce efectivo *igual* de los derechos para *todas* las personas. En efecto, en el núcleo duro de la noción de derechos humanos subyace la idea de que todas las personas merecen una *igual* protección, sin distinción de sexo, raza, etnia, nacionalidad, discapacidad, estatus social, orientación sexual, identidad de género, o cualquier otra condición social. Así lo indicó la Corte IDH en la Opinión Consultiva 04 al afirmar que:

“La noción de igualdad se desprende directamente de la unidad de naturaleza del género humano y es inseparable de la dignidad esencial de la persona, frente a la cual es incompatible toda situación que, por considerar superior a un determinado grupo, conduzca a tratarlo con privilegio; o que, a la inversa, por considerarlo inferior, lo trate con hostilidad o de cualquier forma lo discrimine del goce de derechos que sí se reconocen a quienes no se consideran incurso en tal situación de inferioridad. No es admisible crear diferencias de tratamiento entre seres humanos que no se correspondan con su única e idéntica naturaleza”²¹⁰.

En tal medida, el derecho a la igualdad y a la no discriminación constituye una de las garantías básicas de toda persona, de las que se derivan obligaciones para los Estados de carácter imperativo, pues han sido reconocidos en el derecho internacional como una norma de *ius cogens*²¹¹, tal como lo ha expresado la Corte IDH en la Opinión Consultiva 18:

2.1 y 26 (16 de diciembre de 1966, ratificado por Colombia el 29 de octubre de 1969); Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, art. 2.2 (16 de diciembre de 1966, ratificado por Colombia el 29 de octubre de 1969); Convención sobre la Eliminación de Todas las Formas de Discriminación contra la Mujer, art. 3 (18 de diciembre de 1979, ratificada por Colombia el 19 de enero de 1982); Convención contra la Tortura y otros Tratos o Penas Cruelles, Inhumanos o Degradantes, art. 1.1 (26 de junio de 1987, ratificada por Colombia el 8 de diciembre de 1987); Convención sobre los Derechos del Niño, art. 2 (20 de noviembre de 1989, ratificada por Colombia el 2 de enero de 1991); Convención Americana sobre Derechos Humanos, art. 1.1 (22 de noviembre de 1969, ratificada por Colombia el 28 de mayo de 1973).

²¹⁰ Corte IDH, Opinión Consultiva N° 04 de 19 de enero de 1984, párr. 55.

²¹¹ En el mismo sentido, el Comité DESC en la Observación General 20 precisó que “la no discriminación y la igualdad son componentes fundamentales de las normas internacionales de derechos humanos y son esenciales a los efectos del goce y ejercicio de los derechos económicos, sociales y culturales”. Organización de Naciones Unidas, Consejo Económico y Social, Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, Observación General 20 “La no discriminación y los derechos económicos, sociales y culturales (artículo 2, párrafo 2 del Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales) E/C.12/GC/20, 2 de junio de 2009.

"[E]l principio de igualdad ante la ley, igual protección ante la ley y no discriminación, pertenece al jus cogens, puesto que sobre él descansa todo el andamiaje jurídico del orden público nacional e internacional y es un principio fundamental que permea todo ordenamiento jurídico"²¹².

2.2.Complejidad y multidimensionalidad del derecho a la igualdad y a la no discriminación.

En virtud de los derechos a la igualdad y a la no discriminación, que se encuentran consagrados en todos los tratados internacionales vinculantes para Colombia y en la Constitución misma (artículo 13), se entiende que toda persona tiene derecho a que se garantice su derecho a la igualdad (formal y material) y que, en consecuencia, se prohíba la discriminación en su contra (igualdad de trato).

El derecho a la igualdad y el consecuente derecho a la no discriminación se han convertido pues en un elemento esencial para combatir situaciones de discriminación históricas, sistemáticas y recurrentes, principalmente, hacia ciertos grupos que se encuentran en situación de especial vulnerabilidad, como es el caso de las mujeres, las personas con orientación sexual o identidad de género diversas, las personas y sociedades diferenciadas étnica y culturalmente, las personas racializadas²¹³, las personas en situación de discapacidad, entre otras. La garantía de la igualdad y la protección contra toda discriminación constituyen entonces un presupuesto básico en la protección y el ejercicio de los derechos humanos²¹⁴.

En ese sentido, entre los principales instrumentos internacionales de derechos humanos que reconocen el derecho a la igualdad y proscriben tratos discriminatorios, se encuentran, principalmente: los artículos 1, 2 y 7 de la Declaración Universal de Derechos Humanos, el artículo 26 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, los artículos 2.2 y 3 del Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y

²¹² Corte IDH, Opinión Consultiva N. 18 del 17 de septiembre de 2003, párr. 100-101.

²¹³ En los instrumentos internacionales de derechos humanos el uso del término "raza" no implica la aceptación de aquellas teorías que tratan de probar la existencia de razas humanas distintas y, por esa vía, avalan tratos discriminatorios a las personas en consideración de su pertenencia a determinadas razas. En ese sentido, el párrafo 6 del Documento final de la Conferencia de Examen de Durban: "Reafirma que todos los pueblos e individuos constituyen una única familia humana, rica en su diversidad, y que todos los seres humanos nacen libres e iguales en dignidad y derechos; y rechaza enérgicamente toda doctrina de superioridad racial, junto con las teorías que intentan determinar la existencia de las llamadas razas humanas distintas".

²¹⁴ Corte Interamericana de Derechos Humanos. Opinión Consultiva 18/03. Párr. 83

Culturales, los artículos 1 y 24 de la Convención Americana de Derechos Humanos, el artículo 3 del Protocolo Adicional a la Convención Americana sobre Derechos Humanos en materia de Derechos Económicos, Sociales y Culturales "Protocolo de San Salvador", el artículo 14 de la Convención Europea de Derechos Humanos, los artículos 2 y 3 de la Carta Africana sobre Derechos Humanos y de los Pueblos, el artículo 2 de la Convención sobre los Derechos del Niño, los artículos 1 y 15 de la Convención sobre la Eliminación de todas las formas de Discriminación contra la Mujer, y los artículos 1 y 2 de la Convención Internacional sobre la Eliminación de todas las formas de Discriminación Racial.

Por su parte, el artículo 13 de la Constitución Política de Colombia desarrolla el derecho a la igualdad en tres facetas, a saber: la igualdad formal, la igualdad de trato (que se traduce en la prohibición de discriminación) y la igualdad material. Así, la primera parte del texto normativo señala que "[t]odas las personas nacen libres e iguales ante la ley, recibirán la misma protección y trato de las autoridades" y, en esa forma, hace referencia a la *igualdad formal*. Una segunda parte dispone que "[t]odas las personas] gozarán de los mismos derechos, libertades y oportunidades sin ninguna discriminación por razones de sexo, raza, origen nacional o familiar, lengua, religión, opinión política o filosófica." En esos términos, la Carta Política hace referencia a la prohibición de discriminación con base en criterios específicos, lo que se relaciona con la dimensión de la *igualdad de trato*. Y, finalmente, desarrolla la *faceta material* cuando consagra que "[e]l Estado promoverá las condiciones para que la igualdad sea real y efectiva y adoptará medidas en favor de grupos discriminados o marginados. (...) El Estado protegerá especialmente a aquellas personas que por su condición económica, física o mental, se encuentren en circunstancia de debilidad manifiesta y sancionará los abusos o maltratos que contra ellas se cometan". Esta cara del derecho a la igualdad permite el uso de medidas especiales a favor de grupos discriminados o marginados.

En razón a lo anterior, organizamos el contenido normativo del derecho a la igualdad en tres dimensiones. En primer lugar, identificamos la *dimensión formal*, la cual precisa que todas las personas nacen iguales ante la ley y pueden gozar de sus derechos sin ninguna clase de distinción²¹⁵. Sin embargo, esta sola dimensión resulta insuficiente, por lo que

²¹⁵ Esta noción de igualdad está recogida en diferentes instrumentos del sistema universal como el Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales (PIDESC artículos 2.2 y 3); el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos (PIDCP artículos 2 y 26); la Convención Internacional sobre la Eliminación de todas las Formas de Discriminación Racial (artículo 2); la Convención sobre los Derechos del Niño (artículo 2); la Declaración de los Derechos del Niño (Principio 1); la Convención Internacional sobre la Protección de los Derechos de Todos los Trabajadores Migratorios y de sus Familiares (artículos 1, 7, 18.1, 25, 27, 28, 43, 45.1, 48, 55 y 70); la Convención sobre la Eliminación de Todas las Formas de Discriminación contra la Mujer (CEDAW artículos 2, 3, 5 a 16) entre otros. En

mayor contenido y alcance del derecho.

En segundo lugar, encontramos *la dimensión material*, la cual se fundamenta en la idea de la obligación positiva del Estado de garantizar y proteger la igualdad entre los sujetos. Este componente requiere que el Estado combata las situaciones de discriminación, haciendo uso de diferentes medidas que propendan por el ejercicio efectivo del derecho a la igualdad²¹⁶. Esta dimensión, en ocasiones, requiere de tratamientos diferenciados a fin de superar la discriminación histórica vivida por grupos marginados o especialmente vulnerables²¹⁷. Tomando como referencia este último punto, podemos distinguir entre las discriminaciones puntuales y las discriminaciones estructurales. Hablamos de las primeras cuando la distinción injustificada en el trato se presenta en casos concretos y nos referimos a las segundas cuando la diferenciación de trato obedece a patrones históricos, sociales y culturales de discriminación. Con todo, estas dos formas de discriminación pueden confluir en un mismo escenario. Por ejemplo, en determinadas circunstancias puede presentarse un trato diferenciado sin justificación en contra de los derechos de una mujer, por lo que podríamos concluir preliminarmente que se trata de una discriminación puntual. Sin embargo, si entendemos que las mujeres hacen parte de un grupo especialmente vulnerable que ha sido discriminado en razón de su sexo, entonces, podemos colegir que ese caso de violación del derecho a la igualdad, además, es consecuencia de una discriminación estructural.

En tal forma, la dimensión material permite el uso de *acciones afirmativas*. Se entiende por estas, aquellas medidas legislativas y administrativas de carácter temporal que tienen como fin superar las situaciones de desventaja o exclusión de grupos poblacionales históricamente discriminados. Así, por ejemplo, la instauración de una cuota en educación superior a favor de la población negra²¹⁸ o la norma que exige un mínimo del 30% de participación de mujeres en cargos de niveles decisorios del sector

el SIDH, esta fórmula está contenida en la Convención Americana Sobre Derechos Humanos (art. 24) y en la Convención Belem do Pará (art. 4). En la Constitución, se encuentra establecido en el artículo 13 y ha sido desarrollado por múltiple jurisprudencia.

²¹⁶ Esta dimensión se evidencia en el inciso 2 del artículo 13 de la Constitución, que establece que "El Estado promoverá las condiciones para que la igualdad sea real y efectiva y adoptará las medidas en favor de grupos discriminados o marginados". También, se puede apreciar en el Párr. 10 de la Observación General 18 del Comité de Derechos

público²¹⁹, hacen parte de las medidas que, con base en un criterio históricamente sospechoso, establecen determinadas acciones para combatir la desigualdad en escenarios específicos.

En tercer lugar, identificamos la *igualdad de trato* que se concreta en la prohibición de discriminación²²⁰. El punto fundamental, como lo han desarrollado los mejores tribunales constitucionales, la Corte IDH en la Opinión Consultiva 04, 17 y 18, así como el Comité de Derechos Humanos en múltiples decisiones, radica en que la igualdad de trato no prohíbe establecer diferencias, sino que ordena que las diferencias tengan un fundamento objetivo y razonable. Es decir, el derecho a la igualdad en su tercera dimensión significa que sólo es admisible constitucionalmente cualquier diferencia de trato que (i) persiga objetivos admisibles y legítimos, (ii) se funde en una diferencia relevante y (iii) sea un medio adecuado y proporcionado para alcanzar ese propósito legítimo. De ahí deriva el deber de los jueces de realizar un juicio de igualdad o test de igualdad para examinar si las autoridades han incurrido o no en una violación de la igualdad de trato al consagrar distinciones arbitrarias o caprichosas.

En tal forma, la igualdad de trato indica que, además de las garantías en términos de promoción de la igualdad, el Estado debe prohibir y proteger a las personas de tratos o medidas discriminatorias. A esta dimensión entonces la constituyen dos aspectos: de una parte, la prohibición de los actos o medidas que sin ninguna justificación restrinjan derechos o establezcan privilegios; y, de otro lado, la obligación de combatir a través de los mecanismos idóneos las diferentes formas de discriminación en la sociedad²²¹.

Respecto a este último punto, el Comité DESC en la Observación General 20 indicó que es posible identificar, por lo menos, las siguientes formas de discriminación: la discriminación formal y sustantiva, por una parte; y, de otro lado, la discriminación directa e indirecta. Hay lugar a la discriminación formal cuando el trato diferenciado e injustificado se genera en el nivel normativo, es decir, cuando la Constitución, las leyes y las políticas de un Estado discriminan al consagrar distinciones arbitrarias entre las personas. La discriminación sustantiva, por su parte, se presenta cuando el trato injustificado deriva de las condiciones sociales, históricas y culturales en las que se encuentran las personas. Así lo reconoce el Comité DESC al precisar que: "[p]ara

²¹⁹ Esta medida está establecida en la Ley 581 de 2000 y fue revisada su constitucionalidad en la sentencia C-371 de 2000 del M.P. Carlos Gaviria.

²²⁰ Óp. Cit. Corte Interamericana, 2003.

²²¹ Organización de las Naciones Unidas. Comité de Derechos Humanos. Observación General 18: No discriminación. 1989.

eliminar la discriminación en la práctica se debe prestar suficiente atención a los grupos o individuos que sufren injusticias históricas o son víctimas de prejuicios persistente en lugar de limitarse a comparar el trato formal que reciben las personas en situaciones similares”²²².

De otro lado, la discriminación directa se presenta en aquellos actos u omisiones que realizan una distinción arbitraria y causan un perjuicio, debido a que imparten un trato menos favorable a un individuo respecto a otro que se encuentra en la misma situación. Tal es el caso, por ejemplo, de la asignación de cupos educativos en razón de la raza. Sin embargo, también hay discriminación directa cuando se presenta un trato diferenciado injustificado, así no exista una situación similar comparable, como ocurre en la contratación de mujeres dependiendo de si están o no embarazadas.

En la discriminación indirecta, por el contrario, la violación de la igualdad de trato ocurre por el uso de diferenciaciones (dadas por leyes, políticas o prácticas) aparentemente neutrales que, en últimas, se basan en distinciones arbitrarias. Por ejemplo, el tiempo de residencia en un sitio no es usualmente una categoría discriminatoria, pero muchos tribunales han encontrado que, en ocasiones, establecer una diferencia por el tiempo de residencia en un sitio para acceder a un beneficio es discriminatorio. Así lo hizo la Corte Suprema de Estados Unidos en el caso *Zobel v. Williams* de 1982, en donde concluyó que una ley de Alaska que determinaba que el acceso a ciertos beneficios dependía del tiempo de residencia era inconstitucional, porque esa norma, en apariencia neutra, se basaba en una distinción arbitraria.

Así las cosas, estas tres dimensiones han permitido construir un contenido robusto y complejo del derecho a la igualdad que tiene diversas consecuencias jurídicas. En síntesis, la primera dimensión exige un reconocimiento legal de la igualdad entre las personas. La segunda obliga a que se implementen medidas afirmativas dirigidas a avanzar en la faceta material. Y la tercera concretiza las dos dimensiones anteriores en el deber del Estado de enfrentar tratos discriminatorios para eliminarlos.

²²² Organización de Naciones Unidas, Consejo Económico y Social, Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales. Observación General 20 “La no discriminación y los derechos económicos, sociales y culturales (artículo 2, párrafo 2 del Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales) E/C.12/GC/20, 2 de junio de 2009, párr. 8, b).

2.3. La noción de categorías sospechosas, categorías potencialmente prohibidas o categorías en principio discriminatorias.

Las dimensiones de igualdad material y de trato han permitido el desarrollo de una serie de categorías que resultan útiles y necesarias para la protección del derecho a la igualdad. A estas se les ha denominado categorías problemáticas, categorías sospechosas o categorías en principio prohibidas. Respecto a los elementos que hacen que una categoría pase a ser sospechosa existe aún alguna controversia; sin embargo, varios tribunales como la Corte Suprema de Estados Unidos²²³, la Corte Constitucional colombiana²²⁴ y otras²²⁵, han señalado que hay al menos cuatro elementos que determinan que una categoría se convierta en sospechosa. Primero, la distinción debe realizarse con base en rasgos permanentes de las personas que determinan su identidad, por lo que éstas no pueden prescindir de esos rasgos a riesgo de perder su propia identidad. Tales rasgos que hacen parte de la identidad de las personas son, por ejemplo, la raza, la etnia, la discapacidad, la orientación sexual o la identidad de género. Segundo, la categoría con base en la cual se hace la distinción de trato debe haber estado asociada en el pasado a prácticas discriminatorias y de subordinación, es decir, debe tratarse de una categoría usualmente usada para discriminar. Tercero, los grupos a los que se aplica la distinción de trato, en general, tienen escaso poder político en la sociedad para ser representados en los órganos políticos y, con ello, corregir las discriminaciones. Y cuarto, las categorías sospechosas en cuestión, usualmente, no son un criterio muy racional para distribuir cargas y beneficios en una sociedad, derechos o cargas sociales.

La referida cláusula abierta del artículo 13 de la Constitución, además de incluir al sexo, la raza, el origen nacional o familiar, la lengua, la religión, la opinión política o filosófica como criterios sospechosos de discriminación, permite actualizar su clasificación en distintos escenarios que se puedan presentar sucesos discriminatorios. En efecto, la Corte Constitucional ha señalado que criterios como “la edad, los ingresos, la clase

²²³ Corte Suprema de Justicia de Estados Unidos, *Korematsu v. United States*, 323 U.S. 214, 216 (1944); *Cfr. McLaughlin v. Florida*, 379 U.S. 184, 196 (1964); *Palmire v. Sidoti*, 466 US 429, 432, 433 (25 de abril de 1984).

²²⁴ Corte Constitucional. Sentencias C-481 de 1998 M.P. Alejandro Martínez Caballero y C-371 de 2000, M.P. Carlos Gaviria Díaz.

²²⁵ Al respecto, véase entre otras: Tribunal Constitucional del Perú, Sala Primera, Sentencia del 3 de septiembre de 2010, Exp. N.º 2317-2010-AA/TC, párr. 32; Tribunal Constitucional del Perú, Sala Primera, Sentencia del 3 de septiembre de 2010, Exp. N.º 2317-2010-AA/TC, párrs. 32 y 33; Tribunal Constitucional del Perú, Sala Primera, Sentencia del 3 de septiembre de 2010, Exp. N.º 2317-2010-AA/TC, párr. 34; y Suprema Corte de la Justicia de la Nación de México, Amparo en Revisión, 7/2009, 15 de marzo de 2011, considerado cuarto, pág. 18.

social, el origen étnico o la apariencia exterior”²²⁶ tienen el potencial de convertirse en factores sospechosos de discriminación.

Así pues, tal como lo ha reiterado la jurisprudencia constitucional, el tratamiento diferenciado a partir de criterios como el sexo, la orientación sexual, la identidad de género, la raza, la etnia, la discapacidad, la religión, la lengua, la opinión política, el color de la piel o la clase social y/o económica, constituyen, en principio, una vulneración de los derecho a la igualdad y a la no discriminación, por cuanto se basa en criterios sospechosos. Por eso, cuando existen medidas de cualquier tipo en las que se establezca un trato desigual, la medida se presume discriminatoria²²⁷ y la carga probatoria se traslada a la persona que pretende tratar de forma diferenciada a otra y no en quien alega la vulneración del derecho a la igualdad. Ello por cuanto la parte débil del litigio, en estos casos de discriminación, es quien con mayor dificultad tiene la posibilidad de acceder a material probatorio para acreditar su situación desfavorable, por lo que resulta razonable que la parte fuerte, quien se encuentra en condición de superioridad y tiene acceso a material probatorio, debe ser la que asuma esta carga procesal.

En consideración de que las medidas que se fundamentan en criterios sospechosos son en principio discriminatorias y, por tanto, inconstitucionales, el escrutinio judicial de las mismas debe ser más estricto, puesto que estamos frente a una categoría que usualmente se usa para discriminar y, por consiguiente, el juez no puede ser deferente con su empleo por parte de las autoridades nacionales o políticas, o por otros jueces. Este escrutinio judicial estricto ha sido justificado en el Derecho Constitucional Comparado. Así, la Corte Suprema de Justicia de Estados Unidos ha indicado que el escrutinio judicial sobre distinciones de trato puede tener un nivel mínimo, intermedio o estricto, dependiendo del tipo de categoría utilizada para hacer la diferenciación de trato. Para esta Corte, el escrutinio judicial debe ser estricto cuando la distinción de trato se basa en categorías sospechosas²²⁸. También el Tribunal Constitucional del Perú ha considerado que la justificación de medidas de diferenciación a partir de criterios sospechosos, requieren “un *control estricto*, con lo cual no basta que se demuestre la legitimidad del fin y la racionalidad de la medida, sino que debe justificar la *imperiosa necesidad* de la misma²²⁹. Y, en la misma línea, la Suprema Corte de Justicia de la Nación

²²⁶ Corte Constitucional. Sentencia T-314/11

²²⁷ Corte Constitucional. sentencia T-314 de 2011 M.P. Jorge Iván Palacio Palacio

²²⁸ Corte Suprema de Justicia de Estados Unidos, *Clark v. Jeter*, 486 U.S. 456, 461 (1988).

²²⁹ Cfr. Tribunal Constitucional del Perú, Sala Primera, Sentencia del 3 de septiembre de 2010, Exp. N.º 2317-2010-AA/TC, párr. 34

de México ha estimado que las exigencias derivadas del principio de igualdad y no discriminación deberán ser aplicadas con especial intensidad en casos de distinción basada en categorías sospechosas, lo cual implica que el juez constitucional debe realizar un escrutinio estricto desde el punto de vista de la garantía de igualdad²³⁰.

En el mismo sentido, la Corte Constitucional ha establecido que debe aplicarse un control de constitucionalidad estricto respecto de medidas legislativas que (i) incorporen una clasificación sospechosa, como las categorías previstas en el inciso 1º del artículo 13 Superior; (ii) afecten a personas que se encuentren en “condiciones de debilidad manifiesta, a grupos marginados o a sujetos que gozan de especial protección constitucional”; (iii) “desconozca[n] prima facie el goce de un derecho constitucional fundamental”; o (iv) “incorpore[n] -sin causa aparente- un privilegio exclusivo para un sector determinado de la población”.²³¹

Igualmente, la jurisprudencia constitucional ha determinado que en casos de discriminación por el uso de criterios sospechosos para establecer distinciones en el trato de las personas, el juez debe aplicar un test estricto de igualdad²³². En éste, el juez revisa si el trato diferenciado (i) pretende alcanzar un fin constitucionalmente imperioso, (ii) es adecuado e indispensable para cumplir tal fin, y (iii) es proporcionado, es decir, sus beneficios son mayores que sus costos en términos de afectación de derechos²³³.

2.4. Personas en situación de especial vulnerabilidad, sujetos de especial protección constitucional y enfoques diferenciales

Como ya lo indicamos, a la dimensión material de la igualdad le subyace la idea de que el Estado debe garantizar y proteger la igualdad de las personas, teniendo en cuenta sus condiciones materiales de existencia. Así, el alcance de los derechos a la igualdad y a la no discriminación no se agota en el mero reconocimiento formal de la igual protección de los derechos humanos, sino que también comprende la efectiva garantía de la

²³⁰ Cfr. Suprema Corte de la Justicia de la Nación de México, Amparo en Revisión, 7/2009, 15 de marzo de 2011, considerado cuarto, pág. 18.

²³¹ Corte Constitucional. Sentencia C-521 de 2007, M.P. Clara Inés Vargas Hernández.

²³² La Corte Constitucional en casos de discriminación basada en criterios sospechosos ha utilizado el test estricto de igualdad, el cual ha caracterizado como un test de proporcionalidad integrado que combina elementos de los exámenes de igualdad del Tribunal Europeo de derechos humanos y de la Corte Suprema de Estados Unidos. En tal sentido, la Corte no realiza sólo el análisis de la medida a la luz de los tres escrutinios que componen el juicio, sino que incluye la variante de los grados de rigidez para aplicar el test, según la naturaleza de la medida.

²³³ Al respecto ver por ejemplo las sentencias de la Corte Constitucional C-445 de 1995 y C-093 de 2001.

igualdad, para lo cual el Estado debe adelantar acciones que permitan efectivamente igualar las condiciones materiales de las personas, como presupuesto del ejercicio pleno de los derechos.

De ello deriva entonces que el Estado debe combatir las situaciones de discriminación en las que se encuentran ciertos grupos poblaciones en consideración de su sexo, etnia, raza, edad, discapacidad, nacionalidad, orientación sexual o identidad de género, por ejemplo, y que impiden el efectivo goce de sus derechos. Ello requiere de tratamientos diferenciados a favor de las personas que se encuentran en situación de especial vulnerabilidad, tal como lo establece el inciso segundo del artículo 13 de la Constitución Política colombiana. En respuesta a ese deber jurídico, la jurisprudencia constitucional ha construido la categoría de *sujetos de especial protección constitucional*. Para la Corte, esta categoría se justifica en que “[e]n el Estado social de Derecho, la comunidad política debe un trato preferencial a quienes se encuentran en circunstancias de debilidad manifiesta y están impedidos para participar, en igualdad de condiciones, en la adopción de las políticas públicas que les resultan aplicables.”²³⁴

Bajo la categoría de sujetos de especial protección constitucional, la Corte Constitucional ha establecido medidas reforzadas de garantía del derecho a la igualdad a diferentes grupos poblaciones. Entre ellos podemos enunciar a los niños, niñas y adolescentes²³⁵, a las mujeres²³⁶, a los pueblos indígenas²³⁷, a los pueblos afrodescendientes²³⁸, a las personas de la tercera edad²³⁹, a las personas con discapacidad²⁴⁰, a las personas con orientación sexual²⁴¹ o identidad de género diversas²⁴², a las personas en estado de indigencia²⁴³, a los reclusos²⁴⁴, a las víctimas del conflicto armado interno²⁴⁵.

La garantía reforzada de los derechos de los sujetos de especial protección constitucional es la principal consecuencia del uso de esta categoría. Con base en ella, la jurisprudencia constitucional, en reiteradas ocasiones, ha aplicado un escrutinio judicial estricto tanto

²³⁴ Corte Constitucional. Sentencia SU-225 de 1998, MP: Eduardo Cifuentes Muñoz.

²³⁵ Corte Constitucional. Sentencias SU-225 de 1998, C-796 de 2004, T-736 de 2013.

²³⁶ Corte Constitucional. Sentencias T-373 de 1998, C-776 de 2010, T-706 de 2013.

²³⁷ Corte Constitucional. Sentencias T-652 de 1998, T-955 de 2003, T-880 de 2006, T-154 de 2009 y T-760 de 2009.

²³⁸ Corte Constitucional. Autos 005 y 222 de 2009, Sentencia C-253 de 2013.

²³⁹ Corte Constitucional. Sentencias T-036 de 1995, T-801 de 1998 y T-207 de 2013.

²⁴⁰ Corte Constitucional. Sentencia T-608 de 2007, T-750 de 2010, T- 553 de 2011.

²⁴¹ Corte Constitucional. Sentencias C-577 de 2011, T-314 de 2011.

²⁴² Corte Constitucional. Sentencia T-314 de 2011, T-918 de 2012.

²⁴³ Corte Constitucional. Sentencia T-057 de 2011.

²⁴⁴ Corte Constitucional. Sentencia T-744 de 2009.

²⁴⁵ Corte Constitucional. Sentencias T-025 de 2004, T-045 de 2010, T-1094 de 2007, C-609 de 2012.

para establecer acciones afirmativas como para evaluar la constitucionalidad de medidas presuntamente discriminatorias. Al respecto, la Corte Constitucional en la sentencia T-043 de 2007 afirmó que:

Para la Corte, la pertenencia a estos grupos poblacionales tiene una incidencia directa en la intensidad de la evaluación del perjuicio, habida cuenta que las condiciones de debilidad manifiesta obligan a un tratamiento preferencial en términos de acceso a los mecanismos judiciales de protección de derechos, a fin de garantizar la igualdad material a través de discriminaciones afirmativas a favor de los grupos mencionados²⁴⁶.

Ahora bien, previo a la protección judicial reforzada a favor de las personas en situación especial de vulnerabilidad es indispensable determinar quiénes son los sujetos que se encuentran en esas condiciones. Para ello, se ha construido la noción de *enfoques diferenciales*. En general, podemos afirmar que los enfoques diferenciales son herramientas analíticas y metodológicas que permiten identificar que algunos grupos poblacionales se encuentran en condiciones particulares de vulnerabilidad, exclusión y/o discriminación, debido a factores o criterios arbitrarios, cultural y socialmente contruidos o reforzados, lo cual conlleva a que el contexto y algunas realidades particulares los afecten de manera diferente al resto de la población o, incluso, desproporcionada, en el goce de sus derechos y libertades. En concepto de Román Vega Romero, los enfoques diferenciales tienen por objetivo "visibilizar, comprender y articular las diferencias propias de la condición social de un sujeto individual o colectivo de derecho con respecto del resto de la sociedad"²⁴⁷. Así pues, la finalidad última de estos enfoques es que los derechos de dichos sujetos sean reconocidos y puedan gozar efectivamente de los mismos en condiciones de dignidad, autonomía e igualdad.

La aplicación de enfoques diferenciales resulta útil no sólo para la valoración de situaciones violatorias de los derechos a la igualdad y a la no discriminación, sino también para el análisis de los impactos diferenciados de las conductas victimizantes, así como para la búsqueda de reparaciones especiales y diferenciadas de acuerdo al tipo

²⁴⁶ Corte Constitucional. Sentencia T-043 de 2007, M.P. Jaime Córdoba Triviño.

²⁴⁷ Román Vega Romero. *Igualdad y Diversidad: Un enfoque crítico de la justicia social en la salud*. Editorial Pontificia Universidad Javeriana. Bogotá. 2010, p. 244.

de vulneración, mediante las cuales sea posible superar la desigualdad de hecho y, en últimas, modificar la estructura social, histórica y cultural de discriminación²⁴⁸.

Debido a que el objeto de los enfoques diferenciales es reconocer las diferencias entre las personas que generan exclusión o discriminación, a cada criterio relevante de diferenciación le corresponde un enfoque diferencial. Por ejemplo, para enfrentar la discriminación contra las mujeres y contra las personas con orientación sexual o identidad de género diversas, resulta útil el enfoque de género; frente a la discriminación en razón de la etnia debería usarse el enfoque étnico; respecto a la discriminación por el criterio sospechoso de raza es relevante el enfoque racial; y en relación con la discriminación que sufren los niños, niñas y adolescentes, así como las personas de la tercera edad, sería adecuado el enfoque etáreo. En lo que resta de esta unidad, prestaremos especial atención al enfoque de género y al enfoque étnico, lo que no significa que perdamos de vista la importancia de otros enfoques en el análisis de la discriminación, como el racial, el etáreo o el de discapacidad. Sin embargo, por limitaciones de espacio no ahondaremos en estos últimos, los cuales podrían ser objeto de estudio en otro módulo independiente.

Por último, debemos señalar que en la práctica diversas formas de discriminación y exclusión pueden confluir en una misma persona o grupo poblacional, pues ésta o aquellos reúnen varios criterios de diferenciación sospechosos. Estos escenarios son conocidos en la doctrina como la *interseccionalidad de las discriminaciones*. En estos casos, los enfoques diferenciales son necesarios para, de una parte, analizar individualmente los criterios de discriminación y, por otro lado, comprenderlos en conjunto y sistemáticamente.

2.5.El enfoque de género: mujeres y personas con orientación sexual o identidad de género diversas

El enfoque de género es una herramienta analítica y metodológica que permite comprender la situación de vulnerabilidad, exclusión y discriminación que enfrentan ciertas personas, la cual deriva de las relaciones de poder que se desarrollan socialmente a partir de los imaginarios históricos y culturales respecto al sexo, la orientación sexual y a la identidad de género. Este enfoque tiene por punto de partida el género, entendido

²⁴⁸ Diana Esther Guzmán y María Paula Saffon. "Acceso a la Justicia". En: *Recomendaciones para Garantizar los Derechos de Verdad, Justicia y Reparación. Grupo de Trabajo Mujer y Género por la Verdad, la Justicia, la Reparación y la Reconciliación*. USAID-OLM. 2008, p. 40.

disímiles del sexo, y a partir de las cuales asigna rasgos sociales distintos a las personas de uno u otro sexo²⁴⁹.

La discriminación en razón del género es sufrida tanto por las mujeres como por las personas con orientación sexual o identidad de género diversas. Así, las mujeres han visto vulnerados sus derechos a la igualdad y a la no discriminación con prácticas que, en razón del sexo²⁵⁰, les asignan ciertos roles en la sociedad, a partir de estereotipos de género, esto es, ideas preconcebidas sobre la masculinidad y la feminidad²⁵¹. Por su parte, la población de Lesbianas, Gays, Transexuales, Bisexuales e Intersexual (en adelante LGBTI) ha sufrido discriminación debido a que las personas de este grupo poblacional tienen una orientación sexual²⁵² y/o identidad de género²⁵³ diferente a la de la mayoría heterosexual²⁵⁴.

²⁴⁹ Isabel Cristina Jaramillo. "La Crítica Feminista al Derecho (Estudio Preliminar)". En: *Género y Teoría del Derecho* (Robin West.) Uniandes, Siglo del Hombre Editores, 2000, p. 29.

²⁵⁰ El sexo se ha entendido de múltiples maneras. No obstante, las diferentes nociones concuerdan en afirmar que el sexo hace referencia a las formas de corporalidad humana que diferencian a los hombres de las mujeres. Así, se ha dicho que el sexo es "la construcción biológica que se refiere a las características genéticas, hormonales, anatómicas y fisiológicas sobre cuya base una persona es clasificada como macho o hembra al nacer". *Institute of Medicine* (Instituto de Medicina de las Academias Nacionales de Ciencias de los Estados Unidos de América); *The Health of Lesbian, Gay, Bisexual, and Transgender People: Building a Foundation for Better Understanding*; The National Academies Press, 2011; p. 25 (traducción libre de la CIDH). Documento disponible en el siguiente enlace: http://books.nap.edu/openbook.php?record_id=13128&page=32 al 21.mar.12 (en inglés). Cita tomada del documento Orientación sexual, identidad de género y expresión de género: algunos términos y estándares relevantes, CIDH, 2012. P. 3

²⁵¹ Los estereotipos de género aluden a "[u]na visión generalizada o una preconcepción sobre los atributos o características de los miembros de un grupo en particular o sobre los roles que dichos miembros deben cumplir (v.g. mujeres, lesbianas, adolescentes) (...) Para calificar una generalización como un estereotipo, no importa si dichos atributos o características son o no comunes a las personas que conforman el grupo si sus miembros de hecho, poseen o no tales roles. (...) todas las dimensiones de la personalidad que hacen que una persona sea única, serán por tanto, filtradas a través del lente de dicha visión generalizada o preconcepción sobre el grupo con el cual se le identifica". Cook R. y Cusak S. "Estereotipos de género. Perspectivas legales transnacionales". University of Pennsylvania Press. Traducción al español de Profamilia, 2010. pp 11.

²⁵² Se define como "la capacidad de cada persona de sentir una profunda atracción emocional, afectiva y sexual por personas de género diferente al suyo, o de su mismo género, o de más de un género, así como a la capacidad mantener relaciones íntimas y sexuales con estas personas". Rodolfo y Abril Alcaraz, "El derecho a la no discriminación por identidad y expresión de género", en *Textos del caracol*, núm. 4. Dante núm. 14, CONAPRED 2008, p. 6. Véase también Comisión Internacional de Juristas, Orientación Sexual e Identidad de Género y Derecho Internacional de los Derechos Humanos, Guía para Profesional No. 4, 2009, p. 23. Cita tomada del documento Orientación sexual, identidad de género y expresión de género: algunos términos y estándares relevantes, CIDH, 2012. P. 5.

A continuación, presentaremos algunos desarrollos jurídicos que se han logrado desde el enfoque de género para proteger los derechos de las mujeres y de la población LGBTI. Esta será una breve exposición, pues la Escuela Judicial dispone de un módulo de autoformación sobre esta temática, titulado "Género y Derecho".

2.5.1. El enfoque de género y las mujeres

El reconocimiento de derechos a favor de las mujeres ha estado fuertemente influenciado por el desarrollo del derecho a la igualdad. La situación de exclusión histórica y de subordinación que desconoce un estatus igualitario entre hombres y mujeres, no sólo en términos de reconocimiento sino de ejercicio efectivo de los derechos, explica por qué el *sexo* es reconocido constitucionalmente como un criterio sospechoso sobre el que no pueden fundamentarse tratamientos o medidas discriminatorias.

Los esfuerzos dirigidos hacia el reconocimiento, garantía y protección del derecho a la igualdad de las mujeres, han sido concretados en diferentes instrumentos normativos. En términos generales, podemos enunciar dentro de los tratados internacionales de derechos humanos ratificados por Colombia, que reconocen especial garantía de los derechos de las mujeres, al Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos (PIDCP), la Convención para la Erradicación de todas las formas de Discriminación contra la Mujer (CEDAW por sus siglas en inglés) y la Convención Belém do Pará. Dentro del *soft law*, las observaciones generales de los Comités del Sistema Universal –en especial las Observaciones Generales 4 y 28 del Comité de Derechos Humanos, y las Observaciones Generales 16 y 20 del Comité DESC-, las plataformas de acción de El Cairo y Beijing y los Objetivos del Milenio. Y como normatividad específica, la jurisprudencia de la Corte Constitucional y leyes nacionales.

de género, incluyendo la vestimenta, el modo de hablar y los modales". Principios sobre la aplicación de la legislación internacional de derechos humanos en relación con la orientación sexual y la identidad de género, 2006.

²⁹⁴ En estudios de género se ha discutido sobre la relación entre la heterosexualidad que se impone hegemoníamente, ya sea como régimen político o como institución, frente a orientaciones sexuales diversas. Así, por ejemplo, Michael Warner utiliza el término heteronormatividad para referirse a las relaciones de poder que normalizan y reglamentan las relaciones heterosexuales hasta el punto de equipararlas con el significado ontológico del ser humano. Por su parte, Monique Wittig construye la noción de heterosexualidad obligatoria con la que quiere designar aquella institución que se fundamenta en la sumisión y en la apropiación de las mujeres. Véase al respecto, Michael Warner, "Introduction: Fear of a Queer Planet", En *Social Text*, N° 29, 1991; y Monique Wittig, *El pensamiento heterosexual y otros ensayos*, Madrid, Editorial Egales, 2006.

Los desarrollos relacionados con el derecho a la igualdad de las mujeres, han tenido en cuenta la implementación de las tres dimensiones del derecho a la igualdad. En relación con la primera, la formal, desde la Carta de las Naciones Unidas se ha establecido como un principio y fin de los Estados y del Sistema de Naciones Unidas, la igualdad de derechos entre hombres y mujeres²⁵⁵. En esta faceta los Estados deben reunir todos sus esfuerzos por tratar de eliminar discriminaciones explícitas y restricciones al goce de derechos de las mujeres.

La dimensión material, por su parte, ha contado con un desarrollo amplio que busca dar cuenta de (i) la constatación de situaciones de discriminación hacia las mujeres en razón del género, así como (ii) el impacto diferenciado de algunas situaciones sobre las mujeres en razón de los arreglos de género²⁵⁶. Estos dos aspectos han permitido articular un reconocimiento importante que tiene que ver con la necesidad de implementar medidas que combatan la discriminación por el género y alivien el impacto desproporcional que padecen las mujeres cuando se enfrentan ante algunas situaciones. Por ejemplo, la Ley 581 del año 2000 más conocida como Ley de Cuotas, dispone que al menos el 30% de los cargos de poder público tienen que ser ocupados por mujeres. Esta medida, que instituye un trato diferenciado o acción afirmativa, se hace legítima y necesaria dentro de los fines constitucionales, por cuanto trata de combatir la escasa participación política de la mujer en cargos públicos por razones históricas de discriminación en materia de género.

La tercera dimensión, esto es, la igualdad de trato, ha tenido sus principales desarrollos en las cláusulas normativas que señalan al sexo como una categoría sobre la cual no puede establecerse una medida o tratamiento discriminatorio²⁵⁷. Dicha prohibición recae sobre dos tipos de conductas o medidas. Por un lado, están las medidas de discriminación directa, es decir, aquellas que establecen una distinción que claramente se basa en el sexo. En este grupo podemos identificar la norma que prohibía a las mujeres trabajar en jornada nocturna, como sucedía con el artículo 242 del Código Sustantivo del Trabajo²⁵⁸ -que luego fue modificada por la sentencia C - 622 de 1997, al

²⁵⁵ Organización de las Naciones Unidas. Carta de las Naciones Unidas, Preámbulo inciso 2. 1945

²⁵⁶ La expresión *arreglos de género* se refiere a la forma como se han configurado los roles masculino y femenino, las expectativas y lugares que en razón de ello ocupan los sujetos dentro de la sociedad. Por ejemplo, se asume que las mujeres por la función reproductiva tienen más habilidades hacia las labores de cuidado, en consecuencia, se espera que se desempeñen mayormente en labores relacionadas con ese rol.

²⁵⁷ Esta cláusula se encuentra, como ya lo señalamos, en el PIDCP (art. 2), PIDESC (art. 2), Convención sobre los derechos del niño (art. 2), CADH (art. 1), Protocolo de San Salvador (art. 3) y en la Constitución (Inciso 1 art. 3) entre otros.

²⁵⁸ La Corte Constitucional declaró inconstitucional esta medida mediante la decisión C-622 de 1997 M.P. Alejandro Martínez.

considerarse una medida paternalista y discriminatoria sin razones constitucionales válidas. Y, de otra parte, se encuentran las medidas de discriminación indirecta, que son aquellas que en principio no contienen un trato distinto con base en el sexo, pero que en su aplicación generan consecuencias diferenciales en detrimento de la mujer, ya que las posicionan en situaciones de desventaja frente a los hombres²⁵⁹. La discriminación indirecta tiene pues una consecuencia que se enlaza directamente con la segunda dimensión del derecho a la igualdad, en la medida que se exige tener en cuenta el impacto diferencial y, en razón de ello, se implementen las medidas necesarias para combatir la discriminación.

Finalmente, la articulación del sexo como criterio sospechoso en la aplicación del test de igualdad como herramienta, ha permitido que la Corte Constitucional en casos concretos, tanto de revisión de tutela como de acción de inconstitucionalidad, proteja y garantice los derechos de las mujeres que se ven vulnerados por acciones o medidas discriminatorias. Asimismo, ha permitido ratificar medidas que se consideran en principio desproporcionadas, pero que después del test tienen lugar, por cuanto tratan de sobrepasar una situación de discriminación histórica, como es el caso de las cuotas para mujeres en los cargos decisorios del gobierno²⁶⁰.

2.5.2. El enfoque de género y las personas con orientación sexual o identidad de género diversas

Los instrumentos internacionales de derechos humanos han reconocido que la orientación sexual y la identidad de género, al ser parte de la esfera íntima de las personas, son objeto de protección del derecho a la igualdad y la prohibición de discriminación. En ese sentido, el Tribunal Europeo de Derechos Humanos ha señalado reiterativamente desde 1999 que la orientación sexual es "otra condición" mencionada en el artículo 14 de la Convención Europea de Derechos Humanos que prohíbe tratos discriminatorios²⁶¹. También el Comité de Derechos Humanos y el Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales han considerado la orientación sexual como categoría protegida. Mientras que el Comité de Derechos Humano ha concluido en el caso *Toonen*

²⁵⁹ Op. Cit. Observación General 16. Párr. 12 y 13.

²⁶⁰ Esta es la sentencia C-371 de 2000 que decidió la constitucionalidad de la ley 581 de 2000, conocida como Ley de Cuotas.

²⁶¹ Cfr. T.E.D.H., *Caso Salgueiro de Silva Mouta Vs. Portugal*, (No. 33290/96), Sentencia de 21 de diciembre de 1999. Final, 21 de marzo de 2000, párr. 28; *Caso L. y V. Vs. Austria* (No. 39392/98 y 39829/98), Sentencia de 9 de enero de 2003. Final, 9 de abril de 2003, párr. 45; *Caso S.L. Vs. Austria*, (No. 45330/99), Sentencia de 9 de enero de 2003. Final, 9 de 4 abril de 2003, párr. 37; *Caso E.B. Vs. Francia*, (No. 43546/02), Sentencia de 22 de enero de 2008, párr. 50.

que la referencia a “sexo” incluye la orientación sexual de las personas²⁶², el Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales considera la orientación sexual como “otra condición social”²⁶³.

Una referencia a la protección contra la discriminación por orientación sexual ha sido incluida también en las observaciones generales y recomendaciones del Comité de los Derechos del Niño²⁶⁴, el Comité contra la Tortura²⁶⁵, el Comité para la Eliminación de la Discriminación contra la Mujer²⁶⁶. El 22 de diciembre de 2008, 67 Estados parte de las Asamblea General de las Naciones Unidas presentaron la “Declaración sobre derechos humanos, orientación sexual e identidad de género”, reafirmando el “principio de no discriminación, que exige que los derechos humanos se apliquen por igual a todos los seres humanos, independientemente de su orientación sexual o identidad de género”²⁶⁷. El 22 de marzo de 2011, 85 Estados parte de Naciones Unidas presentaron ante el Consejo de Derechos Humanos de Naciones Unidas la Declaración conjunta para poner alto a los actos de violencia, y a las violaciones de derechos humanos relacionadas,

²⁶² Comité de Derechos Humanos, *Toonen Vs. Australia*, Communication No. 488/1992, CCPR/C/50/D/488/1992, 4 de abril de 1992, párr. 8.7, *X Vs. Colombia*, Communication No. 1361/2005, CCPR/C/89/D/1361/2005, 14 de mayo 2007, párr. 7.2. En el mismo sentido, Comité de Derechos Humanos, *Edward Young v. Australia*, Communication No. 941/2000, CCPR/C/78/D/941/2000, 18 de septiembre de 2003, párr. 10.4.; véase también Comité de Derechos Humanos, *Observaciones finales, Polonia*, CCPR/C/79/Add.110, 25 de julio de 1999, párr. 23.

²⁶³ Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, Observación General No. 20. La no discriminación y los derechos económicos, sociales y culturales (artículo 2, párrafo 2 del Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales), E/C.12/GC/20, 2 de julio de 2009, párr. 32. *Cfr.* Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, Observación General No. 18. El derecho al trabajo, E/C.12/GC/18, 6 de febrero de 2006, párr. 12; Observación No. 15. El derecho al agua (artículos 11 y 12 del Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales), E/C.12/2002/11, 20 de enero de 2003, párr. 13; Observación General No. 14. El derecho al disfrute del más alto nivel posible de salud (artículo 12 del Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales), E/C.12/2000/4, 11 de agosto de 2000, párr. 18.

²⁶⁴ Comité de los Derechos del Niño, Observación General No. 3 (2003). El VIH/SIDA y los derechos del niño, CRC/GC/2003/3, 17 de marzo de 2003, párr. 8; Observación General No. 4 (2003). La salud y el desarrollo de los adolescentes en el contexto de la Convención sobre los Derechos del Niño, CRC/GC/2003/4, 21 de julio de 2003, párr. 6.

²⁶⁵ Comité contra la Tortura, Observación general No. 2, Aplicación del artículo 2 por los Estados Partes, CAT/C/GC/2, 24 de enero de 2008 párr. 20, 21.

²⁶⁶ Naciones Unidas, Comité para la Eliminación de la Discriminación de la Mujer, Recomendación general No. 27 sobre las mujeres de edad y la protección de sus derechos humanos, CEDAW/C/GC/27, 16 de diciembre de 2010, párr. 13.

²⁶⁷ Declaración sobre derechos humanos, orientación sexual e identidad de género, transmitida mediante carta de fecha 18 de diciembre de 2008 dirigida al Presidente de la Asamblea General por los Representantes Permanentes de la Argentina, el Brasil, Croacia, Francia, el Gabón, el Japón, Noruega y los Países Bajos ante las Naciones Unidas, Asamblea General de Naciones Unidas, A/63/635, 22 de diciembre de 2008, párr. 3. La Carta fue firmada, entre otros países, por Argentina, Bolivia, Brasil, Canadá, Chile, Colombia, Cuba, Ecuador, México, Nicaragua, Paraguay, Uruguay y Venezuela.

dirigidos contra las personas por su orientación sexual e identidad de género²⁶⁸. El 15 de junio de 2011, el Consejo de Derechos Humanos de Naciones Unidas, contando, entre otros, con los votos de 12 Estados de las Américas y ningún país de esta región en contra, aprobó una resolución sobre derechos humanos, orientación sexual e identidad de género expresando su grave preocupación por actos de violencia y discriminación en todas las regiones del mundo, cometidos contra individuos por su orientación sexual e identidad de género²⁶⁹. Igualmente, hay numerosos informes de los relatores especiales de Naciones Unidas que reiteran el derecho a la igualdad y la prohibición de discriminación de las personas con orientación sexual o identidad de género diversas²⁷⁰. Por último, Los Principios de Yogyakarta²⁷¹ ofrecen un marco interpretativo sobre el respeto, la garantía y promoción de los derechos de la población LGBTI.

²⁶⁸ Declaración conjunta para poner alto a los actos de violencia, y a las violaciones de derechos humanos relacionadas, dirigidos contra las personas por su orientación sexual e identidad de género, presentada por Colombia en el 16º período de sesiones del Consejo de Derechos Humanos de las Naciones Unidas, 22 de marzo de 2011. Entre los países firmantes se encuentran Argentina, Bolivia, Brasil, Canadá, Chile, Colombia, Costa Rica, Cuba, Ecuador, El Salvador, Estados Unidos, Guatemala, Honduras, México, Nicaragua, Panamá, Paraguay, República Dominicana, Uruguay y Venezuela; accesible en: <http://www.ighrc.org/binary-data/ATTACHMENT/file/000/000/494-1.pdf>.

²⁶⁹ Naciones Unidas, Consejo de Derechos Humanos, Resolución respecto a derechos humanos, orientación sexual e identidad de género, A/HRC/17/L.9/Rev.1, 15 de junio de 2011 ("Expressing grave concern at acts of violence and discrimination, in all regions of the world, committed against individuals because of their sexual orientation and gender identity"). La resolución fue aprobada con 23 votos a favor (de Argentina, Brasil, Chile, Cuba, Ecuador, Guatemala, México, Estados Unidos y Uruguay, entre otros países), 19 votos en contra y 3 abstenciones.

²⁷⁰ Cfr., entre otros informes, Informe del Relator Especial sobre el derecho de toda persona al disfrute del más alto nivel posible de salud física y mental, E/CN.4/2004/49, 16 de febrero de 2004, párrs. 32 y 38; Informe de la Relatora Especial sobre la libertad de religión o de creencias, A/HRC/6/5, 20 de julio de 2007, párr. 28; Informe del Relator Especial sobre las formas contemporáneas de racismo, discriminación racial, xenofobia y formas conexas de intolerancia, Misión en Brasil, E/CN.4/2006/16/Add.3, 28 de febrero de 2006, párr. 40; Informe de la Relatora Especial sobre la violencia contra la mujer, sus causas y consecuencias, Integración de los derechos humanos de la mujer y la perspectiva de género: violencia contra la mujer, Interrelaciones entre la violencia contra la mujer y el VIH/SIDA, E/CN.4/2005/72, 17 de enero de 2005, párrs. 27 y 58; Informe de la Relatora Especial sobre ejecuciones extrajudiciales, sumarias o arbitrarias, Los derechos civiles y políticos, en particular las cuestiones relacionadas con las desapariciones y las ejecuciones sumarias, E/CN.4/2003/3, 13 de enero de 2003, párrs. 66 y 67; Informe provisional de la Relatora Especial de la Comisión de Derechos Humanos sobre ejecuciones extrajudiciales, sumarias o arbitrarias, A/57/138, 2 de julio de 2002, párr. 37; Informe de la Representante Especial del Secretario General sobre la cuestión de los defensores de los derechos humanos, E/CN.4/2001/94, 26 de enero de 2001, párr. 89. g); Relator Especial sobre la independencia de los magistrados y abogados, Los derechos civiles y políticos, en particular las cuestiones relacionadas con: la independencia del poder judicial, la administración de justicia, la impunidad, Misión en Brasil, E/CN.4/2005/60/Add.3, 22 de febrero de 2005, párr. 28; Informe del Relator Especial sobre la cuestión de la tortura y otros tratos o penas crueles, inhumanos o degradantes, A/56/156, 3 de julio de 2001, párrs. 17 a 25; Informe sobre los derechos civiles y políticos, en particular las cuestiones relacionadas con la tortura y la detención, E/CN.4/2002/76, 27 de diciembre de 2001, párr. 14; Informe del Relator Especial sobre la cuestión de la tortura y otros tratos o penas crueles, inhumanos o degradantes, E/CN.4/2004/36, 23 de diciembre de 2003, párr. 64; Informe del Relator Especial sobre la venta de niños, la prostitución infantil y la utilización de niños en la pornografía, E/CN.4/2004/9, 5 de enero de 2004, párr. 118, y Grupo de Trabajo sobre la Detención Arbitraria, Opinión No. 7/2002 (Egipto), E/CN.4/2003/8/Add.1, 24 de enero de 2003, párr. 72, párr. 28.

²⁷¹ El documento fue elaborado por petición de Louise Arbour, ex Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Derechos Humanos (2004-2008) y fue redactado en noviembre de 2006 en la ciudad indonesia de Yogyakarta por

En el Sistema Interamericano de Derechos Humanos el principal desarrollo normativo en la materia es el Caso *Atala y Niñas Vs. Chile*²⁷². En este caso, Karen Atala fue privada de la custodia de sus tres hijas, a través de decisiones proferidas por diferentes instancias judiciales de su país en las que se discriminó indirectamente a la señora Atala. A pesar de que las decisiones judiciales expresamente no le negaron a Karen Atala la custodia de sus hijas en razón de su orientación sexual, se basaron en argumentos que reproducían prejuicios contra las personas con orientación sexual diversa, por lo que, en últimas, dichas decisiones generaron un trato discriminatorio contra la accionante.

En efecto, la decisión de la Corte Suprema de Justicia de Chile no reprochó la orientación sexual de la señora Atala en sí misma. Sin embargo, los argumentos expuestos por la Corte Suprema le negaron a la accionante su idoneidad para ejercer el rol maternal y de vivir al mismo tiempo con su nueva pareja, por (i) el riesgo de posibles daños para las hijas menores, (ii) el riesgo de verse expuestas a la discriminación por la sociedad, y (iii) la supuesta importancia de crecer en una familia tradicional. De esta manera, condicionó las opciones de vida de la señora Atala al exponerla ante la alternativa de ejercer su papel maternal como soltera sin pareja, o de vivir con una pareja del mismo sexo, pero sin sus hijas. La Corte Suprema de Justicia atribuyó una relevancia predominante y desfavorable a la convivencia de la señora Atala con una mujer, mientras que las condiciones de convivencia heterosexual del padre con su nueva pareja no fueron resaltadas por la Corte Suprema en su razonamiento ni fueron objeto de ningún juicio. Además, consideró el ejercicio de los derechos de la señora Atala a criar a sus hijas menores y a vivir con una pareja del mismo sexo como un conflicto irreconciliable de intereses personales, en el cual supuestamente había "antepuesto sus propios intereses, postergando los de sus hijas, especialmente al iniciar una convivencia con su pareja homosexual en el mismo hogar"²⁷³. De esta manera, la Corte Suprema utilizó una concepción estereotipada sobre el rol social de las mujeres como madres. Este lenguaje utilizado por la Corte Suprema de Justicia reflejó una percepción limitada de los roles sexuales y de género ejercidos por las mujeres en una sociedad democrática, pluralista y moderna.

un grupo de 29 expertos en Derechos Humanos y derecho internacional de varios países. Este instrumento incorpora consideraciones sobre un amplio catálogo de derechos. Asimismo, contienen también una serie de directrices para el desarrollo de la legislación nacional e internacional en materia de derechos de la población LGBTI, además de recomendaciones sobre las obligaciones y compromisos internacionales que los Estados deberían acoger a medida que evoluciona su legislación, con el fin de promover y garantizar en mayor medida los derechos de las personas LGBTI.

²⁷² Corte IDH. *Caso Atala Riffu y Niñas Vs. Chile. Foulo, Reperaciones y Costas*. Sentencia del 24 de febrero de 2012. Serie C No. 239.

²⁷³ Corte IDH. *Caso Atala*, párr. 132.

En la decisión de este caso, la Corte IDH resaltó que, para comprobar que una diferenciación de trato ha sido utilizada en una decisión particular, no es necesario que la totalidad de dicha decisión esté basada "fundamental y únicamente" en la orientación sexual de la persona, pues basta con constatar que de manera explícita o implícita se tuvo en cuenta hasta cierto grado la orientación sexual de la persona para adoptar una determinada decisión²⁷⁴. En consecuencia, la Corte IDH tuvo en cuenta que las decisiones asumidas por la Corte Suprema y una decisión de tuición provisoria, le habían otorgado relevancia significativa a diversos argumentos en torno a la orientación sexual de la señora Atala. Verificado este hecho relacionado con la diferencia de trato basada en la orientación sexual, la Corte IDH analizó si dicho trato diferenciado constituyó discriminación, teniendo en cuenta la justificación que hizo el Estado para efectuarlas, es decir, la alegada protección del interés superior del niño y los presuntos daños que las niñas habrían sufrido como consecuencia de la orientación sexual de la madre²⁷⁵. Para tal fin, el Tribunal hizo un escrutinio judicial estricto, a partir del cual concluyó que no se cumplía con el requisito de idoneidad de la medida para alcanzar el fin que se pretende con la diferencia de trato, aspecto que analizaremos a continuación.

En primer lugar, respecto al interés superior de las niñas alegado por la Corte Suprema de Justicia chilena, la Corte IDH señaló que una "determinación [administrativa o judicial] a partir de presunciones infundadas y estereotipadas sobre la capacidad e idoneidad parental de poder garantizar y promover el bienestar y desarrollo del niño no es adecuada para garantizar el fin legítimo de proteger el interés superior del niño". Por ello, la Corte IDH consideró que no eran admisibles las "consideraciones basadas en estereotipos por la orientación sexual, es decir, pre-concepciones de los atributos, conductas o características poseídas por las personas homosexuales o el impacto que

²⁷⁴ Cfr. Corte IDH. *Caso Atala*, párr. 94, citando T.E.D.H., *Caso E.B. Vs. Francia*, (No. 43546/02), Sentencia de 22 de enero de 2008, párrs. 88 y 89 ("notwithstanding the precautions taken by the Nancy Administrative Court of Appeal, and subsequently by the *Conseil d'Etat*, to justify taking account of the applicant's ["lifestyle"], the inescapable conclusion is that her sexual orientation was consistently at the centre of deliberations in her regard and omnipresent at every stage of the administrative and judicial proceedings. The Court considers that the reference to the applicant's homosexuality was, if not explicit, at least implicit. The influence of the applicant's avowed homosexuality on the assessment of her application has been established and, having regard to the foregoing, was a decisive factor leading to the decision to refuse her authorisation to adopt").

²⁷⁵ Cabe resaltar que la Corte reiteró que no desempeña funciones de tribunal de "cuarta instancia", de tal forma que no le correspondía determinar si la madre o el padre de las tres niñas ofrecían un mejor hogar para las mismas ni valorar prueba con ese fin específico, pues ello se encontraba fuera del objeto del caso, cuyo propósito es definir si las autoridades judiciales han afectado o no obligaciones estipuladas en la Convención. Asimismo, y en razón del carácter subsidiario del Sistema Interamericano, la Corte declaró que no era competente para resolver respecto a la custodia de las tres niñas M., V. y R., por cuanto esto es materia del derecho interno chileno; Cfr. Corte IDH. *Caso Atala*, párrs. 65 y 66.

estos presuntamente puedan tener en las niñas y los niños²⁷⁶. La Corte IDH resaltó que "las niñas y los niños no pueden ser discriminados en razón de sus propias condiciones y dicha prohibición se extiende, además, a las condiciones de sus padres o familiares, como en el presente caso a la orientación sexual de la madre"²⁷⁷. A tal conclusión ya había llegado el Comité de los Derechos del Niño cuando considerando que los niños y las niñas pueden sufrir las consecuencias de la discriminación de la cual son objeto sus padres, por ejemplo, si han nacido fuera del matrimonio o en otras circunstancias que no se ajustan a los valores tradicionales²⁷⁸.

En segundo lugar, frente a las críticas que el interés superior del niño puede verse afectado por el riesgo de un rechazo por la sociedad, la Corte IDH precisó que varios tribunales nacionales han señalado sus reservas por motivos fácticos y jurídicos respecto a este argumento, resaltando que datos empíricos no sustentan esta conclusión y, lo que resulta ser de más trascendencia, que un posible estigma social debido a la orientación sexual de los progenitores no puede considerarse un "daño" válido a los efectos de la determinación del interés superior del niño²⁷⁹. Igualmente, la Corte IDH hizo referencia a un caso sobre discriminación por orientación religiosa en el contexto de una decisión judicial acerca de la custodia de menores de edad, decidido por la Corte Europea de Derechos Humanos. En ese caso, la Corte Europea rechazó de manera implícita el argumento de un tribunal nacional que el interés superior de dos menores de edad podría verse afectado por el riesgo de un estigmatización social por las creencias de la madre, perteneciente al grupo religioso de los Testigos de Jehová²⁸⁰. Por su parte, la

²⁷⁶ Corte IDH. *Caso Atala*, párr. 111; sobre el concepto de estereotipos, *mutatis mutandi*, cfr. Corte IDH. *Caso González y otras ("Campo Algodonero") Vs. México. Excepción Preliminar, Fondo, Reparaciones y Costas*. Sentencia de 16 de noviembre de 2009. Serie C No. 205, párr. 401.

²⁷⁷ Corte IDH. *Caso Atala*, párr. 151.

²⁷⁸ Cfr. Comité de los Derechos del Niño, Observación General No. 7. Realización de los derechos del niño en la primera infancia, CRC/C/GC/7, 30 de septiembre de 2005, párr. 12.

²⁷⁹ Cfr. Corte Suprema de Justicia de Estados Unidos de América, *Palmore v. Sidoti*, 466 US 429, 433 (25 de abril de 1984), anulando la decisión de un tribunal de otorgarle la custodia de un menor al padre por considerar que la nueva relación de la madre con su nueva pareja de otra raza implicaría un sufrimiento para el niño por la estigmatización social de la relación de la madre que con su decisión supuestamente había antepuesto su intereses personales a los del niño; cfr. también *Bezio v. Patenaude*, 410 N.E.2d 1207, 1216 (1980); Corte Superior de Pennsylvania, *In re custody of Temos*, 304 Pa. Super. 82, 99, 100 (1982), citando *Commonwealth ex rel. Myers v. Myers*, 468 Pa. 134, 360 A.2d 587 (1976); *Commonwealth ex rel. Lucas v. Kreischer*, 450 Pa. 352, 299 A.2d 243 (1973); *In re Davis*, 288 Pa. Super. 453, 432 A.2d 600 (1981); *Mulligan v. Davison*, 244 Pa. Super. 255, 367 A.2d 299 (1976); Corte Suprema de Alaska, *S.N.E. v. R.L.B.*, 699 P.2d 875, 879 (1985) (EE. UU.); Corte de Apelaciones de Ohio, *Conkel v. Conkel*, 31 Ohio App 3d 169 (24 de febrero de 1987); Corte Superior de Pennsylvania, *Blew v. Vena*, 617 A.2d 31, 35-36 (1992) (EE. UU.); Corte de Apelaciones de Ohio, *Inscoc v. Inscoc*, 121 Ohio App 3d 396, 415 (16 de junio de 1997); *Buhis v. Jones*, 2000 O.J. No 1310, §§ 18, 19 (Ont. S.C.J.) (Canadá).

²⁸⁰ Cfr. T.E.D.H., *Caso Hoffmann Vs. Austria*, (No. 12875/87), Sentencia de 23 de junio de 1993, párrs. 15, 33-36. La Corte Suprema de Austria había argumentado que la orientación religiosa de la madre convertiría a las hijas menores en marginados sociales ("It has also been established that if the children are educated according to the religious

consideró que

"no puede servir de sustento jurídico la alegada posibilidad de discriminación social, probada o no, a la que se podrían enfrentar los menores de edad por condiciones de la madre o el padre. Si bien es cierto que ciertas sociedades pueden ser intolerantes a condiciones como la raza, el sexo, la nacionalidad o la orientación sexual de una persona, los Estados no pueden utilizar esto como justificación para perpetuar tratos discriminatorios".

En tercer lugar, en relación con el argumento de la Corte Suprema de Justicia chilena de que la señora Atala había privilegiado sus intereses por encima de los de sus hijas, la Corte IDH indicó que el alcance del derecho a la no discriminación por orientación sexual no se limita a la condición de ser homosexual, en sí misma, sino que incluye su expresión y las consecuencias necesarias en el proyecto de vida de las personas. En este sentido, la orientación sexual de una persona también se encuentra ligada al concepto de libertad y la posibilidad de todo ser humano de auto-determinarse y escoger libremente las opciones y circunstancias que le dan sentido a su existencia, conforme a sus propias opciones y convicciones. Así, el Tribunal consideró que dentro de la prohibición de discriminación por orientación sexual se deben incluir, como derechos protegidos, las conductas en el ejercicio de la homosexualidad y que la orientación sexual es un componente esencial de identidad de la persona. En consecuencia, la Corte consideró que exigirle a la madre que condicionara sus opciones de vida implica utilizar una concepción "tradicional" sobre el rol social de las mujeres como madres, según la cual se espera socialmente que las mujeres lleven la responsabilidad principal en la crianza de sus hijos e hijas y que en pos de esto hubiera debido privilegiar la crianza de los niños y niñas renunciando a un aspecto esencial de su identidad²⁸¹.

En cuarto lugar, ante el argumento de la Corte Suprema de Justicia de que existía un riesgo de que las niñas sufrieran una confusión de sus roles sexuales al convivir con la pareja homosexual de su madre, la Corte IDH fue enfática en señalar que "la determinación de un daño debe sustentarse en evidencia técnica y en dictámenes de expertos e investigadores en aras de establecer conclusiones que no resulten en decisiones discriminatorias"²⁸². Por ello, la Corte IDH tuvo en cuenta²⁸³ diversos estudios

científicos en este tema, a partir de los cuales concluyó que (i) las habilidades y capacidades de padres homosexuales son comparables con las de padres heterosexuales²⁸⁴; (ii) el desarrollo psicológico y el bienestar emocional de los niños de padres gays o madres lesbianas son comparables a los de los niños criados por padres heterosexuales²⁸⁵; (iii) la orientación sexual no afecta la capacidad de desarrollar

²⁸³ Cfr. Corte IDH. *Caso Atala*, párr. 128.

²⁸⁴ Cfr., *inter alia*, John Tobin y Ruth McNair, *Public International Law and the Regulation of Private Spaces: Does the Convention on the Rights of the Child Impose an Obligation on States to Allow Gay and Lesbian Couples to Adopt?* 23 *Int'l J. L. Pol. & Fam.* 110, 115 (2009); Shreya Atrey, *Continuing to Meet the Parents, Through the International Law Route*, 12 *J.L. & Soc. Challenges* 1, 4 (2010) (citando a David L. Chambers y Nancy D. Polikoff, *Family Law and Gay and Lesbian Family Issues in the Twentieth Century*, 33 *Fam. L.Q.* 523, 539 (1999); Rachel H. Farr et al., *Parenting and Child Development in Adoptive Families: Does Parental Sexual Orientation Matter?*, 14 *Applied Developmental Sci.* 3, 174-75 (2010); Henny M. W. Bos, et al., *Experience of Parenthood, Couple Relationship, Social Support, and Child-Rearing Goals in Planned Lesbian Mother Families*, 45 *J. of Child Psychol. & Psychiatry* 755, 759 (2004); Carlos A. Ball, *The Morality of Gay Rights: An Exploration in Political Philosophy* 158; Charlotte J. Patterson y Jennifer L. Wainright, *Adolescents with Same-Sex Parents: Findings from the National Longitudinal Study of Adolescent Health*, en *Lesbian and Gay Adoption: A New American Reality* (Brodzinsky et al., eds., Oxford Univ. Press 2007); Courtney G. Joslin, *Travel Insurance: Protecting Lesbian and Gay Parent Families Across State Lines*, 4 *Harv. L. & Pol' Rev.* 31, 46 (2010); Jerry J. Bigner y R. Brooke Jacobsen, *Adult Responses to Child Behavior and Attitudes Toward Fathering: Gay and Nongay Fathers*, 23 *J. of Homosexuality* 99, 101-02, 109 (1992); William Meezan y Jonathan Rauch, *Gay Marriage, Same-Sex Parenting, and America's Children*, 15 *The Future of Children J.* 97, 102, 105 (2005); Courtney G. Joslin, *Travel Insurance: Protecting Lesbian and Gay Parent Families Across State Lines*, 4 *Harv. L. & Pol' Rev.* 31, 46 (2010); Charlotte J. Patterson, *Lesbian and Gay Parents and Their Children: A Social Science Perspective*, en *Contemporary Perspectives on Lesbian, Gay, and Bisexual Identities: The Nebraska Symposium on Motivation* (Springer 2009); Susan L. Poller, *Breaking Up is Hard[er] to Do*, 83 *N.Y. State Bar J.* 10, 12 (2011) (citando a Monica K. Miller y Brian H. Borenstein, *Determining the Rights and Responsibilities of Lesbian Parents*, *Monitor on Psychol.*, nov. de 2005, 65, disponible en <http://www.apa.org/monitor/nov05/jn.aspx>); David K. Flaks, et al., *Lesbians Choosing Motherhood: A Comparative Study of Lesbian and Heterosexual Parents and Their Children*, 31 *Dev. Psychology* 105 (1995); Ellen C. Perrin & Committee on Psychosocial Aspects of Child and Family Health, *Technical Report: Coparent or Second-Parent Adoption by Same-Sex Parents*, 109 *Pediatrics* 341, 342 (2002); Kim Bergman, *Gay Men Who Become Fathers via Surrogacy: The Transition to Parenthood*, *J. of GLBT Fam. Studies* 111, 114 (2010); Cheryl A. Parks, *Lesbian Parenthood: A Review of the Literature*, 68 *Am. J. Orthopsychiatry* 376 (1998); Susan Golombok et al., *Children with Lesbian Parents: A Community Study*, 39 *Developmental Psychol.* 20 (2003); James G. Pawelski et al., *The Effects of Marriage, Civil Union, and Domestic Partnership Laws on the Health and Well-Being of Children*, 118 *Pediatrics* 349, 359 (2006).

²⁸⁵ Cfr. APA Council of Representatives, *Am. Psychol. Assoc. Policy Statement on Sexual Orientation, Parents, & Children* (2004), disponible en <http://www.apa.org/pi/lgbt/policy/parents.html>; Nanette Gartrell y Henny Bos, *U.S. National Longitudinal Lesbian Family Study: Psychological Adjustment of 17-Year-Old Adolescents*, 126 *Pediatrics* 1, 3 (2010); Fiona Tasker, *Lesbian Mothers, Gay Fathers, and Their Children: A Review*, 26 *J. Developmental & Behav. Pediatrics* 224 (2005); Beth Perry et al., *Children's Play Narratives: What They Tell Us About Lesbian-Mother Families*, 74 *Am. J. Orthopsychiatry* 467 (2004); Jennifer Wainright, et al., *Psychosocial Adjustment, School Outcomes, and Romantic Relationships of Adolescents with Same-Sex Parents*, 75 *Child Dev.* 1886 (2004); Katrien Vanfraussen, et al., *What Does It Mean for Youngsters to Grow Up in a Lesbian Family related by Means of Donor Insemination?*, 20 *J. Reprod. & Infant Psychol.* 237, 249-50 (2002); Norman Anderssen, et al., *Outcomes for Children with Lesbian or Gay Parents: A Review of Studies from 1978 to 2000*, 43 *Scandinavian J. Psychol.* 335 (2002); Charlotte J. Patterson, *Family Relationships of Lesbians and Gay Men*, 62 *J. Marriage & Fam.* 1052 (2000); Raymond Chan, et al., *Psychosocial Adjustment Among Children Conceived via Donor Insemination by Lesbian and Heterosexual Mothers*, 69 *Child Dev.* 443 (1998); Joseph R. Price, *Bottoms III: Visitation Restrictions and Sexual Orientation*, 5 *Wm. & Mary Bill Rts. J.* 643, 648 (1997); Patricia J. Falk, *The Gap Between Psychosocial Assumptions and Empirical Research in Lesbian-Mother Child Custody Cases*, en *Redefining Families: Implications for Children's Development* 131, 151-52 (A.E. Gottfried and A.W. Gottfried, eds. 1994); Shelley Casey, *Homosexual Parents and Canadian Child Custody Law*, 32 *Fam. & Conciliation Courts Rev.* 379, 386 (1994); Susan

vínculos afectivos de los niños con sus padres²⁸⁶; (iv) la orientación sexual de los padres no afecta el desarrollo de los niños en materia de género, respecto a su sentido de sí mismos como hombres o mujeres, su comportamiento de rol de género y su orientación sexual²⁸⁷; y (v) los niños de padres homosexuales no son más afectados por el estigma que otros niños²⁸⁸.

Colombok et al., *Children in Lesbian and Single-Parent Households: Psychosexual and Psychiatric Appraisal*, 24 J. Child Psychol. & Psychiatry 551, 570-71 (1983); Rachel H. Farr, et al., *Parenting and Child Development in Adoptive Families: Does Parental Sexual Orientation Matter?*, 14 Applied Developmental Sci. 3, 174-75 (2010); Jennifer Wainright y Charlotte J. Patterson, *Delinquency, Victimization, and Substance Use Among Adolescents with Female Same-Sex Parents*, 20 J. Fam. Psychol. 526 (2006); Charlotte J. Patterson, *Children of Lesbian and Gay Parents*, 63 Child Dev. 1025, 1033 (1992); Susan Golombok y Shirlene Badger, *Children Raised in Mother-Headed Families from Infancy: A Follow-Up of Children of Lesbian and Single Heterosexual Mothers, at Early Adulthood*, 25 Hum. Reprod. 1, 155-56 (2010); Charlotte J. Patterson, *Children of Lesbian and Gay Parents*, 15 Current Directions in Psychol. Sci. 241 (2006); Judith Stacey & Timothy J. Biblarz, *(How) Does the Sexual Orientation of Parents Matter?*, 66 Am. Soc. Rev. 159, 174, 176 (2001); Bridget Fitzgerald, *Children of Lesbian and Gay Parents: A Review of the Literature*, 29 Marriage & Fam. R. 57, 65 (1999).

²⁸⁶ Véase John Bowlby, *Attachment* 177, 265-68 (2d ed. 1982); Melvin Konner, *Childhood* 84-87 (1991); Beverly James, *Handbook for Treatment of Attachment-Trauma Problems in Children* 2 (1994); Mary D. Ainsworth, et al., *Patterns of Attachment: A Psychological Study of the Strange Situation* 20-21 (1978); Joan B. Kelly y Michael E. Lamb, *Using Child Development Research to Make Appropriate Custody and Access Decisions for Young Children*, 38 Fam. & Conciliation Courts Review 298 (2000); Daniel Siegel, *The Developing Mind, How Relationships and the Brain Interact to Shape Who We Are* 84-87 (1999); W. Andrew Collins y L. Alan Sroufe, *Capacity for Intimate Relationships: A Developmental Construction, in The Development of Romantic Relationships in Adolescence* 125-28 (Wyndol Furman, et al., eds., 1999); Edward L. Schor, et al., *Family Pediatrics: Report of the Task Force on the Family*, 111, Pediatrics, 1541, 1550 (2003); Anne Brewaeys, et al., *Donor Insemination: Child Development and Family Functioning in Lesbian Mother Families*, 12 Hum. Reprod. 1349, 1354 (1997); Susanne Bennett, *Is There a Primary Mom? Parental Perceptions of Attachment Bond Hierarchies Within Lesbian Adoptive Families*, 20 Child & Adolescent Social Work J. 3, 166-68 (junio de 2003); Barbara M. McCandlish, *Against All Odds: Lesbian Mother Family Dynamics*, en *Gay and Lesbian Parents* 30-31 (Frederick W. Bozett, ed., 1987); D'Arcy L. Reinhard, *Recognition of Non-Biological, Non-Adoptive Parents in Arkansas, Florida, Mississippi, and Utah: A De Facto Parent Doctrine to Protect the Best Interests of the Child*, 13 J. Gender Race & Just. 441 (2010).

²⁸⁷ Cfr. Susan Golombok, et al., *Children in Lesbian and Single-Parent Households: Psychosexual and Psychiatric Appraisal*, 24 J. Child Psychol. & Psychiatry 551, 562 (1983); Anne Brewaeys, et al., *Donor Insemination: Child Development and Family Functioning in Lesbian Mother Families*, 12 Hum. Reprod. 1349 (1997); Rachel H. Farr, et al., *Parenting and Child Development in Adoptive Families: Does Parental Sexual Orientation Matter?*, 14 Applied Developmental Sci. 3, 175 (2010); Ellen C. Perrin & Committee on Psychosocial Aspects of Child and Family Health, *Technical Report: Coparent or Second-Parent Adoption by Same-Sex Parents*, 109 Pediatrics 341, 342 (2002); Charlotte J. Patterson, *Children of Lesbian and Gay Parents: Psychology, Law, and Policy*, 64 Am. Psychologist 727, 731 (2009); Wainright, et al., *Psychosocial Adjustment, School Outcomes, and Romantic Relationships of Adolescents with Same-Sex Parents*, 75 Child Dev. 1886, 1887 (2004); Nanette Gartrell, et al., *Adolescents of the U.S. National Longitudinal Lesbian Family Study: Sexual Orientation, Sexual Behavior, and Sexual Risk Exposure*, Archives of Sexual Behavior (2010); Donald H. Stone, *The Moral Dilemma: Child Custody When One Parent Is Homosexual or Lesbian—An Empirical Study*, 23 Suffolk U. L. Rev. 711, 724 (1989); Katja M. Eichinger-Swainston, *Fox v. Fox: Redefining the Best Interest of the Child Standard for Lesbian Mothers and Their Families*, 32 Tulsa L. J. 57, 67 (1996); Shelley Casey, *Homosexual Parents and Canadian Child Custody Law*, 32 Fam. & Conciliation Courts Rev. 379, 386 (1994); Sandra Pollack, *Lesbian Mothers: A Lesbian-Feminist Perspective on Research*, in *Politics of the Heart: A Lesbian Parenting Anthology*, en 320 (Sandra Pollack y Jeanne Vaughn, eds., 1987).

²⁸⁸ Cfr. Kelly A. Causey y Candan Duran-Aydintug, *Tendency to Stigmatize Lesbian Mothers in Custody Cases*, 28 J. Divorce & Remarriage 171, 173 (1998); Susan Golombok, et al., *Children in Lesbian and Single-Parent Households: Psychosexual and Psychiatric Appraisal*, 24 J. Child Psychol. & Psychiatry 551, 567 (1983); Megan Fulcher, et al., *Contact with Grandparents Among Children Conceived via Donor Insemination by Lesbian and Heterosexual Mothers*, 2 Parenting: Sci.

En quinto lugar, la Corte IDH resaltó de manera reiterada que era inadmisibile que las autoridades judiciales recurran al uso de estereotipos respecto a personas homosexuales. Por ejemplo, señaló en el contexto de la capacidad de parejas homosexuales de ejercer la custodia y la determinación del interés superior del niño que

"[u]na determinación a partir de presunciones infundadas y estereotipadas sobre la capacidad e idoneidad parental de poder garantizar y promover el bienestar y desarrollo del niño no es adecuada para garantizar el fin legítimo de proteger el interés superior del niño."²⁸⁹

En cuanto al concepto de familia, la Corte rechazó "la supuesta necesidad de las niñas de crecer en una 'familia estructurada normalmente y apreciada en su medio social', y no en una 'familia excepcional'"²⁹⁰, considerando que esto "refleja una percepción limitada y estereotipada del concepto de familia que no tiene base en la Convención al no existir un modelo específico de familia (la 'familia tradicional')"²⁹¹.

Finalmente, la Corte IDH subrayó que en este caso la discriminación contra la señora Atala se presentó por estereotipos compuestos²⁹², pues en el mismo confluyen la condición de género con la orientación sexual. En casos como este, la intersección de criterios sospechosos agrava la situación de vulnerabilidad y el riesgo de discriminación de las mujeres homosexuales²⁹³. Los estereotipos sexuales, relacionados con el género, el rol sexual y la orientación sexual, suelen demarcar las formas aceptables de sexualidad masculina y femenina, a través de la estigmatización de las relaciones lésbicas prohibiendo *de jure* o *de facto*, mediante actos legislativos, administrativos o judiciales, la formación de familia entre lesbianas, por no ajustarse al estereotipo sobre roles sexuales que se refiere a las madres como mujeres heterosexuales que cumplen roles familiares

& Prac. 61, 67-71 (2002); Katrien Vanfraussen, *et al.*, *What Does It Mean for Youngsters to Grow Up in a Lesbian Family Created by Means of Donor Insemination?*, 20 J. Reprod. & Infant Psychol. 237 y Jennifer L. Wainwright y Charlotte J. Patterson, *Peer Relations Among Adolescents with Female Same-Sex Parents*, 44 Developmental Psychol. 117 (2008); Fiona MacCallum y Susan Golombok, *Children Raised in Fatherless Families from Infancy: A Follow-Up of Children of Lesbian and Single Heterosexual Mothers at Early Adolescence*, 45 J. Child Psychol. & Psychiatry, 1407, 1416 (2004); Hermy M. W. Bos y Frank Balen, *Children in Planned Lesbian Families: Stigmatisation, Psychological Adjustment and Protective Factors*, 10 Culture, Health & Sexuality, 3, 230-31 (2008).

²⁸⁹ Corte IDH. *Caso Atala*, párr. 145.

²⁹⁰ Corte IDH. *Caso Atala*, párr. 145.

²⁹¹ Corte IDH. *Caso Atala*, párr. 145.

²⁹² Cfr. Rebecca J. Cook, Simone Cusack, *Estereotipos de Género. Perspectivas Legales Transnacionales*, Profamilia, 2010, pág. 36.

²⁹³ Cfr. Comité para la Eliminación de la Discriminación contra la Mujer, Recomendación general No. 28 (2010), CEDAW/C/GC/28, 16 de diciembre de 2010, párr. 18 ("La discriminación de la mujer por motivos de sexo y género está unida de manera indivisible a otros factores que afectan a la mujer, como [...] la orientación sexual").

diferenciados por el género, y según el cual las mujeres lesbianas no pueden ser buenas madres²⁹⁴. Ante el riesgo de incurrir en estereotipos, la Corte IDH precisó que el Estado debe tomar todas las medidas necesarias a fin evitar el trato prejuicioso basado en la orientación sexual en todo procedimiento judicial que determine los derechos, para asegurar que no se impugne el carácter de ninguna persona en base a su orientación sexual²⁹⁵. Por ello, deben adoptarse todas las medidas necesarias y razonables para proteger a las personas contra procedimientos civiles que sean motivados enteramente o en parte por prejuicios acerca de la orientación sexual²⁹⁶.

A nivel nacional, a diferencia del escenario de las mujeres, los desarrollos normativos para hacer efectivos los derechos a la igualdad y a la no discriminación de las personas con orientación sexual o identidad de género diversas se han presentado, principalmente, en el campo jurisprudencial. En efecto, la Corte Constitucional ha indicado que la orientación sexual y la identidad de género constituyen criterios sospechosos de discriminación, por lo que en escenarios de esta índole debe aplicarse un escrutinio judicial estricto y, además, el Estado debe adelantar medidas legislativas, administrativas y del orden que sean necesarias, para remover esas estructuras de discriminación.

Respecto a las dimensiones del derecho a la igualdad, normativamente se ha presentado un desarrollo más profundo en la igualdad formal y de trato. En la dimensión formal, podemos enunciar las decisiones jurisprudenciales que igualan el estatus de las parejas conformadas por personas del mismo sexo a las heterosexuales. Tal es el caso, por ejemplo, de la sentencia C-075 de 2007 donde la Corte extendió los alcances de los efectos patrimoniales de las uniones maritales de hecho a las parejas conformadas por personas del mismo sexo, reconociendo así que las uniones heterosexuales y homosexuales tienen los mismos derechos. Y en la dimensión de la igualdad de trato, la jurisprudencia constitucional, a partir de la consideración de que la orientación sexual y la identidad de género son criterios sospechosos, ha avanzado en la adopción de medidas tendientes a remover la discriminación. Así, en relación con la orientación sexual, la Corte en la sentencia C-577 de 2011 declaró que existía un déficit de protección de las parejas homosexuales, ya que las normas civiles sobre matrimonio no les

²⁹⁴ Cfr. Rebecca J. Cook, Simone Cusack, *Estereotipos de Género, Perspectivas Legales Transnacionales*, Profamilia, 2010, pág. 36; ver también Deborah A. Widriss, Elisabeth L. Rosenblatt, Douglas Nejaime, *Exposing Sex Stereotypes in Recent Same-Sex Marriage Jurisprudence*, 30 *Harvard Journal of Law & Gender*, 461-505 (2007).

²⁹⁵ Cfr. el principio 8.2. A. de los Principios sobre la aplicación de la legislación internacional de derechos humanos en relación con la orientación sexual y la identidad de género (Principios de Yogyakarta). Disponible en: http://www.oas.org/dil/esp/orientacion_sexual_Principios_de_Yogyakarta_2006.pdf

²⁹⁶ Cfr. el principio 8.2. B. de los Principios de Yogyakarta.

permitían constituir una familia con base en un vínculo jurídico, por lo que exhortó al Congreso de la República a que legislara sobre la materia. Por su parte, acerca de la identidad de género, la Corte en su jurisprudencia ha reiterado que no resultan admisibles constitucionalmente las distinciones de trato de las personas en razón de su identidad de género, en escenarios como el lugar de trabajo²⁹⁷, el ingreso a discotecas²⁹⁸ o los centros de reclusión²⁹⁹.

2.6.El enfoque étnico

Tal como lo señalamos en la primera unidad, la constatación de que al interior de los Estados-nación contemporáneos coexisten diversidades culturales, nacionales y jurídicas, ha conllevado a la reformulación del modelo clásico estatal hacia fórmulas alternativas que respondan a esas realidades, entre las cuales se encuentran, por lo menos, el Estado multicultural y el Estado pluricultural. La apuesta de las sociedades contemporáneas es pues el reconocimiento y la convivencia en la diversidad. Pero no es posible avanzar de la igualdad formal a la igualdad material y de facto, si el derecho continúa invisibilizando las estructuras de vulnerabilidad, exclusión y discriminación que enfrentan sociedades diferenciadas étnicamente, como es el caso de los pueblos indígenas. Por el contrario, es necesario entender esas estructuras de exclusión “a través del lente subjetivo de percepción de las personas y/o grupos involucrados”³⁰⁰, pues sólo en tal medida se garantiza la identidad cultural de dichos sujetos³⁰¹. Para ello entonces se ha formulado el enfoque étnico. A partir de esta herramienta analítica y metodológica es posible (i) determinar las dinámicas discriminatorias en contra de las personas y sociedades diferenciadas étnica y culturalmente, (ii) analizar los impactos diferenciados de tales discriminaciones en los derechos y libertades de estos sujetos y (iii) establecer reparaciones especiales y diferenciadas para estos casos.

Ahora, en la práctica judicial la aplicación del enfoque diferencial se enfrenta a uno de los grandes debates en derechos humanos: la universalidad de los derechos frente a la

²⁹⁷ Corte Constitucional. Sentencia T-152 de 2007, M.P. Rodrigo Escobar Gil.

²⁹⁸ Corte Constitucional. Sentencia T-314 de 2011, M.P. Jorge Iván Palacio Palacio.

²⁹⁹ Corte Constitucional. Sentencia T-062 de 2011, M.P. Luis Ernesto Vargas Silva.

³⁰⁰ Lenzerini, Federico. *Reparations for Indigenous Peoples in International and Comparative Law*. Oxford, Oxford University Press, 2008, p. 15.

³⁰¹ Citroni, Gabriella y Quintana Osuna, Karla. “Reparations for Indigenous Peoples in the Case Law of the Inter-American Court of Human Rights”. En: Lenzerini, Federico (ed.). *Reparations for Indigenous Peoples: International and Comparative Perspectives*. Oxford, Oxford University Press, 2008, p. 320.

diversidad cultural³⁰². Si bien 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, 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 enfrentadas³⁰³. Como fue señalado, la unidad de los derechos humanos no es un punto de partida sino un proceso, ya que resulta de un permanente 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 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

³⁰² 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. Esta punto 4 hace parte de la lectura integral.

³⁰³ 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, *Raisonner la raison d'Etat*, Paris: PUF.

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 comunicativa³⁰⁴, 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 dialógica³⁰⁵. 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". No obstante, 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"³⁰⁶. 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

³⁰⁴ 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.

³⁰⁵ 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.; y "Hacia una concepción intercultural de los derechos humanos", en *Sociología Jurídica Crítica. Para un nuevo sentido común en el derecho*, Op. Cit.

³⁰⁶ Boaventura de Sousa Santos, *De la mano de Alicia*, Loc-cit., p. 357.

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 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 Especial Indígena- JEI, 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 JEI, 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 JEI 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

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 cepo (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 fute 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 paezes y cuyo fin no es exponer al individuo al "escarmiento" público, sino buscar que recupere su lugar en la comunidad".

Igualmente, siguiendo la línea argumentativa descrita, la jurisprudencia constitucional ha reinterpretado ciertos derechos fundamentales en clave de diálogo intercultural. Entre ellos, puede nombrarse por ejemplo, el derecho al debido proceso. Según la Corte Constitucional, este derecho en la justicia indígena toma la forma del principio de previsibilidad y allí adquiere un nuevo significado. Bajo esta nueva fórmula, las autoridades indígenas deben ejercer su derecho a la administración de justicia como lo han hecho en el pasado y de acuerdo al derecho propio o a las tradiciones ancestrales o culturales. Por ello, las personas indígenas deben conocer previamente a la ocurrencia de los hechos que se investigan, cuáles son las conductas proscritas por el pueblo al que pertenece, cuáles son los procedimientos de juzgamiento y cuáles son las sanciones aplicables (sentencia T-048 de 2002)

Por último, debemos resaltar que en los últimos años, la jurisprudencia constitucional ha afinado la delimitación de la JEL. Sin desconocer la relevancia de otros pronunciamientos

de la Corte Constitucional³⁰⁷, queremos subrayar la sentencia T-454 de 2013, donde la Corte puntualiza los cuatro elementos esenciales de la JEI, así: "(i) la posibilidad de que existan autoridades judiciales propias de los pueblos indígenas; (ii) su potestad de establecer normas y procedimientos propios; (iii) el respeto a la Constitución y la ley, dentro del principio de maximización de la autonomía; y (iv) la competencia del legislador para señalar la forma de coordinación de la jurisdicción indígena con el sistema judicial nacional".

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 fute.

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

³⁰⁷ Antes del 2013 la Corte perfiló sentencias de especial importancia sobre la JEI. Entre ellas: la sentencia T-514 de 2009, M. P. Luis Ernesto Vargas Silva, en la cual se estudia la existencia del Tribunal Superior Indígena en Tolima, establecido por el Consejo Regional Indígena del mismo departamento; la sentencia T-617 de 2010, M. P. Luis Ernesto Vargas Silva, donde se amparan los derechos fundamentales a la autonomía jurisdiccional y a la previsibilidad de la comunidad indígena de Túquerres, por lo que se remitió a dicha comunidad el conocimiento de un acceso carnal violento contra una menor de catorce años; y la sentencia T-812 de 2011, M. P. Juan Carlos Henao Pérez, en la que se analiza el caso de un menor de edad, estudiante de un colegio del Resguardo Indígena de Pitayó, quien fue sometido a castigo por el cabildo de la región, a pesar de que ya había sido sancionado por la entidad educativa.

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.

3. AUTO-EVALUACIÓN

<p><i>Ae</i></p>	<p style="text-align: center;">Autoevaluación</p> <p><i>Formulación: En mayo de 2014 el Distrito de Bogotá D.C. abre una convocatoria para vincular a un/a coordinador/a del área de comunicaciones de la dependencia distrital para la equidad de género. A la convocatoria se presentan, entre otras personas, Rigoberto y Verónica, quienes ya trabajaban en esa dependencia, ambos en el nivel de profesional universitario grado 15. En el proceso de evaluación de las candidaturas de Rigoberto y Verónica, inicialmente el comité de jurados seleccionó a Rigoberto, pues si bien los dos reunían los requisitos mínimos del cargo, la calificación profesional de Rigoberto es superior a la de Verónica. No obstante, el comité termina eligiendo a Verónica, ya que existe una ley que establece que cuando existen dos candidatos de “igual calificación” para acceder a un cargo y las mujeres están subrepresentadas en ese sector (debido a que no representan al menos la mitad de los trabajadores), debe darse prioridad a la mujer.</i></p> <p><i>Rigoberto demanda la elección porque considera que viola su derecho a la igualdad de trato, consagrado en el artículo 13 de la Constitución Política. En concreto, argumenta que la decisión del comité de jurados de elegir a Verónica en aplicación de la mencionada ley, a pesar de que él tiene superior calificación profesional, constituye un trato diferenciado sin justificación. Así, sufre un perjuicio por la discriminación histórica de las mujeres, lo cual no le resulta imputable,</i></p>
------------------	---

y por el solo hecho de ser hombre.

Verónica, en calidad de contraparte, se opone a la pretensión de Rigoberto. Señala que en el caso no se ha violado el derecho a la igualdad de trato del demandante, ya que se aplicó una acción afirmativa en consideración de la situación de especial vulnerabilidad en la que se han encontrado las mujeres tradicionalmente para acceder a puestos de trabajo. Además, indica que si bien los dos cumplen con los requisitos mínimos para el cargo, ella es un sujeto de especial protección constitucional a favor de quien el Estado tiene el deber de reforzar la garantía de sus derechos.

Usted es el/la juez/a que debe resolver el caso. Tome una decisión estableciendo si en este caso resulta constitucionalmente justificada la acción afirmativa y determinando si a Rigoberto se le ha violado su derecho a la igualdad de trato. Sustente su decisión haciendo uso del enfoque diferencial de género.

4. BIBLIOGRAFÍA

CITRONI, Gabriella y QUINTANA OSUNA, Karla. "Reparations for Indigenous Peoples in the Case Law of the Inter-American Court of Human Rights". En: LENZERINI, Federico (ed.). *Reparations for Indigenous Peoples: International and Comparative Perspectives*. Oxford, Oxford University Press, 2008.

COOK R. y CUSAK S. "Estereotipos de género. Perspectivas legales transnacionales". University of Pennsylvania Press. Traducción al español de Profamilia, 2010.

GUZMÁN, Diana Esther y SAFFON, María Paula. "Acceso a la Justicia". En: Recomendaciones para Garantizar los Derechos de Verdad, Justicia y Reparación. Grupo de Trabajo Mujer y Género por la Verdad, la Justicia, la Reparación y la Reconciliación. USAID-OIM, 2008.

Institute of Medicine (Instituto de Medicina de las Academias Nacionales de Ciencias de los Estados Unidos de América); The Health of Lesbian, Gay, Bisexual, and Transgender People: Building a Foundation for Better Understanding; The National Academies Press, 2011.

JARAMILLO, Isabel Cristina. "La Crítica Feminista al Derecho (Estudio Preliminar)". En: Género y Teoría del Derecho (Robin West.) Uniandes, Siglo del Hombre Editores, 2000.

LENZERINI, Federico. *Reparations for Indigenous Peoples in International and Comparative Law*. Oxford, Oxford University Press, 2008.

PARRA VERA, Oscar. "Acceso a la justicia: enfoque diferencial y perspectiva de género" en PARRA VERA, Oscar, Acceso a la Justicia en el Sistema Interamericano de Derechos Humanos, San José, IIDH, 2012.

PARRA VERA, Oscar y HUBER, Florian, "Orientación sexual, derechos de las niñas y los niños y no discriminación: Comentarios al caso Atala Riffe y Niñas", en Armin Von Bogdandy, Flávia Piovesan y Mariela Morales-Antoniuzzi (coords.), Igualdad y Orientación Sexual. El Caso Atala de la Corte Interamericana de Derechos Humanos y su potencial, México, Porrúa / Instituto Mexicano de Derecho Procesal Constitucional, pp. 167-208.

Principios sobre la aplicación de la legislación internacional de derechos humanos en relación con la orientación sexual y la identidad de género, 2006.

UPRIMNY, Rodrigo. Peritaje en el caso Atala Riffe e hijas vs. Chile ante la Corte IDH en su 92º período ordinario de sesiones, el 23 de agosto de 2011.

VEGA ROMERO, Román. Igualdad y Diversidad: Un enfoque crítico de la justicia social en la salud. Editorial Pontificia Universidad Javeriana. Bogotá. 2010.

WANER, Michael. "Introduction: Fear of a Queer Planet", En Social Text, N° 29, 1991.

WITTIG, Monique. *El pensamiento heterosexual y otros ensayos*, Madrid, Editorial Egales, 2006.

JURISPRUDENCIA

Comité de Derechos Humanos, Comentario General No. 18 (no discriminación), 10 de noviembre de 1989.

Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, 42 período de sesiones, mayo de 2009, Observación General No. 20, "La no discriminación y los derechos económicos, sociales y culturales (artículo 2, párrafo 2 del Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales)".

Corte IDH, Opinión Consultiva N° 04 de 19 de enero de 1984; Opinión Consultiva N. 18 del 17 de septiembre de 2003,

Corte Constitucional. Sentencias T-591 de 1992, C-221 de 1992, C-475 de 2003, C-371 de 2000, C-481 de 1998, T-314/11, C-521 de 2007, C-445 de 1995, C-093 de 2001, SU-225 de 1998, C-796 de 2004, T-736 de 2013, T-373 de 1998, C-776 de 2010, T-706 de 2013, T-652 de 1998, T-955 de 2003, T-880 de 2006, T-154 de 2009, T-760 de 2009, Autos 005 y 222 de 2009, Sentencia C-253 de 2013, T-036 de 1995, T-801 de 1998, T-207 de 2013, T-608 de 2007, T-750 de 2010, T- 553 de 2011, C-577 de 2011, T-314 de 2011, T-314 de 2011, T-918 de 2012, T-057 de 2011, T-744 de 2009, T-152 de 2007, T-314 de 2011, T-062 de 2011, T-025 de 2004, T-045 de 2010, T-1094 de 2007, C-609 de 2012. T-043 de 2007.

Sección

2

LA APLICACIÓN JUDICIAL DE LOS DERECHOS HUMANOS

Introducción a la Sección II: El juez como garante de los derechos

En la primera sección de este módulo desarrollamos una introducción general a los derechos humanos. Allí se presentaron las temáticas sobre el concepto, historia y fundamentación de los derechos humanos (unidad 1), la dimensión internacional de los derechos humanos (unidad 2), el derecho internacional humanitario y derecho penal internacional (unidad 3), así como el derecho a la igualdad, principio de no discriminación y enfoques diferenciales (unidad 4). Esta sección, por su parte, aborda cuestiones específicas de la práctica judicial de protección de los derechos humanos. Previo a la exposición de dichos asuntos, queremos resaltar el rol de los y las jueces como garantes independientes de los derechos humanos.

Como se enunció en la unidad 2, la tragedia, el dolor y el sufrimiento de la Segunda Guerra Mundial evidenciaron que la garantía de los derechos humanos no puede estar confiada exclusivamente a la autodeterminación de los pueblos, ya que regímenes autoritarios pueden desconocer la dignidad humana, siendo en ocasiones avalados por mayorías políticas. Con base en dicha evidencia se crearon los Sistemas Internacionales de Protección de Derechos Humanos a partir de los cuales se ha consolidado la dimensión internacional de los derechos humanos. Sin embargo, las enseñanzas de la Segunda Guerra Mundial no sólo derivaron en el reforzamiento internacional de la protección de los derechos humanos, sino que también conllevaron a la reformulación de los modelos de Estado, democracia y derecho a nivel interno³⁰⁸. Es así como surge el Estado constitucional de derecho en respuesta a las limitaciones del Estado legislativo de derecho.

³⁰⁸ Luigi Ferrajoli, *Derecho y razón. Teoría del garantismo penal*, traducción de P. Andrés Ibáñez, A. Ruiz Miguel, J.C. Bayón Mohino, J. Terradillos Basoco, R. Cantarero Bandrés, Madrid, Trotta, 1995.

En este nuevo contexto el Estado, la democracia y el derecho se deben adecuar no sólo a los procedimientos y a las formas, sino que adicionalmente deben respetar unos contenidos mínimos de justicia. Así, ya no importa solamente que el pueblo por consensos de mayorías adopte decisiones políticas que se encuadren dentro de las formas legales; más que eso, las decisiones mayoritarias deben corresponder sustancialmente a unos principios ético-políticos que se encuentran consagrados en la Constitución y que, en términos generales, corresponden a la constitucionalización de los derechos humanos³⁰⁹. En el mismo sentido, las normas deben guardar el procedimiento legislativo prescrito previamente, así como atender y desarrollar los postulados normativos de orden constitucional. Por ello, el principio de legalidad adquiere nuevas connotaciones: de una parte, como mera legalidad, exige que el poder público se ejerza procedimentalmente en el marco legal; y, por otra parte, como estricta legalidad, sujeta el ejercicio del poder público a contenidos sustanciales de legitimidad estipulados en el plano constitucional, lo cual se traduce en el respeto y satisfacción de los derechos fundamentales³¹⁰.

En tal forma, la comprensión del Estado, de la democracia y del derecho luego de la Segunda Guerra Mundial implica simultáneamente: (i) la supremacía de la Constitución y de los derechos fundamentales, en tanto estos últimos son postulados ético-políticos que dotan de legitimación interna al derecho; (ii) el sometimiento efectivo del poder público al principio de legalidad entendido como mera (formal) y estricta (material) legalidad; y (iii) la funcionalización de la actividad estatal a la garantía de los derechos fundamentales, esto es, de los derechos políticos, civiles, de libertad y sociales³¹¹.

La conjunción de los descritos elementos del Estado, la democracia y el derecho, corresponde a la fórmula de *constitucionalismo garantista*³¹². Bajo este modelo, los derechos fundamentales son en sí mismos normas y sus titulares son todas las personas, quienes pueden exigir su protección y promoción por parte del Estado y de los particulares. En tal medida, los derechos fundamentales y sus titulares están *supraordenados* respecto del ordenamiento interno y de todos los poderes públicos y

³⁰⁹ Luigi Ferrajoli, "El paradigma normativo de la democracia constitucional", En Gema Marolla Córdoba (Ed.) *Constitucionalismo y garantismo*, Bogotá, Universidad Externado de Colombia, 2009, pp. 15-42.

³¹⁰ María de Lourdes Souza, *Uso alternativo del derecho: génesis y evolución en Italia, España y Brasil*, Bogotá, Instituto Latinoamericano de Servicios Legales Alternativos-ILSA, Universidad Nacional de Colombia, 2001, p. 173.

³¹¹ *Ibidem*, p. 176.

³¹² Acerca de los rasgos del constitucionalismo garantista y su diferencia con otros modelos teóricos contemporáneos de constitucionalismo, véase Luigi Ferrajoli, "Constitucionalismo principialista y Constitucionalismo garantista", En Luigi Ferrajoli, *Un debate sobre el constitucionalismo*, Madrid, Revista Doxa, número 34, 2012.

privados³¹³. La principal consecuencia de ello es que el Estado y cualquier institución política existe y funciona por la "razón social" de garantizar los derechos fundamentales³¹⁴ frente a una agresión ilegítima mayoritaria, y el mejor escenario para ello es la actividad judicial. El juez es pues *garante de los derechos fundamentales* de todas las personas frente a las violaciones de poderes públicos y privados y, por esa vía, las decisiones judiciales se convierten en herramientas para revertir todo tipo de arbitrariedad estatal y particular.

Dada esa importante tarea a cargo de las y los jueces, es imprescindible que la judicatura cuente con el más alto nivel posible de independencia judicial. La jurisprudencia de la Corte Interamericana ha precisado que la independencia es "esencial para el ejercicio de la función judicial"³¹⁵ y que los jueces, a diferencia de los demás funcionarios públicos, deben contar con garantías específicas relacionadas con un adecuado proceso de nombramiento, la inamovilidad en el cargo y la garantía contra presiones externas³¹⁶. Lo anterior se explica aún más si se tiene en cuenta que uno de los objetivos principales que tiene la separación de los poderes públicos, es la garantía de la independencia de los jueces³¹⁷.

De igual forma, el Tribunal Interamericano ha establecido que el objetivo de la protección radica en evitar que el sistema judicial en general y sus integrantes en particular se vean sometidos a posibles restricciones indebidas en el ejercicio de su función por parte de órganos ajenos al Poder Judicial o incluso por parte de aquellos magistrados que ejercen funciones de revisión o apelación³¹⁸.

Asimismo, la Corte ha señalado que el ejercicio autónomo de la función judicial debe ser garantizado por el Estado tanto en su faceta institucional, esto es, en relación con el Poder Judicial como sistema, así como también en conexión con su vertiente individual, es decir, con relación a la persona del juez específico. El Tribunal Interamericano estimó

³¹³ Luigi Ferrjoli, "El paradigma normativo de la democracia constitucional", *Op Cit.*, pp. 30-31.

³¹⁴ *Ibidem*, p. 32.

³¹⁵ Corte IDH, Caso Herrera Ulloa vs. Costa Rica, párr. 171.

³¹⁶ Cfr. Caso del Tribunal Constitucional vs. Perú, párr. 73-75.

³¹⁷ Cfr. Caso Apitz, párr. 55, y Caso Reverón Trujillo vs. Venezuela, párr. 67.

³¹⁸ Cfr. Caso Apitz, párr. 55; Caso Chocrón párr. 99. Por ejemplo, en relación con la situación estructural de provisionalidad del poder judicial en Venezuela, la Corte Interamericana ha indicado que la inamovilidad de los jueces provisorios está estrechamente ligada a la garantía contra presiones externas, toda vez que si los jueces provisorios no tienen la seguridad de permanencia durante un periodo determinado, serán vulnerables a presiones de diferentes sectores, principalmente de quienes tienen la facultad de decidir sobre destituciones o ascensos en el Poder Judicial. Cfr. Caso Reverón Trujillo vs. Venezuela, párr. 117 y Chocrón párr. 106.

pertinente precisar que la dimensión objetiva se relaciona con aspectos esenciales para el Estado de Derecho, tales como el principio de separación de poderes, y el importante rol que cumple la función judicial en una democracia. Por ello, esta dimensión objetiva trasciende la figura del juez e impacta colectivamente en toda la sociedad. Además, existe una relación directa entre la dimensión objetiva de la independencia judicial y el derecho de los jueces a acceder y permanecer en sus cargos en condiciones generales de igualdad, como expresión de su garantía de estabilidad³¹⁹. Por ello, la Corte IDH concluyó que las dimensiones de la independencia judicial se traducen en el derecho subjetivo del juez a que su separación del cargo obedezca exclusivamente a las causales permitidas, ya sea por medio de un proceso que cumpla con las garantías judiciales o porque se ha cumplido el término o periodo de su mandato .

La salvaguarda del principio de independencia judicial es fundamental para que los jueces cumplan su rol como garantes de los derechos humanos. Dicho rol es precisado en esta sección que se ocupa de la fuerza jurídica interna de los derechos humanos y la propuesta dogmática y metodológica para la actividad judicial en materia de derechos humanos en cuanto a la constatación de la violación y las medidas de corrección, lo cual se presentará en las unidades 4, 5 y 6 respectivamente.

³¹⁹ Caso de la Corte Suprema de Justicia (Quintana Coello y otros) Vs. Ecuador, párr.154, y Caso del Tribunal Constitucional (Camba Campos y otros) Vs. Ecuador, párr. 198.

Unidad 5

DERECHO INTERNACIONAL, DERECHO INTERNO Y BLOQUE DE CONSTITUCIONALIDAD: LA FUERZA JURÍDICA INTERNA DE LOS DERECHOS HUMANOS³²⁰

Og	<p>Objetivo general</p> <p><i>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.</i></p>
----	---

Oe	<p>Objetivos específicos</p> <ul style="list-style-type: none"> • <i>Resaltar la fuerza vinculante de los derechos humanos en el ordenamiento colombiano, en virtud del bloque de constitucionalidad.</i> • <i>Introducir el concepto de bloque de constitucionalidad como la figura que sistematiza esa recepción constitucional específica de los derechos humanos</i>
----	--

Instrucciones metodológicas

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 aprendizaje autodirigido 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. En esta unidad, todas las actividades pedagógicas y todo el ensayo hacen parte de la lectura básica, pues esta unidad es una apretada síntesis del módulo que sobre el tema elaboró uno de los autores.

UNIDAD 5. DERECHO INTERNACIONAL, DERECHO INTERNO Y BLOQUE DE CONSTITUCIONALIDAD: LA FUERZA JURÍDICA INTERNA DE LOS DERECHOS HUMANOS

1. ACTIVIDADES PEDAGÓGICAS

ap

Actividades pedagógicas

1.1. El principio de favorabilidad o *pro hómine* (o *pro persona*) en la solución de conflictos normativos en el bloque de constitucionalidad. (LB)

1.1.1. Formulación.

El caso que a continuación se expone pretende poner de presente que la figura misma del bloque de constitucionalidad guarda en su interior ciertas tensiones interpretativas y hermenéuticas, por lo que no es posible defender una comprensión que ignore esos dilemas y paradojas y defienda una aparente coherencia interna plena de esta figura. Como se verá, no todas las disposiciones de derechos humanos del bloque de constitucionalidad que se encuentran en los instrumentos internacionales y en el texto constitucional, se relacionan entre sí de manera congruente. Por el contrario, en un buen número de casos se presenta una relación compleja y hasta contradictoria entre las mismas. Veamos un ejemplo de ello.

Caso de la gratuidad de la educación básica primaria. Pensemos en dos familias con condiciones socioeconómicas disímiles cuyos hijos se encuentran en situaciones educativas similares. La primera de ellas, la familia A, se encuentra en un estado

económico precario que le imposibilitaría pagar directamente la educación de su hijo de 9 nueve años, quien ingresa a 4º grado de primaria, por lo que la Institución Educativa pública los exime del pago de costos académicos en virtud del inciso 4º del artículo 67 de la Constitución Política.

Al contrario, la familia B cuenta con ingresos económicos y capital que la sitúa en un estrato socioeconómico nivel 3, lo cual, en principio, le permitiría pagar directamente la educación de su hijo de 9 años, quien también ingresa a 4º grado de primaria. Por tal motivo, la Institución Educativa pública, interpretando el mismo inciso 4º del artículo 67 de la Constitución que establece la gratuidad de la educación en instituciones estatales, *"sin perjuicio del cobro de derechos académicos a quienes puedan sufragarlos"*, establece que esta familia debe sufragar los costos académicos de su hijo, teniendo en cuenta que posee capacidad de pago. A ello se opone la familia B alegando que el artículo 13.2 del PIDESC dispone que *"la enseñanza primaria debe ser obligatoria y asequible a todas gratuitamente"*, por lo que afirma que el Estado debe garantizar a su hijo de 9 años la educación básica primaria *gratuita*, sin importar el nivel socioeconómico de la familia a la que pertenece.

1.1.2. Preguntas y ejercicios.

Como se evidencia, existe una tensión sobre el alcance y contenido del derecho a la educación básica primaria como se consagra en el inciso 4º del artículo 67 de la Constitución Política y en el artículo 13.2 del PIDESC, ambas disposiciones con fuerza vinculante para el Estado Colombiano pues hacen parte del bloque de constitucionalidad. En este caso, el intérprete debe solventar el interrogante de si el hijo de 9 años, integrante de la familia B, que ingresa a 4º grado de primaria, tiene derecho a la educación básica primaria *gratuita* como lo establece el artículo 13.2 del PIDESC o, si por el contrario, debe pagar los costos académicos establecidos por la Institución Educativa pública atendiendo a que su familia *"puede sufragarlos"* por pertenecer al nivel 3 socioeconómico, de acuerdo al inciso 4º del artículo 67 de la Constitución.

En un ensayo de dos páginas intente dar respuesta a esta tensión interpretativa y hermenéutica, exponiendo las posibles vías de solución que usted encuentra. En caso de que realice el trabajo en grupo, discuta el punto con sus colegas.

1.1.3. Respuesta.

En el punto 1 del ensayo final de esta unidad, precisamos que la figura del bloque de constitucionalidad no posee una coherencia interna plena, y mostramos que es posible que entre las normas que lo integran se presenten contradicciones que, en ocasiones, parecen insalvables. Esta situación se complejiza aún más si tenemos en cuenta que en virtud de la figura del bloque de constitucionalidad, los estándares internacionales de derechos humanos y el texto constitucional se encuentran en el mismo nivel de supremacía constitucional. Así, el intérprete frente a las contradicciones de las disposiciones de derechos humanos contenidas en los estándares internacionales y en el texto constitucional, no puede acudir *prima facie* a una de ellas alegando que posee mayor fuerza vinculante. De tal forma, en estos supuestos el principio jerárquico y las clásicas reglas de solución de antinomias (como las reglas de temporalidad y especialidad)³²¹ no parecen proveer las herramientas necesarias para resolver estos conflictos hermenéuticos. Entonces, ¿cómo deben interpretarse disposiciones del bloque de constitucionalidad que entre sí presentan tensiones, de manera que no se comprometa la efectiva garantía de los derechos humanos? Una respuesta plausible de orden interpretativo y hermenéutico puede hallarse en el principio de favorabilidad o *pro homine*, (o *pro persona*, para evitar sesos de género en su formulación), según el cual debe aplicarse la norma que resulte más favorable a la dignidad de la persona. En esa medida, no se opta por una norma del bloque de constitucionalidad excluyendo de plano otra, sino que se decide teniendo en cuenta aquella cláusula normativa que permita la mayor realización de los derechos humanos y de la dignidad humana. Por esta vía interpretativa, siguiendo la interpretación efectuada por la Corte Constitucional en la sentencia C-376 de 2010³²² y lo dispuesto en el artículo 5º del PIDESC, en el caso planteado se llega a la conclusión de que la educación básica primaria es obligatoria y gratuita para *todos* sin importar las condiciones socioeconómicas de las personas para sufragar costos académicos. Por ello, en el supuesto fáctico expuesto, el niño de 9 años de la familia B tiene derecho a la educación básica primaria *gratuita* sin que este derecho se pueda condicionar porque la familia B tiene alguna capacidad económica para pagar los costos de permanencia de su hijo en la Institución Educativa pública.

³²¹ Sobre este punto, véase el módulo de aprendizaje autodirigido "*Interpretación Judicial*", elaborado en coautoría por uno de los autores.

³²² Al respecto, la Corte precisó que "el inciso 4º del artículo 67 de la Constitución, interpretado de conformidad con los tratados sobre derechos humanos mencionados, y el principio *pro homine*, excluye una interpretación que permita el cobro de derechos académicos a menores que requieran acceder al nivel de primaria, a condición de que "puedan sufragarlos". Véase, sentencia C-376 de 2010.

1.2. El bloque de constitucionalidad y la posible fuerza jurídica de otros estándares internacionales de derechos humanos. (LB)

1.2.1. Formulación.

Como se precisará en el ensayo final, 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, las decisiones de instancias internacionales como la Corte IDH o ciertas recomendaciones en la materia de ciertas instancias internacionales, como el Consejo de derechos humanos. Por ahora reflexionemos sobre la fuerza jurídica en el ordenamiento interno de la jurisprudencia de instancias internacionales.

Caso de las limitaciones al derecho a la libertad de expresión. De conformidad con el artículo 20 de la Constitución Política, toda persona tiene derecho a "expresar y difundir su pensamiento y opiniones" libremente. Esta garantía constitucional ha sido reconocida por la Corte Constitucional como la "*libertad de expresión en sentido estricto*"³²³. Por su parte, los artículos 19 del PIDCP y 13 de la CADH, que hacen parte del bloque de constitucionalidad, además de consagrar el derecho a la libertad de expresión, preceptúan que puede limitarse su ejercicio siempre y cuando tal restricción: (i) se encuentre expresamente fijada por la ley y, en caso de estipularse en ley penal, cumpla con las exigencias propias del principio de estricta legalidad; (ii) sea definida de forma precisa y clara; (iii) persiga la defensa de objetivos imperiosos como lo es asegurar los derechos y la reputación de los demás, la seguridad nacional, el orden público o la moral pública; y (iv) no constituya previa censura, por lo que el desconocimiento de los límites de esta libertad genera responsabilidades ulteriores.

Por su parte, en el ordenamiento jurídico interno se establece responsabilidad penal para determinados casos en que se desconozcan los límites del derecho a la libertad de expresión. Así lo disponen los artículos 220-228 del Código Penal (Ley 599 de 2000), los cuales tipifican que incurre en *injuria* "el que haga a otra persona imputaciones deshonrosas", y en *calumnia* "el que impute falsamente a otro una conducta típica".

³²³ Véase en especial la sentencia T-391 de 2007.

1.2.2. Preguntas y ejercicios.

Un ciudadano demanda la inconstitucionalidad de los tipos penales de injuria y calumnia por cuanto, en su concepto, tales normas son indeterminadas en su formulación, específicamente, en las expresiones "*imputaciones deshonrosas*" (para el delito de injuria) e "*impute falsamente a otro conducta típica*" (para el delito de calumnia). Por tal motivo, indica el demandante, los artículos 220-228 del Código Penal vulneran el principio de legalidad en materia penal consagrado en el artículo 28 de la Constitución Política y en el artículo 13 de la CADH, en especial, por imponer una restricción ilegítima a la libertad de expresión que desconoce la jurisprudencia de la Corte IDH. Como evidencia de ello, señala el caso Eduardo Kiemel vs Argentina, en el cual la Corte IDH declaró que la forma en que la ley penal argentina tipificaba los delitos de injuria y calumnia contrariaba la CADH, por consagrar de manera ambigua e imprecisa los elementos de la conducta punible³²⁴.

En su criterio, ¿resulta inadmisibles constitucionalmente la forma en que el Código Penal tipifica los delitos de injuria y calumnia por contrariar el principio de estricta legalidad en materia penal e imponer una restricción al derecho de libertad de expresión, desconociendo así los presupuestos fijados por los artículos 28 de la Constitución Política, 19 del PIDCP y 13 de la CADH, y por la jurisprudencia de la Corte IDH?

1.2.3. Respuesta.

El caso planteado no es tan hipotético como parece. Corresponde al debate jurídico que asumió la Corte Constitucional en la sentencia C-442 de 2011. En esa oportunidad, la Corte declaró exequibles las normas demandadas, por cuanto, en su concepto, la tipificación de los delitos de injuria y calumnia no resulta imprecisa ni ambigua si a tal configuración legislativa se le suma la interpretación efectuada por órganos de cierre como la Sala Plena de la Corte Suprema de Justicia y la misma Corte Constitucional, la cual es el "*derecho viviente*" al respecto. En tal forma, en la referida sentencia la Corte no abordó el examen de constitucionalidad a partir de la jurisprudencia de la Corte IDH como lo solicitó el demandante, sino que valoró las normas penales a partir del orden jurídico interno y de las disposiciones del PIDCP y la CADH. Sobre este punto afirmó que si bien la jurisprudencia de la Corte IDH tiene "relevancia como fuente de Derecho Internacional vinculante para Colombia, por tratarse de decisiones que expresan la

³²⁴ Véase Corte IDH, Caso Kiemel vs Argentina, sentencia 2 de mayo de 2008.

interpretación auténtica de los derechos protegidos por la Convención Americana sobre Derechos Humanos" (con lo que reiteró su posición respecto de la importancia y fuerza vinculante de la misma) y que el caso concreto Eduardo Kiemel vs. Argentina "constituye un precedente significativo en torno al alcance de la libertad de expresión y del principio de legalidad en la tipificación de los delitos de injuria y calumnia", no por ello tal jurisprudencia de la Corte IDH "puede ser trasplantada automáticamente al caso colombiano en ejercicio de un control de convencionalidad que no tenga en cuenta las particularidades del ordenamiento jurídico interno, especialmente la jurisprudencia constitucional y de la Corte Suprema de Justicia que han precisado notablemente el alcance de los elementos normativos de estos tipos penales". Frente a esta posición mayoritaria se formularon dos salvamentos de voto en los que se cuestionó la decisión y la falta de valoración de la jurisprudencia interamericana en la materia. En particular, dichos salvamentos subrayaron que la Corte Constitucional en su pronunciamiento no ofrece ningún argumento de fondo para apartarse del precedente de la Corte IDH, a pesar de que en la misma sentencia reconoce la relevancia y fuerza jurídica de dicha jurisprudencia en el orden interno.

Así pues, aunque parece que en la actualidad se ha decantado el debate sobre la relevancia, fuerza jurídica vinculante y posición dentro del bloque de constitucionalidad de la jurisprudencia de instancias internacionales, aún subsisten serias dudas sobre su aplicabilidad en la resolución de casos de derechos humanos. La práctica judicial nacional algunas veces reconoce formalmente la fuerza jurídica vinculante de la jurisprudencia de instancias internacionales, pero, simultáneamente, aplica temerosamente dichos estándares internacionales o, en otras ocasiones, se aparta de tales precedentes sin presentar argumentos de fondo que justifiquen tal falta de valoración.

1.3. La función supletiva o integradora de otros documentos de derechos humanos que integran el llamado "soft law". (LB)

1.3.1. Formulación

Existen ciertos documentos internacionales de derechos humanos (como las declaraciones y los principios) que en estricto sentido no cuentan dentro de las fuentes tradicionales principales del derecho internacional, estipuladas en el artículo 38 del

Estatuto de la Corte Internacional de Justicia- CIJ, puesto que no son tratados, ni costumbre, ni automáticamente representan principios generales de derecho. Por tanto, se ha discutido sobre su fuerza jurídica vinculante y uso por tribunales internacionales y nacionales. De una parte, un sector de la doctrina especializada se ha opuesto a la práctica judicial de recurrir a dichos documentos internacionales para imponer obligaciones estatales en materia de derechos humanos, pues alega que aquellos no constituyen fuente tradicional de derecho internacional y, por ende, no hacen parte directamente del bloque de constitucionalidad. Por el contrario, otra parte de la doctrina ha resaltado la realidad normativa de este tipo de documentos, a los que engloba en la denominación "*soft law*", subrayando que los mismos no carecen de relevancia y poseen cierta fuerza jurídica, por lo que no pueden ser estimados como simple fuente auxiliar doctrinaria.

Con todo, en la práctica judicial colombiana se ha recurrido a estas normas de derecho suave en diferentes escenarios. Específicamente, el Consejo de Estado ha hecho uso del "código de conducta para funcionarios encargados de hacer cumplir la ley", aprobada por la Asamblea General de las Naciones mediante la Resolución 34/169 de 17 de diciembre de 1979, y de los "principios básicos sobre el empleo de la fuerza y de las armas de fuego por los funcionarios encargados de hacer cumplir la ley", adoptados en el VIII Congreso de las Naciones Unidas sobre prevención del delito y tratamiento del delincuente, celebrado en 1990. A partir de estos documentos el tribunal de lo contencioso-administrativo, por ejemplo, ha determinado la responsabilidad por daños causados bajo relaciones de especial sujeción frente a miembros de fuerza pública que actúan en ejercicio de sus funciones y con armas de dotación oficial³²⁵; y ha examinado la proporcionalidad de la respuesta de miembros de la fuerza pública en el uso de armas de fuego ante una agresión³²⁶.

1.3.2. Ejercicio

Teniendo en cuenta la discusión reseñada sobre la fuerza jurídica vinculante del "*soft law*", en un ensayo de dos páginas desarrolle la argumentación a favor y en contra del

³²⁵ Véase Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, Subsección B, C.P. Danilo Rojas Betancourth, sentencia de 15 de febrero de 2012, Rad. 41001-23-31-000-1995-8145-01, actor: José Antonio Toledo y Otros, demandado: Nación-Ministerio de Defensa-Policía Nacional.

³²⁶ Véase Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, C.P. Alier Eduardo Hernández Enriquez, sentencia de 29 de enero de 2004, Rad. 25000-23-26-000-1994-09852-01(14222), actor: Carmen Cecilia Caycedo y Otros, demandado: Nación- Ministerio de Defensa.

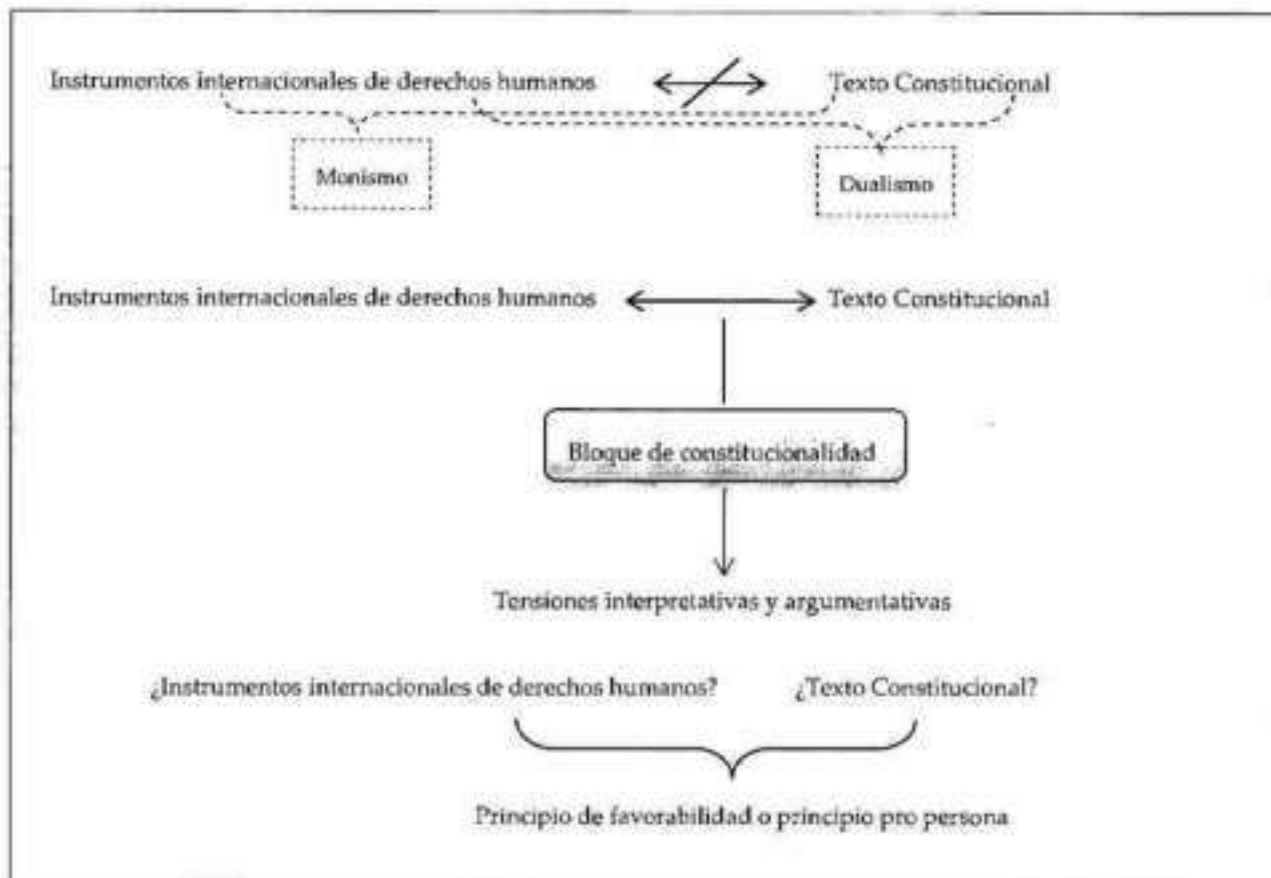
realice el trabajo en grupo, discuta el tema con sus colegas.

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.

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 aprendizaje autodirigido 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, en esa medida, tener una distancia crítica frente a lo que allí se plantea. Conforme a la distinción entre lectura básica y lectura integral, explicada en la introducción del módulo, hacen parte de la lectura básica las actividades 1, 2 y 3, mientras que la actividad 4 es parte de la lectura integral.

2. ENSAYO. EL BLOQUE DE CONSTITUCIONALIDAD Y LA FUERZA VINCULANTE DE LOS DERECHOS HUMANOS EN EL ORDENAMIENTO COLOMBIANO³²⁷

Esquema del ensayo



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

³²⁷ Este ensayo está fundamentado en Rodrigo Uprimny, *Bloque de constitucionalidad, derechos humanos y proceso penal*. Bogotá, Escuela Judicial Rodrigo Lara Bonilla, 2008.

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 que 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 2.1.), para luego analizar el status jurídico

de dichos tratados y su relación con el bloque de constitucionalidad (punto 2.2.), para finalmente examinar la fuerza jurídica de otros estándares internacionales de derechos humanos (punto 2.3.).

2.1. 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, la existencia de cláusulas constitucionales que hacen referencia expresa a la normatividad internacional de derechos humanos no es exclusiva 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 humanos³²⁸.

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

³²⁸ Sobre ese tratamientos constitucional especial a los tratados de derechos humanos, ver Dulitzky, Ariel "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, 2004, pp 34 y ss.

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.

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 reiterada³²⁹ 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 humana. Por ende, como dice Dulitzky:

³²⁹ Ver entre otros Corte Interamericana. Opinión Consultiva 01 de 1981, parr 24. Igualmente la Opinión consultiva OC-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.

"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 humanos³³⁰"

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 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 interno (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 supralegal. Sin embargo, esa misma reforma confiere rango constitucional a un listado específico de tratados de derechos humanos y

³³⁰ Ariel Dulitzky, *Op-cit*, p 38.

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 humanos³³¹.

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 dispone que los primeros deben interpretarse tomando en consideración los segundos, la doctrina española ha establecido que España es un *"Estado internacionalmente limitado"* y que la interpretación de los derechos fundamentales no sólo debe ser una interpretación *"constitucionalmente adecuada"*, esto es, *"conforme a la Constitución"*, sino también una interpretación *"internacionalmente adecuada"*, es decir, *"conforme al derecho internacional"*³³².

A su vez, y teniendo en cuenta que, como se explicó más en detalle en la unidad 2 de la primera sección de este módulo, los *"principios generales de derecho reconocidos por las naciones civilizadas"* son una de las 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

³³¹ Ver, entre otras, la sentencia C-400 de 1998, Fundamentos 36 y ss.

³³² Para la reseña sintética de esta doctrina, ver - Manili, Pablo Luis - "La recepción del derecho internacional del derecho internacional de los derechos humanos por el derecho constitucional iberoamericano" en Méndez Silva, Ricardo (Ed) *Derecho Internacional de Los Derechos Humanos*, México, 2002, pp 374 y ss.

convergencia dinámica entre el derecho constitucional y el derecho internacional, que se auxilian mutuamente en la protección de la dignidad humana³³³. 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 persona*, 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 importancia, en especial frente a otras fuentes de derechos humanos distintas a los tratados. 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 argentinas³³⁴, con criterios plenamente aplicables al ordenamiento colombiano.

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,

³³³ 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.

³³⁴ Ver Vega y Graham, Juan Carlos. Graham, Marisa Adriana (Eds) *Jerarquía constitucional de los tratados internacionales*. Buenos Aires, Astrea, 1996, pp 42 y ss.

para no comprometer la responsabilidad internacional. Ese difícil dilema puede ser resuelto 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 persona*, según el cual, los funcionarios judiciales deben aplicar la norma más favorable a los derechos humanos.

Ahora bien, la convergencia dinámica entre el derecho constitucional de orden interno y el derecho internacional de los derechos humanos en la fórmula del bloque de constitucionalidad, no resulta en una figura que en sí misma posea una coherencia interna plena ni que se cohesione pacíficamente con el resto del ordenamiento jurídico interno. Como lo indicamos en la actividad pedagógica 1, al interior de este concepto es posible encontrar conflictos normativos, pues las diferentes disposiciones sobre derechos humanos que se encuentran en los estándares internacionales y en el texto constitucional no necesariamente son totalmente compatibles sobre el contenido y alcance de los derechos humanos. Entonces, aparecen dos cuestiones por resolver: de una parte, cómo solucionar las posibles tensiones interpretativas y hermenéuticas internas del bloque de constitucionalidad, y, de otro lado, cómo armonizar la fuerza normativa de éste con el respeto del principio de legalidad.

A primera vista, pareciera que las contradicciones entre los diferentes niveles normativos del ordenamiento jurídico, esto es, las tensiones entre el bloque de constitucionalidad y el resto del orden interno, se pueden solventar con base en el principio jerárquico, en virtud del cual la norma superior deroga la inferior. Y en cuanto a los conflictos normativos internos del bloque de constitucionalidad, en principio podría decirse que se pueden solucionar con fundamento en las clásicas reglas de solución de antinomias, específicamente, las reglas de temporalidad y especialidad, por las cuales la norma posterior deroga norma anterior, y la norma especial debe aplicarse de preferencia sobre la norma general, respectivamente.

No obstante, estas herramientas clásicas de interpretación sufren una matización importante en el área de los derechos humanos, ya que los convenios de derechos humanos suelen incorporar una cláusula hermenéutica de favorabilidad o principio *pro persona*³³⁵, según la cual no puede restringirse o menoscabarse ninguno de los derechos

³³⁵ Daniel O'Donnell, "Introducción al derecho internacional de los derechos humanos" en Daniel O'Donnell, Inés Margarita Uprimny y Alejandro Villa (Comp) *Compilación de jurisprudencia y doctrina nacional e internacional*. Bogotá, Oficina Alto Comisionado de ONU para los derechos humanos, 2001, p 63. Mónica Pinto, "El principio pro hombre. Criterios de hermenéutica y pautas para la regulación de los derechos humanos" en Martín Abregú,

internacionales, invocando como pretexto que el convenio en cuestión no los reconoce o los reconoce en menor grado³³⁶. Por ello, se ha afirmado que, conforme a dicho principio, "se debe acudir a la norma más amplia, o a la interpretación más extensiva, cuando se trata de reconocer derechos protegidos e, inversamente, a la norma o a la interpretación más restringida cuando se trata de establecer restricciones permanentes al ejercicio de los derechos o su suspensión extraordinaria"³³⁷.

En el mismo sentido, la jurisprudencia constitucional en reiteradas ocasiones ha recurrido al principio de favorabilidad o *pro persona* para resolver este tipo de contradicciones normativas³³⁸. En especial, en la sentencia T-191 de 2009 la Corte Constitucional expresó sobre este punto que:

"El principio de interpretación *pro homine*, impone aquella interpretación de las normas jurídicas que sea más favorable al hombre y sus derechos, esto es, la prevalencia de aquella interpretación que propenda por el respeto de la dignidad humana y consecuentemente por la protección, garantía y promoción de los derechos humanos y de los derechos fundamentales consagrados a nivel constitucional. Este principio se deriva de los artículos 1º y 2º Superiores, en cuanto en ellos se consagra el respeto por la dignidad humana como fundamento del Estado social de Derecho, y como fin esencial del Estado la garantía de los principios, derechos y deberes consagrados en la Constitución, así como la finalidad de las autoridades de la República en la protección de todas las personas en su vida, honra, bienes y demás derechos y libertades".

Así pues, frente a conflictos normativos al interior del bloque de constitucionalidad y a contradicciones entre éste y el resto del orden jurídico interno, el intérprete debe decidir, de acuerdo al principio de favorabilidad o *pro persona*, con base en la disposición normativa que en mayor medida permita la realización de los derechos humanos y de la dignidad humana. Sin embargo, la elección de la norma más favorable no es un proceso intelectual de carácter mecánico. Por el contrario, es un proceso de decisión judicial que

Christian Courtis. *La aplicación de los tratados de derechos humanos por los tribunales locales*. Buenos Aires, CELS, 2004, pp 163 y ss. Carlos M. Ayala Corrao, "La jerarquía constitucional de los tratados relativos a derechos humanos y sus consecuencias" en Ricardo Méndez Silva (Ed) *Derecho Internacional de Los Derechos Humanos. Memoria del VII Congreso Iberoamericano de Derecho Constitucional*. México, UNAM, 2002, pp 54 y ss.

exige tener en cuenta las particularidades fácticas del caso concreto para delimitar el contenido de los derechos humanos en cuestión, a partir de la normatividad que resulte aplicable y permita maximizar la protección de los mismos, tal como se ejemplificó en el caso del derecho a la educación básica primaria gratuita.

2.2. 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 año³⁹⁹. 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

³⁹⁹ 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 posteriormente 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.

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 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 constitucional³⁴⁰; 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 constitucional³⁴¹, tesis que parece ser la interpretación constitucionalmente más apropiada.

En otro módulo desarrollamos en detalle este punto³⁴², pero independientemente de la tesis que se defienda, 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.

2.3. 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 IDH, el Comité del PIDCP o el Comité del PIDESC. 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 abiertos³⁴³.

Con todo, podría objetarse que en el ordenamiento interno colombiano, la jurisprudencia internacional, como la desarrollada por la Corte IDH, el Comité del PIDCP o el Comité del PIDESC no tiene ningún valor, porque no es formalmente fuente de derecho. Y que menos

³⁴⁰ En particular cf. las sentencias C-327 de 1997, fundamento 3, C-191 de 1998 y C-582 de 1999.

³⁴¹ Cf., entre otras, las sentencias C-10 de 2000, T-1303 de 2001 y T-1319 de 2002.

³⁴² Ver Rodrigo Uprimny, *Bloque de constitucionalidad, derechos humanos y proceso penal*, Op. cit., unidad 2.

³⁴³ 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).

aún tiene valor la jurisprudencia de otros sistemas de derechos humanos, a los cuales Colombia no se encuentra sometida, como la desarrollada por el TEDH.

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 doctrinaria”³⁴⁴ 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.

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 CIJ, 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, la jurisprudencia internacional de derechos humanos puede ser vinculante, o al menos relevante.

Adicionalmente, existen otros documentos internacionales de derechos humanos que, sin constituir fuente clásica de derecho internacional en los términos del referido artículo 38 del Estatuto de la CIJ, no sólo resultan relevantes en la interpretación del alcance de las normas que hacen parte del bloque de constitucionalidad, sino que incluso pueden llegar a ser considerados parte del bloque mismo. Ello corresponde al llamado “soft law”, como se indicó en la actividad pedagógica 2. De acuerdo con Mazuelos³⁴⁵, dichos documentos en general son de tres clases: las resoluciones o declaraciones no vinculantes de organismos

³⁴⁴ Sobre este concepto de “interpretación doctrinaria” en derecho internacional, ver O'Donnell, 2001, p 71 y ss.

³⁴⁵ Angela Mazuelos Bellido, “Soft Law: ¿Mucho ruido y pocas nueces?” en *Revista electrónica de estudios internacionales*, N° 8, 2004, p. 2 y ss, disponible en www.reei.org/reei8/MazuelosBellido_reei8.pdf

internacionales³⁴⁶, los acuerdos políticos no vinculantes entre Estados³⁴⁷ y ciertos documentos desarrollados por actores no estatales pero con impacto internacional, como podría ser una declaración elaborada por los doctrinantes más reconocidos en cierta materia o por las ONG's más representativas en un determinado tema³⁴⁸.

Doctrinariamente se ha discutido sobre la fuerza jurídica vinculante de este "*derecho suave*" (según traducción literal de la expresión "*soft law*"). Algunos autores critican su uso pues consideran que es una denominación contradictoria y niegan su posible fuerza jurídica vinculante por no constituir fuente tradicional del derecho internacional y, por ende, no integrar en sentido estricto el bloque de constitucionalidad. Otros autores, por el contrario, defienden la noción de "*soft law*" resaltando que la definición de fuentes del derecho internacional estipulada en el artículo 38 del estatuto de la CIJ es restrictiva y se ajusta a una comprensión clásica de un derecho internacional puramente interestatal, perdiendo de vista que en la realidad internacional contemporánea no sólo actúan los Estados sino que intervienen otros actores, como las organizaciones internacionales, las organizaciones no gubernamentales, e incluso los individuos, de donde deriva la relevancia y posible fuerza jurídica del "*soft law*".

Con todo, no se puede desestimar la realidad normativa del "*soft law*", pues si bien sería un error invocar tales documentos como normas vinculantes por sí mismas o como si fueran en sí mismos un tratado, no hay que perder de vista que el "*soft law*" resulta relevante 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. Ello ha ocurrido, por ejemplo, con la Declaración Universal de Derechos Humanos o la Declaración Americana de los Derechos y Deberes del

³⁴⁶ Por ejemplo, las declaraciones, resoluciones o recomendaciones aprobadas por la Asamblea General de Naciones Unidas y las resoluciones que emanan del Consejo de Seguridad de Naciones Unidas.

³⁴⁷ De acuerdo con Hillgenegr y Mazuelos, éstos corresponden a los acuerdos firmados por los Estados pero que no son tratados, por cuanto no pretenden establecer obligaciones jurídicas, sino compromisos morales o políticos. Hartmut Hillgenberg "A Fresh Look at Soft Law" en *European Journal of International Law*, No 10, 1999, p. 500 y ss; Angela Mazuelos Bellido, *Op. Cit.*, p. 14 y ss. Ejemplos clásicos de estos documentos son los múltiples acuerdos y declaraciones en materia ambiental, como la Declaración de Estocolmo de 1972.

³⁴⁸ Dos documentos prototípicos de esta clase son los "principios de Limburgo" en derechos económicos, sociales y culturales, adoptados por unos expertos en la materia reunidos en Maastrich, Holanda, en junio de 1986, a los cuales la Corte Constitucional reconoció como la doctrina más autorizada en la materia y los usó en la sentencia C-251 de 1997 al estudiar la constitucionalidad del Protocolo de San Salvador en derechos económicos sociales y culturales; y la Declaración de Taromina sobre las "normas de derecho internacional humanitario relativas a la conducción de las hostilidades en los conflictos armados no internacionales", elaborada en esa ciudad italiana en 1990 por el Consejo del Instituto Internacional de Derecho Humanitario, la cual fue usada por la Corte Constitucional como criterio interpretativo en la sentencia C-225 de 1995 sobre el Protocolo II de Ginebra de derecho internacional humanitario.

Hombre, que originariamente no eran vinculantes, pero que hoy tienen una clara fuerza jurídica. Otro ejemplo que resalta la importancia que pueden adquirir normas de "soft law" es el caso del llamado "Protocolo de Estambul" para documentar e investigar eficazmente la tortura. En efecto, dicho protocolo no es un tratado sino un documento de "soft law". Sin embargo, en la sentencia "Gutiérrez Soler vs Colombia", la Corte IDH le confirió tal importancia que ordenó al Estado colombiano impartir un curso de formación para divulgar el conocimiento de ese protocolo entre las autoridades competentes.

En virtud de la relevancia del "soft law" en la interpretación de normas sobre derechos humanos, tribunales internacionales y nacionales han usado tales documentos en diferentes ocasiones. De una parte, la Corte IDH ha acuñado el término "*corpus iuris del derecho internacional de los derechos humanos*", para referirse al conjunto de instrumentos jurídicos internacionales de contenido variado, como los tratados, las resoluciones o las declaraciones, que delimitan el contenido de los derechos humanos³⁴⁹. A partir de tal concepto, la Corte IDH ha usado explícitamente normas "soft law" como lo hizo con las Reglas de Beijing en el caso de los llamados "*niños de la calle*"³⁵⁰. Por su lado, la Corte Constitucional en su jurisprudencia ha reconocido la importancia jurídica de normas del "soft law" y ha recurrido a las mismas para resolver cuestiones de derechos humanos. Cabe mencionar el uso de los "Principios de Joinet" sobre impunidad y derechos de las víctimas³⁵¹, los "Principios Rectores relativos al desplazamiento de personas en el interior de su propio país"³⁵² y los "Principios sobre la restitución de las viviendas y el patrimonio de los refugiados y las Personas desplazadas"³⁵³. Respecto a estos dos últimos principios, la Corte ha aceptado que hacen parte del bloque de constitucionalidad en sentido lato. De igual forma, el Consejo de Estado

³⁴⁹ Ver Opinión consultiva OC16 de 1999 sobre la Asistencia Consular en el marco de las Garantías del Debido Proceso Legal, párrafo 16: "[e]l corpus iuris del Derecho Internacional de los Derechos Humanos está formado por un conjunto de instrumentos internacionales de contenido y efectos jurídicos variados (tratados, convenios, resoluciones y declaraciones). Su evolución dinámica ha ejercido un impacto positivo en el Derecho Internacional, en el sentido de afirmar y desarrollar la aptitud de este último para regular las relaciones entre los Estados y los seres humanos bajo sus respectivas jurisdicciones. Por lo tanto, esta Corte debe adoptar un criterio adecuado para considerar la cuestión sujeta a examen en el marco de la evolución de los derechos fundamentales de la persona humana en el derecho internacional contemporáneo." En otras decisiones, ese tribunal ha usado ese concepto. Véase las opiniones consultivas OC-17 de 2002 sobre la condición jurídica de los derechos del niño, párrafos 24 y 92, y OC-18 de 2003 sobre la Condición Jurídica y Derechos de los Migrantes Indocumentados párrafo 115.

³⁵⁰ Ver la Sentencia del 19 de Noviembre de 1999 del caso Villagrán Morales y otros, párrafo 197.

³⁵¹ 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). Véase su uso en la sentencia C-228 de 2002 y recientemente en la sentencia C-579 de 2013.

³⁵² Organización de Naciones Unidas. Informe del Representante Especial del Secretario General de Naciones Unidas para el tema de los Desplazamientos Internos de Personas, Sr. Francis Deng, Doc E/CN.4/1998/53/Add.2, 11 de febrero de 1998. Véase su uso en las sentencias T-327 de 2001, T-268 de 2003, T-419 de 2003 y T-602 de 2003.

³⁵³ Organización de Naciones Unidas. Consejo Económico y Social. Informe definitivo del Relator Especial, Sr. Paulo Sergio Pinheiro. Doc E/CN.4/Sub.2/2005/17, 28 de junio de 2005. Véase sentencia T-821 de 2007.

ha hecho uso del "soft law" en casos de derecho humanos tal como se puntualizó en el ejercicio 2 de esta unidad.

Así pues, frente al complejo y polémico tema de la fuerza jurídica vinculante del "soft law" y su uso en la práctica judicial, proponemos la siguiente tesis práctica y prudente. Debido a la diversidad misma del "soft law", no es plausible atribuirle o negarle globalmente fuerza jurídica vinculante. No obstante, como lo hemos resaltado, el "soft law" constituye una realidad normativa peculiar en el derecho internacional, pues si bien estos documentos por su propia naturaleza no son vinculantes, en la práctica han adquirido cierta fuerza jurídica ya sea por considerarse una "interpretación autorizada" de un tratado, por ser prueba o expresión de una costumbre internacional y/o por ser una expresión o concreción de determinados "principios generales de derecho". Teniendo en cuenta estas particularidades, sugerimos que el análisis del "soft law" debe realizarse caso por caso, y tomando en consideración distintos factores, que permiten evaluar la fuerza jurídica formal que pueden llegar a adquirir dichos documentos, más allá de su interés doctrinario, que es siempre claro. Conviene entonces examinar aspectos tales como el órgano de creación, el grado de consenso en la adopción, la naturaleza de la competencia ejercida por el órgano de elaboración, la composición de la fuente, en particular frente al sistema universal de protección y, además, la intención manifestada por el órgano al formular una observación³⁵⁴.

3. AUTO-EVALUACIÓN

<i>ae</i>	<i>Autoevaluación</i> <i>Preguntas</i> <ol style="list-style-type: none">1. <i>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.</i>2. <i>Explique cuáles son las razones y cuál es la importancia de que el constitucionalismo contemporáneo confiera un tratamiento especial y privilegiado al derecho internacional de los derechos humanos.</i>3. <i>Presente un ejemplo diferente al trabajado en la actividad pedagógica 1, en donde se evidencie un conflicto normativo</i>
-----------	---

³⁵⁴ Sobre este punto se han seguido de cerca los planteamientos de Daniel O'Donnell, *Derecho internacional de los derechos humanos*. Bogotá, Oficina Alto Comisionado de ONU para los derechos humanos, 2004.

bloque de constitucionalidad, y exponga una posible solución a dicha tensión interpretativa, a partir del principio de favorabilidad o pro persona.

4. *Elabore un ensayo de cuatro párrafos sobre el sistema de fuentes en Colombia, en donde incluya el tema del bloque de constitucionalidad.*

4. BIBLIOGRAFÍA

AYALA CORRAO, Carlos M "La jerarquía constitucional de los tratados relativos a derechos humanos y sus consecuencias" en MÉNDEZ SILVA, Ricardo (Ed) *Derecho Internacional de Los Derechos Humanos*. Memoria del VII Congreso Iberoamericano de Derecho Constitucional. México, UNAM, 2002.

DULITZKY, Ariel "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, 2004.

HILGENBERG, Hartmut "A Fresh Look at Soft Law" en *European Journal of International Law*. No 10, 1999.

MANILI, Pablo Luis . "La recepción del derecho internacional del derecho internacional de los derechos humanos por el derecho constitucional iberoamericano" en MÉNDEZ Silva, Ricardo (Ed) *Derecho Internacional de Los Derechos Humanos*. México, 2002, pp 374 y ss.

MAZUELOS BELLIDO, Angela "Soft Law: ¿Mucho ruido y pocas nueces?" en *Revista electrónica de estudios internacionales*, N°. 8, 2004, p. 2 y ss, disponible en www.reei.org/reei8/MazuelosBellido_reei8_.pdf.

O'DONNELL, Daniel "Introducción al derecho internacional de los derechos humanos" en O'DONNELL, Daniel, UPRIMNY, Inés Margarita y VILLA, Alejandro (Comp) *Compilación de Jurisprudencia y doctrina nacional e internacional*. Bogotá, Oficina Alto Comisionado de ONU para los derechos humanos, 2001.

Organización de Naciones Unidas. Consejo Económico y Social. Informe definitivo del Relator Especial, Sr. Paulo Sergio Pinheiro. Doc E/CN.4/Sub.2/2005/17, 28 de junio de 2005.

Organización de Naciones Unidas. Informe del Representante Especial del Secretario General de Naciones Unidas para el tema de los Desplazamientos Internos de Personas, Sr. Francis Deng. Doc E/CN.4/1998/53/Add.2, 11 de febrero de 1998. Véase su uso en las sentencias T-327 de 2001, T-268 de 2003, T-419 de 2003 y T-602 de 2003.

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). Véase su uso en la sentencia C-228 de 2002 y recientemente en la sentencia C-579 de 2013.

UPRIMNY, Rodrigo. *Bloque de constitucionalidad, derechos humanos y proceso penal*. Bogotá, Escuela Judicial Rodrigo Lara Bonilla, 2008.

VEGA y Graham, Juan Carlos. GRAHAM, Marisa Adriana (Eds) *Jerarquía constitucional de los tratados internacionales*. Buenos Aires, Astrea, 1996, pp 42 y ss.

JURISPRUDENCIA

Corte Constitucional de Colombia, sentencias C-574 de 1992, C-225 de 1995, C-406 de 1996, C-251 de 1997, C-400 de 1998, T-1319 de 2001, T-1303 de 2001, T-1319 de 2002, SU-058 de 2003, T-821 de 2007

Corte Interamericana de Derechos Humanos. Opinión Consultiva 01 de 1981; Opinión consultiva 0C-2 de 1982.

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.

Unidad

6

PROPUESTA DOGMÁTICA Y METODOLÓGICA PARA LA SOLUCIÓN DE CASOS SOBRE DERECHOS HUMANOS: ¿CÓMO CONSTATA EL JUEZ LA VIOLACIÓN DE LOS DERECHOS HUMANOS?

Og

Objetivo general

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.

Oe

Objetivos específicos

- *Determinar una metodología para la constatación de la violación de los derechos humanos en casos concretos.*
- *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.*

Instrucciones metodológicas

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 aprendizaje autodirigido 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. Conforme a la distinción entre lectura básica y lectura integral, explicada en la introducción del módulo, hacen parte de la lectura básica las actividades 1, 2 y 4, mientras que la actividad 3 es parte de la lectura integral.

UNIDAD 6. PROPUESTA DOGMÁTICA Y METODOLÓGICA PARA LA SOLUCIÓN DE CASOS SOBRE DERECHOS HUMANOS: ¿CÓMO CONSTATA EL JUEZ LA VIOLACIÓN DE LOS DERECHOS HUMANOS?

1. ACTIVIDADES PEDAGÓGICAS

ap

Actividades pedagógicas

1.1. Análisis de casos (LB)

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.

1.1.1. Un ejemplo de discusión en derechos sociales

Supongan ustedes que hasta 2014, 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, préstamos 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, el 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 Americana 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 aprendizaje autodirigido, sólo responda a la pregunta planteada al Grupo 3.

1.1.2. 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 requisas y detención fueron arbitrarias, y que el proceso esta entonces viciado. El Gobierno defiende el caso argumentando que su detención y requisas 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 aprendizaje autodirigido, 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.

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

El caso de derechos sociales que planteamos puede resolverse teniendo en cuenta el pronunciamiento de la Corte Constitucional sobre el contenido y alcance de las obligaciones del Estado respecto al derecho a la educación. En la sentencia C-376 de 2010 (a la que hicimos referencia en la actividad pedagógica 1 de la anterior unidad), a partir de la interpretación armónica de las disposiciones del bloque de

constitucionalidad que consagran el derecho a la educación –en especial los artículos 67 de la Constitución Política, 13 del PIDESC, 26 de la CADH, 28 de la Convención de los Derechos del Niño y 13 y 26 del Protocolo de San Salvador-, la Corte indicó que el contenido y tipo de obligación del Estado frente a este derecho depende del nivel de educación que se trate. Así, en el nivel de educación básica primaria el Estado Colombiano tiene el deber de asegurar el acceso *gratuito* a la educación a *todos* los niños y las niñas, independientemente de su situación socio-económica. Por tanto, se trata de una obligación de exigibilidad inmediata. Por su parte, en el nivel de secundaria el Estado Colombiano tiene la obligación de “garantizar un acceso general y sin obstáculos a través de diversos mecanismos, entre ellos, la implantación *progresiva de la gratuidad*”. Finalmente, en el nivel superior el Estado Colombiano debe asegurar el acceso general de acuerdo a la capacidad económica, implementar progresivamente la gratuidad y “establecer el mérito individual como mecanismo de selección”.

Si bien en los niveles de educación secundaria y superior el Estado tiene una obligación de cumplimiento progresivo, ello no significa que alegando la escasez de recursos económicos y técnicos el Estado no adelante acciones eficaces para ampliar el nivel de satisfacción del derecho a la educación. Por consiguiente, la Corte puntualizó que:

[L]a gratuidad es un principio que se predica del derecho a la educación pública en cualquiera de sus niveles, en la medida que se trata de un mecanismo para lograr la accesibilidad de todos a este bien social. Sin embargo, para su implantación los Estados deben adoptar diferentes estrategias: la gratuidad como obligación inequívoca y de exigibilidad inmediata respecto de la enseñanza primaria, y progresividad en los niveles de secundaria y superior.

Al revisar la técnica argumentativa que la Corte usó en la referida sentencia C-376 de 2010, podemos constatar 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 podría ocurrir al suscitarse un debate en torno a la obligatoriedad o no de la Observación General N° 13 del Comité de Derechos Económicos Sociales y Culturales, la cual presenta el contenido y alcance del derecho a la educación en todos sus niveles. 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 planteado en diferentes esferas de la sociedad 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 el caso planteado seguramente el Gobierno y la Universidad defenderían la idea de que es necesario ampliar la cobertura, por lo cual es ineludible limitar la gratuidad, mientras que los estudiantes alegarían que el Estado Colombiano tiene el deber irrestricto de ofrecer educación superior gratuita a todas las personas, el cual ha de cumplir sin que le sea permitido al Estado recurrir a argumentos como la escasez de recursos para justificar el cobro de costos académicos. Ello suscita entonces 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 5) y al precisar algunos criterios sobre las fuentes del derecho internacional de los derechos humanos (unidad 2).

1.2.1. Formulación

Lea el artículo 1.1. de la CADH, el artículo 2 del PIDCP, el artículo 2 del PIDESC, los artículos 1, 2 y 3 del Protocolo adicional a la Convención Americana 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.

1.2.2. 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.

1.2.3. 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.

1.3. El problema del contenido esencial de los derechos humanos. (LI)

1.3.1. *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 mortinatalidad 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 inculpado 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 inculpado de la acusación formulada;
- c. Concesión al inculpado del tiempo y de los medios adecuados para la preparación de su defensa;
- d. Derecho del inculpado de defenderse personalmente o de ser asistido por un defensor de su elección y de comunicarse libre y privadamente con su defensor;
- e. Derecho irrenunciable de ser asistido por un defensor proporcionado por el Estado, remunerado o no según la legislación interna, si el inculpado no se defendiere por sí mismo ni 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 inculpado solamente es válida si es hecha sin coacción de ninguna naturaleza.

4. El inculpado 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 los siguientes apartados de la jurisprudencia de la Corte Constitucional. En la sentencia T-002 de 1992 se expresó:

“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”.

Posteriormente, en relación con los derechos sociales, el Alto Tribunal afirmó en la sentencia SU-225 de 1998:

"Los derechos fundamentales de carácter prestacional tienen un doble contenido. En primer lugar, se componen de un núcleo esencial mínimo, no negociable en el debate democrático, que otorga derechos subjetivos directamente exigibles mediante la acción de tutela. En segundo término, se integran de una zona complementaria, que es definida por los órganos políticos atendiendo a la disponibilidad de recursos y a las prioridades políticas coyunturales".

1.3.2. 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.

1.3.3. 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:

"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".

La Corte Constitucional ha utilizado la delimitación de contenidos de los derechos para fundamentar los alcances de su intervención judicial en decisiones sobre constitucionalidad y tutela. Un criterio relativamente distinto al anterior se expresó en la sentencia T-859 de 2003, donde la Corte consideró que el derecho a la salud es un derecho fundamental autónomo en relación con los componentes del Plan Obligatorio de Salud. Dijo la Corte:

(P)uede sostenerse que tiene **naturaleza de derecho fundamental**, de manera autónoma, el derecho a recibir la atención de salud definidas en el Plan Básico de Salud, el Plan Obligatorio de Salud y el Plan Obligatorio de Salud Subsidiado – Ley 100 de 1993 y sus normas complementarias-, así como respecto de los elementos derivados de las obligaciones básicas definidas en la Observación General N°14 [del Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales de Naciones Unidas]. Lo anterior por cuanto se han definido los contenidos precisos del derecho, de manera que existe un derecho subjetivo claro a favor de quienes pertenecen a cada uno de los subsistemas –contributivo, subsidiado, etc. (...) La naturaleza de derecho fundamental que tiene el derecho a la salud en los términos del fundamento anterior, implica que tratándose de la negación de un servicio, medicamento o procedimiento establecido en el POS, se estaría frente a la violación de un derecho fundamental. No es necesario, en este escenario, que exista amenaza a la vida u otro derecho fundamental, para satisfacer el primer elemento de procedibilidad de tutela: violación o amenaza de un derecho fundamental³⁵⁵.

³⁵⁵ Sentencia T-859 de 2003.

Como se observa, es posible proyectar contenidos constitucionalmente protegidos y contenidos en los que los derechos son directamente fundamentales. Además, es posible utilizar el derecho internacional de los derechos humanos para derivar derechos nominados o innominados que proyectan el alcance de un determinado derecho. Es necesario entonces contar con herramientas conceptuales que permitan justificar la delimitación de los contenidos de los derechos y el papel que tiene dicho contenido en el ejercicio de la función judicial.

1.4. Juicio de proporcionalidad y posibilidad de restricción de derechos (LB)

1.4.1. 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.

De otra parte, la Corte Interamericana también ha utilizado el principio de proporcionalidad como instrumento para analizar 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-5³⁵⁶, 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:

"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

³⁵⁶ 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.

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"³⁵⁷.

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, sin necesidad de dejar ese ejercicio solamente a un grupo restringido de la comunidad".

1.4.2. Preguntas

³⁵⁷ 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".

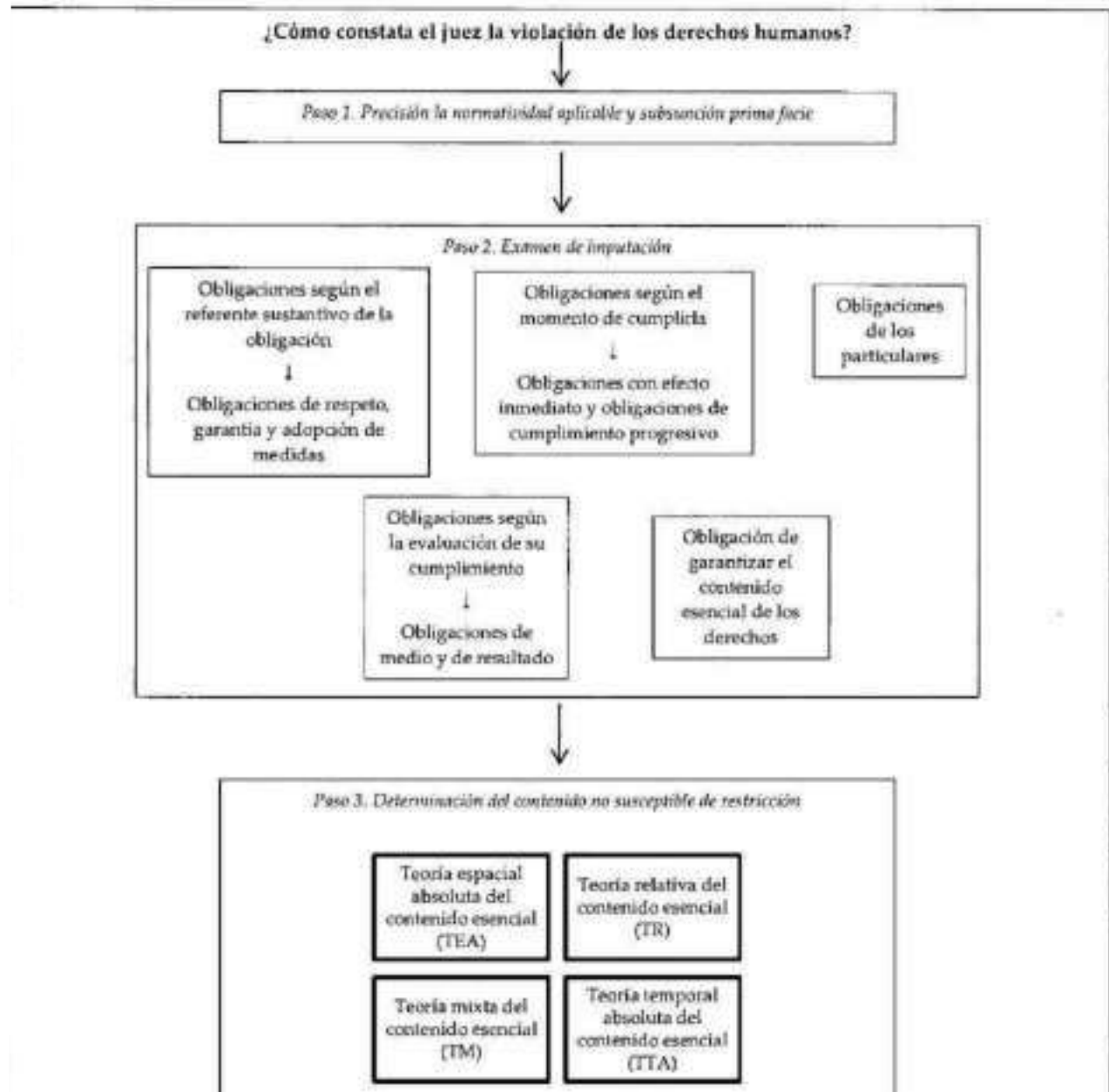
A partir de lo mencionado, ¿qué puede entenderse como una restricción proporcionada en una sociedad democrática? Así mismo, ¿qué se debe hacer para limitar, suspender o restringir derechos?

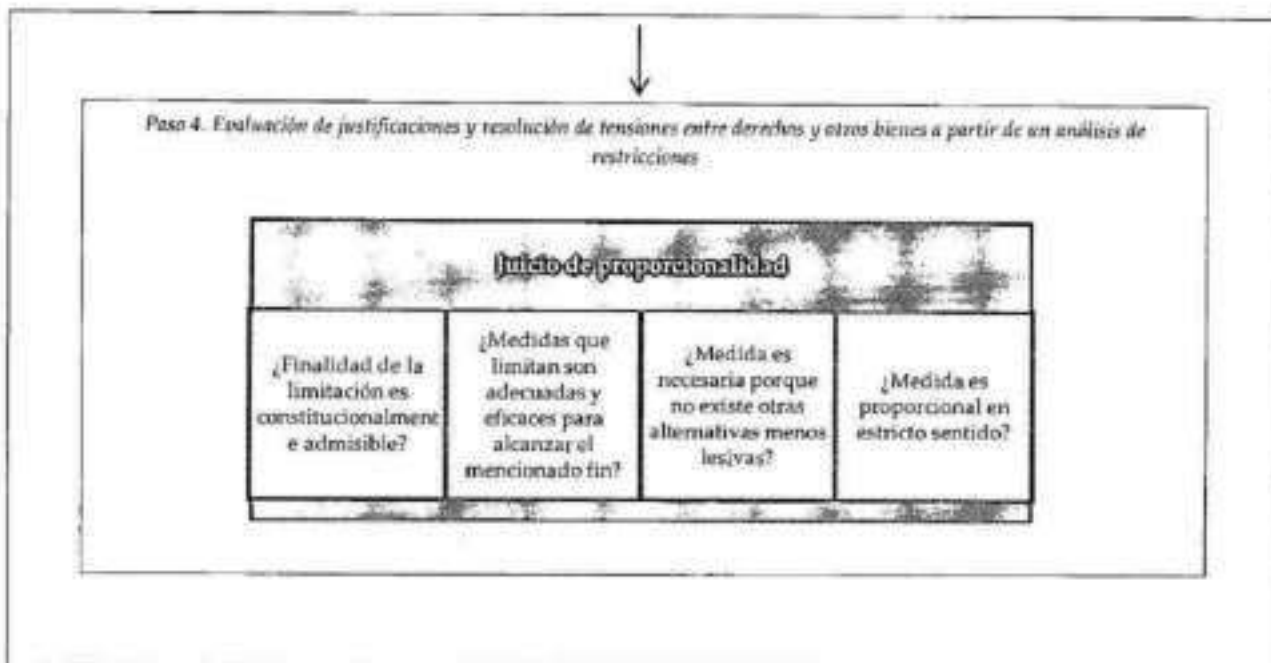
1.4.3. Respuesta

Muchos autores distinguen entre la limitación, la regulación, la suspensión o la violación de un derecho humano. Este esfuerzo conceptual es importante prácticamente, pues no toda limitación, ni siquiera toda suspensión, de un derecho humano implica su vulneración, ya que los tratados y las constituciones admiten restricciones a dichos derechos. En entonces necesario manejar con claridad los criterios a partir de los cuales es posible la restricción o incluso suspensión de los derechos fundamentales. En el ensayo 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.

LA SOLUCIÓN DE CASOS DONDE ENTRAN EN CONFLICTO DERECHOS FUNDAMENTALES: ¿CÓMO CONSTATA EL JUEZ LA VIOLACIÓN DE LOS DERECHOS HUMANOS?

Esquema del ensayo





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, consideramos que 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 establece obligaciones, permisiones o prohibiciones, según corresponda, y conforme a la cual, la situación concreta, a primera vista, parece afectar un derecho de las personas, por lo cual debería ser removida.
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, con lo cual puede uno llegar a determinar el contenido definitivo del derecho protegido en la situación concreta.

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 un perjuicio, lo cual en nuestro esquema corresponde a la idea de si existe una situación fáctica que *prima facie* está prohibida por la normatividad de derechos humanos. Constatado ello, es necesario establecer (ii) si la persona contra la cual se dirige la acción de responsabilidad extracontractual está obligada o no, en la medida en que ocasionó el daño, lo cual remite a la tesis de imputación o nexo de causalidad correspondiente; pero (iii) incluso, constatado el daño, surge el debate sobre si existen razones que exculpen al responsable (como la culpa de la víctima), lo cual significa, en materia de derechos humanos, analizar si la restricción se encuentra o no justificada. Finalmente, (iv) en la teoría del daño, una vez constatado el perjuicio, se procede a determinar la indemnización correspondiente; en materia de derechos humanos, una vez constatada la violación, es indispensable proceder a analizar el eventual remedio judicial.

Los pasos 1, 2, 3 y 4 responden a la cuestión de cómo constata el juez que la situación fáctica estudiada es o no una violación de derechos humanos, mientras que el paso 5 alude a la forma en que se reparan las violaciones de derechos humanos, esto es, las medidas judiciales de corrección. La presente unidad se ocupa de la primera pregunta (¿si existe o no violación a un derecho humano?) mientras que la segunda pregunta (¿cómo reparar judicialmente esa violación?) será abordada en la unidad que sigue.

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

En la unidad 3, 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, estudiado en la unidad 5, ofrece una metodología para determinar el grado de vinculatoriedad de dichas fuentes en el plano interno. 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.

2.2. Paso 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 internacional³⁹⁸. 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

³⁹⁸ 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.

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-³⁸⁹.

2.1.1. 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 obligatorio 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 Culturales ³⁹⁰ 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.

2.1.1.1. 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.

³⁸⁹ 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.

³⁹⁰ Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, *Observación General No. 3 sobre la índole de las obligaciones de los Estados Partes*, Documento E/1991/23.

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 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 interno³⁶¹.

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 otros³⁶².

2.1.1.2. Obligaciones de garantía

El deber de garantía se proyecta en obligaciones de protección y cumplimiento (satisfacción). Según la Corte IDH, 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

³⁶¹ Corte IDH, Caso Velásquez Rodríguez. Sentencia de 29 de julio de 1988. Serie C No. 4. Párr. 169-170.

³⁶² 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.

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 conducta gubernamental que asegure la existencia, en la realidad de una eficaz garantía del libre y pleno ejercicio de los derechos humanos”³⁶³.

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 alguna³⁶⁴.

2. El deber del Estado de *prevenir* las violaciones de los derechos humanos. En este punto, la doctrina³⁶⁵ 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 IDH ha dicho:

³⁶³ Corte IDH, *Caso Velásquez Rodríguez*, párrs. 166 y 167.

³⁶⁴ La Oficina en Colombia del Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Derechos Humanos y la 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.

³⁶⁵ 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, p. 178-185.

"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"³⁶⁶.

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 humanos³⁶⁷. La obligación de juzgar y sancionar abarca a todos los autores sean materiales o intelectuales de hechos violatorios de los derechos humanos³⁶⁸.

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.)³⁶⁹.

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 sociales³⁷⁰. 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)

³⁶⁶ Corte Interamericana de Derechos Humanos, *Caso Velásquez Rodríguez*, Op. Cit., Párr. 176.

³⁶⁷ Corte I.D.H., *Caso Castillo Páez*, Sentencia de 3 de noviembre de 1997, Serie C, núm. 34, Párr. 90.

³⁶⁸ Ver Comisión IDH, *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/IL106, Doc. 3 (2000), Párr. 187, 188 y 220.

³⁶⁹ Tara Melish ubica esta obligación como proyección de la obligación de garantía. *Ibidem*, p. 188.

³⁷⁰ 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".

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**³⁷¹. Una de las más importantes proyecciones de estas obligaciones se relaciona con el derecho a políticas públicas en clave de derechos humanos.

2.1.1.3. Obligación de adoptar medidas para hacer efectivos los derechos

La formulación genérica de esta obligación se encuentra en el artículo 2 de la CADH, 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:

"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".

³⁷¹ Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, *Observación General 14 sobre el derecho al disfrute del más alto nivel posible de salud (artículo 12 del Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales)*, doc. E/C.12/2000/4 del 11 de agosto de 2000. Párr. 33.

todo Estado parte en un tratado tiene el deber jurídico de adoptar las medidas necesarias para cumplir con sus obligaciones conforme al tratado³⁷². 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 humanos³⁷³, 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)³⁷⁴. 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.

2.1.2. 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 grado³⁷⁵, 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

³⁷² 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.

³⁷³ Corte Interamericana de Derechos Humanos, *Caso La Última Tentación de Cristo* (Olmedo Bustos y otros), Sentencia de 5 de febrero de 2001, Serie C, núm. 73, Párr. 87.

³⁷⁴ Ver al respecto, Víctor Abramovich y Christian Courtis, *Los derechos sociales como derechos exigibles*. Madrid:

insistirse en que esta clasificación es relevante para evaluar los compromisos del Estado frente a derechos civiles y políticos³⁷⁶. Con esta salvedad, a continuación se desarrolla esta clasificación a partir de los estándares propios de los derechos sociales³⁷⁷.

2.1.2.1. 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

³⁷⁶ 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.

³⁷⁷ Este segmento está basado en Oscar Parra Vera, *El derecho a la salud en la Constitución, la jurisprudencia y los instrumentos internacionales*, Op. Cit.

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.

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

2.1.2.2. 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 humanos³⁷⁸. 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 Pacto³⁷⁹.

Los Principios de Limburgo sobre la Implementación del PIDESC³⁸⁰ resaltan que los Estados vulneran esta obligación (i) si aplazan indefinidamente los esfuerzos destinados

³⁷⁸ 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.

³⁷⁹ Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales. Observación General 3 (párr. 9).

³⁸⁰ Aprobados por un grupo de expertos reunidos en Maastricht del 2 al 6 de junio de 1986. Este documento fue adoptado posteriormente por Naciones Unidas (doc. E/C 4/1987/17).

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, en dicho instrumento se señala 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** respecto a normas, estándares judiciales y políticas públicas donde se consagren los logros alcanzados. El Estado no puede adoptar políticas, medidas, o normas jurídicas que, de modo irrazonable, empeoren la situación de estos derechos³⁸¹. 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.

2.1.3. 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 sociales³⁸². A nivel interno, y como lo ha destacado la Corte Constitucional³⁸³ se considera que existe una violación a las obligaciones internacionales si el Estado no asegura este mínimo vital del derecho, salvo que existan poderosas razones que justifiquen el incumplimiento.

³⁸¹ En algunas ocasiones, la Corte Constitucional ha declarado la inexequibilidad 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.

³⁸² 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).

³⁸³ Sentencia C-251 de 1997.

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 elementos esenciales de los derechos.

2.1.4. 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 Culturales³⁹⁴. 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.

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.

2.1.5. 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

³⁹⁴ Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, *Observación General No. 3 sobre la índole de las obligaciones de los Estados Partes*. Op. Cit.

fundamentales³⁸⁵, 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 prevé expresamente esta posibilidad³⁸⁶.

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 siguientes³⁸⁷:

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).

³⁸⁵ Debe anotarse que en el derecho internacional se discute actualmente la posibilidad de adscribir obligaciones internacionales respecto a actores no estatales tales como las corporaciones multinacionales, entre otros actores. Un estado del arte al respecto puede verse en Andrew Clapham, *The Human Rights Obligations of Non-State Actors*, Oxford University Press, 2006.

³⁸⁶ 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.

³⁸⁷ 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.

2.3. Paso 3. 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 cómo entender este contenido, en particular, la teoría espacial absoluta, la teoría relativa, la teoría mixta y la teoría temporal absoluta³⁸⁵. 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

³⁸⁵ 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.

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 módulo, 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 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 teoría³⁸⁹ 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 presenta una visión desconstitucionalizada de 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

³⁸⁹ Ibidem.

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 periferia³⁹⁰.

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 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 Bernal³⁹¹ 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 humana³⁹². Así

³⁹⁰ *Ibidem*.

³⁹¹ *Ibidem*.

³⁹² 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

las diversas coyunturas de aplicación.

Nuestra posición es que tanto el concepto de bloque de constitucionalidad (*supra* Unidad 5) como la fuerza vinculante de los precedentes constitucionales argumentativamente correctos, constituyen dos referentes intersubjetivos para la delimitación de derechos y obligaciones que constituyan el contenido esencial de los derechos fundamentales³⁹³. 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? ¿Cuáles 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.

2.4. Paso 4. 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

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”.

³⁹³ 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. En este texto, el procedimiento específico de delimitación del contenido sistematiza derechos expresos y también derechos innominados, que son articulados correlativamente con

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.

2.4.1. El juicio de proporcionalidad como metodología para evaluación de restricciones a los derechos fundamentales³⁹⁴

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 público³⁹⁵.

³⁹⁴ 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.

³⁹⁵ 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).

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 comunidad"³⁹⁶.

Por su parte, el Comité de Derechos Humanos 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 tradición³⁹⁷.

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, pero 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 público³⁹⁸.

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

³⁹⁶ Sentencia C-404 de 1998.

³⁹⁷ 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).

³⁹⁸ 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.

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 desestimular la afiliación a un sindicato no tiene una finalidad constitucionalmente admisible, pues vulnera la libertad sindical³⁹⁹. Por el contrario, la definición legal de un salario mínimo restringe, en principio, la 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.

³⁹⁹ 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.

- iii. *Análisis de 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 imagen⁴⁰⁰.
- 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 grupo social ni se pueden tomar medidas que nieguen las posibilidades de existencia que el individuo no puede asegurarse por sí mismo⁴⁰¹.

En el caso de medidas de protección de los intereses de la propia persona, la proporcionalidad de la sanción busca proscribir cualquier forma de perfeccionismo⁴⁰².

⁴⁰⁰ Este ejemplo se basa en la sentencia SU-642 de 1998 de la Corte Constitucional.

⁴⁰¹ 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”.

⁴⁰² 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

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.)⁴⁰³.

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 Constitución⁴⁰⁴. 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 IDH 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 personas⁴⁰⁵. 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.

El juicio de proporcionalidad constituye entonces una herramienta para evaluar las restricciones de derechos humanos y fundamentales.

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

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-.

⁴⁰³ Sentencia C-404 de 1998.

⁴⁰⁴ 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.

⁴⁰⁵ *Ibidem*, párr. 46.

resolver el conflicto entre los intereses protegidos. Con todo, es necesario un último paso, la precisión del remedio judicial apropiado, en orden a reparar el daño ocurrido. Sobre esta fase tratará la siguiente unidad.

3. AUTO-EVALUACIÓN

<p><i>ae</i></p>	<p>Autoevaluación</p> <p><i>Aplique 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.</i></p>
------------------	--

4. BIBLIOGRAFÍA

ABRAMOVICH, Victor y COURTIS, Christian. *Los derechos sociales como derechos exigibles*. Madrid: Trotta, 2002.

BERNAL PULIDO, Carlos. *El principio de proporcionalidad y los derechos fundamentales*. Madrid: Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 2003.

CLAPHAM, Andrew. *The Human Rights Obligations of Non-State Actors*, Oxford University Press, 2006.

Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, Observación General No. 3 sobre la índole de las obligaciones de los Estados Partes, Documento E/1991/23.

DULITZKY, Ariel. "Alcance de las obligaciones internacionales de los derechos humanos", en MARTIN, Claudia, RODRÍGUEZ, Diego y GUEVARA, José, *Derecho Internacional de los Derechos Humanos*, México: Fontamara, 2004.

JULIO ESTRADA, Alexei. "La eficacia entre particulares de los derechos fundamentales. Una presentación del caso colombiano", en CARBONELL, Miguel (coord.), *Derechos Fundamentales y Estado*. Memoria del VII Congreso Iberoamericano de Derecho Constitucional. México: UNAM, 2002.

GÓNGORA, Manuel Eduardo y PARRA VERA, Oscar "Derechos de Libertad (ensayo)" en *Derechos de Libertad*. Bogotá: Defensoría del Pueblo, Red de Promotores de Derechos Humanos, 2003.

GÓNGORA, Manuel Eduardo. *El derecho a la educación en la Constitución, la jurisprudencia y los instrumentos internacionales*. Bogotá: Defensoría del Pueblo, 2003.

MEDINA, Cecilia. *La Convención Americana: teoría y jurisprudencia*. Santiago de Chile: Universidad de Chile, 2003.

MELISH, Tara. *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.

MOWBRAY, Alastair. *The Development of Positive Obligations under the European Convention on Human Rights by the European Court of Human Rights*. Oxford: Hart Publishing, 2004.

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.

PARRA VERA, Oscar. *El derecho a la salud en la Constitución, la jurisprudencia y los instrumentos internacionales*. Bogotá: Defensoría del Pueblo, 2003.

PÉREZ, Luis Eduardo. "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.

Procuraduría General de la Nación, *Función Preventiva de la Procuraduría General de la Nación en Materia de Derechos Humanos*, 2003.

JURISPRUDENCIA

Corte Constitucional de Colombia, sentencias C-251 de 1997, C-475 de 1997, C-404 de 1998, T-230 de 1994, T-630 de 1997, C-309 de 1997, C-404 de 1998, SU-642 de 1998, C-1165 de 2000, T-595 de 2002, T-859 de 2003.

Corte Interamericana de Derechos Humanos, 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.

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.

Corte Interamericana de Derechos Humanos, Caso Velásquez Rodríguez. Sentencia de 29 de julio de 1988. Serie C No. 4.

Corte Interamericana de Derechos Humanos, Caso Castillo Páez. Sentencia de 3 de noviembre de 1997, Serie C, núm. 34, Párr. 90. 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.

Corte Interamericana de Derechos Humanos, Caso La 'Última Tentación de Cristo' (Olmedo Bustos y otros), Sentencia de 5 de febrero de 2001, Serie C, núm. 73.

Comisión IDH, 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).

Unidad

7

PROPUESTA DOGMÁTICA Y METODOLÓGICA PARA LA SOLUCIÓN DE CASOS SOBRE DERECHOS HUMANOS: ¿CÓMO REPARA EL JUEZ LA VIOLACIÓN DE LOS DERECHOS HUMANOS?

Og

Objetivo general

Desarrollar una ruta metodológica para la precisión del remedio judicial apropiado según las particularidades de las violaciones a los derechos humanos.

Oe

Objetivos específicos

- *Presentar los fundamentos teóricos y prácticos que sustentan la adopción de macrosentencias en las cuales se modifican los tradicionales límites procesales con miras a impulsar desde el escenario judicial el (re)diseño e implementación de políticas públicas para la protección de los derechos humanos.*
- *Resaltar la importancia de la supervisión y monitoreo a las órdenes judiciales en la garantía efectiva y real de los derechos humanos.*

Instrucciones metodológicas

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 aprendizaje autodirigido 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. En esta unidad, todas las actividades pedagógicas hacen parte de la lectura básica (LB), mientras que en el ensayo integran la lectura básica (LB) los apartes que se presentan en letra de mayor tamaño.

UNIDAD 7. PROPUESTA DOGMÁTICA Y METODOLÓGICA PARA LA SOLUCIÓN DE CASOS SOBRE DERECHOS HUMANOS: ¿CÓMO REPARA EL JUEZ LA VIOLACIÓN DE LOS DERECHOS HUMANOS?

1. ACTIVIDADES PEDAGÓGICAS

ap

Actividades pedagógicas

1.1. Selección del remedio judicial adecuado

En seguida presentamos un caso hipotético con el que pretendemos resaltar la idea de que los remedios judiciales se deben adoptar en cada caso concreto teniendo en cuenta el tipo de violación de derechos humanos en cuestión y el daño causado a las víctimas.

1.1.1. Formulación

Un/a Juez/a de la República debe decidir qué tipo de medida de corrección adoptará en las siguientes demandas de reparación por violación de derechos humanos:

En primer lugar, la señora Ana solicita la reparación de los daños causados por la desaparición forzada de su compañero permanente Ramiro y su hijo Jaime, ocurrida el 10 de enero de 1999. Indica la accionante que su compañero y su hijo en la referida fecha salieron de su casa ubicada en la vereda La Amistad del municipio La Concordia hacia la vereda El Engaño del mismo municipio, donde su compañero y su hijo laboraban en una finca como jornaleros. Desde ese momento la señora Ana no tiene conocimiento del

paradero de sus familiares a pesar de que ha iniciado todas las labores de búsqueda. Igualmente señala la demandante que la situación de orden público en La Concordia desde inicios de la década de los noventa se ha complicado por la presencia de diferentes grupos armados.

Por otro lado, la señora Julia solicita la reparación de los daños causados en su propiedad privada por los enfrentamientos entre el ejército y un grupo armado ilegal, ocurridos el 25 de febrero de 2002 en el municipio La Ilusión. Relata la demandante que dicho enfrentamiento armado destruyó su casa, donde habitaba con su familia, la cual para el momento del ataque se encontraba desocupada pues tanto ella como su familia no se encontraban en el municipio.

1.1.2. Preguntas

Si usted fuera el/la juez/a que debe decidir estos dos casos, ¿Qué remedios judiciales adoptaría en cada uno de los casos, teniendo en cuenta la naturaleza de la violación de derechos humanos y el daño causado en las víctimas?. Responda argumentativamente en dos párrafos.

1.1.3. Respuesta

La solución de casos por violaciones de derechos humanos, además de la constatación de que ha ocurrido una violación, supone la selección de remedios judiciales adecuados que permitan restablecer a las víctimas o, por lo menos, resarcir los daños causados. La determinación de los mecanismos judiciales de corrección no es un procedimiento mecánico ni abstracto. Por el contrario, exige tener en cuenta, según las particularidades de cada caso en concreto, la naturaleza de la violación, la magnitud del daño y las consecuencias del mismo en la dignidad humana de las víctimas. En el ejercicio planteado resulta evidente que la reparación por desaparición forzada del primer caso demanda remedios judiciales especiales y diferentes de los que podrían adoptarse frente al segundo caso en el que se generan daños contra la propiedad. Si bien frente a daños a la propiedad pueden implementarse medidas de restitución o, en su defecto, de compensación, respecto de violaciones a la vida, la integridad y la libertad personal, tales como desapariciones forzadas o ejecuciones extrajudiciales, las medidas indemnizatorias o compensatorias no son suficientes para resarcir el daño y borrar sus consecuencias. Es más, este tipo de violaciones en sí mismas resultan irreparables para

las víctimas directas y sus familiares, pues cómo puede restablecerse a las víctimas de desapariciones forzadas o ejecuciones extrajudiciales o borrar plenamente el daño generado a sus familiares. Así, medidas de carácter netamente monetario no logran resarcir todas las dimensiones del daño, si tenemos en cuenta que en casos de desapariciones forzadas las víctimas, principalmente, buscan reconstruir la verdad de lo sucedido y adelantar investigaciones para saber el paradero de sus familiares. Por ello, en estos casos hay que pensar en mecanismos de reparación adicionales a la indemnización o compensación económica, como podrían ser las medidas de satisfacción, rehabilitación, garantías de no repetición y medidas de reparación simbólicas como la reconstrucción de la verdad y el desarrollo de investigaciones judiciales para encontrar a las víctimas desaparecidas.

En esta segunda parte de nuestra propuesta dogmática y metodológica de solución de casos de derechos humanos, nos proponemos presentar algunas herramientas que los y las jueces pueden tener en cuenta para precisar los remedios judiciales apropiados.

1.2. Delimitación de los efectos de las órdenes judiciales

1.2.1. Formulación

En diferentes regiones del Estado La Esperanza se presenta una aguda sequía debido al inesperado aumento de la temperatura en los últimos años. Dicho prolongado verano ha causado resequedad en los suelos, daños en los cultivos, muerte de animales y disminución de las fuentes hídricas, lo cual ha amenazado y vulnerado efectivamente la supervivencia de diversas poblaciones. A pesar de esta crisis humanitaria, las autoridades del Estado La Esperanza no han adelantado medidas legislativas ni administrativas eficaces ni oportunas para atender a la población afectada y conjurar la problemática. Por tal motivo, las personas que se han visto afectadas por la sequía han interpuesto acciones judiciales, principalmente acciones de tutela, para solicitar la protección real de sus derechos humanos, lo que ha generado congestión en la rama judicial del Estado La Esperanza. Respecto de estas acciones judiciales, los jueces han proferido órdenes caso por caso, dirigidas a garantizar la provisión de alimentos y de agua potable a los accionantes. Por vía de apelación y de revisión, la Corte Constitucional del Estado La Esperanza también ha conocido de un elevado número de tutelas en esta materia.

1.2.2. Preguntas

Si usted fuera un/a magistrado/a de la Corte Constitucional del Estado La Esperanza, frente a la congestión del tribunal por el elevado número de tutelas interpuestas por las personas que han visto amenazados y vulnerados sus derechos debido a la sequía que atraviesa el país y a la inactividad del Estado al respecto, ¿Qué tipo de solución plantearía para resolver la problemática en su conjunto?

1.2.3. Respuesta

Algunos casos de violación de derechos humanos, como el planteado, exigen una respuesta judicial dirigida a proponer soluciones de mayor alcance que aquellas planteadas en los casos individuales, por cuanto esas violaciones en últimas se generan por problemáticas estructurales y la deficiencia de la acción estatal acentúa aún más la crisis. Es así como desafiando los límites procesales de las acciones judiciales (por ejemplo, los efectos tradicionales de las órdenes judiciales que exclusivamente involucran a las partes del caso), la práctica judicial a nivel internacional ha adoptado remedios que implican el (re)diseño y evaluación de políticas públicas en un asunto específico de derechos humanos. Doctrinalmente tal tendencia ha recibido el nombre de 'activismo dialógico', con el cual se hace referencia a la intervención judicial en problemáticas sociales estructurales. En Colombia, por ejemplo, la Corte Constitucional ha utilizado, respecto de diferentes circunstancias, la figura del Estado de Cosas Inconstitucional cuando ha constatado que existe una vulneración masiva y generalizada de derechos humanos, que responde a problemas sociales globales y se ha presentado un bloqueo constitucional para solventar la crisis.

1.3. Seguimiento o monitoreo al cumplimiento de órdenes judiciales

1.3.1. Formulación

En el Estado Prosperidad se ha generado una crisis ambiental por las acciones de particulares que han deforestado y contaminado zonas de reserva forestal y parques naturales. Frente a la deficiente vigilancia e inspección de las autoridades del Estado Prosperidad, vecinos de las zonas afectadas presentaron acciones judiciales solicitando la protección su derecho a gozar de un ambiente, así como el cumplimiento por parte

del Estado Prosperidad de sus deberes de protección de la diversidad e integridad del ambiente, de conformidad con las disposiciones de la Constitución Política y del bloque de constitucionalidad sobre la materia. Tales acciones judiciales fueron conocidas por el Tribunal Constitucional del Estado Prosperidad, las cuales fueron acumuladas en un solo proceso. En la sentencia que se profirió en dicho proceso judicial, el Tribunal Constitucional, luego de reconocer que los derechos colectivos y del ambiente son derechos humanos exigibles judicialmente, declaró que el Estado Prosperidad desconoció sus obligaciones de preservación y protección de la diversidad y del ambiente al permitir que particulares deforestaran y contaminaran con agentes externos diversas zonas de reserva forestal y parques naturales del país. En la parte resolutive de la sentencia, el Tribunal ordenó al Estado Prosperidad “adelantar las acciones que resulten más eficaces y oportunas para detener la deforestación y contaminación de las zonas de reserva forestal y parques naturales afectados por la conducta de particulares, conforme se reseñó en la parte declarativa de esta sentencia, e impedir futuras violaciones a un ambiente sano”.

A pesar de que judicialmente se reconoció el daño ambiental causado en el Estado Prosperidad, no fue posible que los particulares terminaran sus actividades de deforestación y contaminación, pues las entidades estatales hicieron caso omiso a las obligaciones de preservación y protección de la diversidad y del ambiente, impuestas judicialmente por el Tribunal Constitucional. Por tal motivo, los demandantes se dirigieron al Tribunal solicitando que hiciera seguimiento al cumplimiento de sus órdenes y, si era del caso, impusiera las sanciones correspondientes.

1.3.2. Preguntas

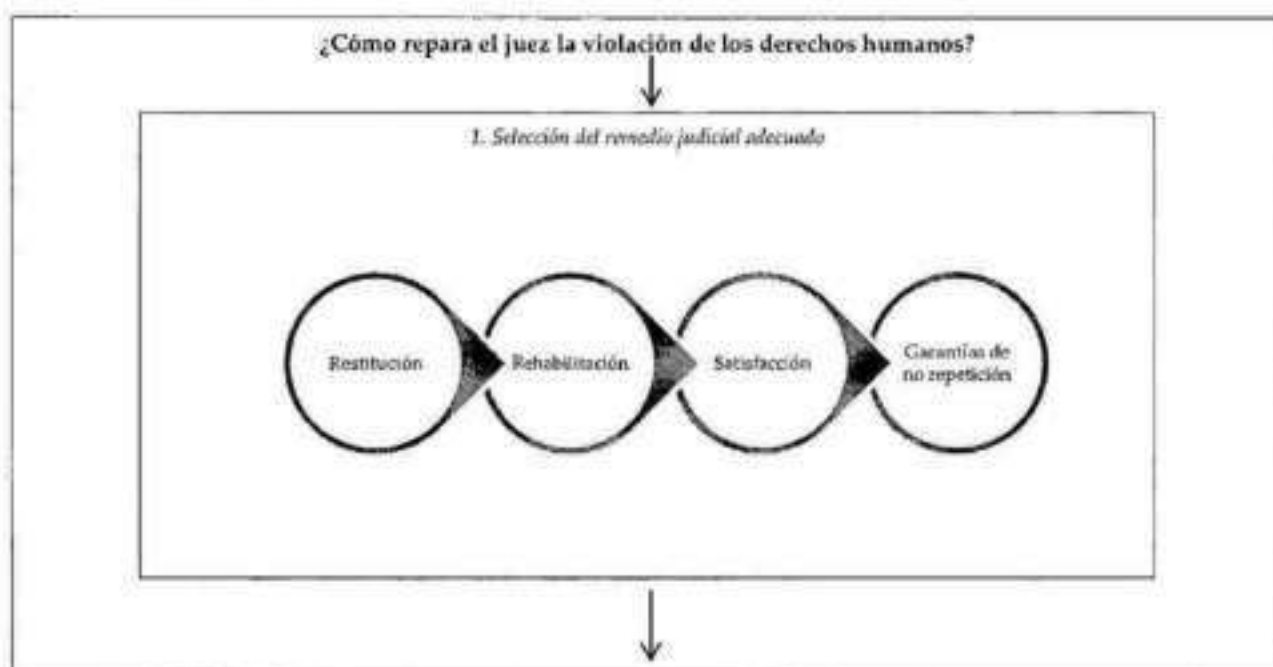
Si usted fuera un/a magistrado/a del Tribunal Constitucional del Estado Prosperidad, ¿Cómo respondería la solicitud de supervisión judicial al caso, presentada por los acciones?, ¿Considera que el Tribunal Constitucional es competente para efectuar ese seguimiento?, En caso de que considere que el Tribunal Constitucional es competente para hacer monitoreo a sus decisiones, ¿Qué estrategias o mecanismos utilizaría para supervisar las órdenes impartidas en el caso?. Responda argumentativamente estas preguntas en un texto de una página.

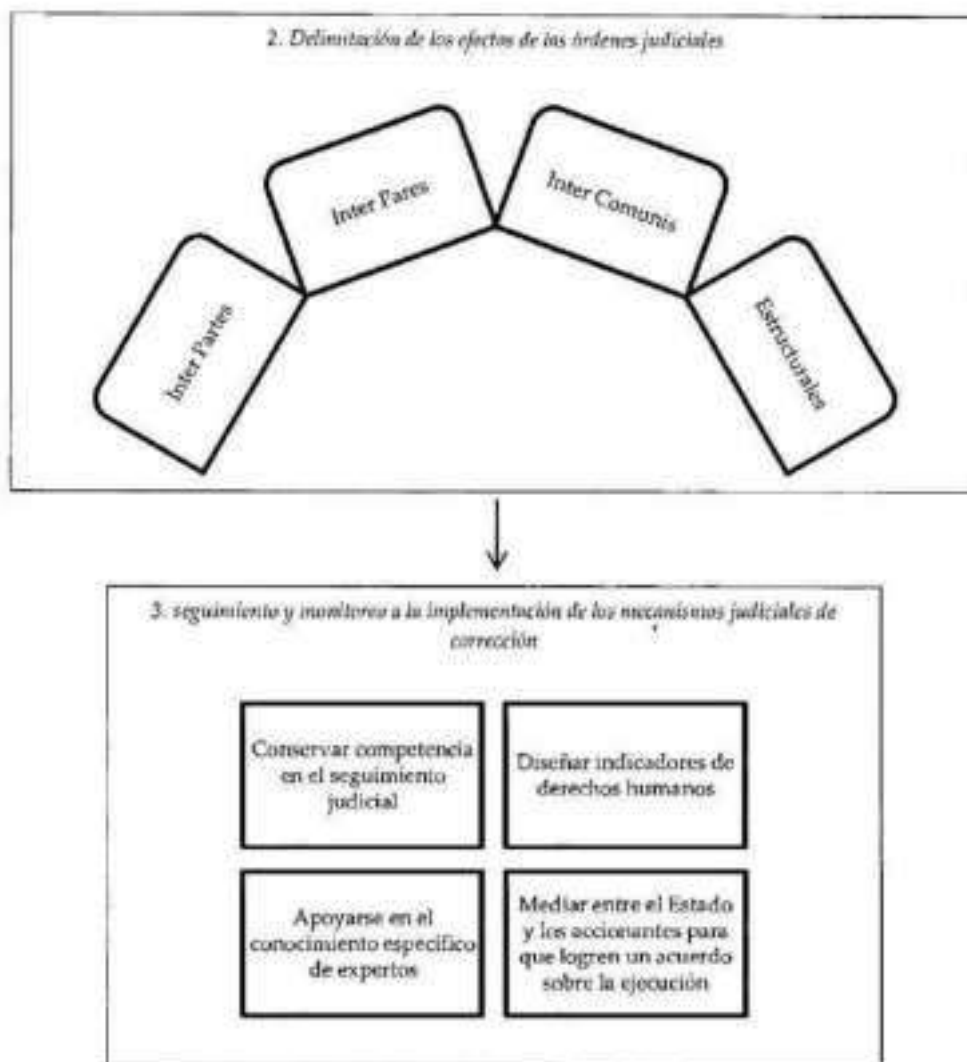
1.3.3. Respuesta

El mayor reto al que nos enfrentamos actualmente es el de garantizar que efectivamente se protejan los derechos humanos mediante el cumplimiento real de las sentencias. Por ello, debemos prestar especial atención al seguimiento y monitoreo de los remedios judiciales. El caso planteado refleja dificultades en el cumplimiento de órdenes judiciales. Si revisamos el contenido de la parte resolutoria, encontraremos que el primer obstáculo para el monitoreo es la vaguedad e imprecisión de las órdenes judiciales que impartió el Tribunal Constitucional. En efecto, el Tribunal declaró la violación del derecho a un ambiente sano por la deforestación y contaminación de zonas de reserva forestal y de parques naturales, pero no estableció obligaciones delimitadas a cargo del Estado Prosperidad. Si no existen órdenes definidas es muy difícil realizar supervisión judicial a las mismas. Ahora, respecto a las estrategias y mecanismos apropiados para monitorear las sentencias, nos referiremos en el ensayo de esta unidad, por lo que sobre ese punto remitimos a ese aparte.

2. ENSAYO. PROPUESTA DOGMÁTICA Y METODOLÓGICA PARA LA SOLUCIÓN DE CASOS SOBRE DERECHOS HUMANOS: ¿CÓMO REPARA EL JUEZ LA VIOLACIÓN DE LOS DERECHOS HUMANOS?

Esquema del ensayo





En la unidad anterior se hizo énfasis en la forma en que puede el juez constatar que se ha presentado una violación de los derechos humanos. Para ello hemos realizado una propuesta dogmática y metodológica que en esa primera fase se compone de cuatro pasos: (i) la precisión de la normatividad relevante y subsunción *prima facie*, (ii) el examen de imputación a partir de las obligaciones de las partes, (iii) la determinación del contenido *prima facie* y esencial de los derechos fundamentales y (iv) la evaluación de justificaciones y resolución de tensiones entre derechos y otros bienes a partir de los juicios de ponderación y proporcionalidad y test de igualdad. Sin embargo, la protección de los derechos humanos no se agota con la mera constatación de que ha

ocurrido una violación, sino que además demanda la solución efectiva de garantía de los derechos humanos mediante la adopción de remedios judiciales que restablezcan el goce de los derechos por parte de sus titulares. En tales condiciones, el último paso de nuestra propuesta dogmática y metodológica para la solución de casos donde entran en conflicto derechos humanos es la precisión del remedio judicial apropiado.

La precisión del remedio judicial apropiado comprende tanto la selección del mecanismo judicial de corrección adecuado a las particularidades de la violación de los derechos humanos como la delimitación de los efectos de las órdenes judiciales (efectos *inter partes*, *inter pares*, *inter communis* y *estructurales*). En seguida ahondaremos sobre estos dos aspectos.

2.1. Selección del remedio judicial adecuado

Como lo hemos afirmado hasta el momento, es 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 adecuado. Ello exige tener en cuenta las particularidades del caso concreto. Entre otros aspectos, es necesario revisar la dimensión del acto violatorio de derechos, la naturaleza del derecho humano vulnerado, el tipo de daño causado y las consecuencias del daño en el titular del derecho. Así, las medidas judiciales de corrección dependen de las singularidades de caso de violación de derechos humanos en concreto, por lo que no existe un único remedio judicial.

En este sentido, en los últimos años el derecho internacional de los derechos humanos ha reflexionado sobre las medidas judiciales de corrección en casos de violación de derechos humanos, 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

desarrollado formas de reparación simbólica y colectiva, que preserven la memoria histórica y restablezcan la dignidad de las víctimas⁴⁰⁶. En todo caso, el deber de garantía incluye hacer cesar las consecuencias de las violaciones.

Estas medidas de reparación han sido aplicadas a casos de violación de derechos humanos por parte de la Corte Interamericana en diferentes oportunidades⁴⁰⁷. Asimismo, en el plano interno tales mecanismos han sido adoptados por vía legal – específicamente en el artículo 8 de la Ley 975 de 2005 y en la Ley 1448 de 2011– y jurisprudencial. Sobre esta última, cabe resaltar las medidas judiciales de corrección definidas por el Consejo de Estado en casos de graves y manifiestas violaciones a los derechos humanos. Con fundamento en los principios de reparación integral y de *restitutio in integrum*, el Tribunal de lo Contencioso Administrativo, al declarar la responsabilidad del Estado por acción u omisión en actos violatorios de derechos humanos, ha reparado la dimensión subjetiva y objetiva de los derechos afectados mediante órdenes de indemnización económica a las víctimas por el daño causado, investigación judicial de las violaciones de derechos humanos, búsquedas serias y exhaustivas de los restos mortales de víctimas de desaparición forzada como medida para cerrar el ciclo de duelo de sus familiares, instalación de placas conmemorativas o

⁴⁰⁶ 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, los Principios y directrices básicos sobre el derecho de las víctimas de violaciones manifiestas de las normas internacionales de derechos humanos y de violaciones graves al derecho internacional humanitario a interponer recursos y obtener reparaciones, aprobados por la Asamblea General de Naciones Unidas mediante Resolución 60/147 de 2005.

Para un estado del arte de la evolución del derecho internacional sobre las reparaciones de violaciones graves a los derechos humanos, ver Dinah Shelton, *Remedies in International Human Rights Law*, 2nd edition, Oxford University Press, 2005; Richard Falk, "Reparations, International Law and Global Justice: A New Frontier" en Pablo De Greiff (Ed.), *The Handbook of Reparations*, Oxford University Press, 2006, pp. 428-503; Antoine Christian Buyse, *Post-Conflict Housing Restitution. The European Human Rights Perspective with a Case Study on Bosnia Herzegovina*, Leiden, Intersentia, 2007, chapter 5, pp. 113-137. Una excelente síntesis en la doctrina colombiana en Tatiana Rincón, *La justicia de la justicia transicional*, Bogotá, Universidad del Rosario 2009. La evolución del sistema interamericano en este tema ha sido notable. Ver al respecto Jo M Pasqualucci, *The practice and procedure of the Inter-American Court*, Cambridge University Press, 2003, chapter 5, pp. 230- 290. Ver también Arturo Carrillo, "Justice in context: The relevance of Inter-American Human Rights Law and practice to repairing the past" en Pablo De Greiff (Ed.), *The Handbook of Reparations*, Oxford University Press, 2006. Igualmente ver Douglas Cassel, "The Expanding Scope and Impact of Reparations Awarded by the Inter-American Court of Human Rights". En Koen De Feyter, Stephan Parmentier, Mark Bossuyt y Paul Lemmens (Eds.) *Out of The Ashes. Reparation for Victims of Gross and Systematic Human Rights Violations*, Antwerp/Oxford: Intersentia, 2005 pp. 191-223.

⁴⁰⁷ Véase, entre otras, Corte IDH, Caso Velásquez Rodríguez Vs. Honduras. Sentencia 21 de julio de 1989; Caso Aloeboetoe v otros. Sentencia de 10 de septiembre de 1993; Caso Caballero Delgado v Santana. Sentencia de 29 de

construcción de monumentos a la memoria de las víctimas, preservación y custodia de este tipo de sentencias, por parte del Centro de Memoria Histórica y el Archivo General de la Nación, presentación pública de disculpas por los hechos victimizantes, entre otras⁴⁰⁸.

2.2. Delimitación de los efectos de las órdenes judiciales

Por regla general, en casos de violación de derechos humanos las órdenes judiciales tienen efectos *inter partes*, es decir, la decisión judicial únicamente afecta a las partes del proceso. Sin embargo, bajo ciertos supuestos las órdenes judiciales pueden extenderse a personas diferentes de los accionantes. Estos son los efectos *inter pares*, *inter comunis* y los que podemos denominar *efectos estructurales*. En virtud de los primeros las órdenes judiciales alcanzan a personas que no son accionantes en la causa judicial pero a quienes les aplica en el futuro una regla jurisprudencial por encontrarse en casos similares⁴⁰⁹. Por su parte, los efectos *inter comunis* vinculan a terceras personas que sin ser partes del proceso se encuentran en circunstancias comunes a los demandantes, puesto que la protección de los derechos de los accionantes paradójicamente puede redundar en “detrimento de derechos igualmente fundamentales de terceros que se encuentran frente a la autoridad en condiciones comunes a las del particular accionado”⁴¹⁰.

Finalmente, los *efectos estructurales* se presentan en algunas decisiones que muestran la relevancia de modificar algunos límites procesales que impiden una visión más global de los casos sobre derechos humanos. Por ejemplo, los efectos *inter partes* o exclusivos para el caso concreto individual, que obstaculizan una intervención judicial sobre los problemas estructurales que motivan el recurrente uso del poder judicial en una determinada materia. Además, algunas cortes han tenido que enfrentar el incremento del número de recursos judiciales en ciertas temáticas sobre derechos sociales o el no acatamiento de los estándares establecidos en jurisprudencia previa. Al enfrentar estas situaciones, existe una tendencia a desarrollar formas de ‘activismo dialógico’, en las cuales la intervención judicial impulsa la revisión general de una política pública que tiene impacto en la violación masiva de derechos. Algunas cortes han utilizado figuras

⁴⁰⁸ Véase, por ejemplo, Consejo de Estado. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Tercera. Sentencia de 20 de febrero de 2009. C.P. Enrique Gil Botero. Radicación 76001-23-25-000-1996-04058-01(16996); Consejo de Estado. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Tercera. Sentencia del 12 de junio de 2013. C.P. Enrique Gil Botero. Exp. 25180; Consejo de Estado. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Tercera. Sentencia del 21 de noviembre de 2013. C.P. Enrique Gil Botero. Radicación 0500123-31-000-1996-02368-01(29764)

⁴⁰⁹ La Corte Constitucional ha expresado en que las sentencias donde aplica la excepción de inconstitucionalidad tienen efectos *inter pares*, siempre y cuando se presenten de forma concurrente unas condiciones. Al respecto véase las sentencias T-534 de 1992, T-203 de 2002 y T-493 de 2005.

⁴¹⁰ Corte Constitucional. Sentencia T-843 de 2009. Asimismo, véase la sentencia SU-1023 de 2001.

como el "Estado de Cosas Inconstitucional- ECI" mientras que otras han emitido órdenes generales dirigidas a que las autoridades competentes revisen los principales problemas de una política pública específica.

En el derecho comparado es posible encontrar antecedentes de este tipo de intervenciones, particularmente en el caso del "litigio de interés público"⁴¹¹ en Estados Unidos⁴¹². En dicho país el llamado *judicial policy making* desempeñó un rol fundamental en la reforma de algunas políticas públicas, particularmente las relacionadas con prisiones, escuelas, instituciones de salud mental, abuso policial y derecho a la vivienda. Así, por ejemplo, durante los años ochenta, tras décadas de autorrestricción en la materia, los sistemas de prisiones de ocho estados habían sido declarados inconstitucionales a través de decisiones judiciales catalogadas como "structural injunctions" o remedios estructurales expansivos dirigidos al monitoreo de una política general⁴¹³.

Como señalan Uprimny, Jaramillo y Guarnizo, tomando como referencia trabajos de Rosenberg⁴¹⁴, Chayes⁴¹⁵ y Wayne⁴¹⁶, estos remedios estructurales se caracterizan porque, al contrario del litigio tradicional, no buscan determinar la vulneración de un derecho individual en el pasado con el fin de ordenar su reparación, sino que a partir de la evaluación de las consecuencias que puede tener una decisión judicial, las órdenes buscan ajustar el comportamiento futuro de las partes y, en particular, de los

⁴¹¹ En este aparte hacemos alusión expresa al litigio de interés público en Estados Unidos pues la literatura norteamericana sobre la materia ofrece importantes insumos en el estudio de los casos estructurales. Sin embargo, esta no es la única experiencia internacional en este tipo de litigio. También sobresale el caso de India donde luego del periodo excepcional entre 1975 y 1977, se impulsaron demandas judiciales de interés público dirigidas a fortalecer los derechos sociales de los sectores más desfavorecidos de la sociedad, como las castas y tribus registradas, las cuales social e históricamente han recibido un trato discriminatorio. Al respecto véase S. Muralidhar, "India: las expectativas y los retos del cumplimiento judicial de los derechos sociales", En Malcolm Langford (Ed.) *Teoría y jurisprudencia de los derechos sociales. Tendencias emergentes en el derecho internacional y comparado*, Bogotá, Siglo del Hombre Editores, 2013.

⁴¹² La literatura al respecto es enorme. Resaltamos en particular Margo Schlanger, "Beyond the Hero Judge: Institutional Reform Litigation as Litigation", en *Michigan Law Review*, Vol. 97, p. 1994, May 1999 y Malcolm M. Feeley y Edward L. Rubin, *Judicial Policy Making and the Modern State: How the Courts Reformed America's Prisons*, New York, Cambridge University Press, 1998.

⁴¹³ Una reseña del litigio de interés público en Estados Unidos en relación con las prisiones, puede verse en Rodrigo Uprimny Yepes, Juan Fernando Jaramillo y Diana Guarnizo, "Intervención judicial en cárceles", en *Foro Constitucional Iberoamericano*, No. 12, Año 2005/2006.

⁴¹⁴ Gerald N. Rosenberg, *The Hollow Hope: Can Courts Bring About Social Change?*, Chicago, The University of Chicago, 1991.

⁴¹⁵ Abram Chayes, "The role of the judge in Public Law Litigation", En Lawrence Friedman y Harry Scheiber, *American Law and the Constitutional Order Historical Perspectives*, Cambridge, Harvard University Press, 1987.

⁴¹⁶ William Wayne, "The Two Faces of Judicial Activism", En David O'Brien (Ed.) *Judges on Judging*, New Jersey, Chatham House Publishers, 1997.

responsables y actores relevantes de una política pública. En otras palabras, no se busca solucionar el caso concreto sino la situación general que cobija a dicho caso y muchos otros. Este litigio de interés público se relacionaría con casos que involucran múltiples causas, sujetos y autoridades gubernamentales, de control y legislativas. En consecuencia, las decisiones no establecían un responsable único sino que fijaban criterios generales dirigidos a los actores relevantes para la aplicación de la política. Además, la decisión no finalizaba el caso, toda vez que los demandantes podían solicitar la supervisión judicial continuada del cumplimiento de las decisiones. Lo anterior propende por el rompimiento de barreras y burocracias institucionales que obstaculizan el acceso a ciertos derechos a través de una "experimentación institucional" que, en principio, está dirigida al fortalecimiento de la democracia y la legitimación del poder judicial⁴¹⁷.

En el contexto colombiano desde finales de los noventa la jurisprudencia constitucional cuenta con fallos de efectos estructurales. La Corte Constitucional ha emprendido una intervención judicial estructural frente a problemáticas gruesas de derechos sociales, con miras a, por una parte, lograr una comprensión global de las sistemáticas y masivas violaciones de los derechos humanos y, de otro lado, revisar la actuación de las diferentes entidades públicas en la garantía de los derechos humanos para, en últimas, incidir en el (re)diseño y evaluación políticas públicas.

A continuación analizamos la estructura de las macrosentencias en derechos sociales relacionadas con el desplazamiento forzado por la violencia y la crisis en el acceso a la salud, así como el seguimiento y monitoreo que a las mismas ha realizado la Corte Constitucional.

2.3. La sentencia T-025 de 2004 y los derechos sociales de las personas en situación de desplazamiento forzado

Una de las consecuencias más lamentables del conflicto armado que ha padecido Colombia durante los últimos cincuenta años se relaciona con los más de cuatro millones de desplazados por la violencia política. Durante más de una década la Corte Constitucional de Colombia recibió miles de tutelas individuales y grupales

⁴¹⁷ En similar sentido, Sabel y Simon han defendido un "nuevo paradigma remedial" asociado al modelo de "litigio experimental". Ver, Charles Sabel y William Simon, "Destabilization Rights: How Public Law Litigation Succeeds," *Harvard Law Review* 117 (2004): 1015-1091.

relacionadas con los problemas que enfrentaban los desplazados, particularmente respecto al acceso a ciertos derechos sociales. En 2004 la Corte tomó la decisión de enfrentar los problemas estructurales detrás de estos reclamos individuales. El Alto Tribunal se focalizó en la precariedad de la capacidad institucional para implementar la política pública respectiva y la insuficiente apropiación de fondos para ello. Consideró entonces que la intervención puntual caso a caso era insuficiente para enfrentar la magnitud del problema, razón por la cual señaló que:

(ii) No se han fijado metas específicas o indicadores que permitan detectar si los fines de las políticas se han cumplido. No existen prioridades e indicadores claros.

(iii) La asignación de funciones y responsabilidades a las distintas entidades es difusa. [...] Estas carencias obstaculizan la coordinación de acciones entre las diferentes entidades, impiden el seguimiento adecuado de la gestión, dificultan la priorización de las necesidades más urgentes de la población desplazada y estimulan la ausencia de acción de las entidades integrantes del SNAIPD y de los entes territoriales.

(iv) Se ha registrado la ausencia o grave insuficiencia de algunos elementos de la política considerados fundamentales por los que aportaron informes a este proceso. En este sentido, (a) no se establecen plazos para el cumplimiento de los objetivos propuestos, (b) no se señala el nivel necesario de apropiaciones para el cumplimiento de los fines propuestos, (c) no se prevé concretamente el equipo humano necesario para la implementación de las políticas, y (d), tampoco se disponen los recursos administrativos idóneos para la ejecución de las políticas.

(v) Varias de las políticas de atención a la población desplazada no han contado con un desarrollo suficiente. En particular, esto sucede en los siguientes aspectos, según los informes presentados: (a) No ha sido regulada la participación de la población desplazada en el diseño y la ejecución de las políticas. No se han diseñado mecanismos eficientes dirigidos a la intervención real de la población desplazada. (b) La población desplazada no cuenta con información oportuna y completa acerca de sus derechos, la oferta institucional, los procedimientos y requisitos para acceder a ella, y las instituciones responsables de su prestación. (c) Existe un manejo desagregado y desordenado de la consecución y manejo de los recursos provenientes de la comunidad

internacional. (d) Tampoco se observa un desarrollo integral y concreto de las políticas encaminadas a que la sociedad civil no desplazada adquiriera conciencia de la magnitud del fenómeno, y a que el sector empresarial se involucre en programas dirigidos a su solución. (e) No ha habido un desarrollo integral de programas o proyectos encaminados a la preparación de funcionarios. Sobre todo a nivel territorial, los funcionarios públicos no se encuentran adecuadamente informados acerca de sus funciones y responsabilidades, de las características del fenómeno del desplazamiento, ni de los requerimientos de la población desplazada. Tampoco son entrenados para tratar con personas en condición de desplazamiento. (f) No han sido reglamentadas las políticas que faciliten el acceso a la oferta institucional a los grupos desplazados en situación de mayor debilidad, tales como las mujeres cabeza de familia, los niños, o los grupos étnicos [...] No existen programas especiales que respondan a las especificidades de los problemas que aquejan a dichos grupos.

Se declaró pues un estado de cosas inconstitucional teniendo en cuenta:

“(i) la vulneración masiva y generalizada de varios derechos constitucionales que afecta a un número significativo de personas; (ii) la prolongada omisión de las autoridades en el cumplimiento de sus obligaciones para garantizar los derechos; (iii) la adopción de prácticas inconstitucionales, como la incorporación de la acción de tutela como parte del procedimiento para garantizar el derecho conculcado; (iv) la no expedición de medidas legislativas, administrativas o presupuestales necesarias para evitar la vulneración de los derechos; (v) la existencia de un problema social cuya solución compromete la intervención de varias entidades, requiere la adopción de un conjunto complejo y coordinado de acciones y exige un nivel de recursos que demanda un esfuerzo presupuestal adicional importante; (vi) si todas las personas afectadas por el mismo problema acudieran a la acción de tutela para obtener la protección de sus derechos, se produciría una mayor congestión judicial.”

En consecuencia, si bien se otorgaron algunas prestaciones urgentes, la Corte ordenó al Poder Ejecutivo que determinara con claridad la política pública necesaria para resolver el estado de cosas inconstitucional en relación con los derechos de este grupo poblacional. La Corte exigió la precisión de plazos y estrategias concretas, sin imponer un criterio particular, salvo la precisión de los mínimos de derechos humanos que deben ser respetados. Al respecto, ordenó la Corte:

- “(i) la elaboración y actualización periódica de un diagnóstico de la situación en que son ejercidos y disfrutados tales derechos por la población;
- (ii) el diseño de políticas públicas encaminadas a lograr progresivamente la realización plena de tales derechos las cuales han de incluir metas específicas para medir los avances en los plazos fijados;
- (iii) la divulgación periódica de los resultados alcanzados y de las medidas correctivas o complementarias con el fin de que los interesados y los actores sociales –incluidas las organizaciones no gubernamentales– participen en la evolución de las políticas públicas pertinentes y se identifiquen las fallas, dificultades o circunstancias que inhiben la plena realización de los derechos con miras a su revisión o a la elaboración de nuevas políticas públicas más apropiadas” (Considerando 8.3.2.)

El seguimiento del cumplimiento de las órdenes impartidas en la sentencia T-025 de 2004 ha sido asumido directamente por la Corte Constitucional, pues en este caso la Corte se reservó la competencia para supervisar la ejecución de su decisión en instancia de revisión de tutela al flexibilizar la regla del Decreto 2591 de 1991, según la cual el seguimiento de las sentencias en sede de revisión corresponde al juez de primera instancia. Con posterioridad a la emisión de la sentencia, el Tribunal Constitucional ha proferido diversos autos a través de los cuales ha supervisado el cumplimiento del fallo durante los últimos diez años. Para ello dispuso la realización de audiencias públicas y la presentación de informes técnicos. En una de las audiencias públicas comparecieron ministros y altos funcionarios, organismos de control y organizaciones de la sociedad civil. Este ejercicio representó un importante escenario de rendición de cuentas. Las audiencias también se han utilizado para temáticas de especial complejidad, pero con el objetivo de impulsar el control ciudadano en aspectos que muchas veces quedaban reducidos a un grupo minoritario de expertos técnicos. Hacemos referencia en particular a la adopción de indicadores para verificar el cumplimiento del fallo. En el auto 109 de 2007, la Corte adoptó “indicadores de resultado”, “indicadores de goce efectivo de derechos”, “indicadores complementarios” e “indicadores asociados”, algunos de ellos circunscritos específicamente a varios derechos sociales. La utilización de indicadores para impulsar una mejor implementación del fallo judicial constituyó una experiencia única en la región y permitió alcanzar consensos, a partir de criterios técnicos, entre distintos actores y disciplinas. De esta manera, los indicadores, como herramienta

técnica, han sido insumos para la construcción de una voluntad política que no existía con claridad en forma previa al fallo.⁴¹⁸

En similar sentido, al analizar el impacto de esta sentencia, autores como César Rodríguez y Diana Rodríguez⁴¹⁹ la asocian con una forma de "activismo dialógico", en el que la intervención judicial genera espacios democráticos de deliberación con actores sociales y se elude la emisión de órdenes minuciosas que impiden el debate en la implementación de políticas públicas para solucionar problemas sociales. Dichos autores identificaron que la sentencia había tenido efectos instrumentales o materiales directos e indirectos, así como efectos simbólicos directos e indirectos.

En efecto, César Rodríguez y Diana Rodríguez documentaron un efecto desbloqueador del bloqueo institucional anterior a la sentencia, reflejado en la falta de acciones estatales para el mejoramiento de la situación de las personas desplazadas en el país. Al sacudir el aparato estatal, la discusión política sobre el desplazamiento se replanteó en términos más democráticos y se abrió la puerta a nuevos procedimientos antes impensables como la construcción conjunta, entre el Estado y las ONG, de indicadores de goce de derechos de la población desplazada. Además, se dinamizó la maquinaria estatal al reactivar el inoperante sistema de coordinación interinstitucional y la expedición de programas de emergencia. En el tema presupuestal se ordenó en el fallo que las entidades estatales debían calcular el monto de inversión en un plazo de un mes. El Gobierno solicitó que dicho plazo se extendiera por dos años, pero la misma Corte ordenó mantener el plazo inicial, pues de otra manera se hubiera mantenido la pasividad institucional, aunque posteriormente fijó nuevas metas y nuevos plazos que ampliaron la capacidad de maniobra del Gobierno.

Por otra parte, la sentencia tuvo un efecto deliberativo al crear e impulsar procedimientos de participación y discusión entre un amplio espectro de actores sociales vinculados con el seguimiento del fallo. En particular, en las audiencias públicas intervinieron organizaciones de desplazados, ONG de derechos humanos, entidades estatales y organizaciones internacionales como la ACNUR. Este activismo dialógico, por otro lado, se caracteriza por dictar órdenes más abiertas, en las que no se señalan a

⁴¹⁸ Rodrigo Uprimny y Camilo Sánchez León, "Propuestas para una restitución de tierras transformadora" En Catalina Díaz (Ed). *Tareas Pendientes: propuestas para la formulación de políticas públicas de reparación en Colombia*. Bogotá, Centro Internacional para la Justicia Transicional, 2010.

Uprimny y Sánchez León, 2010.

⁴¹⁹ César Rodríguez Garavito y Diana Rodríguez Franco, *Cortes y cambio social. Cómo la Corte Constitucional transformó el desplazamiento forzado en Colombia*, Bogotá, Defusticia, 2010, pp. 37 y ss.

profundidad los detalles en la construcción de las políticas públicas. Estos detalles quedan en manos de las autoridades respectivas. Sin embargo, Rodríguez y Rodríguez destacan que la Corte fue estricta en el cumplimiento de los plazos perentorios otorgados, de tal forma que la sentencia ha orientado la acción del Gobierno frente al desplazamiento. Estos autores consideran que el efecto deliberativo del fallo ha tenido consecuencias instrumentales al impulsar mecanismos concretos de políticas públicas; y también efectos simbólicos por alterar la comprensión del problema del desplazamiento en la sociedad en general.

De otro lado, estos autores resaltan que la T-025 ha tenido efectos en el diseño, la implementación y el seguimiento de políticas públicas sobre desplazamiento y el aumento del presupuesto destinado a esta temática. Asimismo, ha tenido un efecto coordinador y articulador, particularmente a través de la reactivación del Consejo Nacional de Atención Integral a la Población Desplazada, el cual pasó a ser la entidad encargada del diseño de las políticas públicas y del seguimiento al avance en el cumplimiento de la T-025. Finalmente, ha tenido un efecto social, al cambiar la situación de los desplazados, aunque los problemas en los sistemas de información sobre el tema dificultan establecer con precisión los alcances de dichos cambios en la situación de este grupo vulnerable.

2.4. Respuesta judicial estructural a la crisis del sistema de salud de Colombia: la sentencia T-760 de 2008

Otro ejemplo de intervención judicial estructural, pero en materia de salud, lo constituye la sentencia T-760 de 2008 emitida por la Corte Constitucional de Colombia.⁴²⁰ Entre 1999 y 2008 se habían interpuesto más de 400.000 tutelas relativas al derecho a la salud. Los defectos del sistema de salud, en particular, la ausencia casi total de supervisión, vigilancia y control público, explican en gran medida el hecho que los recursos judiciales sustituyeran a la regulación administrativa. Las órdenes estructurales contenidas en la T-760/08 intentan ser una respuesta al diagnóstico que hacía la Corte de la situación y de las consecuencias desafortunadas que tenía que ocuparse a través de decisiones individuales de los problemas denunciados mediante las tutelas.

⁴²⁰ Para un análisis más exhaustivo de esta sentencia, ver Alicia Ely Yamin y Oscar Parra Vera, "Judicial Protection of the Right to Health in Colombia: From Social Demands to Individual Claims to Public Debates" en *Hastings International & Comparative Law Review*, 33(2) (2010), 431 a 459; y Alicia Ely Yamin, Oscar Parra Vera y Camila Gianella, "Colombia. Judicial Protection of the Right to Health: An Elusive Promise?", en Alicia Ely Yamin y Siri Gloppen (Eds.), *Litigating Health Rights*, Harvard University Press, 2011.

La T-760/08 recoge 22 tutelas que se seleccionaron para ilustrar los problemas sistémicos en la supervisión y la regulación del sistema de salud que habían conducido al uso excesivo de la tutela. En la sentencia, la Corte afirma que es necesaria una visión estructural de los problemas del sistema dado que

[L]os órganos responsables de lo que podría denominarse genéricamente la regulación del sistema de salud no han adoptado decisiones que les garanticen a las personas su derecho a la salud sin tener que acudir a la acción de tutela.

La Corte emitió 16 órdenes generales en las que analizó la forma en que las fallas de regulación implicaban una violación de las obligaciones de respetar, proteger y garantizar el derecho a la salud. Las cuatro principales fallas de regulación se relacionaban con la (i) precisión, actualización, unificación y acceso a planes de beneficios; (ii) sostenibilidad financiera y flujo adecuado de recursos; (iii) determinación de derechos y deberes del paciente; y (iv) cobertura universal del sistema. Las órdenes emitidas involucraron, entre otros aspectos, (i) definir con claridad los beneficios del Plan Obligatorio de Salud (POS), (ii) realizar auditorías institucionales sobre desempeño con el fin de informar a los usuarios sobre la actuación de las distintas empresas proveedoras de servicios y aseguradoras, así como otras medidas para fortalecer la supervisión sobre dichas empresas; (iii) facilitar el cumplimiento de las órdenes de tutela, (iv) un plan de contingencia para garantizar los recobros apropiados y oportunos en casos de costos asociados con cuidados de salud no cubiertos en el plan obligatorio; y (v) hacer una revisión integral de las tasas de capitación, que no se habían revisado a fondo desde hacía muchos años. La Corte exigió un proceso que incluyera la "participación directa y efectiva de la comunidad médica y de los usuarios del sistema de salud", en particular de aquellos que se vieran más afectados por los posibles cambios en la política.

Entre los antecedentes de esta decisión cabe resaltar que en 1993 la legislación estableció dos planes obligatorios de salud diferentes para aquellos con capacidad de pago (régimen contributivo) y aquellos sin dicha capacidad (régimen subsidiado). El objetivo era que dichos planes se unificaran y no persistiera esa diferenciación basada en la situación económica de las personas. En la T-760/08, analizando los insuficientes esfuerzos para alcanzar dicha meta luego de 15 años, la Corte ordenó a la Comisión de

Además de ser basado en el perfil epidemiológico de la población, el proceso de diseñar un plan de unificación debía ser participativo, transparente, e incluir indicadores y parámetros de comparación relevantes. Asimismo, a partir de las metas establecidas en la legislación, la sentencia le ordenó al Gobierno adoptar medidas deliberadas para conseguir progresivamente la cobertura universal y establecía como fecha límite el año 2010. La sentencia tiene más de 400 páginas e involucra más de 20 órdenes desagregadas asociadas a los temas ya mencionados.

Cabe resaltar que la Corte no pretendía ser el órgano que mejor conoce lo que se debería incluir en el POS, ni tampoco desea establecer los fundamentos éticos para efectuar esas elecciones. En lugar de eso, instó a la CRES a que cumpliera con estas funciones legales. El enfoque de la Corte resulta compatible con las propuestas del eticista Norman Daniels respecto a "rendición de cuentas sobre la razonabilidad".⁴²¹ Daniels argumenta que no necesitamos tener principios totalmente definidos que nos digan cómo solucionar equitativamente las necesidades de salud —criterios para determinar qué prioridad darles a los que están en peor situación u otros similares— cuando no es posible satisfacer todas esas necesidades. Por ello, el autor en mención considera que lo que se necesita es tener un proceso justo, a saber: i) transparente, en el sentido de que los fundamentos de las decisiones sean públicos; ii) basado en razones relevantes (por ejemplo, el cuidado apropiado del paciente), en vez de criterios raciales o estereotipos sobre género; iii) revisable mediante alguna clase de procedimiento de apelación, ya que siempre habrá nuevos elementos que haya que considerar además de casos atípicos; y v) exigible. La T-760/08 exige este tipo de procesos deliberativos y transparentes que permitan actualizar y unificar los planes de beneficios.

Así como en la macrosentencia sobre derechos sociales de las personas en situación de desplazamiento forzado, frente al fallo estructural de salud la Corte Constitucional ha efectuado supervisión judicial a las órdenes impartidas. En seis años la Sala de Seguimiento ha emitido más de 30 autos genéricos y decenas de autos relacionados con las 16 órdenes principales emitidas por la T-760/08. La sentencia ha tenido relevante impacto en relación con el flujo de recursos en el sistema de salud, en la adopción de medidas frente a la corrupción en el manejo de recursos y acerca del control de precios de medicamentos.

La Corte ha convocado a dos audiencias públicas de rendición de cuentas en relación con los temas de flujo de recursos y la unificación de los planes obligatorios de salud. Respecto al flujo de recursos en el sistema, la Corte ha resaltado que lo que causa el desequilibrio financiero del sistema es la "indebida destinación de recursos, malversación de fondos y falta de mayor diligencia de algunos órganos de inspección, vigilancia y control". El Tribunal resaltó la existencia de sobrecostos debido a

⁴²¹ Daniels, Norman, "Accountability for reasonableness" en *BMJ* 321 (2000), pp. 1300-1301 y Daniels, Norman, *Just health: Meeting health needs fairly*, New York: Cambridge University Press, 2008.

la intermediación de los medicamentos, aspecto que hizo que los medicamentos en Colombia tuvieran un precio excesivamente mayor al de otros países.⁴²²

Como un importante efecto instrumental de la sentencia cabe resaltar que en estos años se produjo un fuerte empoderamiento de algunas instancias de control⁴²³ con fundamento en los derroteros señalados por la Corte. La sentencia T-760 generó espacios de rendición de cuentas que han sido aprovechados por varios organismos de control para impulsar sus tareas de inspección y vigilancia.

Respecto a los impactos en relación con la precisión, actualización, unificación y acceso a los planes de beneficios, al emitirse la sentencia varios economistas argumentaron que la universalización y la unificación que ordenó la T-760/08 era insostenible teniendo en cuenta la crisis en la financiación del sistema, derivada del hecho que el número de ciudadanos en el régimen contributivo era muy inferior al del régimen subsidiado. A pesar de estas objeciones en algunos sectores, durante cuatro años el gobierno adoptó medidas sobre unificación y actualización del POS y estas medidas han sido analizadas en más de 15 autos específicos emitidos por la Corte. En 2012 la Corte emitió un pronunciamiento crítico de los procesos de actualización y unificación y señaló que no se habían evidenciado medidas tendientes a racionalizar el acceso a los servicios de salud por parte de los usuarios, no se había gestionado incentivo alguno para procurar la cotización de quienes tienen capacidad económica, y que en los procesos de unificación de los planes no se había acreditado la participación activa de los usuarios y la comunidad médica.⁴²⁴

Finalmente, cabe resaltar que la sentencia ha tenido un importante impacto en reformas al sistema de salud y proyectos de ley estatutaria. Sin embargo, algunos críticos han acusado a la corte de haber puesto demasiada fe en la existencia de un proceso deliberativo y también de ignorar las relaciones de poder asimétricas entre los diferentes grupos afectados de la población. En particular, Colombia ofrece complejos retos para el activismo judicial "dialógico", puesto que las profundas desigualdades sociales y de poder, la violencia y sus consecuencias directas para la movilización social, y la precariedad del estado de derecho hacen que el verdadero diálogo democrático sea extremadamente difícil. Las propias razones sociopolíticas que llevaron a una mayor judicialización de los derechos sociales también podrían limitar las posibilidades de conseguir en Colombia un cambio social transformador en el campo de la salud mediante la intervención judicial.⁴²⁵

⁴²² Auto No 263 del 16 de noviembre de 2012, fundamento jurídico 4.2.10.

⁴²³ Particularmente la Contraloría General de la República y las Superintendencias de Salud y de Industria y Comercio, así como procesos disciplinarios impulsados por la Procuraduría General de la Nación.

⁴²⁴ Auto 261 del 16 de noviembre de 2012.

⁴²⁵ Oscar Parra Vera y Alicia Ely Yamin, "La Sentencia T-760 de 2008, su implementación e impacto: retos y oportunidades para la justicia dialógica", en Laura Clérico, Liliana Ronconi y Martín Aldao (coords.), *Tratado de Derecho a la Salud*, Abeledo Perrot, Buenos Aires, pp. 2591-2649.

2.5. El cumplimiento de las decisiones judiciales: seguimiento y monitoreo a la implementación de los mecanismos judiciales de corrección.

Como lo hemos precisado a lo largo del presente módulo, desde mediados del siglo XX se han gestado luchas sociales en el escenario internacional y nacional para lograr el reconocimiento explícito y la garantía judicial de todos los derechos humanos (desde los derechos civiles y políticos hasta los derechos colectivos pasando por los derechos sociales, económicos y culturales) en términos de integralidad e interdependencia. Consecuente con ello, la atención académica se ha concentrado en la dogmática de los derechos humanos y en la justiciabilidad de los mismos en cuanto a la constatación de violaciones y la precisión del remedio judicial apropiado.

Si bien el afianzamiento académico y práctico del reconocimiento y exigencia judicial de los derechos humanos constituye un importante avance en la garantía de estos, no hay que olvidar que la efectiva protección de la dignidad humana y de los derechos humanos depende en últimas del cumplimiento real de las obligaciones en materia de derechos humanos por parte de las autoridades estatales y de los particulares. No basta con establecer en el papel que todas las personas tenemos derecho a una vida digna, autónoma y libre de cualquier tipo de interferencias, a unas condiciones materiales básicas para el pleno goce de nuestra dimensión social, económica y cultural, y a convivir en la diversidad en sociedades diferenciadas étnica y culturalmente. Más que eso, el pleno ejercicio de los derechos humanos demanda que todas las personas contemos con el espacio propicio para el desarrollo de nuestras libertades, lo cual es posible mediante la implementación y el fortalecimiento de mecanismos y estrategias que aseguren el cumplimiento de los deberes a cargo del Estado y de la sociedad civil en general respecto a los derechos humanos⁴²⁶. Así, el mayor reto al que actualmente se enfrenta el campo de los derechos humanos es afianzar la protección de los derechos humanos a través de, principalmente, el cumplimiento efectivo de las órdenes judiciales.

⁴²⁶En efecto, la Corte Constitucional de Sudáfrica ha destacado la importancia de los remedios judicial y la supervisión judicial correspondiente: "[e]specialmente en un país en el que tan pocas personas tienen los medios para hacer cumplir sus derechos por medio de los tribunales, es esencial que en esas ocasiones en las que el proceso legal establece que ha tenido lugar la violación de un derecho consagrado, este se pueda reivindicar efectivamente. Los tribunales tienen una responsabilidad especial a este respecto y están obligados a "forjar nuevas herramientas" y darles forma a remedios innovadores, en caso de necesitarse, para conseguir este fin". *Fose v. Minister of Safety and Security* 1997 (3) SA 786 (CC) 69, citado por Sandra Liebenberg, "Sudáfrica: el reconocimiento judicial de los derechos sociales en el contexto de una constitución transformadora", En Malcolm Langford (Ed.) *Teoría y jurisprudencia de los derechos sociales. Tendencias emergentes en el derecho internacional y comparado*, Op. Cit, pp. 174-175.

Un ejemplo interesante al respecto lo constituye la supervisión de cumplimiento de Sentencias que realiza la Corte Interamericana de Derechos Humanos⁴²⁷. Sobre este punto cabe resaltar que la Convención Americana no contiene una norma expresa que consagre esta facultad. Actualmente es el artículo 69 del Reglamento de la Corte el que rige la etapa de supervisión. Cabe recordar que fue la propia Corte la que decidió iniciar esta supervisión, lo cual fue explicado en la Sentencia sobre competencia en el caso *Baena Ricardo y otros vs Panamá* de 2003. Allí se precisó que esta potestad de supervisar el cumplimiento de sus sentencias es inherente al ejercicio de sus facultades jurisdiccionales y que el fundamento jurídico de esa competencia se encuentra en los artículos 33, 62.1, 62.3 y 65 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos, así como en el artículo 30 del Estatuto de la Corte. Además, se señaló que “el efectivo cumplimiento de sus decisiones es parte integrante del derecho de acceso a la justicia”⁴²⁸.

Inicialmente el procedimiento era únicamente por escrito y se realizaba mediante solicitud de informes a los Estados y las correspondientes observaciones de los representantes de las víctimas y de la Comisión Interamericana. Desde 2007 se comenzó a convocar audiencias privadas de supervisión de cumplimiento de Sentencias. Al inicio de esta etapa se valoró el cumplimiento de los casos más antiguos, donde el paso del tiempo generaba especiales desafíos para la implementación y el cumplimiento. Hoy en día las audiencias de supervisión son una práctica constante en la mayoría de casos. En ellas el Tribunal busca que las partes lleguen a acuerdos específicos que impulsen el cumplimiento y destraben los posibles obstáculos que frenan los avances. Asimismo, se promueve el planteamiento de cronogramas de cumplimiento a trabajar entre todos los involucrados. Tanto en la vía escrita como en el procedimiento oral, la Corte recibe la información y emite resoluciones estableciendo si ha existido un cumplimiento total o parcial de lo ordenado.

Estas audiencias han promovido condiciones para facilitar el cumplimiento de las medidas de reparación dictadas por la Corte. En este punto la Asamblea General de la OEA en su resolución “Observaciones y recomendaciones al Informe Anual de la Corte Interamericana de Derechos Humanos”, en el que la Asamblea General reconoce “la importancia y el carácter constructivo que han tenido las audiencias privadas de

⁴²⁷ Al respecto, ver Roberto F. Caldas, “El proceso de supervisión de decisiones: la perspectiva de la Corte Interamericana de Derechos Humanos”, CEJIL, 2015.

⁴²⁸ Caso *Baena Ricardo y otros Vs. Panamá*. Competencia. Sentencia de 28 de noviembre de 2003. Serie C No. 104, párr. 82.

supervisión de cumplimiento de las sentencias emitidas por la Corte Interamericana de Derechos Humanos y los resultados positivos de las mismas”⁴²⁹.

En 2010 la Corte inició la supervisión del cumplimiento de determinadas medidas de reparación en diversos casos de un mismo país. En dicho año comenzó la supervisión conjunta de medidas de rehabilitación (atención médica y psicológica) en nueve casos colombianos, la supervisión estratégica de la obligación de investigar y sancionar en once casos guatemaltecos, y la cuestión de titulación de tierras de pueblos indígenas en tres casos paraguayos. En 2014 el Tribunal conformó una Unidad dentro de su Secretaría dedicada exclusivamente a la supervisión de cumplimiento de Sentencias.

Por otra parte, cabe resaltar que la Convención Americana estipula en su artículo 65, la posibilidad “someter [...] a la consideración de la Asamblea General de la Organización [de los Estados Americanos] un informe [en el cual se señalen] los casos en que un Estado no haya dado cumplimiento a sus fallos”. Luego de aplicar el mencionado artículo 65, la Corte continuará incluyendo dicho incumplimiento cada año, al presentar su informe Anual, a menos que el Estado acredite que está adoptando las medidas necesarias para cumplir con las reparaciones ordenadas en la Sentencia, o que los representantes de las víctimas o la Comisión acompañen información sobre la implementación y cumplimiento de los puntos de la Sentencia que requiera ser valorada por este Tribunal⁴³⁰. Sin embargo, en los contados casos en los que la Corte ha ejercido esta facultad, resulta cuestionable la efectividad de esta medida y la respuesta política de los Estados miembros de la OEA⁴³¹. Una de las razones de esta situación podría ser la falta de procedimientos para dar seguimiento, dentro de la propia Asamblea General, a la decisión de aplicar el artículo 65 por parte de la Corte.

En relación con el Tribunal Europeo de Derechos Humanos, el Comité de Ministros del Consejo de Europa, órgano de carácter político formado por los Representantes Permanentes de cada Estado ante el Consejo de Europa, se ocupa de supervisar la

⁴²⁹ Resolución No. AG/RES.2759 (XLII-0/12).

⁴³⁰ Caso *Apitz Barbera y Otros* (“Corte Primera de lo Contencioso Administrativo”) Vs. Venezuela, *Supervisión de cumplimiento*, Resolución de 23 de noviembre de 2012, Considerando cuadragésimo octavo.

⁴³¹ Cfr. Roberto F. Caldas, “El proceso de supervisión de decisiones: la perspectiva de la Corte Interamericana de Derechos Humanos”, Op. Cit. El artículo 65 de la Convención se ha aplicado en la supervisión de cumplimiento de dos casos: a) en el Caso *Benavides Cevallos* Vs. Ecuador (Res. 27 de noviembre de 2003) se aplicó porque el Estado “no d[io] cumplimiento a la obligación de investigar, juzgar y sancionar a los responsables de las violaciones a los derechos humanos declaradas por la Corte porque prescribió la acción penal”. b) en el Caso *Apitz Barbera y otros* Vs. Venezuela (Res. 23 de noviembre de 2012), se aplicó porque el Tribunal Supremo de Justicia de Venezuela emitió una sentencia en la cual declaró como “inejecutable” la Sentencia emitida por la Corte Interamericana en este caso.

ejecución de las Sentencias por parte de los Estados en virtud del artículo 46.2 del Convenio Europeo. El Comité de Ministros viene reuniéndose cuatro veces al año y ha desarrollado diversos criterios de priorización en el trámite de casos teniendo en cuenta la i) urgencia, ii) problemas estructurales, iii) casos piloto y iv) casos interestatales.

La supervisión de la ejecución de sentencias por parte del Comité de Ministros inicia con solicitudes de información al Estado que, luego de las observaciones de los interesados, conducen a una resolución del Comité. A través del Protocolo 14, emitido el 1 de Junio de 2010, se estableció la posibilidad de que el Comité de Ministros solicite del Tribunal, por mayoría de dos tercios, la interpretación (aclaración) de una Sentencia cuando no resulte claro cuáles sean las obligaciones que se derivan de la misma para el Estado condenado. Se ha creado además un recurso por incumplimiento ante la Gran Sala del Tribunal, previsto en el nuevo artículo 46 § 4 del Convenio, cuyo objetivo es que el Estado condenado ejecute la Sentencia de condena gracias a la presión política y diplomática sobre el Estado condenado derivada del nuevo procedimiento ante la Gran Sala y de la nueva Sentencia dictada por ésta última. El Comité de Ministros podrá, por mayoría de dos tercios, elevar el caso ante la Gran Sala que decidirá entonces si la pasividad del Estado constituye una nueva vulneración del Convenio, en este caso, de las obligaciones derivadas del artículo 46.

Por otra parte, el Comité de Ministros controla también, en virtud de la competencia atribuida expresamente por el artículo 39 § 4 del Convenio, la ejecución de las decisiones relativas a los acuerdos amistosos alcanzados por las partes en el procedimiento seguido ante el Tribunal y también de las que recojan las declaraciones unilaterales hechas por los Estados y aceptadas por el Tribunal, incluyendo los Comités de Tres Jueces que han surgido desde 2010⁴³².

Cabe resaltar el importante papel que tiene lo que la doctrina ha denominado "modelo híbrido" de monitoreo del cumplimiento de sentencias a partir de una combinación de la intervención de funcionarios con cargos políticos -como los ministros de relaciones exteriores- y de tomar en cuenta las dimensiones judiciales y técnicas que rodean cada decisión. Un reciente artículo, construido a partir de una investigación socio jurídica sobre el funcionamiento del Comité de Ministros -incluyendo 36 entrevistas a sus miembros y personal técnico- ofrece elementos respecto a la forma como este modelo

⁴³² Para un análisis más detallado, Ver Morte Gómez, Carmen, "La eficacia de las sentencias del TEDH", en *Cursos de derechos humanos de Donostia-San Sebastián*, Vol. 11, 2011 (La eficacia del Derecho Internacional de los Derechos Humanos), págs. 225-242.

híbrido busca facilitar el cumplimiento de decisiones en la mejor forma posible y con participación de los diversos actores relevantes⁴³³. Por otra parte, es relevante señalar la forma como el Tribunal Europeo viene tomando decisiones relacionadas con el incumplimiento de sus decisiones, luego de un sometimiento de tal incumplimiento por el Comité de Ministros.

Teniendo en cuenta este tipo de ejemplos de monitoreo a nivel de órganos nacionales e internacionales, la doctrina ha señalado que el seguimiento al cumplimiento de los remedios judiciales puede ser flexible o estricto, de acuerdo a los mecanismos y estrategias adoptados por el juez para monitorear la acción de las entidades estatales a las que impuso obligaciones para la satisfacción y promoción de los derechos en cuestión. César Rodríguez Garavito y Celeste Kauffman⁴³⁴ presentan un listado enunciativo de algunas estrategias adoptadas a nivel nacional e internacional para vigilar el cumplimiento de órdenes judiciales en materia de derechos sociales. Indican los autores que en el plano nacional los tribunales generalmente recurren a (i) conservar su competencia en el seguimiento judicial⁴³⁵; (ii) diseñar indicadores de derechos humanos que permitan determinar el grado de cumplimiento de los remedios judiciales⁴³⁶; (iii) apoyarse en el conocimiento específico de grupos o comités de expertos⁴³⁷ -por ejemplo, el uso de coadyuvantes (*amicus curiae*) le permite a los tribunales depurar los hechos relevantes y precisar la discusión jurídica del caso-; (iv) revisar detenidamente la adopción de requerimientos judiciales estructurales⁴³⁸ desde la etapa de elaboración del plan de acción por parte de las entidades estatales hasta la implementación plena de la reforma estructural⁴³⁹; y (v) mediar entre el Estado y los

⁴³³ Basak Çalı and Anne Koch, "Foxes Guarding the Foxes? The Peer Review of Human Rights Judgments by the Committee of Ministers of the Council of Europe", *Human Rights Law Review*, 2014, 14, 301-325.

⁴³⁴ César Rodríguez Garavito y Celeste Kauffman, *Guía para implementar decisiones sobre derechos sociales. Estrategias para los jueces, funcionarios y activistas*, Bogotá, Dejusticia, 2014. Disponible en www.dejusticia.org.

⁴³⁵ Esta estrategia fue utilizada por la Corte Constitucional colombiana en los referidos casos estructurales de las sentencias T-025 de 2004 y T-760 de 2008.

⁴³⁶ Tal como ocurrió en el monitoreo de la macrosentencia T-025 de 2004, según lo señalamos líneas arriba.

⁴³⁷ En los casos estructurales estudiados en esta unidad, este mecanismo fue usado por la Corte Constitucional respecto de la sentencia T-025 de 2004 al crear la Comisión de Seguimiento a la política pública sobre desplazamiento forzado.

⁴³⁸ El objetivo de los requerimientos judiciales estructurales es "modificar condiciones sociales generales reformando las relaciones estructurales internas de los organismos de gobierno o las instituciones públicas". Karla Grossenbacher, "Implementing Structural Injunctions: Getting a Remedy When Local Officials Resist", *Georgetown Law Journal*, 1992, 80, 2227-2258, citado por César Rodríguez Garavito y Celeste Kauffman, *Guía para implementar decisiones sobre derechos sociales. Estrategias para los jueces, funcionarios y activistas*, Op. Cit. p. 53.

⁴³⁹ Los requerimientos judiciales estructurales fueron frecuentes en Estados Unidos en el señalado litigio de interés público sobre prisiones. Al respecto, véase Rodrigo Uprimny Yepes, Juan Fernando Jaramillo y Diana Guarnizo, "Intervención judicial en cárceles", Op. Cit. y César Rodríguez Garavito y Celeste Kauffman, *Guía para implementar decisiones sobre derechos sociales. Estrategias para los jueces, funcionarios y activistas*, Op. Cit.

accionantes para que logren un acuerdo sobre la ejecución de las obligaciones en derechos humanos, respecto del cual el tribunal conserva su facultad de monitoreo⁴⁴⁰. En el orden internacional, puntualizan Rodríguez y Kauffman, el sistema universal y los sistemas regionales (interamericano, europeo y africano) de protección de derechos humanos para asegurar el cumplimiento de sus fallos han usado mecanismos como (i) el establecimiento y coordinación de responsabilidades entre las autoridades nacionales e internacionales, (ii) las sentencias piloto⁴⁴¹ y (iii) los acuerdos de solución amistosa⁴⁴².

Así, una supervisión judicial estricta es aquella que recurre en mayor medida a estos mecanismos y estrategias de medición de cumplimiento, mientras que un seguimiento judicial flexible es aquel que no recurre a tales mecanismos o lo hace de manera deficiente. Ahora, el éxito del monitoreo también depende de las características del objeto de vigilancia, esto es, la especificidad de las órdenes judiciales que se observan. Podemos identificar principalmente órdenes judiciales abiertas y cerradas. Dentro de las primeras se encuentran aquellas de tipo más declarativo que prescriptivo. Una orden judicial abierta es, por ejemplo, aquella que se limita a reconocer que a cierto grupo poblacional o a determinados individuos se les vulnera el derecho al acceso a agua potable y que para remediar tal vulneración el Estado debe adelantar las acciones *conformes a la dignidad humana* que resulten pertinentes para mejorar los niveles de acceso a agua potable. Como se ve, la orden es muy general pues no impone acciones concretas a cargo de las entidades estatales para mejorar los niveles de acceso a agua potable. Por su parte, las órdenes judiciales cerradas son aquellas que prescriben obligaciones concretas y específicas en un alto nivel. Por ejemplo, una orden judicial cerrada es aquella que, frente a la vulneración del derecho a la alimentación de un grupo

⁴⁴⁰ Este mecanismo es conocido doctrinalmente como los *intercambios sustantivos*, el cual fue usado inicialmente por la Corte Constitucional de Sudáfrica en el caso *Olivia Road vs. Sudáfrica*. Para mayor información, revisar Sandra Liebenberg, "Sudáfrica: el reconocimiento judicial de los derechos sociales en el contexto de una constitución transformadora", Op. Cit. y César Rodríguez Garavito y Celeste Kauffman, *Guía para implementar decisiones sobre derechos sociales. Estrategias para los jueces, funcionarios y activistas*, Op. Cit.

⁴⁴¹ Esta estrategia ha sido usada por la Corte Europea de Derechos Humanos desde 2004 en el caso *Broniowski vs. Polonia*. De conformidad con la reforma de 2011 al artículo 61 del Reglamento de la Corte Europea, cuando existe un conjunto de casos a los que subyacen problemas estructurales o disfunciones sistemáticas, y a los mismos es posible aplicar las mismas medidas correctivas, la CEDH elige uno de tales casos, respecto del cual se pronunciará de fondo y le aconsejará al Estado adoptar medidas correctivas generales. Una vez se han impartido las órdenes de reparación, corresponde al Estado Parte aplicar aquellas al resto de casos que obedecen a los problemas estructurales identificados. Mientras el Estado Parte implementa las órdenes de la CEDH, ésta suspende el trámite de los procesos relacionados entre sí y sólo volverá a conocer de los mismos si los intereses por la justicia así lo ameritan.

⁴⁴² En el escenario interamericano, la Corte IDH está facultada para facilitar la celebración de acuerdos entre los Estados y los peticionarios. Para ello, la CIDH media entre las partes con el fin de alcanzar un acuerdo aceptable para el Estado y los peticionarios sobre las medidas de reparación y no repetición. En caso de incumplimiento del acuerdo por parte del Estado, la CIDH puede remitir el caso a la Corte IDH.

tal grupo poblacional una determinada ración de comida según una tabla nutricional.

El tipo de orden judicial (abierta o cerrada) facilita o dificulta el monitoreo judicial. Pensemos cómo haría un tribunal para supervisar el cumplimiento de una orden judicial abierta como la que presentamos. En efecto, el tribunal enfrentaría serias dificultades para definir específicamente si el Estado ha aumentado el nivel de acceso a agua potable respecto del nivel deficitario que registraba cuando se adelantó la acción judicial, puesto que no existen criterios claros para determinar si las acciones de las entidades estatales resultan *conformes a la dignidad humana* y, de esa manera, mejoran el acceso a agua potable de la población afectada. La vaguedad misma del remedio judicial imposibilita su seguimiento estricto. Ahora, revisemos la forma en que un tribunal vigilaría el cumplimiento de la orden judicial cerrada de nuestro ejemplo. Si bien el alto nivel de especificidad del remedio judicial puede facilitar inicialmente el monitoreo, debido al grado de determinación de la orden judicial y los pormenores que la misma contiene, la supervisión puede resultar en últimas engorrosa. Frente a esa orden judicial, el tribunal tendría que constatar que el Estado diariamente esté suministrando al grupo poblacional en concreto una ración fija que reúna unas características puntuales, lo cual demandaría recursos económicos, humanos y tiempo que desbordarían la capacidad institucional del tribunal.

Si tenemos en cuenta las variables de tipo de orden judicial (abierta o cerrada) y tipo de supervisión judicial (estricta o flexible) surgen cuatro posibles escenarios de seguimiento al cumplimiento de remedios judiciales. Un primer caso de seguimiento judicial estricto a órdenes judiciales cerradas; un segundo escenario de seguimiento judicial estricto a órdenes judiciales abiertas; un tercer caso de supervisión judicial flexible a órdenes judiciales cerradas; y un último escenario de vigilancia judicial flexible a órdenes judiciales abiertas. De los cuatro panoramas, en términos de protección efectiva de los derechos humanos, el más limitado es el número cuatro, dado que se han impartido órdenes judiciales abiertas a las que no se hace seguimiento. Ello significa que en ese tipo de casos se declara la violación de los derechos humanos pero no se imponen obligaciones específicas para reparar tal violación ni se utilizan las herramientas necesarias para la real y efectiva garantía de los derechos. De otro lado, en el primer escenario el alto nivel de especificidad de las órdenes judiciales cerradas a las que se hace un monitoreo estricto pueden demandar mucho tiempo, exceder la capacidad institucional del tribunal y hasta congestionar al mismo tribunal. Sin embargo, por tal

humanos. En lugar de ello podría pensarse que los tribunales impartan órdenes judiciales semi-abiertas que impongan obligaciones concretas y específicas a las entidades estatales pero que, a su vez, permitan un margen de acción al Estado para ajustar el cumplimiento de sus obligaciones a las posibles contingencias que se presenten. En esa forma también se favorecería el seguimiento judicial estricto pues permitiría racionalizar los recursos en el conjunto total de casos a monitorear.

Finalmente, el cumplimiento de las órdenes judiciales puede ser afectado por diversos factores exógenos y endógenos al mismo tribunal. Según Rodríguez y Kauffman principalmente afectan el grado de cumplimiento de sentencias en derechos humanos:

- (i) la legitimidad y fortaleza de los jueces: aspectos como la independencia, objetividad y conocimiento de los jueces inciden directamente en la legitimidad del poder judicial frente a la sociedad civil lo que, en últimas, se traduce en el mayor acatamiento de sus decisiones. Asimismo, el cumplimiento de las sentencias depende del poder real de los jueces para hacer cumplir sus órdenes, lo que se refleja en la efectividad de la supervisión judicial al disponer de medidas coercitivas (como imponer sanciones o el desacato) cuando se desconocen sus órdenes;
- (ii) la capacidad institucional: para que la vigilancia judicial tenga resultados satisfactorios, antes de adoptar medidas de corrección judicial es necesario tener en cuenta si el tribunal que hará directamente el monitoreo cuenta con las condiciones de tiempo, recursos y conocimiento que demanda la supervisión judicial;
- (iii) los costos de implementación (también conocidos como costos de transacción): la implementación de las decisiones judiciales en general implica costos financieros y políticos. Las macrosentencias, por su parte, en razón de que apuntan a la transformación de problemáticas estructurales que están detrás de la vulneración masiva y sistemática de derechos humanos en determinados escenarios, demandan aún más recursos financieros y voluntad política. Por ello, para lograr el real cumplimiento de órdenes estructurales se debe destinar el presupuesto necesario y contar con organismos públicos con la suficiente capacidad institucional para adelantar los cambios sociales de mayor alcance;
- (iv) el tamaño del grupo demandante: existe un consenso generalizado respecto de que el nivel de cumplimiento de decisiones judiciales depende proporcionalmente del

número de accionantes. Así, en casos individuales se registra mayor cumplimiento mientras que en casos estructurales, al involucrar a más personas y demandar más recursos y capacidad institucional, el cumplimiento es menor. Con todo, como lo afirman Rodríguez y Kauffman, es posible identificar importantes casos estructurales que han sido exitosos en su implementación; y

(v) el apoyo de los movimientos sociales a los procesos judiciales: de acuerdo a la teoría del cambio social, los movimientos sociales son el motor de las transformaciones sociales. De ahí que la presión pública ejercida por estos movimientos permita la efectiva implementación de decisiones judiciales. No obstante, no podemos olvidar que la participación social no es posible en la misma medida en todos los contextos sociales. Por ejemplo, sociedades con altos niveles de criminalización de la protesta social y que enfrenta conflicto armado interno, como es el caso colombiano, no tiene las mejores condiciones para que la sociedad en pleno ejerza presión pública respecto del cumplimiento de órdenes judiciales estructurales.

2.6. Los remedios rutinarios y caso por caso.

Una aclaración es importante. En este ensayo y en esta unidad hemos insistido en las órdenes complejas y heterodoxas para la protección de los derechos humanos o la reparación de las violaciones a los mismos, para que los funcionarios judiciales tengan conciencia de que la labor judicial en este campo no se contrae a constatar y verificar una violación a un derecho sino que debe encaminarse a superar esa situación, por medio de un remedio judicial apropiado. Y que en muchos casos es más difícil diseñar el remedio judicial que constatar la violación. Sin embargo, esta discusión no debe llevarnos a pensar, equivocadamente, que siempre (o en la mayoría) de los casos los jueces deben recurrir a ese tipo de órdenes complejas pues en muchos casos el remedio judicial puede ser muy simple. Por ejemplo, si una persona fue arbitrariamente detenida, puede bastar con ordenar su liberación, a veces acompañada de una indemnización por la detención injusta; igualmente, si una publicación fue arbitrariamente censurada, el remedio judicial puede ser igualmente sencillo ya que puede bastar con permitir su publicación; o si en un proceso, una persona fue condenada con una violación del debido proceso, debido a que se usó una prueba ilegal en su contra, la solución puede ser simplemente anular la condena. No siempre los remedios judiciales tienen entonces por qué ser complejos o generales sino que pueden ser muy simples y caso por caso.

3. AUTO-EVALUACIÓN

<p><i>ae</i></p>	<p>Autoevaluación</p> <p>Luego de diez años de vigencia de la declaratoria del Estado de Cosas Inconstitucional (ECI) frente a la situación de desplazamiento forzado, resulta pertinente evaluar, de una parte, los alcances de los remedios judiciales adoptados por la Corte Constitucional en la sentencia T-025 de 2004 y, por otro lado, la efectividad de la supervisión que el tribunal constitucional ha efectuado por medio de autos de seguimiento, la celebración de audiencias públicas, el uso de indicadores de derechos humanos y el apoyo de comités de expertos en la materia. En ese sentido, elabore un ensayo de máximo dos páginas donde responda argumentativamente los siguientes cuestionamientos: ¿Cuál es el impacto concreto que ha tenido la sentencia T-025 de 2004 y sus autos de seguimiento en la formulación, implementación y ejecución de la actual política pública de reparación a las víctimas del conflicto armado?, ¿Considera que ha sido efectivo el seguimiento que efectuado la Corte Constitucional al cumplimiento de la sentencia T-025 de 2004, teniendo en cuenta que diez años después aún subsiste el Estado de Cosas Inconstitucional en materia de derechos sociales de las personas en situación de desplazamiento forzado?, ¿Cree que resulta oportuno que la Corte Constitucional se haya reservado la supervisión directa del cumplimiento de las órdenes que impartió al declarar el ECI en materia de desplazamiento forzado, teniendo en cuenta los limitados recursos financieros y administrativos del tribunal constitucional?.</p>
------------------	--

4. BIBLIOGRAFÍA

BUYSE, Antoine Christian. *Post-Conflict Housing Restitution. The European Human Rights Perspective with a Case Study on Bosnia Herzegovina*, Leiden, Intersentia, 2007.

CARRILLO, Arturo. "Justice in context: The relevance of Inter-American Human Rights Law and practice to repairing the past" en DE GREIFF, Pablo (Ed.), *The Handbook of Reparations*, Oxford University Press, 2006.

CASSEL, Douglas. "The Expanding Scope and Impact of Reparations Awarded by the Inter-American Court of Human Rights", En Koen De Feyter, Stephan Parmentier, Mark Bossuyt y Paul Lemmens (Eds.) *Out of The Ashes. Reparation for Victims of Gross and Systematic Human Rights Violations*, Antwerp/Oxford: Intersentia, 2005.

CHAYES, Abram "The role of the judge in Public Law Litigation", En FRIEDMAN, Lawrence y SCHEIBER, Harry. *American Law and the Constitutional Order Historical Perspectives*, Cambridge, Harvard University Press, 1987.

YAMIN, Alicia Ely y PARRA VERA, Oscar. "Judicial Protection of the Right to Health in Colombia: From Social Demands to Individual Claims to Public Debates" en *Hastings International & Comparative Law Review*, 33(2) (2010), 431 a 459

YAMIN, Alicia Ely, PARRA VERA, Oscar y GIANELLA, Camila "Colombia. Judicial Protection of the Right to Health: An Elusive Promise?", en YAMIN, Alicia Ely y GLOPPEN, Siri (Eds.), *Litigating Health Rights*, Harvard University Press, 2011.

FALK, Richard. "Reparations, International Law and Global Justice: A New Frontier" en DE GREIFF, Pablo (Ed.) *The Handbook of Reparations*, Oxford University Press, 2006.

FEELEY, Malcolm M. y RUBIN, Edward L. *Judicial Policy Making and the Modern State: How the Courts Reformed America's Prisons*, New York, Cambridge University Press, 1998.

GROSSENBACHER, Karla. "Implementing Structural Injunctions: Getting a Remedy When Local Officials Resist". *Georgetown Law Journal*, 1992, 80: 2227-2258

NORMAN, Daniels. "Accountability for reasonableness" en BMJ 321 (2000), pp. 1300-1301 y Daniels, Norman, *Just health: Meeting health needs fairly*, New York: Cambridge University Press, 2008.

PARRA VERA, Oscar y YAMIN, Alicia Ely, "La Sentencia T-760 de 2008, su implementación e impacto: retos y oportunidades para la justicia dialógica", en Laura Clérico, Liliana Ronconi y Martín Aldao (coords.), *Tratado de Derecho a la Salud*, Abeledo Perrot, Buenos Aires, pp. 2591-2649.

PASQUALUCCI, Jo M. *The practice and procedure of the Inter-American Court*, Cambridge University Press, 2003.

RINCÓN, Tatiana. *La justicia de la justicia transicional*, Bogotá, Universidad del Rosario 2009.

RODRÍGUEZ GARAVITO, César y KAUFFMAN, Celeste. *Guía para implementar decisiones sobre derechos sociales. Estrategias para los jueces, funcionarios y activistas*, Bogotá, DeJusticia, 2014. Disponible en www.dejusticia.org.

RODRÍGUEZ GARAVITO, César y RODRÍGUEZ FRANCO, Diana. *Cortes y cambio social. Cómo la Corte Constitucional transformó el desplazamiento forzado en Colombia*, Bogotá, DeJusticia, 2010.

ROSENBERG, Gerald N. *The Hollow Hope: Can Courts Bring About Social Change?*, Chicago, The University of Chicago, 1991.

S. Muralidhar, "India: las expectativas y los retos del cumplimiento judicial de los derechos sociales", En LANGFORD, Malcolm (Ed.) *Teoría y jurisprudencia de los derechos sociales. Tendencias emergentes en el derecho internacional y comparado*, Bogotá, Siglo del Hombre Editores, 2013.

SABEL, Charles y SIMON, William "Destabilization Rights: How Public Law Litigation Succeeds," *Harvard Law Review* 117 (2004): 1015-1091

SCHLANGER, Margo. "Beyond the Hero Judge: Institutional Reform Litigation as Litigation", en *Michigan Law Review*, Vol. 97, p. 1994, May 1999

SHELTON, Dinah. *Remedies in International Human Rights Law*, 2nd edition, Oxford University Press, 2005

UPRIMNY, Rodrigo y SÁNCHEZ LEÓN, Camilo. "Propuestas para una restitución de tierras transformadora" En DÍAZ, Catalina (Ed.) *Tareas Pendientes: propuestas para la formulación de políticas públicas de reparación en Colombia*. Bogotá, Centro Internacional para la Justicia Transicional, 2010.

UPRIMNY, Rodrigo, JARAMILLO, Juan Fernando Jaramillo y Guarnizo, Diana. "Intervención judicial en cárceles", en Foro Constitucional Iberoamericano, No. 12, Año 2005/2006.

WAYNE, William. "The Two Faces of Judicial Activism", En O'BRIEN, David (Ed.) *Judges on Judging*, New Jersey, Chatham House Publishers, 1997

JURISPRUDENCIA

Consejo de Estado de Colombia. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Tercera. Sentencia de 20 de febrero de 2009. C.P. Enrique Gil Botero. Radicación 76001-23-25-000-1996-04058-01(16996); Consejo de Estado. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Tercera. Sentencia del 12 de junio de 2013. C.P. Enrique Gil Botero. Exp. 25180; Consejo de Estado. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Tercera. Sentencia del 21 de noviembre de 2013. C.P. Enrique Gil Botero. Radicación 0500123-31-000-1998-02368-01(29764)

Corte Constitucional de Colombia, sentencias T-534 de 1992, SU-1023 de 2001, T-203 de 2002, T-025 de 2004, T-493 de 2005, T-760 de 2008 y T-843 de 2009.

Corte Interamericana de Derechos Humanos. Caso Velásquez Rodríguez Vs. Honduras. Sentencia 21 de julio de 1989; Caso Aloeboetoe y otros. Sentencia de 10 de septiembre de 1993; Caso Caballero Delgado y Santana. Sentencia de 29 de enero de 1997; Corte IDH. Caso Castillo Páez. Sentencia de 27 de noviembre de 1998; Caso de la Panel Blanca (Paniagua Morales y otros) vs Guatemala. Sentencia del 25 de mayo de 2001; Caso 19 comerciantes. Sentencia 5 de julio de 2004; Caso De La Cruz Flores. Sentencia de 18 de noviembre de 2004; Caso Goiburú y otros. Sentencia de 22 de septiembre de 2006.

SIGLAS USADAS EN EL MÓDULO

- CADH: Convención Americana de Derechos Humanos
- CID: Consejo de Derechos Humanos de Naciones Unidas
- CIJ: Corte Internacional de Justicia
- Comité DH: Comité de Derechos Humanos de Naciones Unidas
- Comité DESC: Comité de Derechos Económicos Sociales y Culturales de Naciones Unidas.
- Comisión IDH o CIDH: Comisión Interamericana de Derechos Humanos
- Corte IDH: Corte Interamericana de Derechos Humanos
- DIH: Derecho Internacional Humanitario
- ECOSOC: Consejo Económico y Social de Naciones Unidas
- OIT: Organización Internacional del Trabajo
- PIDCP: Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos
- PIDESC: Pacto Internacional de Derechos Económicos Sociales y Culturales
- TEDH: Tribunal Europeo de Derechos Humanos
- CPI: Corte Penal Internacional
- ER: Estatuto de Roma
- JPI: Justicia Penal Internacional